

REVUE DU

MARCHÉ COMMUN

BS
SX

libm

LIBRARY



NUMÉRO SPÉCIAL

LES MARCHÉS PUBLICS ET LA COMMUNAUTÉ EUROPEENNE

Journée d'étude de la CEDECE à Toulouse le 26 mai 1989

N° 332 DÉCEMBRE 1989

ÉTUDES INTERNATIONALES

Volume XX, No 4, Décembre 1989

Directeur: Gérard HERVOUET.

Directeur adjoint: Thierry HENTSCH.

**MARIE-CHRISTINE ADAM
ET ARIANE SZAFARZ:** CRISES BOURSIÈRES, BULLES SPÉCULATI-
VES ET RATIONALITÉ ÉCONOMIQUE

PATRICK JAMES: STRUCTURE ET CONFLIT EN POLITIQUE
INTERNATIONALE: UNE ANALYSE SÉQUEN-
TIELLE DES CRISES INTERNATIONALES DE
1929 À 1979

ALAIN BOUTAT: MODALITÉS ET EFFETS DU TRANSFERT
TECHNOLOGIQUE PAR LES FIRMES MULTINA-
TIONALES: L'ÉVOLUTION DU CONTEXTE DANS
LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT (NOTE)

EUGÈNE SOCHOR: LE PROCESSUS DÉCISIONNEL AU SEIN DE
L'OACI: QUI GOUVERNE DANS LE CONSEIL
DIRECTEUR? (NOTE)

ÉTUDES BIBLIOGRAPHIQUES:

WILLIAM GEORGE: LE RETOUR DU CONTRÔLE DES ARMEMENTS

OZAY MEHMET: LA TRAGÉDIE TURCO-ARMÉNIENNE

CHRONIQUE DES RELATIONS EXTÉRIEURES DU CANADA ET DU QUÉBEC

DIRECTION ET RÉDACTION : Centre québécois de relations internationales, Faculté des sciences sociales, Université Laval, Québec, Qué., Canada G1K 7P4, tél : (418) 656-2462

SERVICE DES ABONNEMENTS : Les demandes d'abonnement, le paiement et toute correspondance relative à ce service doivent être adressés au Centre québécois de relations internationales, Faculté des sciences sociales, Université Laval, Québec, Qué., G1K 7P4, Canada

ABONNEMENT ANNUEL :	Quatre numéros par an	ÉTRANGER
	Régulier : \$30.00 (Can.)	\$35.00 (Can.)
	Étudiant : \$20.00 (Can.)	le numéro : \$15.00 (Can.)
	Institution : \$45.00 (Can.)	
	(tous pays)	



REVUE DU
**MARCHÉ
COMMUN**

N° 332
DÉCEMBRE 1989

sommaire

problèmes du jour

- 585 Sommet de Strasbourg : bilan positif à confirmer, par Colette COVA
587 L'élargissement de la communauté : le cas de la Turquie, par J. Van GINDERACHTER
-

**les marchés publics
et la communauté
européenne**

**journée d'étude de la CEDECE*
à Toulouse le 26 mai 1989**

- 592 Avant-propos, par Jacques BOURRINET, président à la CEDECE et par les organisateurs de la journée d'étude
593 L'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire, par Chantal BRUETSCHY, direction générale du Marché intérieur et des Affaires industrielles, Commission des Communautés européennes
597 La coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, par Vlad CONSTANTINESCO, professeur à l'université Robert Schuman de Strasbourg et au Collège d'Europe de Bruges
603 La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions, par François LLORENS, professeur à la faculté de droit de Toulouse
625 Le contrôle de la réglementation communautaire en matière de marchés publics, par Henri LABAYLE, professeur de droit à l'université de Pau et des Pays de l'Adour, Centre de documentation européenne
637 Les marchés publics de fournitures et l'adaptation de la directive du 21 décembre 1976, par Christian HEN, maître de conférences à l'université des sciences sociales de Toulouse et Guy GUILLERMIN, maître de conférences, directeur du Centre universitaire de recherche européenne et internationale, université des sciences sociales de Grenoble
649 L'ouverture des marchés publics des télécommunications, par Reinhard SCHULTE-BRAUCKS, Commission des Communautés européennes, direction générale des télécommunications, industries de l'information et innovation, Bruxelles
654 Les marchés de fournitures et les accords GATT, par Thiébaud FLORY, professeur à l'université de Lille II
658 L'ouverture des marchés publics japonais, par J. LÉONARD, maître de conférences à l'université Paris XIII, directeur de recherche « Relations financières internationales » ISMEA
661 Rapport de synthèse, par Jean-Claude GAUTRON, professeur à l'université de Bordeaux I, directeur du CDRE, membre du Bureau de la CEDECE

(*) Commission pour l'Étude des Communautés Européennes

**actualités
et documents**

- 665 Communautés européennes
678 Bibliographie
-

La Revue du Marché Commun est éditée par : LES ÉDITIONS TECHNIQUES ET ÉCONOMIQUES
3, rue Soufflot, 75005 PARIS — Tél. (1) 46.34.10.30 — Télécopie (1) 46.34.55.83

Directeur de la publication : G. EPSTEIN - n° de CPPAP : 58-117 - Imprimerie de Champagne - Langres - n° d'ordre 0.192 -
Dépôt légal 1^{er} trimestre 1990.

Les Éditions Techniques et Économiques publient également : « Droit social », la « Revue de l'Énergie », « Transports » et la « Revue d'Économie Industrielle ».



REVUE DU

MARCHE COMMUN

Directrice : Geneviève EPSTEIN

Rédacteur en chef : Daniel VIGNES

COMITÉ DE RÉDACTION

Pierre ACHARD

Jean-Pierre BRUNET

Jean-François DENIAU

Jean DROMER

Pierre DROUIN

Mme Edmond EPSTEIN

Jacques EPSTEIN

Pierre ESTEVA

Renaud de la GENIÈRE

Patrice LEROY-JAY

Pierre MAILLET

Jacques MAYOUX

François-Xavier ORTOLI

Paul REUTER

Jacques TESSIER

Robert TOULEMON

Daniel VIGNES

Jean WAHL

Armand WALLON

La revue paraît mensuellement

© 1989 REVUE DU MARCHÉ COMMUN

Toute copie ou reproduction même partielle, effectuée par quelque procédé que ce soit dans un but d'utilisation collective et sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants-cause, constitue une contrefaçon passible des peines prévues par la loi du 11 mars 1957 et sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Les études publiées dans la Revue n'engagent que les auteurs, non les organismes, les services ou les entreprises auxquels ils appartiennent.

BULLETIN D'ABONNEMENT A LA REVUE DU MARCHÉ COMMUN

Je m'abonne à la *Revue du Marché Commun* pour un an au prix de :

- France : 642,51 + TVA 2,10 % 13,49 = 656 F (*)
 Étranger : 780 F

Ci-joint la somme de.....

- Par chèque bancaire à l'ordre des
Éditions Techniques et Économiques
 Virement CCP 10 737 10 PARIS

NOM :

ADRESSE :

Date :

Signature :

(*) Tarif au 1.6.1989

À retourner à

**REVUE DU
MARCHÉ
COMMUN**

**ÉDITIONS
TECHNIQUES
ET ÉCONOMIQUES**

3, rue Soufflot
F - 75005 PARIS

Tél. (1) 46.34.10.30

SOMMET DE STRASBOURG : BILAN POSITIF À CONFIRMER

Colette COVA

Succès pour la présidence française au sommet de Strasbourg des 8 et 9 décembre : les objectifs fixés par Paris ont été remplis puisque la Conférence intergouvernementale (CI) chargée de négocier un nouveau traité pour réaliser l'union économique et monétaire (UEM) se réunira avant la fin 1990 et que la Charte sociale a été approuvée. Seule Mme Thatcher a maintenu son opposition sur ces deux dossiers mais sans qu'il y ait eu de sa part une dramatisation excessive.

Le succès de Strasbourg a été possible grâce au chancelier Kohl qui a finalement levé ses réserves alors qu'il souhaitait initialement retarder l'échéance de la conférence. Fait nouveau, mais prévisible compte tenu des événements en Europe de l'Est, la coopération politique a occupé une large part des débats des Douze. Dans ce cadre, les Chefs d'État et de gouvernement ont approuvé la création d'une banque de l'Europe pour favoriser le développement des pays de l'Est.

Il reste que Strasbourg sera sans doute plutôt considéré comme un sommet d'orientation car tous ces succès devront être confirmés. La route vers l'intégration européenne est encore pleine d'obstacles.

I. — Une conférence avant la fin 1990

« La majorité nécessaire est réunie pour convoquer la Conférence intergouvernementale qui négociera un nouveau traité en vue de l'UEM » a constaté François Mitterrand à l'issue du sommet. Elle s'ouvrira avant la fin de 1990 à l'initiative du gouvernement italien qui exercera à ce moment-là la présidence de la CEE.

En attendant, les ministres des affaires étrangères et des finances de la CEE sont chargés de poursuivre les travaux « pour assurer une préparation optimale ». La commission européenne mettra à leur disposition avant le 1^{er} avril « un document d'ensemble sur tous les aspects de la réalisation de l'UEM » analysant les avantages et les contreparties. La réflexion portera également sur les changements institutionnels nécessaires pour assurer « un contrôle démocratique » de l'UEM. Il s'agirait entre autres d'examiner un éventuel accroissement du rôle du Parlement européen.

Le Chancelier Kohl s'est engagé *in extremis* à la veille du sommet aux côtés de la France, hésitant à cause des élections allemandes de décembre prochain. La droite tout comme les milieux d'affaires d'Outre Rhin n'apprécient guère en effet les objectifs de l'UEM qui supposent une banque centrale commune et un droit de regard des partenaires européens sur la conduite de la politique économique de la RFA. Mais M. Kohl a voulu donner aux européens un gage de sa bonne volonté. Sans doute a-t-il été aussi satisfait de la déclaration du Sommet « sur l'autodétermination du peuple allemand dans le respect des accords d'Helsinki » bien que l'on ait nié du côté français comme du côté allemand qu'il y ait eu le moindre marchandage entre les dossiers monétaire et politique.

Il reste que les conclusions du Sommet sont totalement muettes sur la date d'achèvement des travaux de la CI. M. Mitterrand s'est borné à indiquer que l'idéal serait de parvenir à un accord avant 1993 mais qu'il était plus réaliste d'envisager la fin des ratifications pour la mi-1994, ce qui coïnciderait avec les élections du Parlement européen.



Les débats promettent d'être longs et difficiles : l'hésitation allemande reste et il faudra convaincre Mme Thatcher. Aucune date n'est fixée pour le passage à la seconde étape de l'UEM qui constituera la phase transitoire et l'accord à onze cache de profondes divergences sur le contenu même de l'UEM que fera apparaître la CI, qu'il s'agisse du degré d'indépendance de la banque centrale ou des transferts de souverainetés nécessaires.

Quant à Mme Thatcher, elle a poliment expliqué qu'elle n'était pas contre les objectifs de l'UEM mais qu'elle préférait une approche évolutive : « la première étape n'est pas entamée, il faut voir comment cela va se passer, il ne faut pas s'engager à l'aveuglette ». Il semble toutefois que les Britanniques participeront aux travaux de la CI et pourraient ainsi prendre le train en marche. N'est-ce pas ce que Mme Thatcher avait fait en 1986 après avoir refusé de s'associer aux conclusions du sommet de Milan. C'est du moins l'hypothèse optimiste.

II. — Une Charte sociale à onze

Margaret Thatcher a également refusé, comme prévu, de s'associer à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Selon le premier ministre britannique, « seule la politique de déréglementation mise en œuvre dans certains États membres a permis de créer des emplois, ceux-ci seraient menacés si l'on imposait des contraintes sociales supplémentaires aux entreprises ».

La CEE doit maintenant mettre en œuvre la charte en adoptant les diverses directives ou règlements que la Commission européenne va présenter progressivement à partir de janvier portant sur tous les domaines couverts par la Charte, qu'il s'agisse de sécurité, de formation ou d'information des travailleurs. Environ la moitié de ces directives peut être adoptée à la majorité, et Mme Thatcher devra donc les appliquer même si elle n'est pas d'accord. Quant aux autres, elles ne pourront pas voir le jour si Londres maintient son hostilité. Le programme d'action de Bruxelles comporte aussi 6 recommandations donc non contraignantes qui portent par exemple sur

l'accès au travail ou le revenu minimum des secteurs qui resteront de la compétence des États membres.

Le Parlement européen juge pour sa part insuffisant le texte de la Charte et souhaite être associé à la mise en œuvre du programme d'action, menaçant de bloquer des directives relevant d'autres domaines si la CEE n'accorde pas au volet social du marché intérieur la dimension nécessaire.

III. — Une nouvelle banque

Le Sommet de Strasbourg qui a consacré beaucoup de temps aux problèmes soulevés par les bouleversements à l'Est a approuvé la création d'une banque de l'Europe « dont l'objectif sera de promouvoir les investissements productifs et concurrentiels dans les pays d'Europe centrale et orientale, de faciliter la transition vers une économie plus orientée vers le marché et d'accélérer les ajustements structurels nécessaires ». La nouvelle banque devra être créée « aussitôt que possible » et les experts commenceront dès janvier 1990 les négociations pour mettre au point ses structures et la répartition du capital.

À Strasbourg les Chefs d'État et de gouvernement n'ont pas évoqué les détails de la future institution. Selon le projet français, la banque serait dotée d'un capital de 10 milliards d'ÉCU (1 ÉCU = 7 F.) dont la CEE et les États membres détiendraient la majorité. Les États-Unis, les pays de l'AFLE ainsi que les pays d'Europe de l'Est y compris l'URSS participeraient au capital. C'est une des raisons pour lesquelles la France justifie la création d'une banque spécifique alors que le Royaume-Uni l'Allemagne et les Pays-bas suggéraient d'utiliser la BEI.

Cette décision qui s'inscrit dans « la volonté de coopération » des Douze avec les pays de l'Est est complétée par d'autres mesures : la CEE appuiera le principe de l'octroi à l'URSS d'un statut d'observateur au GATT et elle participera à la constitution d'un Fonds de stabilisation d'un milliard de dollars en faveur de la Pologne tandis que la Hongrie bénéficiera d'un prêt d'ajustement du même montant.

L'ÉLARGISSEMENT DE LA COMMUNAUTÉ : LE CAS DE LA TURQUIE

J. Van GINDERACHTER*

I. — Introduction

Le 14 avril 1987 la Turquie a présenté sa demande d'adhésion aux Communautés Européennes, conformément à l'article 237 du Traité CEE, qui stipule notamment que « Tout Etat européen peut demander à devenir membre de la Communauté ». Le 27 avril 1987 le Conseil a demandé l'avis de la Commission. La Commission a rendu cet avis le 18 décembre 1989. Il entrouvre la porte de la Communauté à la Turquie, mais pas avant 1993, voire la fin du siècle, et uniquement si un certain nombre de conditions — politiques et économiques — sont remplies.

Avant d'entrer dans l'analyse économique, il convient de souligner que :

— l'Accord d'Association Turquie-CEE, signé à Ankara le 12 septembre 1963, avait déjà prévu que « ... les parties contractantes examineront la possibilité d'une adhésion de la Turquie à la Communauté ». (1) ;

— depuis l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen au 1^{er} juillet 1987, les Traités de Rome ont été modifiés en matière d'élargissement : outre l'avis de la Commission, qui n'est pas contraignant, il faut non seulement l'accord unanime des Etats membres au sein du Conseil, suivi d'une ratification des Parlements nationaux, mais également l'avis conforme du Parlement européen qui se prononce à la majorité absolue des membres qui le composent (2) ;

— la Communauté, qui s'est engagée dans la voie non seulement de l'Union économique et monétaire mais également de l'Union politique, devra adapter son fonctionnement institutionnel avant tout élargissement, afin de ne pas paralyser sa capacité décisionnelle dans la conception et la mise en œuvre des politiques communautaires ;

— si la demande turque est peut-être arrivée au moment opportun (en 1987, elle pouvait présenter un dossier économique assez solide : croissance du PNB et des exportations de 6 et 30 % par an respectivement ; déficit de la balance courante ramené à 2 % du PNB ; inflation de 30 % (contre 120 % fin 1979)), la situation en Europe de l'Est a évolué d'une manière telle que l'intérêt de la Communauté pour la Turquie, à la fois sur le plan économique, politique et militaire, a été relégué au second plan.

Quoi qu'il en soit, la demande d'adhésion de la Turquie pose à la Communauté un problème de taille.

L'économie turque est encore sous-développée mais elle croît à une allure rapide ; ce qui peut laisser croire qu'à terme — et avec l'aide de la Communauté — elle pourrait s'intégrer dans le grand marché intérieur. Après tout, le peuple turc est discipliné et travailleur. En même temps, le pays pourrait progressivement adapter ses législations et sécurités sociales pour se rapprocher des normes communautaires. Si toutes ces conditions sont remplies, il sub-

(1) Le Traité d'Association Grèce-CEE, signé à Athènes le 9 juillet 1961, prévoyait la possibilité d'adhésion de la Grèce dans exactement les mêmes termes. La demande d'adhésion de la Grèce a été présentée le 12 juin 1975. La Commission a donné son avis le 28 janvier 1976. La Grèce est devenue membre de la Communauté le 1^{er} janvier 1981.

(2) En d'autres termes, il faut obtenir 260 votes positifs sur les 518 membres du Parlement européen.

(*) L'auteur était jusqu'au 31 décembre 1989 chef de division à la Commission des Communautés européennes. Celle-ci ne saurait être tenue responsable du contenu de cet article.



siste encore des problèmes politiques : pratique de la démocratie, respect des droits de l'homme, libertés syndicales et, « last but not least », le caractère islamique de la population et donc de l'Etat turc, même si constitutionnellement celui-ci est laïc depuis la fondation de la République par Atatürk en 1923.

II. — Population et emploi

La Turquie est un grand pays, aussi bien en termes de superficie que de population. Avec ses 780 000 km² et ses 50 millions d'habitants en 1985 (10 millions en 1923 mais 70 millions en l'an 2000), elle serait le plus grand Etat de la Communauté (superficie de la France : 554 000 km² ; population de la République fédérale d'Allemagne : 61 millions). Le taux de croissance démographique y est de douze fois celui de la Communauté (2,4 contre 0,2 % par an) et il est peu probable que le taux de natalité (3 % contre 1,2 % pour la CEE) diminue de façon spectaculaire dans la prochaine décennie. Comme le tableau I l'indique, 40 % de la population turque a moins de 15 ans (contre 20 % dans la Communauté).

Tableau I : Population et emploi
1986

	CEE	Turquie
Superficie (1 000 km ²)	2 253,3	780,6
Population (Mio)	322,8	50,7
• dont femmes (%)	51,4	49,3
Densité (hab./km ²)	143	65
Population (moins de 15 ans) (%)	19,1	4,02
Naissances (%)	1,18	3,02
Mariages (%)	0,57	0,36
Décès (%)	1,02	0,94
Mortalité infantile (%)	0,91	9,21
Ménages de 3 enfants et plus (%)	10,4	54,5
Emploi civil (Mio)	122,2	15,6
• dont femmes	38,3 %	17,0 (a)
• dont agricole	8,3 %	55,7 %
• dont industriel	33,3 %	18,1 %
Taux de chômage (1987) (%)	10,8	9,5 à 15,1 (b)

(a) Estimation

(b) Selon les définitions adoptées

Sources : Eurostat, Statistiques de base de la Communauté, Luxembourg, 26^e éd., 1989. SIS, Statistical pocket book of Turkey, Ankara, 1989.

Plus de la moitié de la population active civile est occupée dans l'agriculture (contre 8 % seulement dans la Communauté) et, malgré les mutations rapides attendues, il est peu probable que cette part descende jusqu'à 33 % en l'an 2000. Les personnes employées dans l'industrie représentent près de 20 % de l'emploi total en Turquie et elles sont en croissance rapide ; dans la Communauté, cette part est de 33 % mais elle est en diminution.

Environ un tiers de la population turque vit dans des agglomérations de plus d'un million d'habitants (comme dans la Communauté). Les trois plus grandes villes turques sont :

- Istanbul : 5,8 millions d'habitants,
- Ankara : 3,3 millions d'habitants,
- Ismir : 2,3 millions d'habitants.

La partie européenne de la Turquie compte plus de 7 millions d'habitants.

Il n'existe pas (encore) d'allocations de chômage en Turquie, de sorte que l'on ne dispose pas de statistiques de chômage fiables. Pour 1988, les taux varient de 10 à 15 % selon la définition et les sources (contre 10 % pour la Communauté). Pour éviter que le chômage n'augmente, il faut que l'économie turque croisse de 6 % par an environ pour absorber les demandeurs d'emploi qui augmentent de 3 % par an (la productivité étant également en hausse de l'ordre de 3 % par an).

Le système de sécurité sociale (maladie, accidents de travail, pensions) ne couvre que la moitié de la population turque. Toutes les caisses de sécurité sociale fonctionnent sur un système de capitalisation par des contributions des employés et des employeurs. L'Etat turc n'accorde pas de subsides. Il n'existe pas de système d'allocations pour enfants à charge.

Environ 2,5 millions de personnes de nationalité turque vivent à l'étranger, dont 1,5 million en République fédérale d'Allemagne. Leurs envois de fonds (entre 1,7 et 2,7 milliards \$ par an) constituent une aide précieuse à la balance des paiements. Au cours des dernières années l'émigration d'ouvriers turcs a fortement diminué (40 000 en 1987) et le mouvement s'est largement concentré sur les pays arabes.

Dans la Communauté, la quasi totalité des enfants suivent l'enseignement primaire (jusqu'à l'âge de 12 ans) ; en Turquie ce chiffre se situe autour de 85 %. D'ailleurs, les enfants peuvent être mis au travail légalement à partir de l'âge de 12 ans. Dans la Communauté, environ 85 % des enfants des groupes d'âge considérés (13 à 18 ans) suivent l'enseignement secondaire et 20 % l'enseignement supérieur (universitaire) ; en Turquie, les pourcentages correspondants sont de 40 et 8 % respectivement.

III. — Niveau de vie

La Turquie est un pays peu développé. Par rapport à l'indice 100 pour la Communauté, le PIB par tête, exprimé en standards de pouvoir d'achat, se situait en 1985 à l'indice 34 (le Portugal à 53 et la Grèce à 56). Aux taux de change courants, cet indice se situait à 14 (26 pour le Portugal et 56 pour la Grèce), ce qui reflète également le coût horaire de la main d'œuvre : les salaires turcs sont de 7 à 8 fois inférieurs aux salaires moyens de la Communauté. Malgré l'accroissement de la productivité, ils n'ont guère augmenté au cours des dix dernières années.

Tableau II : Indicateurs de niveau de vie
1985
(par 1 000 habitants)

	CEE	Turquie
Voitures particulières	330 (a)	19
Postes de télévision	333	148
Téléphones	446	45
Médecins	2,5 (a)	0,7
Lits d'hôpitaux	8,9	2,1
Consommation d'électricité (kWh/an par hab.)	4 992	605

(a) estimation

Sources : Eurostat, Statistiques de base de la Communauté, Luxembourg, 26^e éd. 1989.

Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner — voir tableau II — que les indicateurs de niveau de vie habituels soient en Turquie assez inférieurs aux moyennes de la Communauté, les produits de consommation courante (voitures, etc) ayant un prix quasi mondial, qui ne tient pas compte de la parité des pouvoirs d'achats.

Les disparités régionales de revenus sont grandes en Turquie : le revenu moyen dans les grandes villes est de 50 % plus élevé que la moyenne nationale, tandis que dans l'Est de l'Anatolie il est de 33 % inférieur à cette moyenne. La tranche des 20 % plus pauvres de la Turquie ne dispose que de 4 % du PIB.

IV. — Développement économique

Si le niveau de développement de la Turquie est encore assez bas (son PIB total est inférieur à celui du Danemark : 59 Mrds d'ÉCU en 1986 contre 84 pour le Danemark), la croissance économique a été rapide : près de 5,5 % par an durant la période 1980-1988 (contre 2 % dans la Communauté). Tous les grands secteurs de l'économie ont participé à cet essor, mais avant tout l'industrie manufacturière, qui a considérablement augmenté ses exportations.

Les exportations de la Turquie sont passées de 5 % de son PIB en 1980 à plus de 16 % en 1988 et les importations de 12 à 20 %. Cette évolution reflète la politique de libération progressive poursuivie depuis le début de la décennie : ouverture économique sur le monde et privatisation des Entreprises Économiques d'État (EEE) qui représentent encore 40 % de la production manufacturière turque.

En 1980, les produits manufacturés représentaient un tiers des exportations turques ; en 1988 le chiffre dépassait 75 % (dont 40 % de produits textiles, y compris le cuir). Environ 40 % des exportations turques s'orientent vers la CEE. Pour celle-ci les importations en provenance de la Turquie ne représentent cependant que 1 % de ses importations totales.

Deux tiers des importations turques sont des matières premières (dont 25 % de pétrole brut) et près de 30 % des biens d'investissements ; ce qui laisse moins de 10 % aux biens de consommation, montrant ainsi le caractère volontariste du développement économique de la Turquie.

Le secteur agricole turc — voir tableau III — contribue pour 18 % au PIB (3 % dans la Communauté). Malgré sa très basse productivité, il a toujours été en mesure de nourrir sa propre population, voire d'exporter. Les potentialités de production de l'agriculture turque sont énormes, pourvu qu'on puisse trouver les capitaux pour réaliser ou terminer les grands travaux d'irrigation et de canalisation. Le complexe de barrages sur l'Euphrate et le Tigre en cours d'exécution (notamment le barrage Atatürk avec l'irrigation de la plaine d'Urfa dans le Sud-Est) crée des possibilités de développement probablement uniques au monde. De plus, la configuration du territoire et du climat turcs est telle que son agriculture est en mesure de produire aussi bien les produits nordiques (céréales, betteraves, par exemple) que méditerranéens (agrumes, coton, par exemple). A l'heure actuelle, les prix agricoles (garantis) en Turquie sont plus proches des prix mondiaux que des prix d'intervention de la Communauté.

Tableau III : Données micro-économiques

	CEE	Turquie
Part du PIB (1985)		
• production agricole	2,9 %	17,9 %
• production industrielle	38,6 %	36,2 %
Croissance de la production (1988) (a)		
• agricole (1980 = 100)	110,0	175
• industrielle (1980 = 100)	112,5	130
Productivité du travail (1985)		
• agricole	100	10
• industrielle	100	30
• tertiaire	100	32
Exportations en % du PIB		
• 1980	21,2 (b)	5,2
• 1988	21,1 (b)	16,5
Taux de protection à l'importation		
• 1980	2,8 (a)	6,7
• 1988	2,9 (a)	12,2
Recettes touristiques en % du PIB (1986)	1,7	2,1

(a) estimation

(b) y compris le commerce intra-communautaire

Source : CEE, Structure et évolution de l'économie turque (1989).

L'entrée dans la Communauté ne poserait probablement pas de graves problèmes à son industrie textile et du cuir, favorisée par le bas niveau relatif du coût salarial et par sa bonne organisation. D'autres secteurs, par contre, tels la chimie, risquent d'avoir des difficultés. Il faudrait donc procéder aux ajustements nécessaires en vue de renforcer la capacité concurrentielle de l'industrie turque. Dans l'optique de la libéralisation de son économie, ces mesures s'imposent de toute manière, même en dehors de toute hypothèse d'adhésion à la Communauté.

Le programme de privatisation de 51 Entreprises Économiques d'État progresse lentement. En 1988 a été réalisée la vente au public de Teletas, une entreprise d'équipements de télécommunications. En 1989, cinq cimenteries ont été vendues à un groupe français et le service-traiter d'une compagnie aérienne à SAS. La vente de deux grandes firmes, Petkim (pétrochimie) et Sümerbank (textile et chaussures) semble rencontrer quelque opposition.

L'ouverture aux investissements étrangers — notamment japonais — est à souligner. En 1989, ils ont atteint près de 500 millions de \$ et ils sont en progrès constant.

Le potentiel de croissance de l'économie turque est énorme, mais il est peu probable que l'on puisse atteindre le taux de croissance de 7 % par an prévu par le 6^e plan 1990-1994. Pour cela, il faudrait réaliser un taux d'épargne de 30 %.

V. — Équilibres macro-économiques

Jusqu'en 1980, le développement économique de la Turquie s'est effectué de manière autarcique. De nombreuses Entreprises Économiques d'État ont été mises en



place pour accélérer le développement industriel du pays, surtout à partir de 1960. Avec le refus d'adaptation suite à la crise pétrolière de 1973 (de 1973 à 1977, les salaires réels ont augmenté de 32 %) l'économie turque a fait faillite à la fin des années 1970. L'épargne intérieure devenait insuffisante pour financer la politique expansionniste ; elle était remplacée par des emprunts sur les Euromarchés, mais en 1977 le service de la dette extérieure ne pouvait plus être assuré, ce qui a entraîné une grave crise de la balance des paiements et une récession économique généralisée. En 1977, le déficit de la balance courante avait atteint 6 % du PNB et le déficit des EEE 7 % du PNB.

Tableau IV : Données macro-économiques

	CEE	Turquie
Croissance PIB 1980 - 88 (par an)	2,0 %	5,4 %
Croissance de l'emploi 1980 - 88 (par an)	0,4 %	2,6 %
Taux d'investissement 1988	20,0 %	24,5 %
Taux d'inflation 1988	3,6 %	75,0 %
BFAP* 1988	-3,6 %	-7,0 %
Balance courante 1988	+ 0,3 %	+ 2,0 %

* BFAP = besoin de financement des administrations publiques
Source : CEE, Structure et évolution de l'économie turque (1989).

L'aide du FMI et du consortium de l'OCDE a permis dès 1980 le rééchelonnement de la dette extérieure. En même temps, un plan de stabilisation et d'ajustement structurel a été mis en route.

La livre turque fut dévaluée de 33 % par rapport au dollar et un système de taux de change flottants mais contrôlés mis en place. Pendant plusieurs années, la Banque centrale a exercé une politique de dépréciation délibérée de la livre turque (de l'ordre de 6 % par an). Depuis l'été 1988, le solde positif de la balance courante aidant, il a été mis fin à cette politique : la valeur de la livre turque est déterminée en fait par l'offre et la demande sur le marché. Il en est résulté une appréciation de la livre turque tout au long de 1989. La monnaie turque est devenue quasi convertible.

La politique monétaire intérieure restrictive s'est appuyée principalement sur les instruments des taux de réserve et de liquidité et d'une politique de taux d'intérêt réaliste afin d'attirer l'épargne qui sert d'ailleurs pour l'essentiel mais indirectement à financer le déficit public.

L'obligation légale pour la Banque Centrale de financer à raison de 10 % le déficit public rend sa position particulièrement vulnérable. Son emprise sur les agrégats monétaires s'en trouve d'autant plus réduite qu'il n'existe pas en Turquie la possibilité d'utiliser le taux d'escompte comme instrument d'offre de monnaie, l'économie turque étant très largement une « cash-economie ».

Les salaires réels — qui avaient diminué de 40 % de 1978 à 1980 — sont restés stables de 1980 à 1987, permettant un accroissement de la productivité du travail de 3,5 % par an.

La libéralisation des prix a eu également des effets bénéfiques sur l'économie turque, mais les EEE n'ont pas tou-

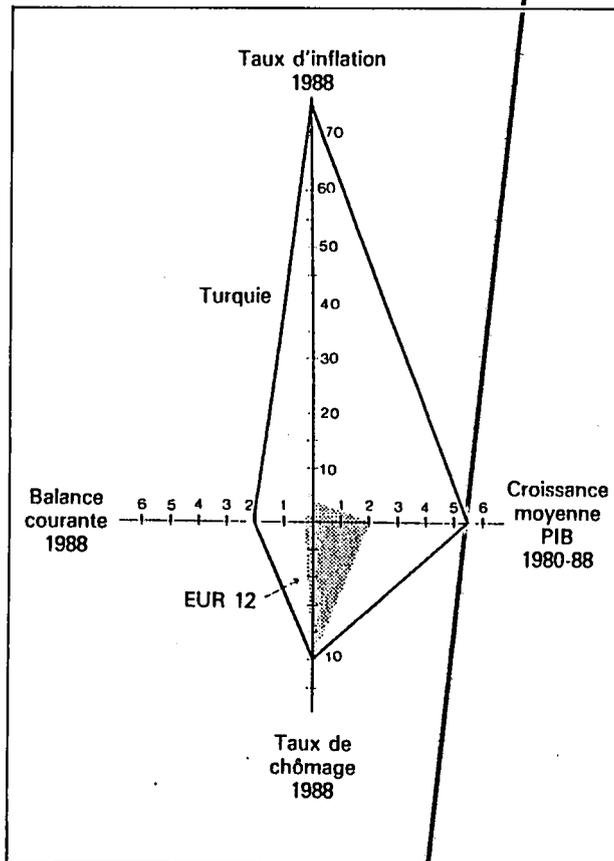
jours été en mesure de poursuivre une politique réaliste de prix de vente. Elles enregistrent un déficit chronique.

Malgré les efforts entrepris, le déficit public reste élevé (10 % du PNB en 1980 ; 7 % en 1988). Les dépenses publiques et le déficit des EEE semblent difficiles à comprimer et les recettes fiscales ne progressent guère malgré les améliorations de collecte introduites. On constate cependant qu'une partie croissante de ce déficit est financée par des emprunts intérieurs (62 % en 1988).

Ainsi la dette extérieure de la Turquie peut se stabiliser autour de 40 milliards de \$ soit environ 55 % de son PNB, situant ainsi le service de la dette en dessous de 10 % du PNB et de 60 % des exportations de marchandises. C'est d'ailleurs la bonne performance des exportations, combinée avec les rentrées des touristes et des travailleurs turcs à l'étranger qui a permis à la Turquie de devenir un bailleur de fonds crédible sur le marché international des capitaux.

Le point noir dans les agrégats macro-économiques est celui de l'inflation : 75 % en 1988 et probablement 70 % en 1989. Seule une plus grande discipline dans la collecte fiscale et une compression des dépenses publiques (et du déficit des EEE) peut apporter une solution durable à ce problème (voir tableau IV et graphique I).

GRAPHIQUE 1 : Équilibres macro-économiques



Conclusions

La performance de l'économie turque basée sur la libéralisation du commerce et la croissance spectaculaire des exportations est impressionnante. L'Etat turc est actuellement à même d'emprunter sans problème sur le marché international des capitaux. Les potentialités de développement sont énormes tant dans le domaine agricole qu'industriel.

Il convient cependant de nuancer quelque peu ce jugement optimiste :

— s'il est vrai que les restrictions quantitatives à l'importation ont été remplacées par des droits de douane, et que ceux-ci ont été abaissés, surtout dans le courant de l'année 1989, il faut souligner que — suite notamment aux prélèvements en faveur de Fonds spéciaux — le taux de protection moyen à l'importation a été en augmentation constante de 1981 à 1988 (de 6,7 à 12,2 % de la valeur c.a.f. des importations) ;

— les subsides et exemptions fiscaux à l'exportation ont été progressivement abolis et/ou réduits ; il n'en reste pas moins qu'en moyenne les exportations bénéficiaient en 1988 encore d'une subvention de 8 % ;

— les exportations turques sont vulnérables parce que largement concentrées sur quelques secteurs à haute

intensité de main d'œuvre (textile, habillement, cuir), soit environ 55 % du total, ce qui correspond au chiffre moyen des pays en voie de développement ; la Turquie n'a pas encore diversifié ses exportations, même pas dans la gamme des produits à haute intensité de main d'œuvre ;

— le programme de privatisation des Entreprises Economiques d'Etat progresse trop lentement ; c'est un facteur d'inefficacité de l'économie turque qui risque de peser lourdement sur sa capacité concurrentielle dans un environnement international.

En dehors de toute considération d'ordre politique, il reste donc de sérieux efforts à faire pour parfaire l'ajustement structurel (efficacité micro-économique) en même temps que la stabilisation macro-économique (réduction du taux d'inflation) en vue d'une croissance économique soutenue et équilibrée. Le solde positif de la balance courante atteint en 1988 pourrait s'avérer fragile si la politique économique qui s'impose venait à faire défaut.

L'avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la Turquie ne contient pas de calcul coût-bénéfice. On peut penser cependant que la Communauté devrait à nouveau doubler la dotation de ses Fonds structurels (de 15 à 30 milliards d'ÉCU par an), mais qu'en même temps toutes les parties concernées bénéficieraient des effets d'intégration. Pour la Communauté un marché de 70 millions d'habitants avec un pouvoir d'achat encore réduit mais en expansion n'est pas négligeable.



Présentation des organisateurs de la journée CEDECE

L'objectif de la journée d'étude du 26 mai 1989 était vaste, en raison de l'ampleur des enjeux en cause, et ambitieux, puisque la modification des réglementations existantes demeure encore à l'ordre du jour à l'heure présente. Elle impose du reste, de lire les lignes qui suivent en les datant du début de l'été 1989. D'où l'intérêt d'utiliser les méthodes de travail caractérisant la CEDECE, comme le rappelait son président Jacques Bourrinet dans son allocution d'ouverture : associer les compétences, celles d'universitaires et de fonctionnaires, fédérer les moyens, ceux des équipes de recherche de la CEDECE.

Autour des équipes organisatrices de l'université de Toulouse et de l'université de Pau, juristes et économistes aixois, bordelais, grenoblois, lillois, parisiens et strasbourgeois ont donc uni leurs efforts à ceux de hauts fonctionnaires de la Communauté pour faire l'inventaire d'un dossier crucial pour la réussite du Marché unique. Les organisateurs de cette journée les en remercient autant que la Revue du Marché commun qui a accepté de se faire l'écho de ces travaux.

Christian HEN

Maître de conférences à l'université
des sciences sociales de Toulouse.

Henri LABAYLE

Professeur à l'université de Pau
et des Pays de l'Adour.

Avant-propos du Président de la CEDECE

Les travaux qui suivent reproduisent les actes de la journée nationale d'étude organisée le 26 mai 1989 à Toulouse par la Commission pour l'Étude des Communautés Européennes (CEDECE) avec le concours de l'université des sciences sociales de Toulouse et de la faculté de droit et de sciences économiques de Pau.

Le principe de ces journées nationales d'étude consiste en un exercice thématique sur un problème communautaire d'actualité regroupant les contributions des universitaires de la CEDECE, des représentants des Institutions européennes et la participation des milieux socio-professionnels concernés.

Après les journées consacrées à la Convention de Lomé III (Bordeaux, 1985), aux conditions d'achèvement du marché intérieur européen (Grenoble, 1987), à l'Europe du transport aérien (Paris, 1987), à l'étude des distorsions de concurrence dans le secteur agricole (Tours, 1987), à l'enseignement supérieur et la dimension européenne (Lyon, 1988), la CEDECE avait retenu le thème « Les marchés publics et la Communauté européenne ».

Le choix de ce sujet s'explique par l'impact relativement important des marchés publics sur les économies des Etats membres et la situation paradoxale qui perdure dans ce secteur : trente ans d'un marché prétendu « commun » ne semblent pas avoir sensiblement affecté la tendance marquée, voire obsessionnelle, qu'ont les pouvoirs publics et les organisations qui en dépendent à acheter « national » et ceci en dépit des dispositions du Traité de Rome en la matière et des directives adoptées.

Le maintien du morcellement national de la plupart des marchés publics dans la Communauté entraîne une réduction sensible de la concurrence au niveau de l'offre, un grossissement artificiel du volume des dépenses publiques et une inefficacité de certaines structures industrielles de plus en plus menacées par la concurrence extérieure. Autant de blocages qui apparaissent peu compatibles avec les perspectives de l'espace économique sans frontière annoncé pour 1993.

Les organisateurs et les membres de la CEDECE expriment leur reconnaissance à la Revue du Marché Commun pour avoir accepté, une nouvelle fois, de publier leurs travaux.

Jacques BOURRINET

Professeur à l'université d'Aix-Marseille III

L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS À LA CONCURRENCE COMMUNAUTAIRE

Chantal BRUETSCHY*

*Direction générale du Marché intérieur
et des Affaires industrielles
Commission des Communautés européennes*

1. Dans son livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur publié en juin 1985, la Commission des Communautés européennes a prévu près de trois cents législations visant à abolir les obstacles à la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux et créer un vaste marché unifié d'ici à 1992. Parmi les priorités de ce programme figure notamment l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire.

2. Le poids des marchés publics dans l'économie européenne est considérable ; ceux-ci représentent si l'on inclut les achats des administrations et des entreprises publiques, une valeur de 400 milliards d'ÉCU par an, soit environ 15 % du PIB de la Communauté. Or ce vaste secteur de l'économie est fragmenté pour des raisons qui tiennent notamment à l'influence qu'exercent les pouvoirs publics sur les acheteurs concernés pour « acheter national » ; en effet, la pénétration des importations relatives à ce secteur est inférieure à 4 % alors qu'elle se situe entre 20 et 40 % pour l'ensemble de l'économie. L'absence d'une véritable concurrence à l'échelle communautaire et l'étroitesse des marchés nationaux qui en découle mettent un frein à la mise en place de structures compétitives tant sur le plan européen que mondial. Les mesures proposées pour l'ouverture ont pour objectif final d'élargir les débouchés des entreprises européennes et de conduire à une meilleure efficacité économique de ces marchés.

3. Les Chefs d'Etats et de Gouvernements ont démontré leur engagement vis-à-vis de l'Europe de 1992 en rappelant à plusieurs reprises, lors des Conseils européens, la nécessité de rendre les marchés passés par leurs propres administrations plus transparents et compétitifs.

4. Compte tenu de l'enjeu tant politique qu'économique, la Commission a proposé des actions qui se développent sur trois fronts. Il s'agit tout d'abord de renforcer la législation qui est en vigueur depuis plus de dix ans mais qui n'a pas donné les effets escomptés sur l'ouverture des marchés. Ensuite il est nécessaire de légiférer quatre secteurs qui ont été jusqu'ici exclus de la législation en vigueur : ces secteurs sont ceux de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (1). Enfin, il est nécessaire de s'assurer que ces règles sont appliquées par tous les Etats membres et de mettre en place des procédures de contrôle et des mesures de redressement.

5. D'une manière générale, les mesures communautaires en matière de marchés publics visent à créer les conditions nécessaires à la libre circulation des biens et services au sein de la Communauté économique européenne et d'offrir aux acheteurs et aux vendeurs les avantages d'un marché élargi ; elles n'ont pas pour objectif d'harmoniser l'ensemble des dispositions nationales en la matière, mais d'instaurer un minimum de règles communes de publicité et de transparence des procédures d'attribution des marchés de fournitures de travaux.

(*) Le présent article n'engage que son auteur.

(1) Seuls les marchés de fournitures ont été, exclus en ce qui concerne le secteur des télécommunications.



6. Deux directives ont été adoptées il y a plus de dix ans ; l'une concernait les marchés publics de travaux supérieurs à 1 million d'ÉCU (2), l'autre les marchés publics de fournitures supérieurs à 200 000 ÉCU (3) et passés par les autorités centrales, régionales et locales ainsi que certaines personnes morales de droit public.

7. Ces directives ont notamment pour objet d'imposer la publication d'un avis de marché ou d'un appel à la candidature dans le Journal Officiel des Communautés européennes, d'énoncer des règles communes de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs et d'attribution des marchés et de fixer les conditions d'utilisation des procédures ouverte, restreinte ou négociée (4).

8. L'impact de ces textes sur le cloisonnement des marchés a été très limité ; les textes communautaires ont en effet été dans de nombreux cas transposés de manière incomplète en droit national et les dispositions visant à la transparence des informations étaient quasi-inexistantes. De plus les délais imposés étaient trop courts pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de soumissionner à temps.

9. A la lumière de ces lacunes, la Commission a transmis au Conseil deux propositions modifiant ces directives. La directive modifiée visant les marchés de fournitures a été adoptée par le Conseil en mars 1988 (5) et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Le Conseil a arrêté une position commune en matière de marchés publics de travaux en novembre 1988. L'adoption finale est escomptée pour le mois de juillet 1989 (6).

10. Les modifications qui ont été portées à la directive « fournitures » ont pour objet de :

— rallonger les délais de soumission des offres afin de pallier aux inconvénients liés à l'éloignement des fournisseurs ;

— de considérer la procédure ouverte comme règle de base et de n'utiliser les procédures restreintes et négociées que dans des cas limitativement prévus ;

— d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à décrire les spécifications techniques par référence aux normes européennes pour permettre à un nombre accru de fournisseurs de répondre aux exigences techniques ;

— d'imposer la publication périodique d'un programme d'achat global annuel, afin de susciter à temps l'intérêt de fournisseurs potentiels.

(2) JOCE n° L. 185 du 16.8.1971.

(3) JOCE n° L. 13 du 15.1.1977.

(4) *Procédure ouverte* : tous les fournisseurs ou les entrepreneurs intéressés peuvent présenter une offre. *Procédure restreinte* : seuls les fournisseurs ou entrepreneurs invités par les entités adjudicatrices peuvent présenter une offre. *Procédure négociée* : l'entité adjudicatrice négocie les conditions du marché avec le ou les fournisseur(s) ou entrepreneurs qu'elle a sélectionné(s) (avec ou sans appel préalable à la concurrence).

(5) JOCE L. 127 du 20.5.1988.

(6) JOCE L. 210 du 21.7.1989.

11. Les améliorations portées à la directive « travaux » sont similaires à celles mentionnées pour la directive « fournitures ». Compte tenu du caractère complexe des marchés de travaux les pouvoirs adjudicateurs ont le libre choix entre la procédure ouverte et la procédure restreinte. Lorsque dans le cas des procédures restreintes ils prévoient une fourchette à l'intérieur de laquelle se situera le nombre d'entreprises qu'ils envisagent d'imiter, ils ont l'obligation de consulter au minimum 5 entrepreneurs afin d'éviter la pratique du « numerus clausus ». Le champ d'application a été élargi pour couvrir les marchés de travaux d'intérêt général financés à plus de 50 % par les pouvoirs adjudicateurs mais passés par des organismes autres qu'eux-mêmes. Les règles de publicité s'appliquent également aux marchés de concession de travaux publics. Par ailleurs, le seuil d'application a été porté à 5 millions d'ÉCU.

12. Le renforcement des règles existantes, aussi efficace soit-il ne permettra pas d'atteindre un résultat satisfaisant tant que des secteurs aussi importants que les télécommunications, l'eau, l'énergie et les transports en sont exclus.

13. Il convient de signaler que les raisons invoquées pour exclure ces secteurs lors de l'adoption des directives « travaux » et « fournitures » en 1971 et 1977 tenaient notamment aux différences de statut juridique des entités opérant dans ces secteurs et les Etats membres et à la nécessité de les traiter sur un pied d'égalité.

14. Conformément au programme du Livre Blanc la Commission des Communautés européennes a comblé cette lacune en transmettant en octobre 1988 au Conseil, au Parlement et au Comité Economique et social deux propositions de directives visant les procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie et des transports (7) et dans le secteur des télécommunications (8). La Commission a accepté la demande du Parlement de fusionner les deux textes et transmettra au Conseil une proposition modifiée unique couvrant les quatre secteurs dans le courant du mois d'août 1989 (9). Le régime proposé traite sur un pied d'égalité des entités qui opèrent dans des conditions objectivement similaires indépendamment de leur statut public ou privé. Ainsi, sont visées les entités, privées ou publiques, qui, du fait de l'octroi par les pouvoirs publics de droits spéciaux ou exclusifs sont susceptibles, lors de l'attribution des marchés, d'être influencées, dans leur politique d'achat, par des pressions politiques à « acheter national ». Le régime proposé s'applique aux entités qui exploitent une situation de monopole ou opèrent dans un marché où l'accès des concurrents est fortement limité. Les activités concernées sont celles de l'approvisionnement en eau potable, électricité, gaz, chaleur, des transports publics par chemins de fer ou bus, les services de télécommunications, les ports et aéroports, la production de gaz, pétrole et charbon.

15. Compte tenu du caractère industriel ou commercial de la majorité des entités concernées, la Commission s'est souciée d'instaurer des règles suffisamment flexibles

(7) JOCE C. 319 du 12.12.1988.

(8) JOCE C. 40 du 17.2.1989.

(9) JOCE C. 264 du 16.10.1989.

pour leur permettre de passer leurs marchés de manière efficace et conforme à leurs objectifs.

16. Le régime proposé est innovateur sur plusieurs plans. Tout d'abord, les entités adjudicatrices peuvent choisir librement entre les procédures ouvertes, restreintes, négociées avec appel préalable à la concurrence. Seul le recours au « gré à gré » (c'est-à-dire la procédure négociée sans appel à la concurrence) est soumis à des conditions strictes d'utilisation. De même en ce qui concerne les moyens de mise en concurrence, un choix assez large est laissé aux organismes acheteurs ; ceux-ci peuvent en effet publier un avis de marché au Journal officiel des communautés européennes similaire à celui imposé par les directives existantes ; ils peuvent également utiliser l'avis périodique annuel comme un moyen d'appel à la concurrence lorsque le marché correspond aux informations publiées et à condition que le fournisseur qui ont manifesté leur intérêt soient invités à présenter une offre ; la troisième formule autorise les entités à établir leur propre régime de qualification de fournisseurs ou d'entrepreneurs moyennant le respect de règles minimales de transparence et de non-discrimination.

17. Quant aux spécifications techniques, la proposition prévoit, tout comme la directive « fournitures », l'obligation de faire référence aux normes européennes lorsqu'elles existent.

18. Les seuils applicables sont fixés à 200 000 ÉCU pour les marchés de fournitures et 5 millions d'ÉCU pour les marchés de travaux, et correspondent respectivement à ceux de la directive « fournitures » et de la position commune sur les marchés de travaux.

19. La France, qui assurera la Présidence durant le second semestre 1989, a fait savoir qu'elle accordera une priorité absolue à ce dossier et que tous ses efforts tendront à obtenir une position commune avant la fin 1989.

20. La Commission envisage de proposer une directive visant les marchés de services (autres que les travaux couverts par la directive existante) avant la fin de l'année. Cette proposition couvrira les marchés de services d'ingénierie et d'architecture ainsi que tous les services susceptibles de faire l'objet d'une concurrence à l'échelle communautaire.

21. Il importe de signaler que les directives existantes « travaux » et « fournitures » et la proposition « secteurs exclus » ne comportent pas de dispositions visant à garantir leur application. Or, les moyens existants au niveau national sont souvent inefficaces ou insuffisants et ne permettent pas de veiller au respect des dispositions communautaires, et tout particulièrement lorsque la violation de ces dispositions a lieu avant l'attribution des marchés.

22. La Commission a proposé en juillet 1987 (10) une directive visant à garantir les entreprises lésées par une décision illégale d'un acheteur public, de bénéficier de moyens judiciaires ou administratifs efficaces dans tous les Etats membres contre une telle décision. La proposition de juillet 1987 prévoit en outre une procédure permettant à la Commission de suspendre une procédure de passation de marché pour une durée maximale de 3 mois

lorsqu'elle constate un cas d'infraction clair et manifeste du droit communautaire.

23. Les Etats membres se sont tous opposés au pouvoir d'intervention de la Commission, mais ont marqué leur accord quant à la nécessité d'améliorer les mécanismes de contrôle et d'instaurer des moyens de recours efficaces dans tous les Etats membres. Une position commune (11) est d'ailleurs escomptée pour le mois de juillet et l'adoption finale pour la fin 1989. Cette directive revêt une importance primordiale car elle est perçue par les Etats membres comme une garantie d'ouverture véritable des marchés dans l'ensemble de la Communauté. Elle ne vise cependant que les marchés couverts par les directives existantes. Certains Etats membres ont d'ailleurs demandé que des mesures similaires soient proposées pour les marchés visés par la proposition « secteurs exclus » et la Commission s'est engagée à transmettre au Conseil une proposition qui soit adaptée aux spécificités de ces secteurs.

24. Parallèlement à ces actions purement législatives, la Commission a décidé de renforcer le contrôle de l'application des directives existantes et de subordonner ces demandes de fond ou de prêt au respect des règles communautaires en matière de marchés publics ; de plus, une préférence est dorénavant accordée aux demandes formulées par les entités opérant dans les « secteurs exclus » et qui s'engagent à publier volontairement un avis d'appel d'offre au Journal Officiel des Communautés Européennes.

25. La réussite de l'ouverture des marchés publics dépend non seulement de l'application des règles par les entités adjudicatrices mais également du degré de participation de fournisseurs présents sur le marché. Soucieuse que la mise en œuvre du marché intérieur dans le domaine des achats publics tienne pleinement compte de la cohésion économique et sociale stipulée aux articles 130 (A) et 130 (B) du Traité, la Commission examinera les actions possibles pour faciliter la participation aux marchés publics des petites entreprises, ou des entreprises installées dans les régions moins développées de la Communauté (12).

26. Enfin, il convient de remarquer que l'ouverture des marchés publics au sein de la Communauté ne peut être dissociée du contexte international. Il s'agit en effet de s'assurer que la libéralisation des marchés sur le plan interne ne conduise à des concessions unilatérales au profit de pays tiers, sans que ceux-ci n'offrent aux entreprises européennes des garanties égales d'accès à leurs marchés. C'est ainsi que la Communauté participe activement aux travaux relatifs au « Code sur les marchés publics » du GATT (13) et qu'elle a engagé, à leur demande, des discussions exploratoires avec les pays de l'AELE. Le code GATT vise exclusivement les marchés de fournitures supérieurs à 130 000 DTS (14) et passés par les autorités centrales ; les discussions en cours portent sur l'extension éventuelle de ce code aux autorités régionales et locales,

(11) Arrêtée le 24.7.1989.

(12) Communication de la Commission sur les aspects sociaux et régionaux des marchés publics parue le 24.7.89 sous le numéro COM (89) 400.

(13) JOCE L. 71 du 17.3.80 et JOCE L. 345 du 9.12.87.

(14) Environ 130 000 ÉCU.

(10) JOCE N° C. 36 du 20.8.1987.



aux entités opérant dans les secteurs dits « exclus » ainsi qu'aux marchés de travaux et de services.

27. Sans un régime communautaire de passation des marchés publics, les industriels et acheteurs concernés affaiblissent leur compétitivité sur le plan mondial et se privent de tous les atouts d'un marché de 320 millions d'habitants. Dans le domaine des télécommunications, nous savons que les européens ont dépensé plus de 7 milliards de dollars (US) pour développer huit systèmes de communication différents alors que les américains se sont limités à deux systèmes pour 3 milliards de dollars. Dans ces circonstances, la position concurrentielle de l'Europe

est considérablement affaiblie par rapport à ses concurrents.

28. Au fur et à mesure que l'Europe des marchés publics progresse et fait supprimer les principales entraves au libre jeu de la concurrence, il appartient de plus en plus aux acteurs économiques de poursuivre cette construction européenne et de saisir les chances qu'elle leur offre. Élargissement des débouchés, concertation et progrès techniques, économies d'échelle, perspectives nouvelles de coopération, amélioration de la compétitivité sur le plan mondial, sont autant d'éléments positifs attendus de l'ouverture des marchés publics.

LA COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

Directive du Conseil
du 18 juillet 1989 modifiant
la directive 71/305/CEE

Vlad CONSTANTINESCO

*Professeur à l'université Robert Schuman de
Strasbourg et au Collège d'Europe de Bruges.*

Très attendue, cette directive vient poursuivre et compléter le mouvement qui s'est engagé depuis le Livre Blanc de la Commission, et qui vise à mieux faire appréhender par le droit communautaire le vaste domaine des marchés publics passés à l'intérieur des Etats membres. A l'inverse de ce qui s'était produit pour les premières directives (1971, marchés publics de travaux ; 1976, marchés de fournitures), le Conseil a cette fois-ci d'abord statué sur les marchés de fournitures (1988) avant de légiférer sur les marchés de travaux publics. Ainsi, à quelques mois de distance, la procédure de coopération a-t-elle trouvé à nouveau à s'appliquer, en soulevant d'ailleurs des difficultés comparables à celles qui avaient marqué le cheminement de la directive « fournitures » (1).

Comme cette dernière, la directive du 18 juillet 1989 vient amender le texte de la première directive de 1971, et ne s'y substitue pas. On peut le regretter pour la commodité des futurs utilisateurs, puisqu'il leur faudra confronter deux textes, le second abrogeant, modifiant ou ajoutant au premier. Les techniques de la codification législative (2) n'auraient-elles pas dû conduire à une refonte complète ? Plus généralement, ne conviendrait-il pas, le moment venu, d'élaborer une sorte de « code communautaire des marchés publics » de façon à mieux faire percevoir la cohérence et l'ampleur de la tâche entreprise par les institutions communautaires ? (3).

Participant de ce vaste mouvement de refonte et d'extension, la directive « marchés publics de travaux » du 18 juillet 1989 vise avant tout à mieux appréhender — pour les éliminer — les multiples cloisonnements nationaux que les textes précédents n'avaient pu vaincre de manière satisfaisante. C'est donc une volonté d'efficacité qui a guidé la Commission, le Parlement et le Conseil tout au long de la procédure de coopération que le choix de l'article 100 A comme base juridique de la proposition de la Commission imposait. Il est vrai que la conception de chacune des trois institutions quant à l'efficacité du nouveau dispositif a pu, parfois, ne pas exactement concorder.

Il est possible de donner une brève analyse des dispositions de ce texte en mettant en relief ses aspects principaux : la volonté de mieux définir le champ d'application du droit communautaire des marchés publics de travaux (I), la volonté d'en améliorer les procédures de passation (II) et, enfin, le souci d'élargir la transparence des procédures d'attribution des marchés (III).

I. La volonté de mieux définir le champ d'application du droit communautaire des marchés publics de travaux se manifeste à de multiples égards. En premier lieu, la notion même de « marché de travaux publics » fait l'objet d'une définition probablement plus pertinente que par le passé (A). En second lieu, la définition des pouvoirs adjudicateurs marque quelques progrès par rapport au texte antérieur (B). Enfin, le texte de la directive envisage aussi les marchés de travaux que la puissance publique est amenée à subventionner (C).

(1) V. l'article de MM. HEN et GUILLERMIN, cette Revue, p. 637

(2) G. ISAAC, la codification du droit communautaire, RTDE 1977, p. 79.

(3) Le « Vade-mecum sur les marchés publics de la Communauté », JOCE n° C358 du 31 décembre 1987 a rempli une très utile fonction en rassemblant les analyses et les commentaires des directives « marchés publics ». Il s'agissait d'une édition provisoire (p. 1). Une édition définitive gagnerait à comporter la reproduction des textes en vigueur présentés de façon synoptique et unitaire.



A — La définition des marchés publics de travaux telle qu'elle résultait de l'art. 1^{er} a) de la Directive de 1971 était la suivante :

« Les "marchés publics de travaux" sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un entrepreneur — personne physique ou morale — d'une part et d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini sous b) qui ont pour objet l'une des activités visées à l'art. 2 de la directive du Conseil du 26 juillet 1971 (...) ».

Le texte de 1989 apporte une certaine amélioration à cette rédaction :

Il s'agit en effet comme le précise l'exposé des motifs de : « tenir compte, notamment des nouvelles formes contractuelles d'attribution de marchés et d'introduire des critères visant à définir l'ensemble des entités soumises aux règles de la directive 71/305/CEE ». Ce souci apparaît dans la nouvelle rédaction de l'art. 1^{er} a) où l'accent est mis sur le fait que les marchés publics de travaux pourront avoir pour objet non seulement l'exécution, mais aussi — et conjointement — l'exécution et la conception de travaux. Ces travaux devront être relatifs à l'une des activités énumérées par l'annexe II de la directive, c'est-à-dire la classe 50 de la Nomenclature générale des activités économiques dans la CEE, soit les activités qui relèvent du bâtiment et du génie civil. De plus, l'art. 1^{er} a) de la directive du 18 juillet 1989 renvoie à son point c) dans lequel est défini l'ouvrage qui peut être également l'un des objets des marchés publics de travaux :

« On entend par ouvrage, le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Enfin, l'art. 1^{er} a) précise, *in fine*, que l'objet des marchés publics de travaux pourra également être de « faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ».

Cet effort de définition, qui appréhende la notion de marchés publics de travaux grâce à une triple approche : matérielle, fonctionnelle et volontariste, vise évidemment à couvrir de façon large le champ d'application de la directive en rendant difficile son contournement. Toutefois, cette définition ne serait pas complète si la Directive ne fixait pas un seuil à son application. Les prescriptions communautaires n'ont pas en effet vocation à se substituer aux règles nationales et à s'appliquer à l'ensemble des marchés publics conclus dans chacun des Etats membres. Il s'agit d'appréhender, par le droit communautaire, les restrictions à la concurrence qui seraient susceptibles d'affecter de façon significative le marché intérieur par l'intermédiaire d'une absence d'ouverture à la concurrence des procédures de passation des marchés publics de travaux. Fixé à 1 million d'Ecu dès 1971, le seuil à partir duquel les marchés publics de travaux seront soumis aux dispositions de la nouvelle directive est élevé à 5 millions d'Ecu ; compte tenu, indique l'exposé des motifs « de l'augmentation des coûts de la construction et de l'intérêt pour les petites et moyennes entreprises de participer à des marchés d'importance moyenne ».

La directive prévoit aussi le cas des ouvrages répartis en plusieurs lots, dont chacun fait l'objet d'un marché différent. Lorsque la valeur cumulée des lots dépasse le chiffre de 5 millions d'Ecu, la directive s'applique en principe à chacun des lots. Toutefois, l'art. 4 bis al. 3 indique :

« les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'application du § 1 (celui qui indique que la directive s'applique aux marchés dont le montant égale ou dépasse 5 millions d'Ecu) pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1 million d'Ecu, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée des lots ».

Il faut ajouter que la directive interdit que les marchés ou ouvrages soient scindés dans le but de se soustraire à son application. Mais le contrôle de cette disposition risque d'être aussi délicat que celui de la disposition analogue qui existait déjà dans la directive de 1971 et dont l'application avait souvent semble-t-il été esquivée par la scission des marchés ou des ouvrages en lots (4) de valeur inférieure au seuil prévu.

B — La définition des « pouvoirs adjudicateurs » a, elle aussi, connu des précisions. Dans la rédaction de 1971, l'Etat, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit privé énumérées dans l'annexe I formaient les « pouvoirs adjudicateurs » au sens de la directive. Il est apparu nécessaire, par la nouvelle directive, de donner un contenu plus ample à la notion de « pouvoirs adjudicateurs ». Aini, l'art. 1 b) indique que relèvent de cette notion, outre l'Etat et les collectivités territoriales, les « organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public ». Le texte donne aussi une définition assez complète de ce que sont ces « organismes de droit public » : il s'agit d'un « organisme » :

« créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et doté d'une personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composée de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

Une liste de ces organismes figure à l'annexe I de la Directive ; elle devra être à jour et les Etats membres sont tenus de notifier à la Commission les changements intervenus dans leurs listes nationales respectives (5). Par exemple, pour la France : en 1971 étaient cités comme personnes morales de droit public et donc avaient la qualité de pouvoir adjudicateur, « les autres établissements publics à caractère administratif à l'échelon national, départemental ou local » tandis qu'en 1989 sont introduits en plus les établissements publics à caractère administratif à l'échelon régional, et « les universités, établissements publics à caractère scientifique et culturel et autres établissements définis par la loi d'orientation de l'enseignement supérieur n° 68-978 du 12 novembre 1968 » (Sic !).

(4) L'Achèvement du marché intérieur. Livre Blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, Juin 1985, p. 23. Sur la relative inefficacité de la directive de 1971 cf. V. HIRSCH, Objectif 1992 : le dossier test des marchés publics, RMC 1988 p. 1.

(5) Selon l'art. 30 ter de la directive, il appartient à la Commission, après avis du Comité consultatif pour les marchés publics de modifier cette Annexe I en fonction des modifications signalées par des Etats membres.

C — La question des financements accordés par la puissance publique à certains marchés de travaux a fait l'objet d'amendements présentés par le Parlement à la position commune du Conseil. Celle-ci avait retenu une notion moins précise, mais plus restrictive, celle de « marché d'infrastructure poursuivant un but d'intérêt général ». Le Conseil estimait en effet que les Etats membres n'étaient tenus de faire respecter la directive que par les pouvoirs adjudicateurs lorsque ceux-ci subventionnaient *directement* et à plus de 50 % un *marché d'infrastructure poursuivant un but d'intérêt général*. En deuxième lecture, le Parlement avait proposé un amendement donnant une définition plus large de la notion de financement et avait aussi proposé de renoncer aux conditions restrictives arrêtées par le Conseil.

La revendication du Parlement a été entendue par le Conseil puisque l'art. 1^{er} bis de la directive se lit désormais ainsi :

« Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent *directement* à plus de 50 % un marché de travaux passé par une entité autre qu'eux-mêmes ».

II. Une volonté d'élargir les procédures de passation des marchés publics de travaux : Dans la directive de 1971, l'on avait distingué les procédures ouvertes et les procédures restreintes, et il était prévu un certain nombre d'exceptions, pour lesquelles les pouvoirs adjudicateurs étaient autorisés à passer des marchés de travaux sans appliquer les dispositions de la directive. La directive de 1989 modifie la façon d'aborder les modes de passation des marchés de travaux. En effet, à côté des procédures « ouvertes » et « fermées », qui subsistent, est introduite une troisième procédure, la procédure dite « négociée » que la directive définit comme suit :

« les procédures négociées sont les procédures nationales dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les entrepreneurs de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ».

Les auteurs de la nouvelle directive ont entendu, là aussi, lutter contre certaines pratiques « d'évasion » des pouvoirs adjudicateurs qui par le choix des procédés de gré à gré, esquivent l'application des dispositions communautaires. Ils ont, cette fois-ci, inséré une nouvelle procédure, la procédure négociée, qui donne évidemment moins de garanties que les autres que des facteurs tenant à la nationalité des soumissionnaires ne seront pas déterminants dans l'attribution du marché, mais qui, elle aussi, se trouve soumise aux dispositions de la directive. Cependant, cette procédure négociée devrait demeurer exceptionnelle ainsi qu'en témoigne la rédaction du nouvel article 5 de la directive : cette disposition énumère les cas — de façon limitative — où les pouvoirs adjudicateurs pourront recourir à la procédure négociée. Ces cas répondent à deux types de situations : soit le pouvoir adjudicateur a publié un avis d'adjudication et a procédé à une sélection des candidats, soit, il n'est pas tenu de publier préalablement un avis d'adjudication. Dans la première situation, trois cas sont énumérés par la directive (art. 5.2 a) b) c) :

- en présence d'offres irrégulières ou de dépôt de soumissions inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec le titre IV de la directive visant les règles communes de participation.

- Pour les travaux réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation.

- Dans des cas exceptionnels où les travaux dont il s'agit ne permettent pas par leur nature ou leurs aléas une fixation globale et préalable du prix.

Dans le second cas (c'est-à-dire le cas où le pouvoir adjudicateur pourrait ne pas publier un avis préalable d'adjudication), la directive (art. 53a) à e)) énumère les hypothèses de recours licite à la procédure négociée :

- aucune soumission (ou soumission appropriée) n'a été faite en réponse à une procédure ouverte ou restreinte : dans ce cas, la Commission peut demander communication d'un rapport qui doit lui être donné ;

- les travaux dont l'exécution ne peut être confiée qu'à un entrepreneur donné pour des raisons techniques, artistiques ou de droit d'exclusivité ;

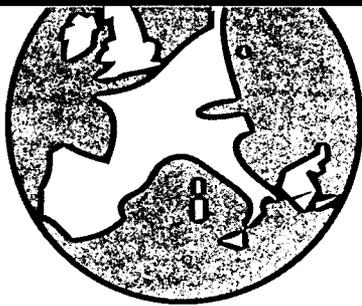
- en cas de circonstances extérieures aux pouvoirs adjudicateurs qui entraînent une urgence impérieuse, incompatible avec les délais requis pour les procédures ouvertes ou restreintes ;

- lorsqu'une circonstance imprévue rend nécessaire des travaux complémentaires, ceux-ci sont attribués à l'entrepreneur principal lorsque ces travaux ne peuvent être séparés du marché initial ou lorsque ces travaux supplémentaires sont strictement nécessaires au perfectionnement du marché initial. Une précaution est prise ici : le montant cumulé des marchés passés à titre complémentaire ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché principal ;

- pour de nouveaux travaux qui seraient la répétition d'ouvrages similaires, à condition que le premier marché ait été passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

On le constate, les rédacteurs de la directive de 1989 ont entendu limiter strictement le recours à une procédure qui ne garantit pas autant que les autres le respect du principe de non-discrimination à raison de la nationalité. Les échappatoires qui avaient été constatées lors de la mise en œuvre de la directive de 1971 ne devraient plus être aussi facilement utilisées et l'emploi du marché de gré à gré, désormais réglementé et encadré par le droit communautaire ne pourra plus constituer le refuge de la préférence nationale qu'il constituait parfois. Ce souci de réalisme mérite d'être salué car il témoigne de la volonté des institutions communautaires de favoriser une application aussi effective que possible de la nouvelle directive.

III. Le souci d'élargir la transparence des conditions d'attribution des marchés publics de travaux se manifeste à de multiples reprises dans le texte de la nouvelle directive. Il est vrai qu'il s'agit là d'une question cruciale pour l'élimination de tout protectionnisme comme d'une garantie fondamentale de l'effectivité de la concurrence dans ce secteur. L'exposé des motifs de la directive le souligne avec une certaine force : « (...) afin d'instaurer les conditions nécessaires à une mise en concurrence effective au plan communautaire mettant les entreprises des autres Etats membres à même d'y répondre dans des conditions comparables à celles des entreprises nationales et suscitant, de la part d'un plus grand nombre d'entrepreneurs, plus d'intérêt et de participation aux marchés publics de travaux, il convient que l'ensemble des opérations et procédures assurant la mise en concurrence des entreprises soit



rendu plus transparent (...) ». La recherche de la transparence s'opère d'abord par une obligation de publicité que la directive place à la charge des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils entendent conclure un marché qui entre dans son champ d'application (A). De même, en cas de rejet d'une candidature, des obligations d'information pèsent aussi sur les pouvoirs adjudicateurs (B). Enfin, la directive aborde le problème des spécifications techniques dont on sait combien il peut constituer un moyen indirect de cloisonner l'attribution des marchés publics (C).

A — Une publicité obligatoire. Les pouvoirs adjudicateurs qui entendent passer des marchés de travaux dont les montants égalent ou dépassent le seuil fixé font connaître au moyen d'un avis indicatif leurs caractéristiques essentielles (art. 12.1). Lorsque ces pouvoirs adjudicateurs décident de recourir à l'une des trois procédures visées, ils font connaître leur intention au moyen d'un avis, de même que s'ils entendent avoir recours à la formule de la concession. Enfin, lorsque le marché est passé, le résultat doit aussi — en principe (6) être communiqué sous forme d'avis par les pouvoirs adjudicateurs. Ces différents avis doivent être adressés dans les meilleurs délais par les pouvoirs adjudicateurs à la Commission, plus exactement à l'Office des publications officielles pour être publiés *in extenso* au Journal Officiel et figurer dans la banque de données T.E.D., dans un délai de 12 jours au plus tard à dater de leur envoi. Cette publicité « communautaire » et centralisée n'interdit pas une publicité nationale (officielle, ou privée par insertion dans les journaux) mais son texte ne doit pas contenir de renseignements autres que ceux qui seront publiés au Journal Officiel des Communautés européennes. Les avis ne pourront dépasser une page de JOCE soit quelques 650 mots et les frais de leur publication communautaire sont à la charge des Communautés européennes. Ce système devrait assurer aux entrepreneurs des Etats membres une information complète sur les projets de marchés de travaux envisagés par les pouvoirs adjudicateurs (7).

Ces mêmes pouvoirs adjudicateurs doivent adresser aux entrepreneurs et sur leur demande les documents et renseignements complémentaires, cahiers des charges, etc. (art. 13). Dans le cas où ils auraient recours aux procédures restreintes ou négociées, il leur appartient d'inviter de façon simultanée et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres (art. 14). Un système de délais rapides est aussi prévu pour la réception des offres et pour la communication des renseignements demandés (art. 14 al. 3 à 7, art. 15 en cas où l'urgence rend impraticable les délais normalement prévus).

B — Lorsque le marché a été attribué à un soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de communiquer aux candidats évincés, sur leur demande,

(6) L'art. 12 al. 5 indique que « certaines informations sur la passation du marché peuvent dans certains cas, ne pas être publiées lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs ».

(7) L'art. 19 de la directive autorise les pouvoirs adjudicateurs à faire publier au Journal officiel des Communautés des avis annonçant des marchés publics de travaux même s'ils n'entrent pas dans les catégories soumises à la procédure de publicité obligatoire.

les motifs du rejet de leur candidature et le nom de celui qui a obtenu l'adjudication. Cette obligation présente certainement d'abord une vertu dissuasive à l'égard des pouvoirs adjudicateurs. Mais la directive leur impose aussi pour chaque marché conclu, d'établir un procès-verbal comportant l'ensemble des renseignements nécessaires au contrôle de l'application de la directive qui doit notamment contenir, outre les noms des soumissionnaires retenus et exclus, les motifs de leur choix et de leur rejet. De même, doivent figurer à ce procès-verbal transmis à la Commission sur sa demande, la part du marché que l'adjudicataire a l'intention de soustraire à des tiers et en ce qui concerne les procédures négociées, la justification des circonstances qui motivent le recours à ces procédures. On peut cependant se demander avec M. COLEMAN, si le pari d'« ouvrir des marchés concurrentiels dans tous les Etats membres sans les enfermer dans des carcans bureaucratiques » (8) sera tenu.

C — La question des spécifications techniques a été abordée dans la nouvelle directive avec, semble-t-il, une réelle volonté d'aller plus loin que dans le texte de 1971, dont l'art. 10 est remplacé par une nouvelle rédaction. Les spécifications techniques peuvent être considérées comme des normes que devront respecter les soumissionnaires et qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs de favoriser indirectement les entreprises nationales au détriment des entreprises d'autres Etats membres. L'effet protecteur des spécifications techniques leur fait jouer un rôle comparable à celui qu'exercent dans le domaine de la libre circulation des marchandises, certaines mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, car les spécifications techniques renvoient en réalité aux normes nationales. Le principe affirmé par la nouvelle directive est le suivant :

« sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, pour autant que celles-ci soient compatibles avec le droit communautaire, ces spécifications techniques sont définies par les pouvoirs adjudicateurs par référence à des normes nationales transposant les normes européennes ou par référence à des agréments techniques européens, ou par référence à des spécifications techniques communes ».

D'emblée est donc affirmé le caractère prévalent du droit communautaire qui devrait s'imposer et bannir le recours à des spécifications techniques qui auraient pour effet, selon les termes même de la directive de 1971 « de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ». Mais ce principe est assorti d'une série d'exceptions et de précisions qui en relativisent quelque peu la portée.

D'une part, les pouvoirs adjudicateurs pourront déroger au principe dans trois cas :

- s'il n'est pas possible d'établir de façon satisfaisante la conformité des produits à des normes techniques européennes ou à des spécifications techniques communes.

- Lorsque l'application de ces normes techniques conduirait à utiliser des produits ou matériaux

(8) M. COLEMAN, La réalisation du grand marché intérieur de 1992 et l'adjudication publique, Rapport présenté à la Journée d'Etudes de la CEDECE à Toulouse (ronéoté) p. 3.

incompatibles avec les installations déjà utilisées par le pouvoir adjudicateur, ou conduirait à des coûts ou des difficultés techniques disproportionnés.

- S'il s'agit d'un projet innovateur qui rend inapproprié le recours à des normes techniques européennes ou communes.

Les pouvoirs adjudicateurs qui estimerait être dans l'une de ces situations en indiquent les raisons dans l'avis publié au JOCE ou dans le cahier de charges et donnent ces informations aux Etats membres et à la Commission.

Il se peut aussi que dans certains secteurs, il n'y ait ni norme technique européenne, ni spécifications ou agréments techniques européens. La directive n'impose dans ce cas que les normes techniques applicables au marché :

- soient définies selon les spécifications nationales reconnues conformes aux exigences essentielles énumérées dans les directives relatives à l'harmonisation technique (en particulier selon les procédures établies par la Directive 89/106 du Conseil du 21 décembre 1988 relative aux produits de construction).

- Puissent être définies — dans certains cas limitativement énumérés par référence aux spécifications techniques nationales : conception, calcul et réalisation d'ouvrages, mise en œuvre des produits.

- Enfin les spécifications techniques pourront être définies par rapport à d'autres normes et dans l'ordre de préférence suivant :

- normes nationales transposant des normes internationales acceptées par l'Etat du pouvoir adjudicateur,
- aux autres normes nationales,
- à toute norme.

Enfin, à moins que l'objet même du marché ne l'impose, les Etats membres — destinataires de la directive — interdiront l'insertion dans les clauses contractuelles de spécification mentionnant des produits d'une origine ou d'une fabrication déterminée : il s'agit de ne pas favoriser ni d'éliminer ainsi certaines entreprises du marché. L'indication de marques, brevets ou types, d'une origine déterminée est interdite : sauf à être accompagnée de la mention « ou équivalent », qui n'est acceptée que lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas à leur disposition d'autres moyens pour décrire l'objet ou les composantes du marché. On mesure ainsi l'interdépendance qui existe entre l'ouverture à une concurrence effective dans le secteur des marchés publics et l'élimination des entraves techniques aux échanges : cette dernière, qui devait être facilitée par le recours au principe de reconnaissance mutuelle et par l'élaboration active de normes européennes, constitue véritablement le socle du marché intérieur qu'appelle l'Acte Unique Européen.

L'emploi de la procédure de coopération (art. 149-2 CEE) a été requis par l'utilisation de l'art 100A comme base juridique de la proposition de la Commission. Il peut être intéressant d'esquisser quelques remarques sur son déroulement, ou tout au moins, des aspects que l'on peut en percevoir.

Cette procédure fait du Parlement européen un intervenant actif dans le processus de prise de décision qui se trouve ainsi — on le sait — fragmenté en deux lectures successives devant l'Assemblée. Celle-ci a eu l'occasion — en l'espèce — de relever par le biais des

recommandations faites par la Commission économique, monétaire et de la politique industrielle (9), certaines imperfections quant au fonctionnement correct de la procédure, imputées au Conseil. Par exemple, l'exposé des motifs du rapport en question souligne que le Conseil — lors de l'établissement de la position commune — arrête des « déclarations » en marge de celle-ci. Ces « déclarations » ne semblent pas avoir été transmises au Parlement en même temps que la position commune. Le Parlement estime ce comportement « inadmissible ». Et il s'en explique : « le Parlement doit disposer de toutes les données qui déterminent l'application et l'interprétation de la position commune correspondante. Il est clairement prévu à l'art. 149 § 2 b) que le Conseil et la Commission informent pleinement le Parlement européen des raisons qui ont conduit le Conseil à adopter sa position commune. Pour ce faire, il est essentiel que toutes les déclarations du Conseil soient officiellement transmises au Parlement en tant que partie de la motivation du Conseil (...). L'expérience acquise jusqu'à présent nous a cependant enseigné que, à l'avenir, il faudra tenir compte de ce facteur pour vérifier si une position commune satisfait aux exigences formelles pour pouvoir être déclarée recevable » (10). Sans nous prononcer sur le bien fondé en droit (11) de cette dernière position du Parlement, il convient cependant de rappeler que la procédure de coopération devait — comme les autres procédures qui reposent sur des relations inter-institutionnelles — être assujettie au respect de l'obligation de coopération loyale qui a été dégagée par la Cour de justice.

Le Parlement s'est aussi fait l'écho, à travers des amendements, de préoccupations sociales et a tenté, ainsi de renouer avec une tradition propre à certains droits nationaux des marchés publics (12) dans lesquels la réglementation publique a pu jouer le rôle de moteur ou de modèle social. Ainsi le Parlement a dès la première lecture, souhaité que la directive comporte des « stimulants à l'engagement de chômeurs de longue durée et de jeunes », qu'elle rende obligatoire l'inscription dans le cahier des charges des conditions d'embauche appliquées dans l'Etat membre considéré, ce qui « visait à garantir la transparence et l'égalité dans les conditions de travail appliquées à l'ensemble des soumissionnaires » (13).

Ces précisions n'ont pas toutes été retenues par le Conseil dans sa position commune et finalement dans le texte définitif de la directive : y figurent à l'art. 22 bis, d'une part, la faculté pour l'Etat membre d'obliger les pouvoirs adjudicateurs d'indiquer dans les cahiers des charges les autorités où des renseignements concernant les obligations relatives aux dispositions de protection et conditions de travail qui sont en vigueur et qui seront

(9) Rapport de M. BREUMER, Doc. PE A 2-361/88 du 26 janvier 1989.

(10) Rapport précité p. 15.

(11) V. le mémoire de M.F. MIOT : La procédure de coopération : premières applications, mémoire en vue de l'obtention du D.E.A. de Droit Communautaire. Université Robert Schuman de Strasbourg, Sept. 1989 (ronéoté).

(12) V. Ch. BRECHON-MOULÈNES, 1988, année « Marchés Publics » ? in R.F.A.P. 1988 p. 59s., spéc. p. 79.

(13) Rapport précité p. 14.



applicables aux travaux et, d'autre part, l'obligation faite aux soumissionnaires d'indiquer qu'ils ont tenu compte en préparant leur offre, de ces données. L'embauche prioritaire de chômeurs et de jeunes n'a pas été retenue, le Conseil estimant — selon le Parlement — qu'il y avait là une disposition superflue puisque la Cour dans un arrêt du 20 septembre 1988 (aff. 31/87, Beentje B.V. c/ Pays-Bas, n. encore publié au Recueil) a indiqué que ces « stimulants » ne seraient compatibles avec le droit communautaire que s'ils n'impliquent pas de discrimination directe ou indirecte à l'égard de soumissionnaires d'autres Etats membres. Le Conseil et la Commission se sont alors entendus sur la déclaration suivante :

« le Conseil et la Commission estiment que dans certaines circonstances, les marchés de travaux publics peuvent contribuer à résoudre les difficultés soulevées par le chômage à long terme et l'emploi des jeunes. Dans ce contexte, ils prennent acte de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 31/87 et notamment du dernier tiret des motifs de l'arrêt n° 37. Le Conseil incite la Commission à contrôler les formes et les conditions dans lesquelles certaines mesures visant à encourager l'emploi des chômeurs à long terme et des jeunes sont appliquées notamment pour éviter toute discrimination. Si elle

l'estime utile, la Commission présentera des propositions spécifiques en la matière » (14).

Une autre remarque, qui est plus un souhait, devrait être faite : la procédure de coopération laisse supposer que le Parlement — qui joue un rôle appréciable dans la prise de décision — est approché par les groupes de pression qui cherchent à influencer la législation communautaire : des études de cas seraient très utiles pour éclairer le rôle des forces économiques et sociales dans la prise de décision communautaire.

Enfin, du point de vue de la technique juridique, on ne peut que regretter, comme on l'avait signalé en introduction, que cette dernière mouture de la directive travaux n'ait pas pu codifier plus avant et plus complètement la matière. Le moment ne semble-t-il pas maintenant venu de procéder à une codification du droit communautaire des marchés publics dans son ensemble ?

(14) Rapport précité p. 14.

LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS ET LE DROIT DES CONCESSIONS

François LLORENS

Professeur à la faculté de droit de Toulouse

Introduction

1. Il y a quelques mois encore, la simple évocation de la réglementation des marchés publics à propos des contrats de concession aurait fait figure d'hérésie.

En France, au moins, les notions de concession et de marché sont, en effet, exclusives l'une de l'autre.

Selon l'article 1^{er} du Code des marchés, « les marchés publics sont des contrats passés (...) par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, de fournitures ou de services ».

La jurisprudence ajoute une précision : pour qu'il y ait marché, il faut que la rémunération consiste en un prix, ou, le cas échéant, en une contrepartie en nature, mais non en redevances perçues par les usagers.

Les concessions se distinguent des marchés ainsi définis par deux traits : d'abord, elles ont pour objet l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage dont le cocontractant se voit confier la responsabilité ; ensuite, et surtout, la rémunération du concessionnaire revêt, soit la forme de redevances perçues sur les usagers, soit plus largement la forme de recettes liées aux résultats financiers de l'exploitation (1).

A raison de ces différences, les concessions ne sont pas considérées comme des marchés. Elles ne sont pas soumises au code des marchés publics.

Il en va de même, mais pour d'autres raisons, des contrats passés par les concessionnaires.

Ces contrats peuvent certes avoir le caractère de marchés. Il en sera ainsi chaque fois qu'ils auront pour objet la réalisation de travaux, de fournitures ou de services. Mais en règle générale, ils ne possèdent pas la qualité de marchés publics. Le code des marchés publics limite, en effet, son champ d'application aux seuls contrats passés par des personnes publiques. Or, dans la plupart des cas, les concessionnaires ont le statut de personnes privées.

Cette fois, ce n'est pas l'objet du contrat ou le mode de rémunération du cocontractant qui exclut l'application de la réglementation des marchés publics. C'est la qualité des parties contractantes qui conduit à l'écartier (2). Mais, au bout du compte, le résultat est le même. Ni les contrats de concession, ni les contrats des concessionnaires ne sont des marchés publics. Le droit des marchés publics est étranger à celui des concessions.

2. Telle est, pour le moins, la situation qui prévaut aujourd'hui encore en France. Telle était également la position exprimée par le droit communautaire au travers de ses précédentes directives « travaux » (3) et « fournitures » (4) (5).

(3) Directive du Conseil 71/305/CEE du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

(4) Directive du Conseil 77/62/CEE du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

(5) Sur ces directives, v. R. Drago, « Les incidences du droit communautaire sur le droit des marchés publics et des entreprises publiques », in *La France et les Communautés Européennes*, LGDJ 1975, p. 859 ; Ch. Hen, « Les incidences du droit communautaire sur le droit français des marchés publics », *AJDA* 1975-484. V. aussi la bibliographie donnée par Mme Brechon-Moulenes, in *Les marchés publics européens*, *RFDA* 1989 n° spécial, p. 11.

(1) Ces définitions comme celles qui suivent seront reprises et précisées dans des développements ultérieurs, not. *infra* § 34 et s.

(2) V. à ce sujet, *infra* § 57.



Cette position présentait des inconvénients sérieux. L'application des directives qui viennent d'être citées s'est soldée, on le sait, par un échec (6). Or, l'une des causes de cet échec tient précisément au fait que le champ d'application des règles communautaires était défini de manière trop restrictive.

Pour nous en tenir à notre propos, nous nous bornons à rappeler que les directives communautaires ne concernaient que les marchés publics *stricto sensu*. En conséquence, ni les concessions de service public, ni celles de travaux publics ne s'y trouvaient soumises.

Il en allait de même des contrats conclus par les concessionnaires. Les directives définissant les marchés publics comme des contrats passés par des personnes morales de droit public, les marchés des concessionnaires se trouvaient exclus, pour la plupart, de leur champ d'application.

Compte tenu du recours de plus en plus fréquent à la formule de la concession et de l'importance pratique considérable des marchés conclus par les concessionnaires, les règles de concurrence communautaires voyaient ainsi leur portée sensiblement réduite.

3. On comprend, dans ces conditions, que l'un des moyens choisis par les autorités communautaires pour renforcer la concurrence en matière de contrats conclus par les organismes publics ou assimilables consiste précisément en un élargissement du champ d'application des règles relatives aux procédures de passation des marchés publics.

De fait, comme l'a montré M. Delvolve (7), les nouvelles directives ou propositions de directives entraînent une transformation, en même temps qu'une extension, des notions de marché et de marché public.

Les illustrations de cette évolution sont multiples. Ainsi, la définition des marchés de fournitures et de travaux se trouve élargie (8). La notion de marché public s'étend désormais aux contrats des entreprises publiques, et même à certains marchés passés par des personnes purement privées. Et les secteurs traditionnellement exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) sont enfin couverts par la réglementation communautaire (9).

4. Comme il fallait s'y attendre, ce mouvement affecte aussi le droit des concessions.

Après avoir longtemps échappé aux règles communautaires de concurrence, celles-ci (ou du moins certaines d'entre elles) y sont désormais soumises. Il en va de même des marchés passés par les concessionnaires.

(6) V. sur ce point, Ch. Brechon-Moulens, « L'échec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976 », in *Les marchés publics européens*, préc. p. 8 ; V. Hirsh, « Objectif 1992 : le dossier test des marchés publics », *Rev. du Marché Commun*, n° 313, janvier 1988, p. 1 ; v. aussi Commission de la CEE, *Vade-mecum* sur les marchés publics dans la communauté, 87/C 358/01.

(7) « Synthèse des travaux », in *Les marchés publics européens*, préc. p. 77.

(8) Celle des marchés publics de fournitures englobe désormais les contrats de crédit-bail, location ou location vente. Et celle des marchés publics de travaux recouvre des contrats précédemment exclus, tels ceux de promotion ou de direction de travaux. V. sur cette dernière question, H. Perrinet-Marquet, « Le droit de la construction et l'Europe », *RDI*, 1988.1.

(9) V. sur l'ensemble de ces mesures, G. Boncompagni, « Les nouvelles directives Marchés Publics », in *Les marchés publics européens*, op. cit., p. 17.

La réglementation communautaire déborde donc le cadre strict des marchés publics pour couvrir les concessions, ainsi que les marchés conclus en vue de leur exécution.

Plus significatif encore, ces contrats ne font pas l'objet d'un traitement spécifique. C'est la réglementation même des marchés publics que les autorités communautaires ont décidé de leur étendre.

Comme nous aurons l'occasion de le constater, cette extension n'est toutefois pas illimitée.

Elle intervient essentiellement dans le domaine des contrats de travaux conclus en dehors des secteurs exclus (concessions de travaux publics, et marchés de travaux passés par les titulaires de ces concessions). A ce titre, c'est la proposition de directive relative aux procédures de passation des marchés publics de travaux qui constitue le texte essentiel en la matière (10).

Mais, quoique de façon plus restreinte, le mouvement affecte aussi les concessions et marchés passés dans ces secteurs qui étaient traditionnellement exclus, et qui sont désormais couverts par deux propositions de directives : l'une relative aux procédures de passation dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (11) ; l'autre concernant les procédures de passation des marchés des entités opérant dans le secteur des télécommunications (12).

S'agissant, dans les trois cas, de simples propositions, il faudra naturellement attendre leur adoption définitive pour mesurer leurs conséquences exactes. Mais la tendance qu'elles expriment ne paraît guère devoir être inversée.

En toute hypothèse, si leur rédaction actuelle était maintenue, ces textes modifieraient de manière sensible les droits nationaux des concessions et spécialement le droit français, puisqu'elles auraient pour effet de soumettre aux règles communautaires de concurrence, tant certains *contrats de concession* (I), que de nombreux *marchés conclus par les concessionnaires* (II).

I. — La réglementation communautaire des marchés publics et les contrats de concession

5. Jusqu'à présent, les concessions se trouvaient exclues du champ d'application des règles communautaires de concurrence.

La directive « travaux » de 1971 prenait même la peine de le préciser à propos des concessions de travaux publics :

(10) Cette proposition a fait l'objet d'une position commune arrêtée par le Conseil le 4 novembre 1988 (v. texte reproduit in *Les marchés publics européens*, op. cit., p. 107).

(11) COM (88) 377 final, *JOCE* 1988, n° C 319/02 du 12 décembre 1988.

(12) COM (88) 378 final, *JOCE* 1989, n° C 40/05 du 17 février 1989.

« ...les dispositions de la présente directive ne sont pas applicables à ce contrat, dit de "concession" » (13).

Désormais, il ne devrait plus en être ainsi.

Les propositions de directives citées plus haut étendent, en effet, les règles applicables en matière de marchés publics à certains contrats de concessions (A). Sans doute ne leur imposent-elles pas la totalité de ces règles (B). Mais celles qu'elles déclarent leur être applicables suffisent à modifier sensiblement le droit français des concessions (C) et constituent, en tout état de cause, un progrès qu'il convient d'approuver (D).

A. Les concessions soumises à la réglementation communautaire

6. La réglementation communautaire est loin de posséder un champ d'application général. Elle ne concerne pas toutes les concessions mais uniquement certaines d'entre elles.

Par ailleurs, elle revêt une portée très variable selon que les concessions sont conclues dans les secteurs traditionnellement exclus (2°) ou en dehors d'eux (1°).

1°) Les concessions conclues en dehors des secteurs traditionnellement exclus

7. En dehors de ces secteurs, seules sont concernées les concessions de travaux publics.

Les concessions de service public ne sont pas couvertes par la réglementation communautaire. Celle-ci ne s'étend toujours pas, en effet, aux prestations de service. Par ailleurs, le seul texte qui traite des concessions est la proposition directive « travaux ».

Or, il ne vise, comme il est normal, que la concession de travaux publics.

Il la définit de la manière suivante :

« La concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point (a) à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » (article 1^{er}, d).

L'article 1^{er}, point a) cité en référence dispose quant à lui :

« les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution, et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ».

Enfin, selon l'article 1^{er} ter de la directive « travaux » modifiée :

« Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux, les règles de publicité définies à l'article 12, paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13,

ainsi qu'à l'article 15 bis sont applicables à ce contrat, lorsque sa valeur égale ou dépasse 5 000 000 ÉCU ».

De la combinaison de ces dispositions, il ressort que la réglementation communautaire n'est applicable qu'à certaines concessions de travaux publics, identifiées par leur objet (a), le mode de rémunération du cocontractant (b), les qualités respectives du concédant (c) et du concessionnaire (d), leur valeur (e) et leur domaine (f).

a) L'objet du contrat

8. D'après les dispositions reproduites ci-dessus, seules les concessions ayant pour objet à la fois la réalisation de travaux ou la construction d'un ouvrage et l'exploitation de celui-ci sont soumises aux règles communautaires.

Cette considération de l'objet du contrat permet de procéder à une première délimitation.

9. Elle conduit, tout d'abord, à inclure dans le champ d'application de la réglementation communautaire, les concessions de travaux publics à l'état pur, c'est-à-dire celles qui confient au cocontractant la construction et l'exploitation d'un ouvrage, et non pas (du moins à titre principal) la gestion d'un service public.

A ce titre devraient être concernées en droit français des concessions importantes, telles les concessions d'aménagement urbain ou régional, ou encore les concessions de marché d'intérêt national (14).

10. A l'inverse, il faut exclure du champ d'application de la réglementation communautaire les concessions de service public à l'état pur, qui ne comportent pas la construction d'un ouvrage et son exploitation, ou qui ne prévoient la réalisation de travaux qu'à titre accessoire.

La même solution devrait s'appliquer, en principe, aux affermage (15).

Sans doute ces contrats ont-ils pour objet de confier au cocontractant l'exploitation d'un ouvrage. Mais celui-ci étant fourni par la collectivité publique, le contrat ne prévoit généralement pas la réalisation de travaux. Il ne répond donc pas à la définition de la concession de travaux publics donnée plus haut (16).

Il est possible, cependant, que cette exclusion des affermage ne revête pas une portée générale. Il arrive, en effet, que ce type de contrat mette à la charge du fermier la réalisation de travaux. Ce fut le cas dans une affaire « Commune d'Élancourt », jugée par le Conseil d'État (17). La Haute Assemblée y a retenu la qualification d'affermage, de préférence à celle de concession, parce que les ouvrages étaient fournis au cocontractant, que celui-ci n'était chargé que de travaux d'adaptation, et que ces travaux étaient financés intégralement par une subvention de la collectivité publique. Mais, compte tenu du

(14) Sur ces concessions, v. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolpe, « Traité des contrats administratifs », LGDJ 1983, T.I., n° 255 et s., p. 315 et s.

(15) Sur cette notion, cf. J.-M. Auby, « Actualité de l'affermage de service public », Mélanges Péquignot, 1984, p. 29.

(16) Sur la distinction entre la concession et l'affermage, v. CE, 29 avril 1987, Commune d'Élancourt, Rec. 152, AJDA 1987, 543, obs. X. Prétot, RFDA 1987, 525, concl. Y. Robineau.

(17) V. note précédente.

(13) Article 3.



fait que, selon la proposition de directive « travaux » (art. 1 a) et d)), la concession de travaux publics peut avoir pour objet aussi bien la réalisation de travaux que celle d'un ouvrage, on ne peut exclure que les affermages du type de ceux qui ont été décrits soient assimilés à des concessions au sens du droit communautaire.

En toute hypothèse, pour que cette solution, qui nous paraît incertaine soit admise, il faudrait que les travaux mis par le contrat à la charge du fermier présentent une certaine importance, faute de quoi on se retrouverait dans une hypothèse similaire à celles des concessions de service public qui comportent des travaux à titre purement accessoire et n'entrent pas, de ce fait, dans le champ de la réglementation communautaire.

11. Reste, enfin, la question délicate des *concessions de travaux et de services publics* qui ont pour objet de confier au cocontractant à la fois l'exploitation d'un ouvrage et la gestion d'un service.

On peut hésiter à les assimiler à des concessions de travaux publics au sens du droit communautaire.

Les concessions dont il est question ne sont pas, en effet, expressément visées par la proposition de directive « travaux ». Par ailleurs, les nouvelles directives ne couvrent toujours pas, du moins à titre général, les prestations de services. Enfin, il arrive, en droit français, que la jurisprudence qualifie les concessions en cause de simples « *concessions de service public* » (18).

Il paraît cependant difficile d'exclure ce type de concessions du champ d'application de la réglementation communautaire (19).

Sans doute, comme on l'a dit, n'y a-t-il pas lieu d'y inclure les concessions qui ne prévoient de réalisation de travaux qu'à titre purement accessoire. Car, à défaut d'une telle limitation, c'est la quasi-totalité des concessions qui se trouverait concernée.

Mais il en va autrement des concessions dans lesquelles la réalisation d'ouvrages occupe une place importante, ou constitue la condition même de l'exploitation du service, ainsi que des concessions dans lesquelles la mission de service public impartie au cocontractant se confond avec l'exploitation même de l'ouvrage.

De telles concessions sont, en effet, extrêmement fréquentes et figurent parmi les plus importantes. Si on les excluait du champ d'application de la directive, on aboutirait à réduire ce dernier de manière très importante, ce qui ne serait guère conforme, nous semble-t-il, à la volonté des autorités communautaires.

Il est du reste à remarquer que, si le Conseil d'État utilise parfois à propos de ces concessions l'expression de concessions de service public, il lui arrive également de les qualifier, selon une formule plus adéquate, de « *concessions de travaux et de service publics* » (20). C'est bien la preuve que ces concessions sont aussi des concessions de travaux publics. Et si elles sont des concessions de travaux publics, elles tombent sous le coup de la directive communautaire (21).

(18) V. par ex. à propos d'une concession de parc public de stationnement : CE, 24 janvier 1973, Spiteri et Krehl, Rec. 64, AJDA, 1973.496, note J. Dufau.

(19) V. dans ce sens, P. Delvolve, article précité, in Les marchés publics européens, n° 13, p. 80.

Si cette interprétation était retenue, des concessions importantes telles les concessions d'infrastructure routière, les concessions de parcs publics de stationnement, et d'autres encore (22), se trouveraient ainsi soumises à la réglementation communautaire.

b) Le mode de rémunération du cocontractant

12. Selon la proposition de directive « travaux », le mode de rémunération doit consister « soit *uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (art. 1^{er} d)).

L'élément essentiel en est donc « *le droit d'exploiter l'ouvrage* ». Il caractérise d'ailleurs tout autant l'objet du contrat. Car, sans exploitation d'un ouvrage, il ne peut y avoir concession. Il y a simplement marché. Et dans ce cas, la rémunération ne peut consister qu'en un prix, ce qui exclut la qualification de concession.

Reste à savoir ce qu'il convient d'entendre par « *droit d'exploiter l'ouvrage* ».

Deux interprétations sont possibles.

Ou bien, on considère que l'expression désigne toutes les ressources tirées de l'exploitation du service (redevances perçues sur les usagers, recettes publicitaires, voire même concours financier apporté par l'administration contractante) à l'exclusion du prix que celle-ci serait amenée à verser en contrepartie des prestations fournies.

Ou bien, on estime qu'elle recouvre l'un et l'autre de ces modes de rémunération.

En droit français, le choix entre ces deux parties est des plus importants.

Seuls, en effet, sont considérés comme des concessions les contrats dans lesquels le cocontractant est rémunéré sous la forme de redevances perçues sur les usagers (23) ou, plus largement selon certains, par des recettes

(20) Cf. à propos de concessions d'autoroutes : CE, Assemblée, 14 février 1975, époux Merlin, Rec. 110, AJDA 1975.229, chron. M. Franc et M. Boyon, RDP 1975.1705, note M. Waline, D. 1976, J. 144, note J.-P. Boivin, et à propos des concessions de parcs publics de stationnement : CE, 1^{er} avril 1970, Beau et Lagarde, Rec. 243. Il arrive même que le juge qualifie de telles concessions simplement de « *concessions de travaux publics* » : v. à propos d'une concession de remontées mécaniques, CE, Section, 23 janvier 1959, Commune d'Huez, Rec. 67, AJDA 1959.II.65, concl. G. Braibant.

(21) Du reste, il est à remarquer que même les concessions que l'on présente classiquement comme des concessions de travaux publics ne sont pas exclusives de toute mission de service public (dans ce sens, A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolve, *op. cit.*, n° 257, p. 315 à propos des concessions d'aménagement et n° 258 p. 316 à propos des concessions de marché d'intérêt national). Ce lien très répandu entre travaux publics et service public au sein des concessions ne rend que plus nécessaire l'assimilation des concessions de travaux et de services publics aux concessions de travaux publics telles que définies par le droit communautaire.

(22) On pense par exemple aux concessions de ports de plaisance, aux concessions de remontées mécaniques, ou encore à certaines concessions dans les domaines des loisirs telles que les concessions de casinos. Sur ces deux dernières catégories de concessions, v. F. Moderne, Encyclopédie Dalloz des Collectivités locales, p. 3318-1 et 3313-1.

(23) V. par ex. CE, 8 novembre 1963, Compagnie des Entrepôts et magasins généraux de Paris, Rec. 534 ; CE 10 avril 1970, Beau et Lagarde, Rec. 243 ; T.C., 4 février 1974, Époux Di Vita c. Mayet, Rec. 789 ; CE, 27 mars 1985, Société des marchés de la région parisienne, RDP 1985.1698, obs. F. Llorrens ; CE, 6 novembre 1987, Comité de défense de la basse vallée de l'Adour et des Gaves, RDP 1988.1414, obs. F. Llorrens, etc...

liées aux résultats financiers de l'exploitation, mais ne consistant pas, en tout état de cause, en un prix versé par l'administration (24).

Les contrats qui prévoient ce dernier mode de rémunération sont automatiquement qualifiés de marchés.

Tel est notamment le cas des *marchés d'entreprise de travaux publics* (25). Ces contrats ont très exactement le même objet que les concessions de travaux et de service public. Mais, parce que l'entrepreneur s'y trouve rémunéré sous la forme d'un prix versé par l'administration, ils sont considérés comme des marchés (26) et tombent sous le coup du code des marchés publics (27).

De ces observations, il résulte que les concessions au sens français du terme (et le cas échéant les affermage) répondent à la définition communautaire de la concession, car le mode de rémunération qu'ils prévoient correspond au « *droit d'exploiter l'ouvrage* » dans quelque sens qu'on prenne cette expression.

En revanche, il n'en va pas de même des marchés d'entreprise de travaux publics.

Selon qu'on limite la notion de droit d'exploiter l'ouvrage aux ressources autres que celles consistant en un prix versé par l'administration ou qu'on l'étend à cette forme de rémunération, on exclut les marchés d'entreprise de la catégorie des concessions de travaux publics ou, au contraire, on les y inclut.

13. Il est difficile de trancher entre ces deux parties. L'expression de « *droit d'exploiter l'ouvrage* » est en effet vague à souhait et peut se prêter à toutes les interprétations.

Pour notre part, nous inclinerions à penser que ce droit d'exploitation désigne uniquement les recettes autres que celles consistant en un prix versé par l'administration contractante. Nous en voyons pour preuve la distinction que la directive opère entre le droit d'exploiter l'ouvrage et le prix dont il peut être assorti. Ce prix est par définition versé par l'administration contractante. Or, si le droit d'exploiter l'ouvrage s'en distingue c'est, peut-on penser, parce que les recettes en découlant n'ont pas la même provenance, ni la même nature.

On doit cependant convenir que, si cette interprétation nous paraît la plus plausible, elle ne revêt aucun caractère de certitude.

On pourrait concevoir, en effet, que l'expression de prix désigne la somme versée par le pouvoir adjudicateur en contrepartie de la réalisation des travaux que comporte la concession, tandis que par droit d'exploitation il faille

entendre toute recette tirée du fonctionnement de l'ouvrage qu'elle qu'en soit la nature ou la source.

On pourrait, de plus, faire observer que la définition des marchés publics de travaux n'englobe pas les contractants ayant pour objet l'exploitation d'un ouvrage et qu'à ce titre, les marchés d'entreprise de travaux publics auraient davantage leur place dans la catégorie des concessions.

Il y a donc là une difficulté certaine d'interprétation que seule une formulation plus précise ou des indications jurisprudentielles ultérieures permettront de lever.

14. On remarquera simplement, pour en terminer avec ce point, que la solution consistant à assimiler les marchés d'entreprise de travaux publics aux concessions de travaux, au sens communautaire de l'expression, aurait un effet paradoxal. Alors que ces marchés se trouvent soumis en droit français au code des marchés publics (notamment en ce qui concerne leur passation), ils seraient régis en droit communautaire par les règles nettement moins contraignantes applicables aux concessions.

Ce serait là une illustration supplémentaire de leur caractère hybride. Mais c'est peut-être aussi une raison d'écartier la solution qui conduirait à une telle distorsion.

c) La qualité du concédant

15. La directive ne couvre que des concessions passées par l'un des pouvoirs adjudicateurs dont elle donne la définition.

Cette limite à son champ d'application n'est cependant que de faible portée.

La quasi-totalité des concessions de travaux publics sont en effet conclues, en droit français, par des personnes morales de droit public. Or, ces dernières constituent des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive (v. art. 1^{er} b) et infra, § 66).

Il n'y aurait problème que si la concession était octroyée par une personne morale à statut privé. Le cas est extrêmement rare, mais non pas inconnu. La jurisprudence en fournit au moins un exemple (28).

Dans cette hypothèse, l'application de la directive ne serait pas exclue pour autant. Son article 1^{er} donne, en effet, une définition large des pouvoirs adjudicateurs qui englobe, sous la dénomination d'« *organisme de droit public* », des personnes à statut privé.

Nous n'approfondirons pas cette définition qui sera traitée par ailleurs (29). Nous nous bornerons simplement à noter que, si la concession est octroyée par une société d'économie mixte, elle relèvera de la directive, car ces deux types d'organismes répondent à la définition des pouvoirs adjudicateurs.

Seules, par conséquent, les concessions accordées par des personnes à statut privé qui n'ont pas été créées pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général de caractère administratif poseraient problème. Pratiquement, il s'agirait des sous-traités ou des cessions de concession passées par des concessionnaires purement privés.

(28) C.E., 22 juillet 1977, Société Nord Océan Poirsos, Rec. 357 : concession d'aménagement de terrains accordée à un particulier par une société d'économie mixte elle-même concessionnaire d'un marché d'intérêt national.

(29) *Infra* § 66.

(24) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolve, *op. cit.*, T.I., n° 237, p. 297.

(25) Sur cette notion, v. Y. Gaudemet, « Le marché d'entreprise de travaux publics », *Mon. des T.P.*, 23 décembre 1988, p. 44.

(26) CE, 11 décembre 1963, Ville de Colombes, Rec. 611 ; CE, Section 26 novembre 1971, Société industrielle des fertilisants humiques SIMA, Rec. 723, *AJDA* 1971, 649, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes, *RD* 1972.239, concl. M. Gentot et p. 1245 note M. Waline ; CE, 11 juillet 1986, Préfet de la Creuse, Rec. 166, *D.* 1987, S.C., p. 280, obs. Ph. Terneyre.

(27) CE, 26 juillet 1985, Société anonyme des Eaux et de l'Éclairage, Rec. 246, *RFDA* 1986.231, concl. M. Dandelot, *RD* 1986.1723, obs. F. Llorens ; CE, 14 octobre 1988, Société anonyme SOCEA-BALANCY (SOBEA), *Rev. Marchés Publics*, 1989, n° 240, p. 8, note F. Moderne.



Ces contrats ne devraient pas, en principe, tomber sous le coup de la directive.

La limite qui en résulterait pour l'application de la réglementation communautaire ne serait cependant pas considérable en pratique. Car, qu'il y ait sous-traitance ou cession, les conditions de la concession ne pourront pas être modifiées. On ne peut exclure toutefois, que cette limite soit utilisée pour tourner les règles de concurrence en vigueur, en permettant de confier finalement la concession à une entreprise qui ne remplirait pas les conditions personnelles, techniques et financières exigées des candidats par l'avis de mise en concurrence. Mais ce détournement ne pourrait se faire qu'avec la complicité de l'autorité concédante dont l'autorisation est normalement requise préalablement à toute cession ou sous-traité de la concession. On peut donc raisonnablement penser qu'il ne constituera pas un risque important.

d) La qualité du concessionnaire

16. De la combinaison des articles 1^{er}, a) et 1^{er}, b) de la nouvelle directive, il ressort que seules sont concernées les concessions octroyées à un « entrepreneur ».

Il est donc clair que les concessions passées avec une personne de statut purement privé tombent sous le coup de la réglementation communautaire.

En est-il de même pour celles qui sont conclues avec d'autres catégories de concessionnaires et notamment avec des concessionnaires qui ont la qualité de pouvoirs adjudicateurs (personnes publiques, sociétés d'économie mixte) ?

La réponse devrait plutôt être négative.

Il est difficile, en effet, de considérer ces personnes et organismes comme des « entrepreneurs » au sens de l'article 1^{er} de la directive « travaux ». Sans doute, dans une autre de ses dispositions, celle-ci vise-t-elle les concessions octroyées à des personnes ayant la qualité de « pouvoirs adjudicateurs » (30). Mais l'article concerné traite des marchés passés par ces concessionnaires et non pas des concessions elles-mêmes. Il est donc malaisé d'y voir un indice de ce que la directive s'appliquerait à toutes les concessions de travaux publics, y compris celles qui ne sont pas conclues avec de véritables entrepreneurs.

Si l'interprétation restrictive des dispositions de la directive prévalait, son champ d'application s'en trouverait considérablement réduit, car les concessionnaires sont de plus en plus fréquemment, soit des sociétés d'économie mixte, soit même des personnes publiques. Tel est en tout cas le sens de l'évolution en droit français.

Toutefois, les conséquences en seraient sans doute moins importantes qu'il n'y paraît de prime abord. La proposition de directive « travaux » soumet, en effet, à ses dispositions les marchés passés par les concessionnaires possédant la qualité de pouvoirs adjudicateurs. Ce que l'obligation de concurrence perdrait au niveau de l'octroi de la concession, elle le gagnerait donc au niveau de la passation des marchés. C'est peut-être d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles les auteurs de la directive n'ont pas jugé utile d'imposer aux concessions conclues avec des « pouvoirs adjudicateurs » le même traitement que celles accordées à de simples entrepreneurs.

e) La valeur du contrat

17. Selon la proposition de directive « travaux », seuls les contrats dont la valeur égale ou dépasse 5 millions d'ÉCU relèvent de son champ d'application.

Cette disposition pose incontestablement un problème car autant il est aisé de déterminer la valeur d'un marché dans lequel le cocontractant se trouve rémunéré par définition sous la forme d'un prix, autant il est difficile d'effectuer la même opération à propos d'un contrat de concession.

Dans ce dernier cas, en effet, la notion de valeur est susceptible de deux acceptions : ou bien, elle désigne le montant des travaux à réaliser par le concessionnaire ; ou bien, elle renvoie aux ressources que ce dernier est autorisé à tirer de l'exploitation de l'ouvrage.

Ces deux valeurs peuvent se confondre. Mais rien n'impose qu'elles correspondent exactement.

Un problème de choix se pose donc, qui est difficile à résoudre. Le seuil fixé par la directive étant le même pour les concessions de travaux que pour les marchés, on serait tenté de considérer par analogie que la valeur à prendre en compte est celle des travaux.

Mais si l'on veut respecter la logique de la concession, c'est plutôt aux recettes d'exploitation de l'ouvrage qu'il faudrait rapporter la valeur du contrat.

Il y a donc là une difficulté d'interprétation de la directive qui mériterait d'être résolue.

Toujours est-il que, quelle que soit l'interprétation retenue, elle devrait modifier les comportements.

Compte tenu du mode de rémunération du concessionnaire il est rare, en effet, que les collectivités concédantes se préoccupent, d'« évaluer » leurs contrats (31). Désormais, elles devront le faire, ne serait-ce que pour savoir si elles sont astreintes au respect des règles communautaires de concurrence.

f) Le secteur d'activité

18. En principe, seules devraient être soumises à la directive « travaux » les concessions passées en dehors des secteurs traditionnellement exclus (télécommunications, mais surtout eau, énergie et transports).

Cette limite n'est pas expressément posée par le texte en cours d'élaboration. Elle n'est précisée que pour les marchés. Mais par analogie avec ces derniers, on peut raisonnablement penser qu'elle concerne aussi les concessions.

D'autant que la proposition de directive relative aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports traite, non seulement des marchés, mais aussi des concessions. Sans doute, ne soumet-elle à ses dispositions que les concessions conclues dans le domaine de l'eau. Mais il serait illogique que les autres concessions (celles relatives à l'énergie ou au transport) tombent sous le coup des règles de concurrence au titre d'un texte général (la directive « tra-

(30) Article 1^{er} ter, 3, de la directive Travaux modifiée.

(31) Pratiquement elles n'auraient à le faire qu'à propos de leurs marchés d'entreprise de travaux publics. Mais comme ceux-ci, compte tenu de leur importance, se situent au-delà du seuil fixé par le code des marchés publics pour le recours à la négociation directe, l'évaluation est inutile.

vaux ») qui ne les concerne pas spécifiquement alors qu'elles sont exclues du champ d'application de ces règles par le texte qui traite précisément de leurs secteurs d'intervention.

18 bis. Cela étant, il reste à savoir quelles sont, parmi les concessions de travaux, celles qui se rapportent aux secteurs traditionnellement exclus.

Sur ce point, on ne peut pas dire que les projets de directives soient des mieux rédigés.

Ils sont relativement clairs en ce qui concerne les secteurs de l'eau et de l'énergie.

Par analogie avec ce qui est prévu en matière de marchés, on peut considérer que, ni les concessions ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'un réseau de production, de transport et de distribution d'eau potable, ni celles conclues aux mêmes fins dans le domaine de l'énergie, n'entrent dans le champ d'application de la directive « travaux » (v. art. 3, 4, de la directive modifiée).

Les dispositions de la directive relative aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports confirment à une réserve près (32) cette interprétation.

Il n'en va pas de même dans le domaine des transports. La directive « travaux » exclut de son champ d'application « les marchés de travaux passés par des transporteurs effectuant des transports terrestres, aériens, maritimes et fluviaux » (article 3, 4, a).

Or, en dehors des transports terrestres, la directive « eau, énergie, transports » ne comporte pas une inclusion symétrique. Elle soumet à son application, non pas les marchés qui viennent d'être cités, mais ceux conclus par des entités adjudicatrices exploitant une aire géographique dans le but de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, les installations nécessaires.

Or, ces entités adjudicatrices ne sont pas des « transporteurs » comme celles visées par la directive « travaux ».

Ce sont des collectivités locales, des chambres de commerce, des Offices publics ou encore des sociétés d'économie mixte qui gèrent des installations destinées au transport, mais n'assurent généralement pas une activité de transport.

Il y a donc là un problème d'articulation entre les deux directives qui impose de faire prévaloir l'une sur l'autre.

Ce choix est important car il concerne aussi bien des concessions aussi courantes que celles de ports et d'aéroports, que les marchés passés par leurs titulaires.

Si l'on s'en tient au projet de directive « travaux » ces contrats entrent dans son champ d'application d'où aucune disposition ne les exclut expressément (ou en tout cas clairement), et ils se trouvent soumis à l'obligation de concurrence que nous verrons plus loin.

(32) La directive travaux exclut les marchés passés dans les secteurs de l'énergie de son champ d'application, à la condition que les entités adjudicatrices qui sont amenées à les conclure exercent l'activité à laquelle ils se rapportent à titre principal (article 3, 4, modifié).

La directive « eau, énergie, transports » inclut dans son champ d'application ces mêmes marchés mais sans exiger dans tous les cas, que les personnes qui les passent exercent l'activité concernée à titre principal (article 2, 1, B). V. à ce sujet, *infra* § 74.

En revanche, si l'on se réfère à la proposition de directive relative aux secteurs exclus, ces mêmes contrats relèvent des dispositions de cette directive, ce qui permet notamment à ceux d'entre eux qui ont le caractère de concessions d'échapper à toute concurrence (v. *infra*, § 21).

De ces deux partis, il nous semble qu'il faut choisir le second à la fois en vertu du principe selon lequel les textes spéciaux prévalent sur les textes généraux et parce que le texte de la directive « secteur exclus » nous paraît plus explicite que celui de la directive « travaux ».

Il n'empêche qu'il y a là une distorsion qu'il serait bienvenu de corriger.

2°) Les concessions conclues dans les secteurs traditionnellement exclus

19. Si l'extension de la réglementation communautaire est importante dans les domaines d'activité soumis aux dispositions générales, elles l'est nettement moins dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (a) et totalement absente de celui des télécommunications (b).

a) *Les concessions relatives aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports*

20. Dans ces secteurs, l'extension de la réglementation communautaire à certaines concessions est incontestable.

La proposition de directive du Conseil relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, et des transports, consacre, en effet, certaines dispositions au contrat de concession, qu'elle définit comme suit :

« La "concession" est un contrat conclu par écrit entre une des entités adjudicatrices définies comme pouvoirs publics au sens du point 2, et une entité adjudicatrice qui n'est pas un organisme public au sens du point 1 aux termes duquel cette dernière accepte la responsabilité de construire, d'alimenter, ou de gérer un réseau tel que visé à l'article 2, paragraphe 3, lettre a), point i) à ses frais et risques et moyennant le droit de percevoir en contrepartie une rémunération » (article 1^{er}, 6).

21. De cette disposition, il ressort toutefois que l'extension de la réglementation communautaire aux concessions est fort limitée.

L'activité qu'elle vise est, en effet, uniquement celle relative à la production, au transport et à la distribution d'eau potable.

Seules les concessions ayant cet objet sont donc concernées par la directive. Celles qui seraient exclues dans les domaines des transports, de l'énergie ou encore de l'assainissement (33), y échappent.

Par ailleurs, pour entrer dans le champ de la réglementation communautaire, les concessions concernées doivent être passées par des « entités adjudicatrices publiques », c'est-à-dire des personnes publiques, des entreprises publiques, ou des sociétés d'économie mixte et avoir pour bénéficiaires des « entités adjudicatrices » n'entrant dans aucune de ces catégories.

(33) Très souvent, cependant, ces concessions et les concessions d'eau potable sont assurées de manière conjointe (v. à ce sujet, J.-F. Auby, « Les services publics locaux, PUF, Que sais-je, 1982, p. 65). Il est possible que, dans ce cas, elles soient soumises aux règles communautaires au même titre que les concessions d'eau potable auxquelles elles sont liées.



Il faut en déduire que les concessions qui seraient octroyées à des sociétés d'économie mixte ne sont pas soumises aux dispositions de la directive, ce qui constitue une limite non négligeable à l'application de cette dernière (34).

22. En revanche, et contrairement à ce qui est prévu dans l'hypothèse générale, le champ d'application de la réglementation communautaire ne se limite pas aux seules concessions de travaux publics, ni même aux concessions de travaux et de service publics.

L'article 1^{er}, 6. de la directive définit l'objet de la concession comme pouvant concerner de manière alternative, et non cumulative, la construction, l'alimentation ou la gestion des réseaux d'eau potable.

En bonne logique, les concessions de service public ne comportant pas la réalisation de travaux (qui sont, il est vrai, chose rare en la matière) devraient donc être soumises à la nouvelle réglementation.

Pour les mêmes raisons, il devrait en être de même des affermagés qui comportent la gestion d'un service public à partir des ouvrages fournis par la collectivité elle-même et qui sont chose beaucoup plus courante.

23. La directive soulève une autre difficulté de délimitation.

Elle retient comme critère de la concession, d'une part, la gestion de l'activité « *aux frais et risques* » du concessionnaire ; d'autre part, le droit pour celui-ci de percevoir une « *rémunération en contrepartie* ».

Le premier critère est classique et suffisamment clair pour ne pas appeler de commentaire particulier.

Le second soulève, en revanche, la même interrogation que précédemment (35). Que faut-il entendre, en effet, par rémunération perçue en contrepartie ? Doit-on la comprendre comme désignant aussi bien les redevances prélevées sur les usagers que le prix versé par l'administration, auquel cas les marchés d'entreprise de travaux publics se trouveraient soumis au régime communautaire des concessions ? Ou bien faut-il considérer que seuls les contrats stipulant une rémunération extérieure à l'administration contractante constituent des concessions au sens de la proposition de directive ?

Il y a là une difficulté identique à celle déjà évoquée à propos des concessions conclues en dehors des secteurs traditionnellement exclus et qui mériterait comme elle d'être résolue (36).

(34) Sur l'importance des sociétés d'économie mixte dans le secteur de l'eau, v. H.-A. Mesnard, « Concessionnaires et sociétés d'économie mixte en matière de distribution d'eau », *AJDA*, 1980, 507.

(35) V. *supra* § 12 et s.

(36) Il peut arriver en effet que le contrat ne concerne que la production et le transport de l'eau, la collectivité se réservant le soin de la distribuer. Dans ce cas, le cocontractant n'entretient pas de relations directes avec les usagers et ne peut donc être rémunéré sous la forme de redevances perçues sur eux. Il est généralement par un prix versé par l'administration. La question se pose donc de savoir si le contrat constitue un marché ou une concession. En droit interne, il serait très certainement considéré comme un marché. En droit communautaire, la réponse est un peu plus incertaine.

24. On formulera une dernière observation.

Contrairement à la proposition de directive « *travaux* », celle relative au secteur de l'eau ne fixe pas de seuil en deçà duquel les concessions ne sont pas soumises à ses dispositions.

Il faut logiquement en conclure que toutes les concessions qui viennent d'être définies, quelle que soit leur valeur, entrent dans son champ d'application.

Le mutisme du texte sur ce point ne laisse cependant pas de paraître curieux car son application aux marchés n'est prévue qu'à partir d'un certain seuil expressément fixé.

b) Les concessions relatives au secteur des télécommunications

25. En France au moins, l'évocation de ces concessions ne présente qu'un intérêt limité. Le réseau général des télécommunications est, en effet, exploité à l'heure actuelle en régie. Et dans le cadre des réformes envisagées, le procédé qui semble avoir la faveur des pouvoirs publics est celui de l'autorisation et non pas de la concession. Toutefois, aucun obstacle de principe ne s'oppose à ce que cette dernière formule soit retenue. De l'avis de certains auteurs, elle serait même plus adéquate (37).

Quoiqu'il en soit, les concessions éventuelles conclues dans le secteur des télécommunications ne paraissent pas couvertes par la réglementation communautaire.

Le régime prévu par la proposition de directive sur les procédures de passation des marchés conclus par les entités opérant dans ce secteur s'inspire il est vrai, très largement, de celui applicable aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, dont il reprend la plupart des dispositions.

Mais la proposition de directive « *télécommunications* » écarte expressément l'article 1^{er}, 6 de la directive « *eau, énergie, transports* ». Or, cette disposition est précisément celle qui définit la concession.

On serait donc tenté d'en déduire que les concessions éventuellement conclues dans le secteur des télécommunications ne tombent pas sous le coup de la réglementation communautaire.

Toutefois, on remarquera que la directive « *télécommunications* » déclare applicable au secteur qui est le sien le titre III de la directive « *eau, énergie, transports* ». Or, c'est précisément dans ce titre que figurent les règles de mise en concurrence des concessions. Mais, comme par un jeu de renvois successifs, sont visées les concessions définies à l'article 1^{er}, 6 que la directive « *télécommunications* » déclare inapplicable, il paraît douteux qu'en son état actuel, le texte de cette directive puisse être interprété comme couvrant les contrats de concession (38).

Il y a là, en tout cas, une difficulté supplémentaire qu'une rédaction un peu plus précise permettrait sans doute de résoudre.

(37) M. Bazex, « L'avant-projet de loi sur les télécommunications ou les transformations du paysage administratif », *AJDA* 1983, 31.

(38) Cette interprétation nous paraît confirmée par l'article 6 de la proposition de directive « *télécommunications* » qui prévoit expressément l'application de la directive « *eau, énergie, transports* » aux marchés de fournitures, de travaux et de services visant le logiciel, sans évoquer le cas des concessions.

B — La réglementation communautaire applicable aux concessions

26. Nous venons de voir que la réglementation communautaire en cours d'adoption était loin de s'appliquer à toutes les concessions. De manière symétrique, les concessions couvertes par la réglementation communautaire ne sont pas soumises à l'intégralité de ses dispositions.

On a soutenu, par un raccourci sans doute destiné à frapper les esprits, que les concessions se trouvaient désormais régies par les mêmes règles que les marchés publics eux-mêmes.

L'affirmation ne nous semble que partiellement exacte.

Dans ses motifs, la proposition de directive « travaux » indique « compte tenu de l'importante croissance des concessions de travaux publics et de leur nature spécifique, il est opportun d'inclure dans la doctrine 71/305 CEE des règles de publicité en la matière ».

Dans son texte, la même proposition de directive ne déclare applicables aux concessions que certaines de ses dispositions, relatives précisément à des règles de publicité (39).

Il faut en déduire que les concessions de travaux publics ne sont soumises qu'à celles des dispositions de la directive qui les visent expressément, à l'exclusion des autres dispositions qui sont applicables aux marchés et concernent notamment les modes de passation de ces derniers (1°).

Pour des raisons analogues, la même remarque vaut pour les concessions passées dans le secteur de l'eau (2°).

1°) Les dispositions applicables aux concessions de travaux publics conclues en dehors des secteurs traditionnellement exclus

27. La proposition de directive « travaux » étend aux pouvoirs adjudicateurs trois séries de mesures qui étaient réservées jusqu'ici aux seuls marchés publics (40).

Elle leur impose une mise en concurrence des candidats préalablement à la passation du contrat (a), la publication de l'avis de mise en concurrence selon des formes déterminées (b) et la limitation des conditions exigées des candidats à celles fixées par la directive « travaux » de 1971 (c).

a) L'obligation de mise en concurrence

28. Cette obligation résulte de l'article 12,3. qui dispose :

(39) V. article 1^{er} ter : d'autres indices vont du reste dans le même sens. Ainsi les seules dispositions à traiter explicitement des concessions sont celles visées à l'article 1^{er} ter précité. Toutes les autres visent exclusivement les marchés. De même, l'article 4 bis de la proposition de directive modifiée déclare celle-ci applicable aux marchés publics de travaux d'une valeur égale ou supérieure à 5 000 000 ECU, sans autre restriction. Or, une disposition analogue ne se retrouve pas à propos des concessions.

(40) Des mesures analogues avaient cependant été convenues par la « Déclaration des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil sur les procédures à suivre en matière de concessions de travaux » (JO N° C 82 du 16 août 1971, p. 13). V. sur la question, Commission CEE, *Vade-mecum* sur les marchés publics dans la Communauté, précité p. 37.

« Les pouvoirs adjudicateurs désireux d'avoir recours à la concession de travaux font connaître leur intention au moyen d'un avis »,

et de l'article 15 bis qui précise :

« Les pouvoirs adjudicateurs désireux d'avoir recours à la concession de travaux fixent un délai pour la présentation des candidatures à la concession, lequel ne peut être inférieur à cinquante deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis ».

Il s'agit là d'une innovation tout à fait remarquable sur l'importance de laquelle nous reviendrons (41).

On peut toutefois s'interroger sur sa portée exacte. Il est clair qu'elle laisse aux pouvoirs adjudicateurs le libre choix du concessionnaire.

Mais implique-t-elle le recours à la procédure d'appel d'offres ou permet-elle la libre utilisation des procédures négociées qui, en matière de marchés, sont réservées à certaines hypothèses limitativement énumérées ?

En l'absence de toute précision, il nous semble qu'il faut opter en faveur de la seconde branche de l'alternative. Cela d'autant plus que l'obligation de mise en concurrence préalable est tout à fait compatible avec la procédure de négociation directe et y occupe même une place de plus en plus étendue (42).

Logiquement il faudrait donc en conclure qu'après avoir déferé à l'obligation de mise en concurrence, les pouvoirs adjudicateurs sont libres d'engager des discussions avec les candidats de leur choix.

b) La publicité de l'avis de mise en concurrence

29. Elle est organisée par la proposition de directive selon des règles largement identiques à celles applicables aux marchés de travaux.

Il est notamment prévu que la publication de l'avis se fait *in extenso* au *Journal Officiel* des Communautés européennes et à la Banque de Données T.E.D., qu'elle intervient douze jours au plus tard après l'envoi de l'avis et que la publication de celui-ci dans les journaux officiels ou la presse nationale ne doit pas avoir lieu avant la date d'envoi, ni contenir d'autres renseignements que ceux publiés au *Journal Officiel* des Communautés européennes.

c) Les conditions exigées des candidats à la concession

30. La proposition de directive comporte en annexe des modèles d'avis auxquels les pouvoirs adjudicateurs doivent se conformer.

Ces modèles précisent notamment l'objet de la concession, les « conditions personnelles techniques et financières à remplir par les candidats » ainsi que les « critères qui seront utilisés lors de l'attribution du contrat ».

(41) V. *infra* § 40.

(42) V. à cet égard, le décret n° 88-591 du 6 mai 1988 modifiant le Code des marchés publics (J.O. du 8 mai 1988, p. 6556) qui prévoit, entre autres mesures, l'obligation pour l'administration de faire connaître son intention de passer un marché négocié en publiant un avis à cet effet. Sur ce texte, v. R. Rouquette, « La transparence dans la dévolution des marchés », *AJDA*, 1988, 522.



Il est toutefois indiqué que les exigences de caractère économique et technique formulées par l'avis ne pourront être différentes de celles prévues aux articles 25 et 25 de la directive « travaux » 71/365.

Ces règles ont pour objet d'éviter que les conditions exigées ne soient une source de discriminations fondées sur la nationalité des candidats. Elles sont, elles aussi, communes aux marchés publics de travaux et aux concessions.

2°) Les dispositions applicables aux concessions passées dans le secteur de l'eau

31. En ce qui les concerne, la directive en cours d'élaboration est à la fois peu contraignante et fort sommaire.

Elle se borne à prévoir, pour l'essentiel, une mise en concurrence préalable. C'est l'objet de l'article 17, paragraphe 5, qui dispose :

« Les entités adjudicatrices désireuses de recourir à une concession dans le secteur de l'eau au sens de l'article 2, paragraphe 7, lettre a), fixent un délai pour la réception des candidatures à la concession qui ne peut être inférieur à 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis ».

Mais, apparemment, cette mise en concurrence préalable n'est pas obligatoire.

L'article 2, paragraphe 7, lettre a) auquel il est renvoyé évoque, en effet, l'hypothèse où, après l'entrée en vigueur de la directive, une mise en concurrence de la concession aurait été effectuée. *A contrario*, cela semble signifier que l'hypothèse inverse est également possible et que la mise en concurrence des contrats de concession dans le secteur de l'eau est purement facultative.

Cette interprétation a d'ailleurs sa logique. La directive en cours d'élaboration autorise, en effet, les concessionnaires à passer certains de leurs marchés sans respecter l'obligation de concurrence prévue par ses dispositions, dès lors que les contrats de concession dont ils sont titulaires ont eux-mêmes été conclus après appel à la concurrence (article 2, paragraphe 7, lettre a)).

L'économie du système paraît donc être la suivante.

Ou bien, le contrat de concession a fait l'objet d'une mise en concurrence et certains marchés du concessionnaire (en l'occurrence, ceux conclus avec des entreprises liées ou apparentées) échappent à l'obligation de concurrence.

Ou bien, le contrat de concession a été conclu sans mise en concurrence et les marchés du concessionnaire doivent respecter les règles de concurrence.

Si cette interprétation se révélait exacte, on retrouverait donc dans le secteur de l'eau ce même jeu assez subtil d'équilibre que l'on a déjà rencontré dans d'autres domaines (v. supra 16) et qui confère à la nouvelle réglementation communautaire une certaine forme de cohérence. Il n'en est pas moins regrettable que les dispositions du projet de directive « secteurs exclus » ne livre pas plus aisément sa signification sur ce point pourtant fort important.

31 bis. Quant au fond des dispositions applicables aux concessions conclues dans le secteur de l'eau, on ne peut que souligner une fois encore son caractère fort sommaire.

La directive en cours d'élaboration prévoit, on l'a vu, une mise en concurrence préalable, assortie d'un délai minimal pour la présentation des candidatures.

De plus, pour que les marchés conclus par les concessionnaires d'eau avec des entreprises liées ou apparentées puissent être passés sans recours préalable à la concurrence, il faut que l'avis de concession respecte le modèle prévu à l'annexe XI (article 2, paragraphe 7, lettre a).

Ce modèle a le même contenu que celui imposé pour les concessions de travaux publics.

Pour le reste, il n'apparaît pas que les autres dispositions de la directive relatives aux marchés, et notamment celles concernant leurs modes de passation, soient applicables aux concessions. Les remarques formulées à cet égard à propos des concessions de travaux publics valent aussi bien pour les concessions conclues dans le secteur de l'eau.

32. Au total, la soumission des concessions passées dans les secteurs traditionnellement exclus à la concurrence apparaît fort limitée.

Déjà restreinte aux contrats conclus dans le secteur de l'eau, elle voit sa portée sensiblement réduite, par son caractère purement facultatif.

Plus généralement, les dispositions de la directive « secteurs exclus » en cours d'élaboration confirment un parti déjà relevé dans les autres secteurs. Il apparaît, en effet, que si le régime applicable aux contrats de concession emprunte la totalité de ses règles à celui régissant les marchés publics de travaux, il ne s'aligne pas purement et simplement sur celui-ci. Les concessions, quel que domaine d'activité qu'elles concernent, continuent d'obéir à des règles propres, nettement moins contraignantes que celles qui s'imposent en matière de marchés (43).

C — L'incidence de la réglementation communautaire sur le droit français des concessions

33. Même aussi limitées, les dispositions communautaires en cours d'adoption vont avoir une influence non négligeable sur le droit français des concessions. Si leur influence sur la définition même de la concession paraît encore incertaine (1°), leurs conséquences sur son régime s'annoncent en revanche très sensibles (2°).

1°) La réglementation communautaire et la notion de concession

34. Apprécier l'incidence de l'une sur l'autre relève d'un exercice délicat car la notion de concession n'est claire, ni en droit communautaire, ni même en droit français où elle donne lieu depuis plusieurs années à un débat doctrinal non tranché à ce jour. Sur divers points, on sera donc réduit à formuler des hypothèses.

(43) A cet égard, on remarquera que les amendements présentés par la Commission économique, monétaire et de la politique industrielle du Parlement européen allaient plus loin puisqu'ils proposaient de rendre applicables au contrat de concession de travaux publics les dispositions de la directive « travaux », sans restriction aucune. V. Rapport B. Beumer, P.E. Doc. A 2-37/88 du 5 avril 1988.

35. En droit français, la concession se définit, d'abord, par son objet. S'agissant des concessions de travaux publics, il doit consister dans la construction et l'exploitation d'un ouvrage (44).

De ce point de vue, la définition communautaire de la concession correspond à sa conception en droit interne.

Tout au plus, peut-on faire une réserve en ce qui concerne les affermage. En droit français, l'affermage se distingue de la concession par le fait que les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service sont fournis par la collectivité publique.

Or, nous avons vu que l'inclusion des affermage dans la catégorie communautaire de la concession n'était pas chose impossible.

Si cette solution était adoptée, il y aurait donc, sinon une modification en profondeur de la notion de concession, du moins une extension de celle-ci.

Les conséquences en seraient cependant limitées. Comme la concession, l'affermage se caractérise, en effet, par le mode rémunération du cocontractant, qui doit consister en des recettes liées aux résultats financiers de l'exploitation, et non pas en un prix versé par l'administration (45). En conséquence, la passation des contrats d'affermage obéit au même régime que celle des contrats de concession. Elle est gouvernée par le principe du libre choix du cocontractant et échappe au code des marchés publics (46). Ce n'est que sur d'autres points, étrangers à l'objet de la réglementation communautaire, que l'affermage se distingue de la concession (47).

A la limite, on peut donc soutenir que si l'extension de la catégorie des concessions aux contrats d'affermage modifie quelque peu la notion de concession, elle est conforme à l'identité des règles de passation qui les régissent sur le plan national.

36. La concession se définit, ensuite, en droit interne par le mode de rémunération du cocontractant.

C'est sur ce point que la notion de concession pourrait subir la modification la plus importante.

En droit français, la rémunération conçue sous la forme exclusive d'un prix versé par l'administration exclut la qualification de concession. C'est en cela que la concession se distingue du marché (48).

Or, comme nous l'avons vu, les expressions de « droit d'exploiter l'ouvrage » ou de « rémunération en contrepartie » sont suffisamment larges et vagues pour recouvrir ce mode de rémunération.

S'il en était ainsi, la notion de concession s'en trouverait sensiblement modifiée, puisqu'elle engloberait des contrats qualifiés jusqu'ici de marchés, et notamment les marchés d'entreprise de travaux publics.

Si cette transformation se produisait, ses conséquences seraient toutefois beaucoup plus importantes sur le plan théorique que sur le plan pratique.

Les marchés d'entreprise de travaux publics étant soumis à la réglementation des marchés publics, il y a peu de chances pour que le juge national revienne sur cette position. La concurrence communautaire a d'ailleurs tout à gagner à ce qu'il la conserve, puisqu'elle est mieux garantie par le régime applicable aux marchés que par celui gouvernant les concessions.

37. Quoiqu'il en soit, nous avons dit qu'à notre avis les modes de rémunération du concessionnaire définis par les directives en cours d'adoption n'incluaient pas, du moins à titre exclusif, le versement d'un prix par l'administration.

Si cette interprétation était la bonne, la conception communautaire de la concession serait beaucoup plus proche de sa conception française.

Certains problèmes n'en subsisteraient pas moins.

Selon une certaine position, seuls mériteraient la qualification de concession en droit interne les contrats prévoyant la rémunération du cocontractant sous forme de redevances perçues sur les usagers (49).

Or, si elles incluent ce type de rémunération, les définitions communautaires vont au delà et recouvrent des ressources différentes, telles par exemple celles procurées par la publicité ou les compléments de recettes versées par l'administration contractante elle-même.

Il y aurait donc une certaine différence entre les conceptions française et communautaire de la concession.

Mais à regarder de près, on peut se demander si cette différence serait bien réelle. Il existe, en effet, depuis plusieurs années, tout un courant doctrinal qui soutient, non sans raison, que la perception de redevances sur les usagers ne constitue pas le seul mode de rémunération compatible avec la qualification de concession (50). Loin de s'éloigner de la notion française de concession, la définition communautaire de ce contrat ne ferait donc que consacrer une solution contenue, au moins en germe, dans le droit interne.

Une remarque analogue vaut pour un autre élément de la définition communautaire de la concession.

(44) V. à ce sujet, J. Cathelineau, « Diversité et particularisme des concessions de travaux publics », *CJEG* 1968, Doct., p. 27 ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolve, *op. cit.*, T.I., n° 250, p. 309 ; J. Dufau, « Le droit des travaux publics », éd. du Moniteur, 1984, n° 153, p. 89.

(45) V. dans ce sens, J.-M. Auby, article précité, p. 32 ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolve, *op. cit.*, T.I., n° 260, p. 317.

(46) CE, 14 octobre 1988, Société anonyme SOCEA-BALANCY, prédicté *supra* note (27) (motifs).

(47) Il en est ainsi par exemple des cahiers des charges applicables (CE, 29 avril 1987, Commune d'Élancourt, précité) ou encore du pouvoir que se reconnaît le juge d'annuler les mesures de résiliation concernant les concessions, mais non pas les affermage (CE, 19 avril 1989, Société des transports urbains d'Angers, reg. n° 41.524).

(48) V. *Supra* § 12 et s.

(49) Position adoptée très explicitement par le Conseil d'État, Section de l'Intérieur, dans son avis du 14 octobre 1980, relatif aux contrats de mobilier urbain, EDCE, 1981.196, AJDA, 1983.193, rapport J. Thery, note J.-M. Auby.

(50) V. par ex., dans ce sens, J. Dufau, « Les concessions de service public » éd. du Moniteur, 1979, p. 28 ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolve, *op. cit.*, T.I., n° 236, p. 294 ; O. Duthéillet de Lamothe, concl. sur CE, Assemblée, 16 avril 1986, Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion et autres, RDP 1986, p. 846 et s., et not. p. 864. Sur le bien fondé de cette analyse, v. *infra*, § 52, les références citées, note (66).



La proposition de directive « travaux » prévoit que le droit d'exploiter l'ouvrage peut être « assorti d'un prix ». En dépit des apparences, cette possibilité n'est pas contraire à la définition nationale de la concession. Les juridictions administratives admettent, en effet, qu'il y a concession même lorsque la collectivité concédante verse un prix au concessionnaire, dès lors que celui-ci tire également sa rémunération de l'exploitation de l'ouvrage ou du service, notamment en percevant des redevances sur les usagers (51). Autrement dit, ce qui interdit l'identification d'une concession, ce n'est pas l'existence d'un prix, mais le caractère exclusif de ce mode de rémunération. Un contrat qui prévoit comme seul mode de rémunération un prix est un marché. Un contrat qui prévoit comme forme unique de rémunération le prélèvement de redevances sur les usagers est une concession. Un contrat qui prévoit l'un et l'autre à la fois est encore une concession.

De ce point de vue la conception communautaire de la concession est donc conforme à sa définition en droit français.

38. Dira-t-on qu'à défaut de modifier la notion de concession, elle transforme celle de marché public en y incluant les concessions de travaux publics ?

L'affirmation nous paraît excessive.

D'abord, on voit mal comment la concession pourrait être considérée comme un marché public, alors qu'elle continue de n'être pas un marché.

Ensuite, il nous semble que les directives en cours d'adoption n'assimilent pas les concessions à des marchés publics. Bien au contraire, elles prennent soin de marquer leur différence en donnant des unes et des autres des définitions spécifiques, et en les désignant par des dénominations distinctes dans les dispositions qu'elles leur consacrent respectivement.

En réalité, elles se bornent à étendre aux concessions certaines règles de publicité applicables aux marchés. Mais de cette identité partielle de régime, on ne saurait induire une confusion des notions. Il y a sans aucun doute dans ces directives un rapprochement entre le droit des marchés publics et celui des concessions, mais non une dilution de la notion de concession dans celle de marché.

2°) La réglementation communautaire et le régime de la concession

39. Sur le régime de la concession, l'incidence des règles communautaires sera sans doute plus forte.

A l'heure actuelle, la passation des contrats de concession se caractérise en droit français par l'exclusion de toute concurrence obligatoire.

D'une part, en effet, les collectivités publiques ont la possibilité de conclure leurs concessions sans appel préalable à la concurrence (52). *A fortiori*, ne sont-elles pas tenues d'utiliser les procédures applicables aux marchés publics (53).

D'autre part, le choix du concessionnaire constitue une décision discrétionnaire dont il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier l'opportunité. Celui-ci peut, certes, exercer sur l'acte de passation du contrat un contrôle minimal. Mais il se refuse à vérifier, fût-ce par le biais de l'erreur manifeste d'appréciation, le bien-fondé du choix du concessionnaire (54).

Sur l'un et sur l'autre points, le droit français des concessions devrait se trouver modifié.

40. La chose paraît certaine en ce qui concerne le mode de passation des contrats de concessions.

Sans doute, nous l'avons vu, les nouvelles directives ne vont-elles pas jusqu'à imposer aux collectivités adjudicatrices de recourir aux procédures de passation applicables en matière de marchés.

Sans doute aussi, en se bornant à prévoir un appel public de candidatures, soumettent-elles la conclusion des concessions à la forme minimale de concurrence, à savoir celle qui caractérise les procédures négociées.

Elles n'en imposent pas moins une obligation de mise en concurrence préalable qui constitue à elle seule une innovation fondamentale.

41. Il reste à savoir si le juge donnera toute son efficacité à cette mesure en acceptant de contrôler le choix du concessionnaire.

Il est bien entendu trop tôt pour répondre à cette question. Mais une telle extension nous paraît être dans la logique du nouveau régime de la concession.

Déjà, avant même les propositions de directives communautaires, cette solution avait été suggérée au Conseil d'État. Dans ses conclusions sur l'arrêt « Syndicat de l'Armagnac et des Vins du Gers » (55), M. Fornacciarì avait proposé à la Haute Assemblée d'exercer sur le choix des concessionnaires de service public un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, identique à celui qu'il exerce en matière de marché.

Le Conseil d'État n'avait pas retenu sa proposition, à la fois, semble-t-il, à raison du caractère régalien du droit

(52) V. à propos des concessions de service public, par ex., CE, 24 janvier 1919, Clauzel, Rec. 68 ; CE, 3 mai 1974, Flesch, Rec. 259 ; CE, Assemblée, 14 février 1975, époux Merlin et autres, précité ; CE Assemblée, 16 avril 1986, Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion et autres, Rec. 97, AJDA 1986.284, chron. M. Azibert et M. Fornacciarì, D. 1987 J. 97 note F. Llorens, JCP 1986.II.20617, note M. Guibal, RDP 1986.847, concl. O. Duthaillet de Lamothe, RFDA 1987.1, études P. Delvolve et F. Moderne.

V. aussi à propos des concessions de travaux publics : CE, Section, 22 novembre 1935, Sieurs Chouard et autres, Rec. 1080 ; CE, Section 30 octobre 1936, Sieurs Sibille et autres, Rec. 936 ; CE, 12 mars 1952, Commune de Sangués, Rec. 159.

Et enfin, à propos d'une convention complexe mêlant à la concession d'un service public des éléments de travaux et de fournitures : CE, 23 juillet 1920, Marianne, Rec. 749.

(53) Elles peuvent sans doute y recourir spontanément et dans ce cas elles se doivent de les respecter. Mais il faut pour cela que leur volonté de se soumettre au codes marchés soit exempte de toute ambiguïté : v. dans ce sens, C.E., 17 décembre 1986, Société Hit T.V. et Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers Rec. 366, AJDA. 1987 ; 80, chron. M. Azibert et M. de Boisdefre, RFDA 1987.19, concl. M. Fornacciarì ; CE, 18 mars 1988, M. Loupias et autres c. Communé de Montreuil-Bellay, RDP 1988.1420, obs. F. Llorens.

(54) CE 17 décembre 1986, Société Hit-T.V. précité et la chron. de M. Azibert et M. de Boisdefre, AJDA 1987.91.

(55) RFDA 1987, p. 19 à 21.

(51) CE, 8 novembre 1963, Compagnies des entrepôts et magasins généraux de Paris, préc., Rec. 534 : il n'y a pas marché dès lors que l'exploitant « devait trouver une partie au moins de sa rémunération dans les résultats de l'exploitation ».

des concessions et à raison de l'absence de définition textuelle des critères de choix du concessionnaire (56).

Mais dès lors que leur conclusion est soumise à une obligation préalable de mise en concurrence, les concessions perdent beaucoup de leur caractère régalien.

Par ailleurs, si les directives communautaires sont adoptées, le juge national ne pourra plus se retrancher derrière le silence des textes. Les directives imposent, en effet, la publication d'un avis de mise en concurrence qui détermine, et les conditions exigées des candidats, et les critères d'attribution de la concession.

Il y aura désormais des « textes » sur lesquels le juge pourra asseoir son contrôle.

42. Bien évidemment, il ne faut pas se faire trop d'illusions sur la portée d'un tel contrôle.

Dans la meilleure des hypothèses, il sera limité à l'erreur manifeste d'appréciation et ne conduira nullement le juge à sanctionner le choix d'un concessionnaire sous prétexte qu'une autre candidature offrait des avantages supérieurs. En ce domaine, comme en tout autre, le juge se refusera sans aucun doute à contrôler le choix de l'administration entre les divers partis qui se présentent à elle. Il n'annulera la désignation d'un concessionnaire que si, en elle-même, sa candidature ne méritait pas, de toute évidence, d'être retenue, au regard des critères d'attribution du contrat.

L'administration continuera donc de disposer d'une marge appréciable de liberté dans le choix de ses concessionnaires, ce qui, s'agissant de l'exploitation d'activités importantes, est sans doute dans l'ordre des choses.

On peut cependant raisonnablement penser que l'introduction de la concurrence dans un domaine où elle était quasiment absente jusqu'ici, et la menace d'une sanction juridictionnelle toujours possible, conduiront les collectivités publiques à effectuer des choix plus rationnels dans l'intérêt bien compris et des opérateurs économiques, et des activités concédées.

D — Le bien-fondé de la réglementation communautaire applicable aux concessions

43. Aux remarques précédentes, on aura sans doute compris que l'extension aux concessions des règles de concurrence qui étaient jusqu'alors réservées aux marchés nous paraît être une bonne chose.

Elle nous paraît justifiée par trois considérations au moins : l'extension en droit interne des règles de concurrence, et notamment de celles applicables aux marchés publics (1°), les inconvénients présentés par l'absence de concurrence en matière de concessions (2°) et, enfin, la relativité de la distinction entre les contrats soumis à une obligation de concurrence et ceux qui ne le sont pas (3°).

1°) L'extension des règles de concurrence en droit interne

44. En dépit de ce qui a été dit précédemment du choix des concessionnaires en droit interne, l'obligation de concurrence imposée par les directives communautaires

se situe dans la ligne d'un mouvement que l'on voit se dessiner depuis plusieurs années en jurisprudence comme en législation.

Trois solutions viennent l'illustrer.

45. En premier lieu, on constate de la part du Conseil d'État une tendance à étendre l'application du code des marchés à des contrats qui ne correspondent guère à la conception classique des marchés publics.

Il en va ainsi des *contrats de mobilier urbain* qui, contrairement au modèle courant des marchés publics, ne stipulent aucun prix à verser par l'administration, mais prévoient que le cocontractant se rémunérera par l'exploitation publicitaire des supports qu'il se charge d'implanter (57).

Il en va de même des *marchés d'entreprise de travaux publics* (58). Ces contrats, on l'a dit, sont très proches des concessions dont ils ne diffèrent que par le mode de rémunération des cocontractants. Ils sont néanmoins considérés comme des marchés publics soumis comme tels au code des marchés.

46. En deuxième lieu, et toujours dans le but d'étendre la concurrence, le législateur a rendu impossible le recours à la concession de travaux publics dans les hypothèses où son utilisation permettait d'éviter la réglementation des marchés publics.

Le texte en cause ici est la *loi sur la maîtrise d'ouvrage publique* du 12 juillet 1985 (59).

Cette loi n'interdit, ni de manière expresse, ni de manière générale, le recours à la concession de travaux publics. Mais elle empêche les collectivités publiques de se dessaisir de leurs prérogatives à l'égard des ouvrages qui sont construits pour leur compte. Or, c'est ce à quoi conduisaient certaines concessions dans le cadre desquelles le concessionnaire se bornait à construire des ouvrages, pour les remettre immédiatement à la collectivité concédante.

Désormais, de telles concessions, qui n'étaient d'ailleurs que de fausses concessions, ne seront plus possibles (60). Les maîtres d'ouvrages publics devront soit passer eux-mêmes les marchés de travaux nécessaires, soit confier ce soin à des délégataires ayant la qualité de mandataires. Mais, dans les deux cas, les marchés de travaux seront soumis au code des marchés publics (61).

En limitant le recours à la concession, la loi M.O.P. a donc bien pour effet d'étendre le champ de la concurrence.

(57) V. CE, Section de l'Intérieur, avis du 14 octobre 1980, précité.

(58) V. *supra* § 12.

(59) Sur ce texte voir, F. Llorens, « Le nouveau statut de la maîtrise d'ouvrage publique », *ALD* 1985.103.

(60) V. sur ce point notre article, « Une nouvelle application du mandat en droit administratif : la délégation de maîtrise d'ouvrage publique », *LPA*, n° 77 à 79 des 27 et 30 juin 1986, et 2 juillet 1986, et not. n° 77, p. 19 et s., § 42 et s. Sur les problèmes particuliers posés par l'application de la loi aux concessions d'aménagement urbain, cf. R. Rouquette, « La maîtrise d'ouvrage publique », *AJDA* 1985.596 et not. p. 598 ; et, du même auteur, « Un regain de vitalité pour les HLM ? », *RFDA* 1986.357, et not. p. 362 et 363.

(61) Les mandataires sont, en effet, soumis au cadre des marchés publics lorsque les collectivités mandantes le sont elles-mêmes. V. sur ce point nos études précitées notes (59) et (60) et *infra* § 58.

(56) V. dans ce sens, M. Azibert et M. de Boisdeffre, Chron. précitée *AJDA* 1987, p. 94.



47. Enfin, dans un ordre d'idée analogue, il convient de rappeler que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence soumet expressément les personnes publiques au *droit commun de la concurrence*.

Or, dans un arrêt fort remarqué, sans doute maladroit, mais tout à fait justifié dans son principe, la Cour d'appel de Paris en a déduit que les concessions de travaux ou de service public se trouvaient désormais assujetties au respect de ce droit (62).

48. Précédant les directives communautaires, il existait donc déjà une conscience très nette de la nécessité d'étendre les règles de concurrence au-delà de la catégorie des marchés publics strictement entendue.

Il restait à faire en sorte que cette extension atteignît enfin les concessions. C'est ce à quoi s'emploient les nouveaux textes communautaires, avec d'autant plus de raison que l'exclusion de la concurrence en matière de concession présente de réels inconvénients.

2°) Les inconvénients présentés par l'absence de concurrence en matière de concession

49. Ces inconvénients ont été trop de fois dénoncés pour appeler de longs commentaires. Ils sont doubles.

Tout d'abord, l'absence d'obligation de concurrence a pour effet d'entraîner, dans certains secteurs, une concentration excessive de l'activité au profit de certaines entreprises.

Le cas du secteur de l'eau est particulièrement remarquable à cet égard (63).

Ensuite, le recours à la concession était devenu un moyen trop répandu d'éviter les règles de concurrence applicables en matière de marchés.

Force est, en effet, de constater que certaines concessions comme les concessions de Z.A.C. ou, plus largement, celles dans lesquelles le concessionnaire agit comme mandataire de la collectivité concédante, ne se distinguent guère du simple marché de travaux puisque, vis-à-vis du concédant, elles n'ont bien souvent d'autre objet que la construction d'ouvrages à l'exclusion de leur exploitation. Or, jusqu'à présent, tant ces concessions elles-mêmes, que les marchés passés par leurs titulaires, échappaient au code des marchés publics, constituant ainsi un moyen commode de tourner l'obligation de concurrence imposée par ce dernier.

Et l'on pourrait en dire autant d'autres concessions (telles, par exemple, celles de parcs de stationnement) où le concessionnaire s'engage à réaliser personnellement l'ouvrage, mais se voit autorisé à céder l'exploitation de celui-ci à un tiers. Dans ce cas également, rien ne diffé-

rencie la prestation fournie par le concessionnaire initial de celle faisant l'objet d'un classique marché de travaux.

On ne peut dès lors, que se ranger à l'avis du Professeur Delvolve lorsqu'il écrit que « mieux vaut aménager clairement (la concurrence) en droit, plutôt que de la laisser s'exercer dans des conditions de fait parfois constables » (64).

3°) La relativité de la distinction entre les contrats soumis à l'obligation de concurrence et les contrats qui y échappent

50. L'une des raisons que l'on invoque parfois pour justifier l'absence d'obligation de concurrence en matière de concessions est la différence qui les sépare des marchés.

Mais force est de constater que cette raison n'est guère probante, surtout lorsqu'il s'agit de concessions de travaux publics, d'une part, et de marchés de travaux publics, d'autre part. Car les différences qui les distinguent ne sont absolues, ni en ce qui concerne l'objet du contrat, ni en ce qui concerne le mode de rémunération du cocontractant, ni enfin en ce qui concerne l'*intuitus personae* qui caractériserait les uns et pas les autres.

51. En principe, les marchés de travaux n'ont pas d'autre objet que la réalisation d'un ouvrage, tandis que les concessions prévoient, et la réalisation de l'ouvrage, et son exploitation.

Mais, on constate que certains marchés confient également au cocontractant l'exploitation d'un ouvrage (c'est le cas des marchés d'entreprise de travaux publics), tandis que certaines concessions, telles les concessions d'urbanisme ou d'aménagement, ne comportent pas à proprement parler une telle mission.

52. Une remarque analogue peut être faite en ce qui concerne le mode de rémunération du cocontractant.

En matière de marchés, elle consiste normalement en un prix. En matière de concessions, elle prend généralement la forme de redevances perçues sur les usagers.

Mais, là encore, la différence n'est que de principe.

Il existe en effet des marchés qui ne stipulent pas de prix au profit du cocontractant (65) et des concessions qui ne prévoient pas la perception de redevances sur les usagers (66).

(64) Article précité, in « Les marchés publics européens », p. 80, § 16.

(65) C'est le cas des contrats mobilier urbain (cf. *supra* § 45), mais aussi d'autres contrats comme, par exemple, cette concession d'endiguage qualifiée récemment par le Conseil d'État de « marché de travaux publics » alors qu'elle ne prévoyait pas de prix versé au cocontractant en contrepartie des ouvrages qu'il s'engageait à construire, mais une rémunération en nature consistant dans la disposition des terrains soustraits à l'action des flots : CE, 18 mars 1988, Société Civile des Néopolders, Rec. 129, AJDA 1988.549, obs. J.-B. Auby, D. 1989, SC, p. 17, obs. Ph. Terneyre, RDP 1989, n° 2, note F. Llorens.

(66) C'est le cas, par exemple, des concessions d'urbanisme ou d'aménagement déjà citées, des concessions de stationnement payant, des concessions de chaîne de télévision sous le régime antérieur à celui actuellement en vigueur. V. sur cette question, Q. Duthéillet de Lamoignon, concl. précitées RDP 1986 ; P. Delvolve, étude précitée, RFDA 1987, p. 1 et s. ; Y. Gaudemet, article précité, in Mon. des T.P. du 23 décembre 1988 ; F. Llorens, note précitée, D. 1987.97.

(62) Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, 30 juin 1988, SAEDE c. ville de Pamiers, D. 1988.I.R.211 ; BOCC, 9 juillet 1988, p. 187 ; AJDA 1988.744, note M. Bazex ; Gaz. Pal. 2-4 octobre 1988, notes L. Richer et J.-P. Marchi et 7-8 décembre 1988, comm. Mme Boutard-Labarde ; LPA 20 juillet 1988, note V. Selinsky.

V. aussi, sur cette affaire et les problèmes plus généraux qu'elle pose : R. Chapuis, « Activité des personnes publiques droit de la concurrence et compétence juridictionnelle » RFDA 1989-80 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence », D. 1989, Chron. p. 67.

(63) V. J.-F. Auby, *op. cit.*, p. 60.

53. Enfin, comme l'a excellemment montré le Professeur Delvolve (67), l'argument tiré de l'*intuitus personae* qui caractériserait la concession est largement fallacieux.

L'*intuitus personae* est, en effet, tout aussi fort dans certains marchés importants (marchés de travaux, marchés industriels) qui exigent une étroite collaboration entre l'administration et ses cocontractants. Cela ne les empêche pas d'être soumis aux règles de concurrence.

Par ailleurs, on exagère sans doute le caractère d'*intuitus personae* que revêt la concession. D'autres aspects de son régime montrent qu'il est moins fort qu'on ne le prétend. Ainsi, curieusement, le principe d'exécution personnelle du contrat y est-il moins strictement garanti qu'en matière de marché (68). Ainsi également le juge administratif se reconnaît-il le pouvoir d'annuler les décisions de résiliation des concessions ce qui n'est pas le cas en matière de marché et n'est guère conforme à la liberté de choix (ou en l'occurrence de maintien) du concessionnaire qui devrait découler de la notion d'*intuitus personae*.

Enfin, il est à remarquer que l'introduction de la concurrence dans la conclusion des contrats de concession ne ruine pas le principe d'*intuitus personae* dès lors que le mode de passation imposé est celui de la négociation, c'est-à-dire en définitive de libre choix du cocontractant.

54. En fin de compte, le seul argument qui justifiait valablement l'exclusion des règles de concurrence était l'absence de texte en prescrivant l'application.

Mais, dès lors que les directives communautaires seront adoptées, il deviendra caduc. Et pour toutes les raisons qui ont été dites, ce sera bien ainsi.

Le progrès ainsi accompli serait, cependant, très imparfait si les règles de concurrence ne concernaient que la passation des concessions à l'exclusion des marchés conclus par leurs titulaires. C'est pourquoi l'une des préoccupations des instances communautaires a été précisément de les y soumettre.

II. — La réglementation communautaire des marchés publics et les marchés des concessionnaires

55. Les directives en cours d'adoption étendent les règles communautaires de concurrence aux marchés des concessionnaires.

C'est là une innovation importante dans la mesure où, à l'heure actuelle, la réglementation interne des marchés publics est inapplicable aux contrats conclus par les concessionnaires (A). L'innovation est, il est vrai, limitée puisqu'elle ne concerne que certains marchés et certaines règles (B). Mais, même ainsi restreinte, elle constitue un progrès dont l'incidence sur le droit national des marchés publics ne devrait pas être négligeable (C).

(67) Étude précitée, RFDA 1987, p. 7.

(68) L'autorité concédante ne peut en effet s'opposer à la cession du contrat que pour des motifs, tirés de l'incapacité technique ou financière du concessionnaire proposé (v. sur ce point, A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolve, *op. cit.*, T. II, n° 824, p. 28).

A — L'inapplicabilité du droit interne des marchés publics aux marchés des concessionnaires

56. En droit français, l'inapplicabilité du code des marchés publics aux marchés des concessionnaires est un principe bien établi (1°) qui ne connaît que peu d'exceptions (2°).

1°) Le principe

57. Ce principe résulte du code des marchés publics lui-même, qui limite son champ d'application aux seuls contrats conclus par des personnes publiques (69).

Les concessionnaires ayant généralement le statut de personnes morales de droit privé, leurs marchés ne sont donc pas des marchés publics. Il en va ainsi quelle que soit par ailleurs la qualité du concessionnaire, qu'il s'agisse d'une personne purement privée, d'une société d'économie mixte ou d'une entreprise publique à statut de société (70).

Il arrive, certes, que les concessionnaires soient des personnes publiques. En principe, ils devraient donc être soumis au code des marchés publics. Mais il n'en va pas toujours ainsi. En fait, ils y échappent chaque fois qu'ils ont le statut d'établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, car le code des marchés publics n'inclut dans son champ d'application que les marchés des établissements publics nationaux à caractère administratif. Ainsi, par exemple, les marchés passés par EDF-GDF ou la SNCF ne sont-ils pas soumis au code des marchés publics (71).

Sans doute, tous ces concessionnaires peuvent-ils recourir librement aux procédures de passation prévues par ledit code. Il arrive, d'ailleurs, que leurs statuts eux-mêmes s'en inspirent. Mais il s'agit là de simples facultés et non d'obligations juridiquement sanctionnées.

2°) Les exceptions

58. Le principe qui vient d'être évoqué comporte trois exceptions.

La première, qui est la plus importante, découle de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique.

Cette loi prévoit que les marchés de travaux passés par les personnes bénéficiaires d'une délégation de maîtrise d'ouvrage devront l'être selon les procédures qui s'imposent aux maîtres d'ouvrage eux-mêmes. Si donc, ces derniers sont soumis au code des marchés publics, leurs délégataires le seront aussi (72).

Ces dispositions peuvent concerner les marchés conclus par les concessionnaires.

Nous avons dit, il est vrai, que la loi M.O.P. interdisait le recours à la concession pour des opérations ayant pour unique objet la réalisation d'ouvrages à l'exclusion de leur

(69) Article 1^{er}, reproduit *supra* § 1.

(70) V. sur la question, P. Delvolve, « De la nature des sociétés d'économie mixte et de leurs marchés de travaux RDP 1973.351 » ; F. Llorens, « Contrat d'entreprise et marché de travaux publics », LGDJ 1981, p. 57 et s.

(71) V. P. Delvolve, « Les marchés des entreprises publiques », RDP 1970.1287 ; F. Llorens, *op. cit.*, eod. loc.

(72) V. à ce sujet, nos études précitées, *supra* note (59) et (60).



exploitation (73). Mais il peut se faire qu'un même contrat porte à la fois, sur cet objet, et sur d'autres, conformes à la définition de la concession. Dans ce cas, le recours à la concession redevient possible. Mais, sauf impossibilité matérielle, les marchés passés en vue de la réalisation d'ouvrages pour le compte de la collectivité concédante (74) devront être conclus par le concessionnaire en sa qualité générale de concessionnaire.

Ainsi, d'ores et déjà en droit français, certains contrats passés par des personnes concessionnaires (à statut privé le cas échéant) se trouvent soumis au code des marchés publics.

59. On peut se demander si cette solution ne doit pas être étendue à l'hypothèse désormais classique des *marchés de travaux* (ou éventuellement des marchés ayant un autre objet) *conclus pour le compte d'une personne publique* (75).

La jurisprudence voit, en effet, dans cette situation particulière l'existence d'un mandat tacite (76). Or, le mandat emportant représentation, les règles s'imposant au mandant devraient également s'imposer au mandataire. Si donc, le premier est soumis au code des marchés publics, le second devrait l'être aussi.

Cette analyse nous paraît juste (77), mais d'une portée désormais réduite, car l'hypothèse des contrats conclus pour le compte d'une personne publique nous semble correspondre assez exactement à celle des contrats conclus en vertu d'une délégation de maîtrise d'ouvrage publique. L'application de la loi M.O.P. devrait donc suffire à les soumettre au code des marchés publics.

On pourrait, certes, objecter que les contrats conclus pour le compte d'une personne publique ne le sont pas toujours par une personne qui, aux termes de la loi M.O.P., peut bénéficier d'une délégation de maîtrise d'ouvrage publique (78).

Mais cette hypothèse nous paraît condamnée, dans certains domaines au moins, par la loi sur la M.O.P. Dès lors, en effet, que les contrats conclus pour le compte d'une personne publique correspondent à une situation de délégation de maîtrise d'ouvrage, ils ne devraient en principe pouvoir être conclus que sur la base d'une telle délégation et par les personnes habilitées à la recevoir.

(73) *Supra*, § 46.

(74) C'est-à-dire d'ouvrages destinés à être remis à la collectivité dès leur achèvement.

(75) CE, Section, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, Rec. 326, *AJDA* 1875.345, chron. M. Franc et M. Boyon, *D.* 1976.J.3, note F. Moderne ; TC, 7 juillet 1975, commune d'Agde, Rec. 798, *D.* 1977.J.8, note Ch. Bettinger, *JCP* 1975-II.18171, note F. Moderne et Jurisprudence constante.

(76) CE, 13 novembre 1987, Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos, Rec. 365, *RFDA* 1988.380, concl. Y. Robineau et *ibid.*, p. 397, étude F. Moderne.

(77) V. à ce sujet notre note sous CE 17 janvier 1984, ville d'Avignon c./Da Costa-Nunes, LPA, 5 avril 1989 p. 9. Et sur l'ensemble de la question, I. Mazeres, « La notion de représentation en droit administratif français, thèse (dactyl.) », Toulouse, 1989.

(78) La loi limite en effet le bénéfice de la délégation à certaines personnes, publiques pour la plupart. V. à ce sujet, J. Morand-Deville, « La loi du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée : Genèse et champ d'application », *R.D.I.* 1986.281 ; F. Llorens, études précitées *supra* note (59) et (60).

Il reste, cependant, que la loi M.O.P. ne possède qu'un champ d'application limité. Elle ne s'étend pas à toutes les opérations de construction (79) et ne couvre, apparemment, que les marchés de travaux.

En dehors de son domaine, il paraîtrait donc logique que les marchés passés par des concessionnaires en qualité de mandataires de personnes publiques soumises au code des marchés se voient imposer le respect de ce dernier à raison même du titre en vertu duquel elles agissent.

60. Une troisième exception concerne, enfin, les *marchés publics conclus par des concessionnaires ayant la qualité de personnes publiques*.

Ces marchés, nous l'avons dit, échappent à la réglementation des marchés publics lorsqu'ils sont conclus par des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial. Mais ils y sont soumis dès lors que le concessionnaire est un établissement à caractère administratif comme c'est par exemple le cas des chambres de commerce (80) ou, plus simplement encore, lorsqu'il est une collectivité locale.

61. L'exclusion des marchés des concessionnaires du champ d'application du code des marchés publics n'est donc pas absolue. Mais les exceptions qu'elle comporte ne concernent jamais que des hypothèses assez particulières. La grande masse des marchés des concessionnaires échappe à la réglementation des marchés. C'est cette situation que devrait sensiblement modifier le droit communautaire.

B — L'extension de la réglementation communautaire des marchés publics aux marchés des concessionnaires

62. Les autorités communautaires se sont rendues compte que l'exclusion des marchés passés par des entités à statut privé ainsi que par les E.P.I.C. à caractère national limitait sensiblement la portée des règles de concurrence.

Aussi bien, ont-elles décidé d'abandonner cette conception très « *organique* » (81) des marchés publics, pour y inclure les marchés passés par des « *entités* » à statut privé par les entreprises publiques, et même, de manière directe, par certains concessionnaires.

Les marchés des concessionnaires sont concernés à ces différents titres.

Toutefois, comme pour les contrats de concession eux-mêmes, la démarche des autorités communautaires demeure prudente. L'extension de règles de concurrence est loin de concerner tous les contrats conclus par les concessionnaires.

(79) La loi MOP ne concerne, en effet, ni les ouvrages industriels, ni les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle, ni les ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une ZAC ou d'un lotissement, ni les travaux de restructuration réalisés sur des monuments historiques.

(80) CE, 4 juin 1976, Desforêts, Rec. 301 ; v. aussi à propos des marchés passés par les chambres d'agriculture, CE, 9 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, Rec. 403 ; *D.* 1988, S.C., p. 252, obs. Ph. Terneyre, *CJEG* 1988.103, note F. Moderne.

(81) Ch. Brechon-Moulenes, article précité, in *Les marchés publics européens*.

Elle est pratiquement inexistante en ce qui concerne les marchés de fournitures (1°) et limitée, quoique plus importante, en ce qui concerne les autres marchés : marchés de travaux publics en dehors des secteurs traditionnellement exclus (2°), marchés relatifs aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (3°), marchés conclus dans celui des télécommunications, enfin (4°).

1°) Les marchés de fournitures conclus par les concessionnaires en dehors des secteurs traditionnellement exclus.

63. En principe, ces marchés ne sont pas concernés par l'extension des règles communautaires de concurrence.

La directive « fournitures » est, en effet, muette à leur sujet.

Par ailleurs, elle conserve une conception « organique » des « pouvoirs adjudicateurs ». Seuls sont, en effet, soumis à ses dispositions les collectivités territoriales ou leurs groupements, ainsi que les établissements publics à caractère administratif, scientifique ou culturel.

Y échappent en revanche, aussi bien les établissements publics industriels et commerciaux que les personnes à statut privé (qu'il s'agisse de simples sociétés privées, d'associations, de sociétés d'économie mixte, voire d'entreprises publiques à statut privé).

A ce titre, la très grande majorité des concessionnaires se trouvent exclus du champ d'application de la directive.

64. En réalité, les marchés de fourniture des concessionnaires ne tombent sous le coup de la directive que si ces derniers sont, soit des collectivités territoriales, soit des établissements publics à caractère administratif ou assimilé.

Bien que la directive ne traite pas de l'hypothèse dans laquelle ces collectivités viennent à passer des marchés en qualité de concessionnaires, rien n'autorise à les y soustraire.

Dans ce cas, les dispositions de la directive devraient donc leur être applicables dans leur totalité.

En France, l'hypothèse n'est pas totalement négligeable. Elle concerne essentiellement les Chambres de Commerce et les collectivités locales.

Son importance se trouve cependant limitée par deux considérations. D'une part, en effet, l'application de la directive « fournitures » à ces personnes était déjà un fait acquis. Elle ne constitue pas une innovation. D'autre part, les marchés les plus importants conclus par elles dans le cadre de leur activité de concessionnaires se rapportent au secteur des transports (82). A ce titre, ils relèvent, en principe, d'un autre texte (83).

(82) Parmi les concessions dont peuvent être titulaires les communes et les départements, on compte, en effet, les concessions d'établissement et d'exploitation de ports et d'outillages portuaires et les concessions d'aménagement et d'exploitation de canaux. Quant aux concessions octroyées aux Chambres de commerce, elles concernent essentiellement les ports et outillages portuaires, les aéroports, et les gares routières publiques. V. sur tous ces points, J. Dufau, « Les concessions... », *op. cit.*, p. 6.

(83) En l'occurrence, la proposition de directive concernant les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports.

2°) Les marchés de travaux conclus par les concessionnaires en dehors des secteurs traditionnellement exclus

65. C'est incontestablement en ce qui les concerne que l'extension des règles communautaires de concurrence était la plus attendue. Et c'est à leur propos qu'elle se révèle sans doute la plus importante.

Toutefois, là encore cette extension n'est pas illimitée. Elle ne concerne que certains marchés des concessionnaires et certaines règles de concurrence, et revêt par ailleurs une portée variable selon que le concessionnaire est lui-même un pouvoir adjudicateur (a) ou non (b).

a) Les marchés passés par les concessionnaires ayant la qualité de pouvoirs adjudicateurs

66. En ce qui les concerne, l'article 1^{er} ter, 3 de la directive « travaux » en cours de modification dispose :

« Lorsque le concessionnaire est lui-même un des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1^{er}, point b), il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers de respecter les dispositions de la présente directive ».

Il est donc important de savoir ce qu'il faut entendre par pouvoirs adjudicateurs.

L'article 1^{er}, point b) les définit comme étant :

« ...l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public ».

Il précise en outre, dans son deuxième alinéa, qu'« On entend par organisme de droit public, tout organisme :

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et

— doté d'une personnalité juridique, et

— dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

67. Telle qu'elle se trouve définie, la notion de pouvoir adjudicateur englobe, en France, un certain nombre de concessionnaires.

Il en va ainsi d'abord des collectivités locales et de leurs groupements qui peuvent être titulaires de concessions.

Il en va de même des établissements publics à caractère administratif qui, à l'instar des Chambres de Commerce et d'Industrie, des établissements interconsulaires, voire même des offices publics d'H.L.M., peuvent également se voir octroyer des concessions (84).

(84) Cela, bien entendu, pour autant que les concessions dont ces établissements et collectivités sont titulaires soient étrangères aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (par ex. concessions de plages pour les communes, de ponts pour les Chambres de Commerce, ou d'opérations d'aménagement pour les OPHLM).



Ces solutions étaient, cependant, déjà consacrées par la directive « travaux » de 1971.

La grande innovation réside dans le fait que, sous la dénomination d'organismes de droit public, figurent désormais des personnes à statut privé.

En France, cette extension de la notion de pouvoir adjudicateur devrait concerner notamment les sociétés d'économie mixte dont l'importance du rôle en matière de concession n'a nul besoin d'être souligné (85). Auparavant, et sous réserve des exceptions précédemment mentionnées, leurs démarches échappaient à toute obligation de concurrence. Désormais, ils s'y trouveront soumis.

En revanche, la notion de pouvoir adjudicateur n'englobe toujours pas les établissements publics à caractère industriel et commercial ainsi que les entreprises publiques à statut de société.

En France, cette limite ne devrait avoir que des conséquences assez faibles. Car, en dehors des secteurs traditionnellement exclus, ces organismes sont assez peu nombreux à posséder la qualité de concessionnaires. Néanmoins certains marchés auxquels l'extension des règles communautaires était concevable continueront d'en être exclus. Tel sera le cas notamment de ceux passés par les établissements publics d'aménagement qui peuvent être titulaires d'une concession (86) mais revêtent un caractère industriel et commercial (87).

68. Quoiqu'il en soit et conformément à l'article 1^{er} ter, 3 précité, les marchés passés par les concessionnaires ayant la qualité de pouvoirs adjudicateurs, au sens qui vient d'être indiqué, seront intégralement soumis aux dispositions de la directive « travaux » (88).

Ils se trouvent purement et simplement assimilés à des marchés publics.

Comme nous l'écrivions plus haut, cette solution vient heureusement compenser le fait que les concessions de travaux publics octroyées aux pouvoirs adjudicateurs échappent, en principe, aux règles de concurrence qui s'étendent désormais à certaines concessions.

b) Les marchés passés par les concessionnaires n'ayant pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs

69. Les concessionnaires qui n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs sont essentiellement des personnes privées. Mais, à interpréter littéralement le texte de la directive ce sont aussi les établissements publics industriels et commerciaux et autres entreprises publiques.

Les marchés de ces concessionnaires sont également soumis aux règles communautaires de concurrence, mais dans une mesure moindre que les précédents. Seuls cer-

tains d'entre eux sont concernés et seules certaines règles leur sont applicables, sous réserve toutefois du cas particulier des marchés d'infrastructure subventionnés.

70. Selon le projet de directive, seuls tombent sous le coup des règles communautaires les marchés de travaux passés avec des entreprises « tierces », à l'exclusion de ceux conclus avec des « entreprises liées ».

L'article 1^{er} ter, 4., limite, en effet, l'application des dispositions destinées à régir les marchés des concessionnaires en cause à ceux d'entre eux qui seraient passés « avec des tiers ».

Il précise en outre :

« Ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui sont groupées pour obtenir la concession ni les entreprises qui leur sont liées.

On entend par « entreprise liée », toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (...) » (89).

La limite ainsi posée au champ d'application des règles communautaires est considérable car ce sont, de la sorte, tous les marchés conclus avec les sociétés faisant partie du groupement concessionnaire ainsi qu'avec les filiales ou la société mère du concessionnaire qui s'en trouvent exclus.

Pour atténuer la portée de cette solution, le projet de directive prévoit, il est vrai, que, lorsqu'il conclut une concession de travaux publics, le pouvoir adjudicateur peut :

« (...) imposer au concessionnaire de travaux de confier à des tiers des marchés représentant un pourcentage minimum de 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession de travaux, tout en prévoyant la faculté pour les candidats de majorer ce pourcentage. Ce pourcentage minimum doit être indiqué dans le contrat de concession de travaux » (article 1^{er} ter, 2).

Toutefois, cette disposition risque de se trouver vidée d'une partie de sa substance par l'alternative qui est offerte au pouvoir adjudicateur et qui consiste à :

« (...) inviter les candidats concessionnaires, à indiquer eux-mêmes, dans leurs offres, le pourcentage, lorsqu'il existe, à la valeur des travaux, faisant l'objet de la concession de travaux, qu'ils comptent confier à des tiers » (même article).

Il peut donc très bien se faire que des concessions soient octroyées à des candidats prévoyant de confier à des « tiers » un montant de travaux inférieur à 30 % de la valeur de la concession ou même à des candidats n'envisageant pas de contracter avec des entreprises tierces. Il en sera ainsi, non seulement lorsque toutes les offres présenteront l'une ou l'autre de ces caractéristiques, mais encore chaque fois que le pouvoir adjudicateur (qui conserve toute liberté à ce sujet) préférera une candida-

(85) Concessions d'aménagement régional ou urbain, d'équipement, de construction et d'exploitation d'autoroutes, de parcs publics de stationnement, etc...

(86) V. article L. 300-4 du code de l'urbanisme, et, par exemple, H. Jacquot, « Le droit de l'urbanisme », Dalloz 1987, n° 56, p. 75.

(87) Code de l'urbanisme, article L. 321-2. Ces établissements n'échappent pas pour autant à la réglementation communautaire. Mais ils n'y sont qu'au titre des marchés conclus par les concessionnaires qui n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs. Sur ce point, v. *infra* § 69.

(88) V. le texte de l'article 1^{er} ter, point 3, reproduit ci-dessus § 66.

(89) L'article précise qu'« une liste limitative de ces entreprises est jointe à la candidature de la concession » et qu'« elle est mise à jour selon les modifications qui interviennent ultérieurement dans les liens entre les entreprises » (dernier alinéa).

ture prévoyant peu (ou pas du tout) de marchés à conclure avec les tiers à une autre candidature qui en propose davantage.

Cette limite est regrettable car elle peut concerner des concessions importantes (90). Elle est certes atténuée par la mise en concurrence désormais obligatoire de ces concessions. Mais la compensation n'est qu'assez faible dans la mesure où les règles de concurrence applicables aux concessions elles-mêmes demeurent peu contraignantes et laissent aux collectivités concédantes une grande liberté de manœuvre (91).

71. Lorsqu'ils entrent dans le champ d'application de la directive, et pour autant qu'ils atteignent ou dépassent la valeur de 5 000 000 ÉCU, les marchés des concessionnaires qui n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs ne sont soumis qu'à certaines de ses dispositions.

Ces dispositions sont exactement les mêmes que celles applicables à la passation des concessions, sous cette seule réserve que, lorsque le marché entre dans une des hypothèses où le recours à la négociation directe sans publicité préalable est autorisé, il bénéficie de la même dispense de publicité.

Les marchés des concessionnaires en cause ici ne sont donc soumis qu'à des contraintes assez légères comportant une mise en concurrence et une publicité préalables ainsi que la limitation des conditions susceptibles d'être exigées des candidats, mais non, par exemple l'interdiction de recourir à la procédure négociée en dehors d'hypothèses limitativement énumérées.

72. Parmi les marchés conclus par des personnes autres que les pouvoirs adjudicateurs, il faut faire une place à part aux marchés d'infrastructure que poursuit un but d'intérêt général.

Le projet de directive « travaux » (article 1^{er} bis 2.) précise qu'il s'agit uniquement des marchés concernant la construction des voies de communication (au sens large du terme) (92) et des ouvrages s'y rapportant, d'hôpitaux, de bâtiments scolaires, universitaires, et à usage administratif, et d'équipements sportifs récréatifs et de loisirs.

Le cas de tels marchés passés par des concessionnaires n'est pas expressément cité. Mais il se trouve incontestablement concerné, puisque l'article 1^{er} bis du projet de directive vise les marchés conclus par d'autres entités que les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes, et que les concessionnaires entrent, pour une bonne part au moins, dans cette catégorie.

Enfin, toujours à propos de ces marchés d'infrastructure, le projet de directive prévoit que les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou

fassent respecter ses dispositions. Il faut en conclure, nous semble-t-il, que les règles communautaires leur sont applicables dans leur intégralité, quand bien même ils seraient passés par un concessionnaire de travaux (93).

3°) Les marchés de travaux et de fournitures conclus dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports

73. Autant l'application des règles communautaires était limitée en ce qui concerne les concessions de travaux et service conclus dans ces secteurs, autant elle est étendue en ce qui concerne les marchés passés par les concessionnaires, ceci compensant cela.

Le caractère remarquable de cette extension qui soulève de vives réticences de la part des intéressés (94) se manifeste tant au niveau des marchés couverts par la directive en cours d'élaboration (a) qu'au niveau des dispositions de cette dernière qui leur sont applicables (b).

a) Les marchés concernés

74. Leur identification, passablement complexe au demeurant, exige plusieurs précisions.

— Les marchés concernés sont d'abord, *aussi bien les marchés de fournitures que ceux de travaux*, à condition que leur montant soit au moins égal à 200 000 ÉCU pour les premiers et 5 000 000 ÉCU pour les seconds (95).

— Ces marchés doivent, en second lieu, se rapporter à l'une des activités couvertes par la directive (96) et n'entrer dans aucune des exceptions prévues par celle-ci (97).

Ils doivent enfin, et c'est ce qui nous intéresse au premier chef, être passés par « certaines personnes ».

Quelles sont-elles ?

Aux termes de l'article 2 du projet de directive, combiné avec ses articles 1^{er} et 3, point 5, ce sont d'abord les *entités adjudicatrices publiques* c'est-à-dire non seulement les personnes publiques, mais également les organismes de

(93) Nous voulons dire par là qu'ils ne relèvent pas du régime applicable aux marchés passés par des concessionnaires qui n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs, régime qui, on le sait (*supra* § 71) ne comprend qu'une partie des règles posées par le projet de directive « travaux ».

(94) V. à ce sujet, les articles consacrés aux secteurs exclus publiés in Les marchés publics européens : M. Thibierge, « L'électricité », p. 23 ; P. Faisandier, « L'eau », p. 26 ; A. Raoux, « Transports et énergie », p. 33.

(95) Article 8, 1., de la proposition de directive du Conseil sur les procédures de passation des marchés dans les secteurs, de l'eau, de l'énergie et des transports.

(96) Article 2. Ces activités sont aux termes du point 3. de cet article : « a) L'alimentation ou la gestion de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution :

i) d'eau potable ; ou

ii) d'électricité ; ou

iii) de gaz ou de chauffage.

b) l'exploitation d'une aire géographique dans le but :

i) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ; ou

ii) de mettre à la disposition des transporteurs aériens maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou autres terminaux de transports ;

c) la gestion de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus ou autobus ».

(90) On pense par exemple à certaines concessions d'autoroutes, d'aménagement, ou de parcs publics de stationnement par exemple.

(91) V. sur ce point *supra* § 40 et s.

(92) Le groupe 50, sous groupe 502 de la nomenclature des activités professionnelles dans les Communautés européennes cité en référence comprend, en effet, non seulement la réalisation des infrastructures routières, mais également la construction d'aérodromes, d'ouvrages d'art fluviaux et maritimes et d'ouvrages se rapportant au domaine de l'eau. Encore qu'il y ait problème à ce sujet on peut toutefois penser que cette seconde catégorie d'ouvrages relève de la directive propre aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports. V. à ce sujet, *supra* § 18.



droit public au sens précédemment indiqué, et les entreprises publiques, à la seule condition qu'elles comptent parmi leurs activités une de celles régies par la directive.

Ce sont, ensuite, les personnes qui n'entrent dans aucune de ces catégories mais « *bénéficient pour exercer leur activité, de droits spéciaux ou exclusifs ou d'une autorisation délivrée par une autorité compétente d'un État membre* ». Contrairement aux entités adjudicatrices publiques, elles doivent cependant exercer à titre principal une des activités soumises à la directive.

Par droits spéciaux ou exclusifs, la directive précise qu'il faut entendre le bénéfice de servitudes ou d'une procédure d'expropriation, l'utilisation du sol, du sous-sol ou de l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseaux et, en ce qui concerne le secteur de l'eau, le fait pour une entité d'alimenter un réseau qui est géré par une autre entité bénéficiant elle-même de droits exclusifs ou spéciaux (98).

75. De cette définition particulièrement large du champ d'application de la directive, il résulte que de nombreux concessionnaires, dont l'identité est d'ailleurs précisée en annexe, se trouvent concernés.

Au titre des entités adjudicatrices publiques, ce sont des entreprises publiques telles qu'EDF-GDF, des établissements publics administratifs, tels que les Chambres de Commerce et d'Industrie, des établissements industriels et commerciaux, comme les ports autonomes et les aéroports, des sociétés d'économie mixte, et naturellement les collectivités territoriales elles-mêmes, dans la mesure où elles sont titulaires de concessions.

Mais le champ d'application de la directive va bien au-delà, puisqu'il couvre aussi les concessionnaires purement privés bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux, ou encore d'autorisations ce qui sera très souvent le cas dans les domaines de l'eau, du chauffage, et des transports.

Au total, c'est donc la très grande majorité des marchés des concessionnaires intervenant dans ces secteurs qui se trouvent désormais soumis à la réglementation communautaire.

b) Les dispositions applicables

76. En principe, ces marchés se voient appliquer l'intégralité des dispositions de la directive.

Il n'en va autrement que dans une hypothèse : celle des marchés conclus par un concessionnaire de production, transport ou distribution d'eau potable. Ces marchés sont dispensés du respect de la directive à la triple condition

(97) Ces exceptions sont relativement nombreuses. Ainsi dans le secteur de l'eau, seuls sont couverts par la directive les marchés qui « *relèvent du domaine des projets de génie hydraulique, d'irrigation, de drainage, ainsi que de l'évacuation et du traitement des eaux usées* » (article 2, 6.). Les autres marchés et notamment ceux passés pour l'achat de l'eau ne sont pas concernés (article 5). Il en va de même des marchés conclus par les entités adjudicatrices intervenant dans les secteurs de l'énergie pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie (même art.). V. aussi l'article 2, 4. relatifs aux marchés des entités adjudicatrices fournissant un service de transport par autobus, l'article 4 concernant les marchés de fournitures et produits achetés à des fins de revente ou de location à des tiers, etc. Enfin, sous certaines conditions, les marchés passés par les concessionnaires d'eau dont les contrats leur ont été attribués après une mise en concurrence préalable échappent aux dispositions de la directive (article 2, point 7 et *supra* § 31).

(98) Article 2, point 5.

que le contrat de concession auquel ils se rapportent ait été conclu après une mise en concurrence, qu'ils soient passés avec des entreprises liées ou apparentées au concessionnaire, et que la liste limitative de ces entreprises ait été jointe par l'entité à sa candidature à la concession (99).

4°) Les marchés de travaux, de fournitures et de services passés dans le secteur des télécommunications (100)

77. La proposition de directive présentée par la Commission couvre les marchés de fournitures, travaux et services visant le logiciel lorsqu'ils sont passés soit par des entités adjudicatrices publiques, soit par des entités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs qui gèrent des réseaux publics de télécommunications ou offrent un ou plusieurs services de télécommunications au public.

A ce titre des entreprises publiques ou privées concessionnaires pourraient être concernées si l'occasion s'en présentait.

C — L'incidence de la réglementation communautaire sur le droit interne des marchés publics

78. En dépit des limites et des exceptions dont elle est assortie, la réglementation communautaire risque d'avoir des conséquences importantes en droit interne.

D'une part, en effet, elle étend considérablement l'obligation de mise en concurrence préalable à la passation des marchés (1°) ; d'autre part, elle modifie assez sensiblement la notion de marché public (2°).

1°) L'extension des règles de concurrence

79. Il n'y a pas lieu de revenir sur la portée de cette extension qui a été suffisamment décrite. Nous nous bornerons à indiquer pourquoi, à notre sens, elle est amplement justifiée.

Les raisons sont en grande partie les mêmes que celles évoquées à propos des contrats de concession. Elles tiennent à deux ordres de considérations.

80. En premier lieu, les dispositions adoptées ou en cours d'adoption s'inscrivent dans un mouvement déjà amorcé tant en droit interne qu'en droit communautaire.

Nous avons montré ce qu'était ce mouvement en droit interne. Il n'y a pas lieu de revenir sur le sujet.

En revanche, il est sans doute bon de signaler que ce mouvement était également en germe en droit communautaire.

Ainsi, récemment, dans un arrêt relatif au champ d'application de la directive « *travaux* » de 1971, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que

(99) Il n'entre pas dans notre propos de décrire dans le détail le régime défini par le projet de directive. On notera cependant que, contrairement à ce qui est prévu par les directives « *fournitures* » et « *travaux* », les pouvoirs adjudicateurs peuvent librement recourir à la procédure négociée. Seuls les cas d'utilisation de cette procédure sans mise en concurrence préalable sont limitativement énumérés (article 12).

(100) Cf. F. Prudhomme, « Les télécommunications », in Les marchés publics européens, p. 33.

la notion de pouvoir adjudicateur devait recevoir une interprétation fonctionnelle et être conçue comme englobant, non seulement l'Etat, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public énumérées à l'Annexe I mais aussi les organismes d'une autre nature qui, quoique non formellement intégrés à l'administration de l'Etat, dépendent étroitement de celui-ci sur les plans organique et financier (101).

81. En second lieu, l'extension des règles de concurrence aux concessionnaires permet de corriger une anomalie regrettable.

Cela est d'abord vrai pour les marchés passés par des concessionnaires à statut privé (sociétés d'économie mixte et entreprises purement privées).

Ces marchés ont très exactement le même objet que ceux que passent les personnes publiques lorsqu'elles n'ont pas recours à la concession. On ne voit pas dès lors pourquoi ils échapperaient à l'obligation de concurrence auxquels ces derniers se trouvent soumis.

On le voit d'autant moins, en vérité, que bien souvent la concession n'est qu'un moyen commode d'éviter l'application du code des marchés publics. En l'état actuel des choses, il suffit en effet de recourir à la concession pour que des marchés qui seraient tombés sous le coup de la réglementation des marchés publics s'ils avaient été passés directement, y échappent *ipso facto*.

Cette situation est regrettable lorsque le concessionnaire est une société d'économie mixte, totalement dominée par les collectivités publiques. Mais elle l'est tout autant lorsqu'il s'agit d'un groupement d'entrepreneurs qui va par la suite se partager les marchés sans recourir à la concurrence (102).

Les directives en cours d'élaboration devraient permettre, sinon d'éviter ces détournements, du moins d'en atténuer la portée.

Des remarques analogues valent pour les marchés des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial.

Sans doute, la nature de leur activité requiert-elle une certaine souplesse de gestion. Mais comme l'a montré le Professeur Delvesse (103), ils se rapprochent tant par leur statut public que par les missions qui leur sont imparties des personnes publiques de type classique. Bien plus, leurs marchés peuvent avoir le caractère de contrats administratifs dans les mêmes conditions que ceux des autres personnes publiques. Il n'y a dès lors aucune raison de ne pas leur appliquer les règles de concurrence qui s'imposent à ces dernières.

Enfin, si l'extension communautaire soulève de vives protestations de la part des représentants des secteurs traditionnellement exclus, il n'est pas sûr que leurs critiques soient totalement justifiées. Comme on l'a dit, la réglementation communautaire leur permet de recourir libre-

ment à la procédure du marché négocié. Elle ne leur impose, à cet égard, (et encore pas dans tous les cas), qu'une mise en concurrence publique et préalable des candidats. On ne peut pas dire qu'une telle obligation soit lourde au point d'affecter sérieusement leur liberté de gestion.

En tout cas, ses inconvénients (si inconvénients elle comporte) ne nous paraissent pas supérieurs aux avantages qui devraient résulter d'une concurrence plus ouverte et mieux organisée.

2°) La transformation de la notion de marché public

82. On ne sait trop s'il faut parler de transformation de la notion de marché public ou de superposition de deux définitions l'une interne, l'autre communautaire des marchés publics.

Toujours est-il que la seconde de ces définitions ne correspond pas à la première. Elle s'en distingue sur deux points.

83. Le premier concerne les marchés des établissements nationaux à caractère industriel et commercial. Ce code des marchés publics les exclut de son champ d'application. La réglementation communautaire les soumet à ses dispositions.

84. Le second, qui est le plus important, concerne les personnes à statut privé (sociétés purement privées, sociétés d'économie mixte, entreprises publiques à statut privé).

Elles aussi se trouvent exclues du champ d'application de la réglementation interne des marchés publics. Elles vont désormais être couvertes par la réglementation communautaire.

C'est l'abandon du critère organique, si ardemment défendu en matière de marchés.

Cette solution ne constitue pas une innovation complète. Nous avons vu qu'elle pouvait se prévaloir de précédents en droit interne (104).

Mais elle va bien au-delà des mesures législatives et des solutions jurisprudentielles adoptées jusqu'ici.

Elle ne manquera d'ailleurs pas de poser certains problèmes.

Pour être des marchés publics, les contrats conclus par les concessionnaires à statut privé n'en demeureront pas moins, pour nombre d'entre eux, des contrats de droit privé (105).

(104) V. *supra* § 58 et s. On pourrait en citer quelques autres. Ainsi, dans le domaine qui est le sien, la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance soumet au même régime les marchés publics *stricto sensu* et les marchés des entreprises publiques, lesquelles peuvent posséder, comme chacun sait, un statut de droit privé.

(105) A l'heure actuelle les seuls contrats passés entre personnes privées à se voir reconnaître un caractère administratif sont ceux conclus par les concessionnaires d'autoroutes ou d'infrastructure routière, ceux conclus en vertu d'un mandat octroyé par une personne publique et ceux comportant une occupation du domaine public lorsqu'ils sont conclus par un concessionnaire de service public. Tous les autres marchés des concessionnaires personnes privées sont qualifiés de contrats de droit privé par application du critère organique. V. à ce sujet, F. Llorens, *op. cit.*, p. 34 et s.

(101) CJCE, 4ème Chambre, arrêt 31/87, du 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes BV c. Pays-Bas, concl. M. Darmon. Pour une position analogue, v. aussi, antérieurement, CJCE 24 novembre 1982, Commission c. Irlande, n° 249/81, Rec. 4005.

(102) V. sur tous ces points, P. Delvoive, article précité, in Les marchés publics européens, § 23, p. 82.

(103) Article précité, § 21, p. 82.



Ainsi la distorsion entre les notions de marché public et de contrat administratif se trouvera-t-elle confirmée, confortant par là même, la position de ceux qui admettaient déjà que des contrats privés pussent être des marchés publics (106).

Enfin, il est à noter qu'en vertu de cette solution, les juridictions administratives ne seront plus les seules à connaître du contentieux des marchés publics. Les juridictions judiciaires disposeront désormais d'une compétence concurrente en cette matière. Mais rien ne permet de penser *a priori* qu'elles seront moins habiles que les tribunaux de l'autre ordre à s'acquitter de leur tâche.

Conclusion

85. Cet examen des règles communautaires applicables aux concessions et aux marchés des concessionnaires appelle, en conclusion, un jugement mitigé.

86. *Sur la forme*, on ne peut que déplorer l'excessive complexité des directives adoptées ou en cours d'adoption.

Cette complexité tient, d'abord, à leur champ d'application. Ni les contrats concernés, ni les règles applicables ne sont toujours les mêmes. Bien plus, selon les secteurs concernés, des notions pourtant aussi essentielles que celles de pouvoir adjudicateur ou de marché public ne possèdent pas un contenu identique.

Les praticiens qui s'emploieront à explorer la matière auront plus d'une fois l'impression de se mouvoir dans un labyrinthe, tant les facteurs à prendre en considération sont multiples et les cas particuliers nombreux. Il faut espérer qu'ils ne s'y perdront pas.

(106) V. dans ce sens, A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolve, *op. cit.*, T.I., n° 195, p. 252 ; L. Richer, « Le marché public : problèmes actuels de définition », *CJEG* 1986, p. 38 ; F. Llorens, « Contrat d'entreprise... », *op. cit.*, p. 57 ; v. aussi T.A. de Strasbourg, 7 juillet 1987, Mme Bloch et autres, *AJDA* 1988.63, obs. X. Prétot, *D.* 1988, S.C., p. 251, obs. Ph. Ternayre, *JCP* 1988.II.20979, concl. P. Kintz. Compte tenu de l'exclusion très nette des contrats passés entre personnes privées du champ d'application du code des marchés, le débat ne portait toutefois que sur les contrats privés des personnes publiques.

Cette complexité tient, ensuite, à l'imprécision de certaines notions. On y a trop insisté pour y revenir. Qu'il soit permis cependant de relever que cette incertitude est regrettable puisqu'elle affecte l'étendue même des nouvelles règles communautaires.

Mais il s'agit là plus de regrets que de critiques. Comment, en effet, reprocher au législateur communautaire son imprécision ou sa complexité, alors qu'il lui faut concilier tant de situations différentes et d'intérêts divergents, et que les droits nationaux (et spécialement le droit français) ne sont eux-mêmes ni plus simples, ni plus clairs ?...

87. La critique est d'autant moins de mise que, *sur le fond*, le progrès est incontestable.

On pourra sans doute émettre des réserves, et se demander si sur tel ou tel point, il n'y avait pas lieu d'aller plus avant. N'aurait-il pas été opportun, par exemple, d'étendre aux concessions de travaux et à certains marchés des concessionnaires, les règles relatives aux spécifications techniques ou d'imposer plus fermement aux concessionnaires l'obligation de confier un certain volume de marchés à des tiers ?...

D'un point de vue plus général, il est clair que l'extension des règles de concurrence au domaine des concessions a été voulue fort prudente. Les seuils d'application de ces règles demeurent très élevés et les exceptions qu'elles tolèrent encore trop nombreuses. On est donc encore fort loin d'une ouverture totale du droit des concessions aux impératifs de la concurrence.

Pour autant, on ne saurait ignorer les progrès accomplis. Même encore limitée, la concurrence sort sensiblement renforcée de ces nouveaux textes, puisqu'elle réduit cet îlot de résistance, que constituait jusqu'à présent le droit de concessions.

En droit interne, les répercussions seront également importantes. Les nouveaux textes communautaires sonnent sans doute le glas d'une époque, celle où le droit des concessions apparaissait comme le vestige d'un pouvoir régalien. Désormais, on ne pourra plus en parler comme on le faisait auparavant, ni surtout l'opposer diamétralement à celui des marchés publics. Si le fossé n'est pas encore comblé entre les deux, du moins un lien existe-t-il. Il faut savoir gré aux autorités communautaires de l'avoir créé car, sans elles, et en dépit des progrès accomplis en droit interne, le domaine des concessions serait resté, encore longtemps sans doute, un lieu de non-concurrence.

Juin 1989

LE CONTRÔLE DE LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

Henri LABAYLE

Professeur de droit à l'université de Pau
et des Pays de l'Adour,
Centre de documentation européenne.

S'il est un sentiment unanimement partagé, c'est sans doute celui de l'absence d'un « contrôle de la réglementation communautaire en matière de marchés publics ». De la Commission des Communautés au Parlement européen, en passant par le Comité économique et social, chacun des protagonistes participant à la relance d'une Europe des marchés publics en convient avec la doctrine (1) : « l'échec des directives » (2) de 1971 et 1976 repose dans une large mesure sur l'absence de dispositions spécifiques permettant d'assurer un contrôle efficace de leur application » (3). Ce constat unanimement partagé mérite donc que l'on s'y attarde un peu à titre préliminaire.

Parler de « réglementation communautaire des marchés publics » peut paraître optimiste. L'extension à leur propos des principes libéraux du Traité de Rome n'a pas véritablement entraîné une œuvre normative considérable, précarité accrue à double titre par la suite : l'instrument juridique retenu pour ce faire, d'abord, la directive, n'est pas réputé pour son caractère autoritaire, le contenu, ensuite, de ces directives s'est avéré particulièrement dépourvu de rigueur (4). Dès lors, il était inévitable que « la non-application de règles transparentes rende le système encore plus opaque » (5). Avant de s'en formaliser, peut-être est-il intéressant de comprendre les raisons de cette opacité. La matière elle-même, le droit des contrats, est peut-être en tant que telle une cause suffisante de dysfonctionnement des mécanismes classiques de contrôle (6), il ne faut pas le perdre de vue, et sûrement est-ce en réalité l'addition de tous ces facteurs qui fait prendre conscience de l'ampleur du problème.

(1) Mattera, « La libéralisation des marchés publics et semi-publics dans la Communauté », *RMC* 1973, p. 205 ; R. Drago, « Les incidences du droit communautaire sur le droit des marchés publics et des entreprises publiques » in « La France et les Communautés européennes », *LGDJ* 1975, p. 859 ; C. Hen, « Les incidences du droit européen sur le droit français des marchés publics », *AJDA* 1975, p. 484 ; S. Pautot, « Le contentieux des marchés publics de travaux et la CJCE », *Moniteur des travaux publics*, 29 janvier 1977, p. 16 ; C. Struxiano, « Le marché commun des achats publics de fourniture », *Moniteur des travaux publics*, 6 février 1978, p. 12 ; M.C. Soulié, « La passation des marchés publics en France et dans la Communauté », Thèse, Paris I, 1983 ; M. Loy, « Droit communautaire et Gatt » in « Réglementation et pratique des marchés publics », Colloque de l'ADPE, Dalloz 1985, p. 138 ; G. Guillermin, « L'action communautaire sur les marchés publics des Etats membres et ses limites », Publications du CUREI, Grenoble 1987 ; M.-A. et P. Flamme, « Vers l'Europe des marchés publics », *RMC* 1988, p. 455 ; C. Brechon-Moulenes, « 1988, année "marchés publics" », *RFAP* 1988, p. 591 ; P. Henry, P. Thys, I. Marce, « Les marchés publics et le droit de la Communauté », *Revue de droit des affaires internationales*, 1988, p. 909. On notera, pour coller à l'actualité, l'excellent dossier de la Revue française de droit administratif, « Les marchés publics européens (droit communautaire, droit comparé) », contenant les travaux du Colloque de l'ADPE 1988, RFDA 1989, série dossiers et documents.

(2) C. Brechon-Moulenes, *RDFA* 1989, précit., p. 8.

(3) Proposition d'une directive concernant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires dans le cadre des procédures de passation des marchés publics de fourniture et de travaux, COM (87) 134 final, p. 1.

(4) P. Delvolve, Rapport de synthèse au colloque de l'ADPE précit. *RFDA* 1989, p. 77.

(5) C. Brechon-Moulenes, op. précit., p. 10.

(6) Pour une illustration française : P. Terneyre, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs » et M. Fornaciari, « Contribution à la résolution de quelques paradoxes », *EDCE* 1988, n° 39, p. 69.



Les difficultés de contrôler l'application du régime communautaire des marchés publics relèvent de différentes causes, les unes avouables, les autres moins. Les raisons psychologiques, d'abord, tiennent une place non négligeable. Indifférence à tout ce qui excède les frontières nationales ou, au contraire, crainte de s'y voir confinées par une loi non écrite du talion très efficace expliquent que les premières intéressées à une ouverture des marchés, les entreprises, n'actionnent pas ou ne réclament pas suffisamment le jeu des procédures de contrôle existantes. Souci de protectionnisme et loi du juste retour éclairent ensuite le peu d'empressement des Etats à exiger du voisin le respect de règles allègrement transgressées par la commande publique. L'attitude de la Commission, enfin, a certainement été caractérisée par le découragement devant l'ampleur de la tâche (coordonner des systèmes radicalement différents) et par son impuissance politique, avant que la relance du marché intérieur ne la stimule sur ce dossier.

Les raisons juridiques, en un second temps, sont également considérables. La première tient dans la disparité extrême des systèmes juridiques nationaux mis en présence, où, dans la plupart des cas, l'idée d'un contrôle sur une opération contractuelle passe pour une hérésie... La seconde difficulté réside dans le sentiment qu'un moment doit être privilégié pour établir un contrôle (7), celui de la passation du contrat, qui appelle donc des schémas de contrôle familiers à l'administrativiste français, ceux du contrôle des « actes détachables » (8), dont il faudra faire œuvre pédagogique. La troisième série de problèmes, et non la moindre, consiste à imaginer des procédures et des sanctions susceptibles certes d'être efficaces mais aussi d'être rapides afin d'empêcher l'irréparable. D'actualité, mesures conservatoires et suspensions de procédures doivent être au cœur de la réflexion.

Face à cette problématique, quels enseignements tirer d'une quinzaine d'années d'application des règles communautaires ? Quelques (rares) procédures en manquement, une dizaine d'arrêts de la Cour révèlent la nature des infractions commises : essentiellement des problèmes de transposition de directives, ce qui n'a rien d'original, et quelques problèmes de fond, appuyés davantage, d'ailleurs, sur la violation du Traité lui-même que sur les directives.

Cet état des lieux permet donc de poser en premier lieu un diagnostic sévère : les procédures classiques de contrôle du régime communautaire des marchés publics sont inadaptées à l'objectif poursuivi (I). La Commission en est bien convaincue puisque sa proposition de « directive recours » vise à établir des procédures spécifiques au respect de la discipline communautaire (II).

I. — L'inadaptation des procédures classiques de contrôle de la réglementation communautaire

Le droit communautaire des marchés publics ne déroge pas aux règles générales de la construction communautaire : les garanties de son exécution reposent d'abord sur

(7) COM 87 (134) final, p. 2.

(8) Pour une approche théorique : A. de Laubadere, F. Moderne, P. Delvoile, « Traité des contrats administratifs », LGDJ 1984, pp. 965 et s.

les autorités nationales, avant qu'éventuellement la Commission, gardienne des Traités, n'intervienne administrativement sous peine de voir, enfin, la Cour de justice des Communautés trancher au contentieux (9). Ici le bilan n'est guère flatteur, quasi inexistant : l'échec d'un contrôle national de la réglementation communautaire (A) n'est pas compensé par la faiblesse du contrôle administratif confié à la Commission (B). Dépendante des deux premiers types de contrôle, l'intervention de la Cour ne peut donc qu'être insuffisante (C).

A. L'échec du contrôle national de la réglementation communautaire

Cet échec est patent. Il n'est pas seulement ou forcément le résultat d'une hostilité ou de la méconnaissance du régime communautaire mais il faut aussi en chercher les causes à la fois dans la diversité des modes de transposition des directives et dans la diversité des droits nationaux applicables aux marchés publics.

Seule l'approche comparative permet alors de mesurer l'ampleur de l'œuvre d'harmonisation sans laquelle tout souhait de contrôle risque de demeurer vœu pieux. La Commission l'a bien compris, qui s'est livrée à un véritable travail d'entomologiste, inventoriant les procédures administratives et juridictionnelles à la disposition des entreprises lésées dans chaque Etat avant toute proposition nouvelle. Le constat est édifiant (10) et appuyé sur des travaux universitaires (11), il autorise à stigmatiser avec la Commission « l'ampleur des disparités actuelles qui créent, à l'évidence, des différences de traitement entre les justiciables et des situations inégales entre les Etats membres en ce qui concerne la violation de la législation communautaire et nationale » (12). Celle-ci n'est pas garantie par des recours administratifs (a) et juridictionnels (b) efficaces.

a) L'existence de recours administratifs est pourtant la chose la mieux partagée dans les Etats membres en matière de passation des marchés publics. Tous les Etats, en effet, connaissent la possibilité de s'adresser à une instance administrative de façon gracieuse pour obtenir le respect des règles en vigueur. Souvent dépourvu de formalisme (Belgique, République fédérale d'Allemagne, Irlande, Italie, Pays-Bas, Luxembourg, France), ce recours est parfois organisé par des textes généraux ou spécifiques, au Danemark, en Grèce, en Espagne ou au Portugal (13). Il peut parfois s'adresser au pouvoir adjudicateur lui-même, parfois à l'autorité hiérarchique, ou même à des instances spécialisées (14). Le tout peut avoir des suites

(9) Cf. G. Isaac, Droit communautaire général, Masson 1989, pp. 183 et s.

(10) Cf. notamment le rapport Flamme, Cleary, Gottlieb, Steen, Hamilton au Comité consultatif pour l'ouverture des marchés publics.

(11) M.-A. Flamme et P. Famme, *op. cit.*, RMC 1988, p. 455 et « Les marchés publics en droit comparé » in RFDA 1989 précit. « Le Royaume-Uni » (T. Millett), p. 37 ; « La République fédérale d'Allemagne » (J.-M. Dhainaut), p. 44 ; « L'Espagne » (S. Munoz Machado), p. 55. Cf. également F. Söffner, « La passation des marchés publics de travaux dans la Communauté européenne », Travaux de l'I.F.O., Munich 1984.

(12) COM 87 (134) final, p. 3.

(13) Cf. M.-C. Soulié, *op. cit.*, pp. 390 et s.

(14) En Belgique, en France, au Luxembourg, au Danemark.

très variées (15), l'exception demeurant la sanction suspensive frappant le contrat (16). L'utilité très relative des recours administratifs apparaît plus nettement encore lorsque l'on se penche sur les garanties offertes aux requérants, les entreprises lésées, de voir leur démarche aboutir. Rares sont en effet les systèmes aussi sophistiqués en matière de recours administratifs que le système danois, qui permet le jeu de trois étages de recours, devant l'administration elle-même, devant des « commissions d'appel administratives » ou des « conseils de surveillance des communes » en matière de décentralisation sans parler de l'ombudsman, encore que ces possibilités générales soient considérablement réduites en matière de marchés. A l'opposé, le libéralisme germanique qui ne s'exprime que par des avis délivrés par des instances spécialisées au niveau des Länder paraît malheureusement refléter la situation majoritaire. Les Pays-Bas offrent en revanche un exemple caricatural du défaut de protection administrative des obligations communautaires : le recours gracieux n'y est organisé ou même prévu par aucun texte, un peu à l'image des systèmes anglo-saxons où il y a néanmoins une certaine possibilité « d'appel ».

La suite donnée à la plainte éventuelle devient donc très variable dans les Etats membres : il n'y en aura parfois aucune, parfois un simple avis consultatif en découlera, parfois, enfin, il sera possible de conduire l'autorité publique à reconsidérer sa position, à suspendre ou à annuler la décision d'adjudication (17) mais à la condition que le contrat n'ait pas été conclu (18). Seuls, apparemment le Danemark et l'Espagne acceptent d'envisager une indemnisation directe de l'entreprise plaignante. Cette variabilité de la latitude d'action des autorités administratives devant lesquelles le recours peut être exercé est donc à elle seule une source flagrante d'inégalité entre les entreprises communautaires. Il en résulte un défaut de protection juridique accru par le fait que la coexistence éventuelle entre recours administratif et recours juridictionnel est rarement organisée de façon identique dans les Etats membres, certains systèmes juridiques exigeant un recours administratif préalable au recours juridictionnel, comme au Portugal par exemple.

A ces recours administratifs classiques, il convient d'ajouter pour mémoire les contrôles de type interne qui peuvent conduire l'administration à s'interroger elle-même sur le respect de la règle communautaire (19). Ces contrôles de la légalité financière ou budgétaire du marché sont loin d'être négligeables et il est très juste de mettre en lumière qu'en R.F.A., « par exemple, la réglementation des marchés publics est d'abord une réglementation des deniers publics » (20). Par ce biais (21), l'opération contractuelle s'inscrit dans un processus plus vaste, où son caractère de dépense publique oblige à une plus grande transparence et une meilleure information. Si cette information ne peut que servir la concurrence véritable

des entreprises, on se bornera à souligner qu'elles sont évidemment exclues et extérieures à ce type de contrôle. Leur reste alors le contrôle juridictionnel.

b) Les recours juridictionnels garantissant le respect de la réglementation communautaire sont, en revanche, très insuffisants dans la Communauté pour parvenir à un résultat appréciable. Plusieurs facteurs doivent être soulignés à ce titre.

En premier lieu, la nature du droit applicable aux marchés publics, droit qui transposerait dans les Etats membres les obligations nées des directives, est extrêmement disparate selon les Etats. Ceci conditionne évidemment l'intervention éventuelle des juridictions sur sa base. Le caractère juridique des règles des marchés publics varie considérablement, de l'instruction interne dépourvue de caractère légal en RFA, en Grande-Bretagne ou en Irlande à un droit contraignant puisant son autorité dans la loi ou le règlement comme le Code des marchés publics français, les décrets lois portugais, la loi espagnole, luxembourgeoise ou italienne ou le règlement néerlandais. La question n'est plus d'ordre théorique. Elle explique, en effet, l'absence de contrainte créée par les directives, les pratiques administratives ne paraissant pas le moyen le plus adéquat pour assurer la publicité et la précision nécessaires à ce respect. Loin de mettre en cause directement les Etats, il faut noter à cet égard que c'est la réglementation communautaire qui engendre cet état du droit. Il est donc paradoxal de réclamer tout à la fois une harmonisation et un contrôle du droit des marchés et de laisser latitude pour transposer entre des dispositions « d'ordre législatif, réglementaire ou administratif » comme le rappelle encore les textes les plus récents (22).

La seconde remarque est partiellement liée à la première, il s'agit de droit encore, mais de nature différente. A l'intérieur de la Communauté, les marchés publics n'obéissent pas à des règles identiques et relèvent donc de juridictions de droit privé ou de droit public. L'on oscille ainsi entre le « tout public » comme en France avec la compétence des juridictions administratives et le « tout privé » comme au Danemark ou en RFA, sans parler des multiples solutions intermédiaires comme en Belgique où il est possible d'agir simultanément en annulation devant le juge administratif et en réparation devant le juge civil ou successivement pour le même résultat en Italie, Grèce ou Luxembourg, ceci pour les Etats connaissant une séparation des ordres de juridictions.

Il en résulte des situations extrêmement disparates, de la République fédérale où la jurisprudence estime que la conclusion d'un marché par l'administration est un acte de droit privé qu'un tiers ne saurait remettre en question, aux Pays-Bas où le même résultat conduit l'entreprise lésée devant le juge civil ou au système anglo-saxon où le choix de l'action publique ou privée (par exemple en violation d'une obligation communautaire) conditionne l'obtention de dommages-intérêts...

Enfin, et la question est fondamentale pour juger de l'efficacité d'un contrôle national de la réglementation communautaire, il reste à établir les effets du recours sur l'opération contractuelle litigieuse. Mis à part le cas des Pays-Bas et de la République fédérale, l'ouverture du recours à un tiers est partout envisageable, ce qui est le minimum puisque seule une entreprise écartée aura véri-

(15) L'arbitrage par exemple en Irlande.

(16) Voir la loi danoise de 1985 sur l'administration publique.

(17) Traité des contrats précit., pp. 913 et s.

(18) Dans la majeure partie des Etats.

(19) A titre d'exemple, voir la circulaire française n° 85-202 du 14 août 1985, *Moniteur des Travaux publics*, suppl. n° 45.

(20) C. Brechon-Moulenes, *op. cit.*, p. 59.

(21) En République fédérale, voir J.-M. Dhainaut, *op. cit.*, p. 45.

(22) Article 21 de la directive 88/295 du 22 mars 1988.



tablement intérêt à invoquer la réglementation communautaire. Ceci ne préjuge pas de l'efficacité du recours car il faut ensuite savoir sur quoi porte ce recours. Dans de nombreux Etats, les tribunaux disposent du pouvoir d'annuler des décisions administratives de passation qui s'avèreraient illégales. En France, c'est même l'annulation du marché lui-même qui peut s'ensuivre (23), comme en Espagne et au Portugal. Pour le reste, la théorie des actes détachables du contrat permet de faire porter le contrôle sur les actes administratifs unilatéraux qui précèdent la conclusion du contrat, ouvrant ainsi, en cas de succès, la voie à une indemnisation sans que la validité du contrat puisse être remise en cause, comme en Belgique ou en Grèce...

A tout ceci, il faut ajouter que la pratique dans les Etats membres révèle, d'après une étude récente de la Commission, que l'intérêt de ces recours demeure largement théorique dans la plupart des Etats : pas ou quasiment de suspension de marchés litigieux, pas ou peu d'indemnisation en pratique pour une demande fondée, peu d'efficacité des procédures de référé, absence de possibilité dans certains Etats de laisser intervenir un tiers au cours d'une procédure entamée...

Seule note positive, le large mouvement de décentralisation qui traverse les Etats membres et qui a suscité un encadrement normatif qui touche bien évidemment les marchés publics locaux (24). Le Local Government (25), pour ne parler que des plus récents, et sans mentionner l'organisation des Communautés autonomes espagnoles (26), attestent bien de la volonté d'établir un contrôle assorti de sanctions juridictionnelles.

Au total donc, l'insuffisance du contrôle national de la réglementation communautaire se nourrit à deux sources : l'une est propre à la matière, les marchés publics, et l'on ne voit guère comment la faille du droit national pourrait se compenser au plan européen, l'autre découle d'une articulation incertaine entre droit communautaire et droit national qui n'incite guère le juge ou le particulier à invoquer le premier. Il est donc possible maintenant de vérifier qu'au plan communautaire la situation n'est guère plus brillante.

B. La faiblesse des contrôles administratifs de la réglementation communautaire

C'est ici principalement du rôle de la Commission et surtout de la façon dont elle conçoit son rôle qu'il est question. Il est en effet évident que la Commission, gardienne du Traité, n'a pas été en mesure de tenir sa place face à la résistance des Etats à appliquer les directives de 1971 et 1976. Ce constat a parfois même été dressé en termes sévères, par exemple par le Comité économique et social qui, « préoccupé de ce que la Commission n'ait pas pu garantir la mise en œuvre par les Etats membres des direc-

tives de base », l'invite « avec insistance » à se « mettre au travail » (27). La tâche était sans doute trop ardue pour avoir quelques chances de succès (a) malgré un raidissement actuel très net (b).

a) Les difficultés à établir un contrôle effectif de la réglementation communautaire étaient considérables, tenant principalement à l'inadaptation des mécanismes classiques de contrôle des obligations communautaires des Etats membres au secteur spécifique des marchés publics. Si l'arme est connue de tous, l'article 169 du Traité de Rome et la procédure de recours en manquement, son usage n'a pas permis d'obtenir des résultats fiables. Ceci explique en grande partie qu'il ait été très peu utilisé, mais pas seulement, on le verra.

La première obligation incombant aux Etats était, avant toute chose, de transposer les directives de 1971 et 1976 dans l'ordre interne, et de le faire correctement. Curieusement (au regard du défaut d'application de ces directives), tous les Etats membres se sont à peu près conformés à leur obligation (28). Ainsi, en ce qui concerne la directive « travaux publics » et en ce qui concerne les directives « fournitures » (mise à part la Grèce qui vient de faire l'objet d'un avis motivé pour non transposition), tous les Etats ont accompli leur devoir communautaire, ce qui laisse à tout le moins rêveur... L'explication du paradoxe est simple : le peu de contrainte des modalités de la transposition, dont on a vu qu'elle pouvait se réaliser par voie administrative réglementaire ou législative. Dès lors, rien de plus simple pour les Etats puisque les directives le leur permettent, de transposer dans des actes faiblement contraignants. Alors même que « la Cour l'a déclaré dans une jurisprudence constante relative à la mise en œuvre des directives par les Etats membres, de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable des obligations du traité » (29), les directives sur les marchés offrent donc elles-mêmes à l'échappatoire. Celle-ci assure alors d'une certaine tranquillité des Etats comme le Royaume-Uni ou la République fédérale (30), à la condition qu'ils n'engagent pas leur droit des marchés sur la voie législative car il faut alors une norme de transposition de niveau équivalent. Ceci explique également que des systèmes plus formalistes, comme ceux de la Grèce (31) et l'Italie (32), aient pu faire l'objet de remontrances. L'omission de transmission à la Commission de textes législatifs transposant les directives ou le respect du délai pour ce faire, transgressent les dispositions expresses de ces directives, et fournissent un bon exemple du contrôle exercé par la Commission.

(27) CES, avis du 23 avril 1986, *JOCE* n° C 189, p. 17.

(28) *COM* (88) 425 final, cinquième rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire, *JOCE* n° C 310, 5 décembre 1988, pp. 71 et 74.

(29) *CJCE*, 15 octobre 1986, Commission c. Italie, aff. 168/85, Rec. 1986, p. 2961 point 13 ; voir également *CJCE*, 25 mai 1982, Commission c. Pays-Bas, aff. 96/81, Rec. 1982, p. 1813 point 12.

(30) En ce sens, C. Brechon-Moulenes, *op. précit.*, p. 60.

(31) Qui est actuellement l'objet de procédures en cours, *COM* (88) 425 final précit.

(32) Qui a été condamnée sur ce terrain : *CJCE*, 22 septembre 1976, Commission c. Italie, aff. 10/76, Rec. 1976, p. 1358.

(23) Traité des contrats précit., pp. 1051 et s.

(24) Sur le déferé préfectoral français : J.-C. Helin, *RFDA* 1987, p. 765 et J.-C. Douence, *ibid.*, p. 777 ; Traité des contrats précit., p. 1068 ; P. Terneyre, *op. cit.*, p. 80 ; note F. Llorens *RDJ* 1988, p. 853 ; et J.-C. Douence, *Déféré préfectoral*, Répertoire de contentieux administratif, 1989 (à paraître). Le constat généralement effectué à son propos est à la fois celui d'une grande complexité et celui d'une certaine banalisation au regard des voies contentieuses classiques.

(25) Local Government Act, 24 mars 1988.

(26) Cf. S. Munoz Machado, *op. cit.*, p. 55.

La seconde obligation contrôlée, fondamentale, est celle d'une application correcte des directives en question. Sans préjuger du fond, que tranche la Cour, il convient néanmoins de souligner les difficultés d'un tel examen, la Commission ne disposant donc guère de canaux lui permettant d'opérer ce contrôle. Dans une large mesure, elle est dépendante de soumissionnaires évincés attirant son attention sur des comportements illicites, les Etats eux-mêmes se cantonnant dans une réserve prudente (33). Les limites, notamment psychologiques, de ce type de mécanismes apparaissent évidentes, on conçoit que la Commission s'efforce d'établir une transparence plus grande, tellement elle est persuadée à raison que c'est *avant* l'attribution du marché que tout se joue. Un contrôle préalable, en particulier sur les conditions de publicité des appels à la concurrence, est donc indispensable parce que notoirement insuffisant. Il ne semble pas, de ce point de vue, que la mission du comité consultatif mis en place par la réglementation communautaire ait été écrasante (34) ou même seulement productive. On comprend donc le raidissement actuel de la Commission ou le « sursaut » de sa volonté de contrôler l'application du système actuel.

b) Depuis le milieu des années quatre vingts, il est manifeste que la Commission est prête à utiliser tous les moyens à sa disposition pour contraindre les Etats à la légalité. Deux voies sont retenues à principal : l'arme de l'information et l'arme financière.

L'arme de l'information était souhaitée depuis longtemps par le Comité économique et social (35) qui était persuadé que l'échec des directives tenait pour une part à une « insuffisance de communication ». Cette lacune est désormais comblée par la publication d'un « *Vade mecum* » sur les marchés publics (36) dont la lecture est extrêmement instructive. Fournissant tous les moyens de compréhension nécessaires du droit communautaire des marchés, elle contient une troisième partie intitulée « moyens de recours en cas de non respect du droit communautaire ». Y sont décrites les procédures de sanction et communiquées les adresses de la Commission et des Euroquichets où les plaintes des entreprises seront accueillies (37). Faut-il ajouter qu'en cas de demande l'anonymat le plus strict sera garanti à l'entreprise lésée...

Parallèlement, c'est sur le terrain financier que la Commission a décidé de porter le fer. Désormais, le respect des directives « fournitures » et « travaux » conditionne les interventions financières communautaires des fonds

structurels ou de la BEI. Actions du FEDER, du Fonds social, du FEOGA, interventions dans le cadre des PIM, prêts Euratour ou demande d'interventions de la BEI impliqueront un contrôle par la Commission des conditions de passation des marchés publics qui y sont attachés sous peine de suspension ou même de retrait des paiements (38). La menace est réelle, sérieuse et sûrement efficace, même si elle est plus circonscrite que le champ d'intervention de la Cour de justice.

C. L'insuffisance du contrôle juridictionnel de la réglementation communautaire

Parler en termes juridiques d'un contrôle de la réglementation communautaire implique d'appréhender sa dimension juridictionnelle. Quelle n'est pas la surprise alors de mesurer l'insuffisance manifeste de l'intervention de la Cour de Justice, insuffisance que son très faible volume exprime : à peine une dizaine d'arrêts en vingt-cinq ans de réglementation, huit très exactement à la date où ces lignes sont rédigées...

Une remarque préliminaire s'impose donc. Dans la majeure partie de ses conquêtes, le contentieux communautaire s'est appuyé sur la demande du juge national, « juge communautaire de droit commun », selon la formule connue. Dès lors, l'on serait en droit ici d'attendre un lot considérable de requêtes préjudicielles au titre de l'article 177 du Traité, requêtes justifiées par des instances nationales à propos de l'interprétation et de l'application des directives. Ce n'est absolument pas le cas, et les recours en manquement sur la base de l'article 169 ont été à la source des principaux (et... rares) arrêts de la Cour en matière de marchés publics, inversant ainsi les proportions habituelles des différents recours (39). S'il est très vrai que « la directive apparaît être la source privilégiée des manquements » (40), ce désintérêt du juge national quant à l'éclaircissement du sens et de la portée des directives communautaires n'en est pas moins significatif et révélateur. Il permet de faire prendre conscience d'un effet imprévu de l'absence de voies contentieuses nationales précédemment constatée : le contentieux communautaire des marchés publics n'a pas été « alimenté » comme le sont les autres branches du contentieux communautaire par son pourvoyeur naturel, le juge national. D'où une pauvreté des cas d'espèce qui n'empêche pas l'intervention de la Cour de justice d'être décisive sur plusieurs points que l'on abordera successivement.

a) Le premier apport fondamental de la Cour de Justice au droit des marchés publics a consisté à permettre l'application des dispositions du droit originaire à la matière couverte partiellement par les directives communautaires. Il en résulte aujourd'hui une véritable « communautarisation » du droit des marchés publics, qu'ils rentrent ou non dans le champ des directives travaux et fournitures. Cet

(33) Une affaire récente en atteste : le Royaume d'Espagne n'interviendra aux côtés de la Commission qu'une fois la procédure lancée pour soutenir une entreprise espagnole soumissionnaire évincée dans une affaire impliquant l'Irlande... (aff. 45/87).

(34) Cf. M.-C. Soulié, *op. cit.*, pp. 361 et s. ; C. Struxiano, « Le Comité consultatif pour les marchés publics de travaux du Marché Commun », *Le Moniteur des travaux publics*, 6 mars 1976, p. 31. Initialement prévu pour exercer une mission de contrôle quasi-contentieux, la réduction de la compétence du Comité l'a conduit à rendre une demi-douzaine (!) « d'avis » sur des procédures irrégulières sur lesquelles il ne peut, de toutes façons, influencer...

(35) Avis précité.

(36) 87/C 358, *Vade mecum* sur les marchés publics dans la Communauté, JOCE, 31 décembre 1987. Voir également la réédition 1988 de la brochure « Les marchés publics dans un espace économique unique », Documentation européenne, Luxembourg.

(37) *Op. cit.*, p. 40.

(38) En ce sens, *Vade mecum* précit., p. 41 ; G. Boccompagni, « Les nouvelles directives marchés publics », *RFDA* 1989 précit., p. 20 ; A. Flamme et P. Flamme, *op. cit.*, p. 472. Le formulaire de demande de paiement devra ainsi comporter référence de la publication au JOCE de l'avis de marché et une déclaration de l'Etat selon laquelle les marchés non publics ont été passés en conformité avec les directives.

Voir également l'article 7 du règlement du Conseil du 24 juin 1988 (JOCE, 15 juillet 1988) sur les missions des fonds structurels.

(39) Cette proportion varie de 1 à 5 au profit du renvoi préjudiciel.

(40) M.-C. Bergeres, *Contentieux communautaire*, PUF 1989, p. 186.



effet d'absorption s'est principalement manifesté à propos tout d'abord de la liberté d'établissement, et ensuite à propos de la libre concurrence.

Dans un arrêt du 18 juin 1985, sur renvoi préjudiciel du tribunal administratif de Pau, la Cour de justice a en effet déclaré contraire à l'article 52 du Traité (directement applicable) relatif à la liberté d'établissement le refus de la Ville de Biarritz de laisser participer un artiste peintre allemand à une adjudication pour la location d'un local sur le port des pêcheurs, un « crampote » où il comptait exposer et vendre ses œuvres, refus appuyé sur le cahier des charges qui excluait les candidats étrangers. Incidemment (41), la Cour note cependant que la liberté d'établissement implique, d'après le programme du Conseil de 1961, « la faculté de présenter des offres ou de participer comme co-contractant ou sous traitant aux marchés de l'État ou d'autres personnes morales de droit public ou encore de bénéficier de concessions ou d'autorisations octroyées par l'État ou par d'autres personnes morales de droit public » (42).

De façon plus récente encore, dans un arrêt du 22 septembre 1988 (43), la Cour procède de même en déclarant applicables aux marchés publics de travaux les obligations nées de l'article 30 du Traité, qui interdit les entraves aux importations. L'affaire est complexe et instructive. Sur la base d'un recours en manquement de la Commission saisie par une entreprise évincée (44) et malgré le refus de mesures conservatoires (45), la Cour est confrontée à l'argument de la République d'Irlande qui, pour écarter l'entreprise, lui a opposé une clause prévoyant que le matériel à utiliser (des conduites d'eau) devrait être conforme aux normes irlandaises. Le problème juridique naît du fait que la directive « travaux » n'est pas applicable en l'espèce car le marché de distribution d'eau fait partie des « secteurs exclus » et donc un manquement éventuel ne peut être établi à partir du texte de 1971. La Cour, estimant certes que le marché de travaux concerne une prestation de services, n'en décide pas moins que cela « ne peut donc avoir pour conséquence de soustraire aux interdictions de l'article 30 une limitation des matériaux à utiliser dans un avis d'appel d'offres » (46) et constate le manquement sur ce point. L'inverse, comme le souligne l'avocat général Marco Darmon, obligerait à penser que « le législateur communautaire, auteur de la directive communautaire, ait eu la volonté et même le pouvoir de faire ainsi partiellement échec aux dispositions fondamentales du Traité » (47).

(41) *CJCE*, 18 juin 1985, *Steinhaus*, aff. 197/84, Rec. p. 1819.

(42) Pour un commentaire : J. Biancarelli, « le principe communautaire d'égalité entre les opérateurs économiques et l'interventionnisme économique national », *Les petites affiches*, 19 août 1988, p. 53.

(43) *CJCE*, 22 septembre 1988, *Commission c. République d'Irlande*, aff. 451/87 (non encore publiée).

(44) Soutenue dans sa plainte par une entreprise espagnole qui lui fournissait l'objet du litige : des conduites d'eau.

(45) *CJCE*, 16 février 1987, *Commission c. République d'Irlande*, aff. 45/87 R, ordonnance du président de la Cour, Rec. 1987, p. 783 ; *CJCE*, 13 mars 1987, ordonnance du président de la Cour, Rec. 1987, p. 1369.

(46) Aff. 45/87 point 17 de l'arrêt.

(47) Conclusions M. Darmon, point 26 de la version dactylographiée.

Cette technique, déjà utilisée dans l'arrêt *Transporoute* de 1982 (48) vise donc à combiner les dispositions des directives et l'effet utile des dispositions du Traité. C'est du reste en ce sens que la Cour rappellera de façon beaucoup plus récente (49) que les conditions d'aptitude des entrepreneurs exigées par les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le Traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services. C'est néanmoins autour des directives elles-mêmes que l'essentiel du contrôle se situe.

b) Les directives relatives au droit des marchés publics ont évidemment engendré une jurisprudence spécifique, relative aux conditions de leur application et à leur interprétation.

Les conditions d'application d'une directive posent aussitôt la question de leur invocabilité par des particuliers, puisque c'est effectivement en ces termes qu'il faut la poser et non en ceux de l'applicabilité directe. La Cour a été très claire sur ce point, implicitement (50) puis explicitement (51). Puisque la réglementation communautaire a effectivement pour objet « de protéger le soumissionnaire de l'arbitraire du pouvoir adjudicateur » (52), dès lors que ses prescriptions « apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises pour être invoquées par un particulier à l'encontre de l'État » (53), elles peuvent être invoquées par une entreprise devant le juge national (54). L'argumentation est lourde de signification puisque chacun sait que les directives en question contiennent essentiellement des obligations de ne pas faire dont le caractère contraignant ne pourra qu'être progressivement affirmé. Elle permet donc, une fois encore, d'atténuer les effets de la pusillanimité des contrôles juridictionnels nationaux.

De façon originale également, sinon anecdotique, la Cour a eu l'occasion de rappeler aux collectivités locales les obligations qui pesaient sur elles ! Au maire de la commune de Milan convaincu d'avoir transgressé la réglementation communautaire en matière de publicité d'avis de

(48) *CJCE*, 10 février 1982, *Société Transporoute*, aff. 76/81, Rec. 1982, p. 417. Ici, la directive 71/305 était applicable et son interprétation par la Cour s'intègre dans celle du Traité, à l'inverse de l'affaire 45/87 précédente où justement malgré l'argumentation de la Commission, la Cour note bien que la directive n'est pas applicable même si l'Irlande « s'est placée volontairement sous l'empire du texte », par erreur ou par désir de financement communautaire (point 9 de l'arrêt).

(49) *CJCE*, 9 juillet 1987, *CEI e Bellini*, aff. 27 à 29/86, non encore publié.

(50) *CJCE*, aff. 76/81 précité.

(51) *CJCE*, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes et État des Pays-Bas*, aff. 31/87 (non encore publiée).

(52) Aff. 76/81, point 17 de l'arrêt.

(53) Aff. 31/87, point 41 de l'arrêt qui reconnaît ce caractère aux articles 20, 26 et 29 de la directive 71/305.

(54) Sur le thème : J.-C. Bonichot, Y. Galmot, « La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national » *RFDA* 1988, p. 1. De façon très récente, la Cour a permis de préciser la portée de l'effet direct des directives : *CJCE*, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo et Commune de Milan*, aff. 103/88 (non encore publiée).

travaux (55), et qui promettait de respecter la directive dans le futur « comme par le passé » (!!), la Cour rappelle la fonction rédemptrice de l'article 169 du Traité (56). La « réserve mentale manifeste » dénoncée par la Commission (57) aboutira donc à la condamnation de l'Etat italien parce que l'avis motivé rendu n'avait pas été suivi d'effet, et ce, sans que la République italienne puisse invoquer l'autonomie des collectivités locales pour se décharger (58).

Le champ des organismes saisis par la réglementation est en effet l'objet d'une jurisprudence novatrice. Dans l'affaire du 20 septembre 1988 précitée (59), la Cour vient en effet de rendre une décision particulièrement lourde de sens : « un organisme dont, comme en l'occurrence, (une commission locale de remembrement dépourvue de personnalité juridique), la composition et les fonctions sont prévues par la loi et qui dépend des pouvoirs publics de par la nomination de ses membres, par la garantie des obligations de ses actes et par le financement des marchés publics qu'il est chargé d'adjuger, doit être considéré comme relevant de l'Etat au sens de la disposition précitée (la directive 71/305) même s'il n'en fait pas formellement partie » (60). Cette vision « fonctionnelle de la notion d'Etat » (61) est donc une véritable transposition du fameux « pour le compte de » cher aux administrativistes français (62) et sûrement lourde de blocages à venir...

c) Troisième intérêt de la jurisprudence de la Cour, et non le moindre, celui d'avoir donné l'interprétation authentique des dispositions matérielles de la réglementation. Qu'il s'agisse de la vérification des qualités exigées des soumissionnaires (63), des critères d'attributions des marchés (64), des mentions figurant dans les avis d'adjudication (65), la Cour a clairement exprimé sa volonté de construire un ensemble contraignant où les règles applicables aux personnes ne doivent pas être confondues avec celles applicables aux marchés (66). Cet effort de systématisation a permis l'émergence de jurisprudences remarquables telles celle sur la notion « d'offres économiquement avantageuses » ou celle « d'offre anormalement basse » (67). Sous peine de recouper d'autres communications, une seule remarque suffira, propre au thème de cette communication.

La Cour a en effet été amenée à préciser la rigueur avec laquelle elle examinerait les dérogations au jeu de la réglementation communautaire en matière de publicité de l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles » visée par l'article 9 de la directive de 1971, et dont la preuve incombe à celui qui l'invoque (68). Ainsi, les événements de Seveso et la nécessité d'installation de recyclage de déchets dans un cas (69) et la construction de fours d'incinération d'ordures réclamés pour l'hygiène publique dans l'autre (70) n'ont pu convaincre le juge communautaire d'une réelle urgence permettant la mise à l'écart des formalités de publicité au regard de la lenteur des procédures administratives italiennes...

d) Ceci amène, enfin, au dernier point remarquable de la jurisprudence de la Cour, celui des mesures conservatoires (71). A la fois parce que la procédure de la demande en référé, au titre de l'article 186 du Traité et de l'article 83 du règlement de procédure, permet à la Commission de demander la suspension de l'attribution du marché litigieux et parce que la Cour en fait un usage intéressant, il faut souligner l'importance de cette technique. Déjà dans l'affaire irlandaise précitée (72), la Commission avait présenté une telle demande que la Cour avait rejetée (73) pour néanmoins condamner un an plus tard. L'argumentation y était originale : il peut être nécessaire dans le cadre d'une procédure en référé « de mettre en balance l'ensemble des intérêts en cause » (74), celui du respect de la légalité communautaire et celui de la santé et de la sécurité de la population en l'espèce. Le fléau de la balance penchant du côté de la seconde, la Cour avait rejeté en notant expressément que « l'application pourrait être toute autre » pour des marchés dont le retard dans la passation n'entraînerait pas de tels risques (75).

L'occasion lui en a été fournie le 20 juillet 1988, puisque le Président de la Cour a ordonné sur requête de la Commission à la République italienne de suspendre un marché passé par un groupement de communes sans formalités de publicité, suspension prorogée le 27 septembre 1988 (76). Refusant l'alibi d'un risque encouru par la population en raison de la brièveté des délais de réglementation communautaire, la Cour estime en effet que « la

(55) *CJCE*, 10 mars 1987, Commission C. Italie, aff. 199/85, Rec. 1987, p. 1039.

(56) Points 7 et 8 de l'arrêt, Rec. 1987, p. 1057.

(57) *Ibid.*, p. 1044.

(58) Même si en l'espèce elle n'avait que peu de moyens d'influencer la commune, soumise au contrôle de la région : Rec. p. 1052.

(59) Aff. 31/87, non encore publiée.

(60) Point 12 de l'arrêt.

(61) Au sens de l'article 1^o de la directive, point 11 de l'arrêt.

(62) Cf. la communication de M. -F. Llorens.

(63) Aff. 31/87 précit.

(64) Aff. 27, 28, 29/86 précit.

(65) Aff. 31/87.

(66) Pour la démonstration : conclusion M. Darmon sous aff. 31/87 point 36.

(67) Pour un catalogue : *CJCE*, 28 mars 1985, Commission c. Italie, aff. 274/89 Rec. j. 1077 ; pour deux illustrations récentes quant aux critères de capacité des entrepreneurs : aff. 27 à 29/86 précit. et 31/87 (offre la plus avantageuse).

(68) *CJCE*, 10 mars 1987, Commission c. Italie, aff. 199/85, Rec. 1987, p. 1059, point 14.

(69) Aff. 199/85 précit.

(70) *CJCE*, 20 juillet 1988, 13 septembre et 20 septembre 1988, ordonnances du président de la Cour dans Commission c. Italie, aff. 194/88 R.

(71) On passera le cas des travaux financés par le FED, dans l'affaire du 10 juillet 1985 (aff. 188/85).

(72) Aff. 45/87 précit.

(73) Ordonnances du 16 février 1987 (Rec. 1987, p. 783) et du 13 mars 1987 (Rec. 1987, p. 1369).

(74) Aff. 45/87 R, Rec. 1987, p. 1378, point 33.

(75) *Id.*

(76) *CJCE*, 20 juillet 1988, Commission c. Italie, aff. 194/88 R, ordonnances du président de la Cour (non encore publiés).



balance des intérêts en cause penche finalement » (77) en faveur de la Commission, défendant l'idée que la constatation ultérieure de l'illégalité sur la base d'un recours en manquement « ne peut pas effacer le préjudice subi par les entreprises » étrangères écartées (78). Il faut le souligner, la solution indemnitaire n'est donc qu'un pis-aller, l'important est bien la défense de la légalité et son application, plus que sa réparation, et c'est toute la finalité de la suspension de la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt.

Au total, la jurisprudence de la Cour est à l'évidence aussi constructive que ses faibles probabilités de s'exprimer l'ont permis. Elle a en particulier permis une transposition systématique des dispositions des directives, en particulier lorsque certains Etats se montraient réticents pour l'effectuer complètement (79), ce qui n'est pas toujours le cas (80). Elle ne pouvait sans doute guère aller plus loin et garantir une application correcte de la réglementation. C'est donc bien d'un souffle nouveau que l'appareil de contrôle avait besoin et dont il est maintenant question.

II. — Les propositions de procédures spécifiques de contrôle de la réglementation communautaire

Parce qu'elle était consciente de l'impuissance du système actuel à garantir le jeu de la réglementation communautaire, la Commission s'est décidée à franchir le Rubicon. Elle a en effet proposé il y a près de deux ans (81) un projet de « directive recours », dont la longueur de l'appellation ne doit pas masquer l'innovation réelle. Il faut cependant à titre liminaire en situer la portée. La Commission est en effet persuadée depuis toujours (82) que « la violation des règles communautaires en matière de marchés publics survient généralement avant que le marché ne soit attribué » (83). Aussi, c'est de façon essentiellement préventive que le dispositif nouveau est conçu,

(77) Point 17 de l'ordonnance du 27 septembre 1988.

(78) Point 16 de l'ordonnance du 27 septembre 1988. « L'urgence impérieuse » visée par la directive 71/305 n'y est pas constatée, en particulier, note la Cour, parce qu'elle n'est pas le résultat « d'événements imprévisibles ».

(79) L'affaire 274/83, Commission c. Italie, est exemplaire de ce point de vue puisqu'après un premier arrêt en constatation de manquement (aff. 10/76 précit.), un second contentieux aboutit au même résultat après la confrontation de huit (1) dispositions de droit matériel italien des marchés publics à la directive, ceci à partir d'un texte prétendument voté pour transposer la directive en question.

(80) La République française aurait plutôt tendance à anticiper comme avec le décret n° 88-591 du 6 mai 1988 (commentaires dans le Moniteur des travaux publics du 8 juillet et du 2 septembre 1988) et à transposer : voir le décret 89-236 du 17 avril 1989 transposant la directive 88/295 du 22 mars 1988, *JORF* 19 avril 1988, p. 5013.

(81) COM (87) 134 final, 1^{er} juillet 1987, Proposition d'une directive du Conseil concernant la coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires dans le cadre des procédures de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

(82) En ce sens, voir la communication du 19 juin au Conseil, 20^e rapport général sur l'activité des Communautés, 1986, pp. 96 et s.

(83) COM (87) 134 final précit., p. 2.

concentrant l'attention sur la phase de passation du marché. Il se propose alors tout à la fois de réorganiser les procédures nationales de contrôle (A), de renforcer les contrôles administratifs communautaires (B) et d'aménager un contrôle spécifique très discuté (C).

A. La réorganisation des procédures nationales de contrôle

En vue de parvenir à une application réelle des directives communautaires dont elle pousse à réaménager par ailleurs le contenu, la Commission propose donc un texte spécifique visant à conforter, à « coordonner » le jeu de la réglementation. Complémentaire des volets « travaux » et « fournitures », le volet « recours » touche cependant de façon très sensible les égoïsmes nationaux. La Commission, pour recevoir un appui minimal, a donc dû faire œuvre pédagogique en explicitant le constat d'échec des procédures antérieures (a) pour promouvoir des solutions nouvelles (b).

a) Il fallait, pour persuader les Etats et les partenaires socio-professionnels de l'utilité d'une réforme, aller plus loin qu'un simple constat économique sur le « coût de la non-Europe » en matière de marchés publics (84). Tout le travail de préparation du texte et l'œuvre du Comité consultatif a donc porté sur cette prise de conscience nécessaire dont on trouve le reflet dans l'exposé des motifs de la proposition de directive : « les mécanismes de contrôle... existant tant sur le plan national que sur le plan communautaire, ne sont pas suffisamment appropriés » (85). La Commission n'hésite donc pas à battre sa coulpe en tirant la conséquence de ses propres interventions : celles-ci sont « contre-productives » car trop tardives pour produire l'effet recherché, la discipline communautaire. Or, les principales difficultés sont clairement identifiées et les sources d'infractions parfaitement inventoriées : non publication d'avis au Journal officiel des Communautés, recours abusifs à des procédures de passation exceptionnelles, discriminations techniques ou financières, le tout en vue d'un objectif évident, attribuer le marché à des entreprises nationales.

Deux options méthodologiques s'ouvraient à partir de ce constat, entre lesquelles la Commission n'a pas vraiment choisi. La première consistait à inviter vigoureusement les Etats à réagir pour garantir une protection minimale aux entreprises. Le choix entra la technique de l'harmonisation et celle de la réglementation communautaire pouvait permettre d'y parvenir, l'ampleur et la technicité du problème paraissant cependant condamner la seconde. D'un second point de vue, plus hardi, qui était celui du Comité économique et social, le temps était venu « d'investir les institutions communautaires des compétences nécessaires » (86). La Commission a su s'en souvenir puisque, à partir du constat de la disparité des systèmes nationaux de contrôle, elle ne va pas hésiter à proposer de les dépasser en intervenant directement. Elle ne peut faire moins cependant que de mettre en relief l'extrême diversité de l'agencement de ces contrôles pour

(84) Cf. « 1992, le défi ; nouvelles données économiques de l'Europe sans frontières », *Flammarion*, 1988, pp. 205 et s.

(85) COM (87) 134 final précit., p. 1.

(86) CES (87) 933, 22 octobre 1987, p. 2 point 2.1.

réclamer dans le même temps soit leur institution soit leur amélioration, sans parvenir à dissiper le doute des observateurs quant à la viabilité de cette démarche négligeant toute réflexion commune minimale et préalable.

b) L'opinion de la Commission est claire et corroborée par le Comité économique et social (87) et le Parlement européen (88) : il est nécessaire que les États accordent leur système de protection juridique avec leurs obligations communautaires. C'est donc l'objet de l'article premier du projet de directive afin de rendre efficace la réglementation en vigueur mais aussi les propositions en discussion qui resteraient inopérantes dans le cas contraire (89). L'article premier du texte exige donc des États membres qu'ils « prennent les mesures nécessaires pour garantir, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit », l'introduction de recours administratifs et juridictionnels « efficaces et rapides » comme le Parlement européen a conseillé de le rajouter. L'obligation de principe ainsi créée concerne des bénéficiaires précis : tout entrepreneur ou fournisseur lésé ou tout tiers habilité (90). Si cette exigence de se doter d'un recours n'est pas entièrement nouvelle (91), ce qui l'est, c'est son détail qui peut conduire les États à améliorer les systèmes existants.

Laissant liberté de choix entre instances administratives ou juridictionnelles (92), l'article second impose néanmoins des contraintes sévères : le prononcé de mesures conservatoires y compris la suspension du marché (§1a), le prononcé d'astreintes afin de supprimer toute condition discriminatoire dans les cahiers des charges (§1b), et surtout l'annulation des décisions d'attribution illégales (§1c) peuvent être le résultat de tels recours. Malgré une certaine prudence la poussant à ne pas rechercher « l'harmonisation communautaire des effets sur le contrat de l'annulation d'une décision d'adjudication » (§1c), la proposition de directive est sans détour puisque le Parlement l'a amendée au point de réclamer que l'instance compétente dispose de pouvoirs efficaces d'exécution et de contrôle de ses décisions (§2) (93). Enfin, réclamer que les mesures conservatoires prises par voie de référé par

une instance administrative soient obligatoirement motivées et exiger que toute mesure illégale ou tout manquement de l'instance administrative en question dans ce cadre puisse faire l'objet d'un recours juridictionnel prouve bien la volonté de la Commission et du Parlement de « juridictionnaliser » autant que possible un ensemble (§3) justifié théoriquement par « des garanties supplémentaires de transparence et d'appel » (94).

Au total, il ressort bien des deux premiers articles de la proposition de directive « recours », restructurée en ce sens après la navette parlementaire (95), que l'édification d'un système de recours nationaux effectifs constitue le premier degré de la protection due aux entreprises. Celles-ci ne seront donc plus « dissuadées » de tenter leur chance sur le territoire de la Communauté. Les propositions complémentaires de la Commission de renforcer les procédures administratives de contrôle de la réglementation communautaire participent du même état d'esprit.

B. Le renforcement des procédures communautaires administratives de contrôle

Dépassant la seule proposition de directive « recours », il existe une volonté plus large de consolider et d'élargir les procédures administratives afin de garantir l'application de la réglementation communautaire. L'échec de la création du Comité consultatif pour les marchés publics, créé au milieu des années soixante-dix, témoignait déjà de cette volonté de ne pas « juridictionnaliser » à l'excès un domaine où l'incitation est sans doute plus convaincante que la contrainte.

L'ensemble des propositions de réforme du droit communautaire des marchés publics reflète donc cette volonté. Elle emprunte un canal privilégié, celui de la « transparence », véritable leitmotiv au sens musical du terme qui revient tout au long de la nouvelle mouture de la réglementation communautaire. Cette transparence s'exprime dans deux exigences qui, au-delà de leur utilité ponctuelle, traduisent le souci de disposer d'instruments de contrôle : l'exigence d'information et celle de motivation.

a) L'information communautaire quant au « marché des marchés publics » est largement défaillante (96), opacité entretenue volontairement par les États. Renforcer les systèmes préventifs d'information a donc été le souci de la Commission qui, avant et après le marché, tente d'établir la transparence quant à sa prévisibilité et à ses résultats. C'est un moyen évident de dissuasion et, pour cette raison, dans la nouvelle directive « fournitures », la Commission « invente le système de la pré-information » (97). Selon ce dernier texte (98), depuis le 1^{er} janvier 1989, les pouvoirs adjudicateurs centraux doivent faire connaître

(87) Celui-ci demeure néanmoins sceptique quant à l'adoption de mesures décentralisées reposant sur les ordres juridiques nationaux a néanmoins choisi d'adhérer à ce système pour éviter un blocage.

(88) En ce sens, voir les débats du 17 mai 1988, *JOCE*, Débats du Parlement n° 2-365, pp. 87 et s.

(89) *COM (87) 134* final précit.

(90) La précision provient de la discussion parlementaire.

(91) La Commission cite à titre d'exemple les articles 8 et 9 de la directive bien connue 64/221 du 25 février 1964 sur la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public. On peut y rajouter la directive 84/450 du Conseil relative au rapprochement des législations en matière de publicité trompeuse dont l'article 4 formule le même type d'exigence de moyens de recours adéquats et efficaces, cf. A. Mattera, *Le Marché unique européen*, ed. *Jupiter* 1988, p. 425.

(92) Il s'agit d'harmoniser en laissant subsister les règles nationales compatibles (telles qu'un éventuel arbitrage comme en Irlande) et non pas de légiférer de façon uniforme. On notera d'ailleurs qu'il n'y a pas eu de véritable choix tranché entre recours administratif et juridictionnel au cours des travaux préparatoires de la directive. Certains experts de la Commission avaient même envisagé l'intervention d'un ombudsman en la matière ou d'un arbitre tandis que d'autres auraient désiré que figure la possibilité d'un appel juridictionnel de la décision de l'instance administrative. L'option ainsi laissée ouverte permet aux différents systèmes nationaux de s'accommoder de l'obligation créée.

(93) Cf. Rapport B. Breumer et A. Turner, Doc. A 2-290/87, P. 18.

(94) *COM (88) final*, pp. 17 point 9.

(95) A la suite de l'avis du Parlement et des « socio-professionnels », l'article premier se borne à définir les objectifs de la directive, qui sont concrétisés dans l'article second : *COM (88) 733 final*, p. 15 point 3.

(96) Pour un constat très tôt : CES (86) 189, avis du 28 juillet 1986 précit.

(97) G. Boccompagni, *op. précit.*, *RFDA* 1989, p. 19.

(98) Nouvel article 9. Avant le 1^{er} mars 1990, le Conseil décidera de l'extension à d'autres personnes que les organismes adjudicateurs centraux.



chaque année leurs programmes d'achats prévus par exercice budgétaire, et ce « le plus rapidement possible » et au moyen d'un avis indicatif publié au JOCE. Au-delà d'un souci de planification, on devine à quel point cette vue d'ensemble sera profitable aux entreprises des autres Etats de la Communauté et pourquoi, déjà, « paperasserie » et « excès de bureaucratie » (99) qualifient ces sujétions nouvelles.

Ce que l'on appelle la « transparence ex post » milite dans le même sens, imposant à tous les pouvoirs adjudicateurs de faire connaître le résultat des marchés quelle que soit la procédure utilisée et au moyen d'un avis publié au JOCE. Cette publication respectueuse de la concurrence s'inspire de l'accord GATT, et a évidemment été largement critiquée, malgré certaines adaptations (100).

Il est pourtant bien clair que le préalable à tout contrôle passe par là et que la quasi absence numérique de recours administratifs ou juridictionnels s'explique largement par l'ignorance des entreprises lésées. Sachant les conditions matérielles de la compétition, elles pourront donc demander des explications quant à leur mise à l'écart lorsqu'elles auront constaté celle-ci.

On notera que le projet de directive « travaux » reprend cette inspiration, la confortant par un « principe d'encouragement » (101) permettant de réduire les délais de publication en cas d'accomplissement de cette formalité (a.12).

b) La motivation du refus opposé à un soumissionnaire est la seconde nouveauté du droit communautaire des marchés publics. L'article 5 bis du projet de directive « travaux » en fait l'obligation au pouvoir adjudicateur, avec un contenu précis (102) et un délai de quinze jours, sur demande bien sûr de l'entreprise. Les bases d'un éventuel recours administratif ou juridictionnel sont ainsi offertes. Qui plus est, la raison pour laquelle une procédure de passation aurait été interrompue doit également leur être communiquée, avec transmission à l'Office de publication des Communautés.

Enfin, pour chaque marché passé, un procès verbal reprenant les différentes phases de la procédure doit être tenu et éventuellement communiqué à la Commission qui peut en faire la demande.

Tous les éléments sont donc en place pour renforcer la dimension administrative du contrôle en fournissant à ce dernier les éléments de fond sans lesquels il ne pourrait s'opérer et demeurerait formel. Cela n'a pas empêché la Commission, dans la proposition de « directive recours » de proposer un mécanisme spécifique.

(99) En ce sens, les clivages au Parlement européen sont édifiants : débats précit. : Von Wogau, p. 91 ; Guermeur, p. 98.

(100) Sur le thème : A. et P. Flamme, *op. précit.*, RMC 1988, p. 464.

(101) *Id.* p. 469.

(102) Cet apport est fondamental car la connaissance des motifs est évidemment le préalable à tout recours administratif ou contentieux ultérieur. Les motifs du refus de contracter ou du renoncement à le faire devront être fournis dans les quinze jours à l'entreprise écartée, sur sa demande. L'étendue de la motivation ne va pas jusqu'à communiquer les éléments de la candidature retenue.

C. L'apparition d'un contrôle spécifique de la réglementation communautaire

La Commission est la gardienne du Traité et des obligations qui en découlent, chacun le sait. Dans cette optique, sa proposition de directive « recours » s'articule autour d'un renforcement très net de ses capacités d'intervention. Celui-ci déclenche naturellement nombre d'interventions et de polémiques autour des deux modalités envisagées : un droit d'intervention de la Commission au cours de la procédure nationale judiciaire ou administrative (a) et un droit de suspension provisoire d'une procédure de passation en cours (b).

a) L'idée d'autoriser la Commission à intervenir directement au cours d'une instance nationale s'explique par le souci d'assurer la compréhension et le respect de la légalité communautaire dont, rappelons-le, les Etats sont garantis au premier chef. Dans ce système décentralisé avant tout confié aux juridictions nationales, la Commission se propose d'intervenir aux côtés de l'entreprise lésée qui a eu l'initiative du recours devant l'organe de contrôle national. L'objectif est clair : « assurer une interprétation et une application uniformes des règles communautaires en matière de marchés publics » et permettre « aux pouvoirs adjudicateurs d'être mieux informés de leurs obligations » (103).

On devine néanmoins deux arrière-pensées possibles, l'une empreinte de désir d'information et l'autre tissée de volonté de contrôle. Toute la discussion de la proposition s'est donc acharnée à supprimer la seconde pour accepter la première, du bout des lèvres.

Dans la première version du texte, « l'immixtion » (104) de la Commission n'était pas dénuée d'impérialisme : celle-ci était « garantie » par les Etats pour « faire valoir l'intérêt public communautaire » (105). Ce rôle de « ministre public » (106) attaché à la priorité de la règle communautaire, pour le rapporteur du Parlement « allait trop loin » et était faux (107) car l'intention de la Commission était de « proposer ses services » aux instances nationales, au titre d'un « *amicus curiae* » (108). La Commission l'explique en ces termes : faire valoir la légalité communautaire afin de contribuer à une interprétation et une

(103) COM (87) 134 final précit., p. 5.

(104) C. Brechon-Moulenes, *op. précit.* RFAP 1988, p. 600.

(105) Rapport Turner précit., p. 17 point 6.

(106) A. et P. Flamme, *op. précit.*, p. 478.

(107) Débats précit., p. 88. Le risque était évidemment de voir la Commission interférer sur les procédures nationales, au nom de la « priorité » communautaire dont la mention est retirée. Les arguments invoqués (coût, complexité) pour revenir en arrière ne doivent pas masquer l'essentiel : garantir l'existence de recours n'aboutit pas forcément à un fonctionnement et à une efficacité identiques dans les Etats membres. D'où la tentation pour la Commission d'harmoniser « de l'intérieur » au cours de son intervention afin d'égaliser les chances des entreprises, suivant en cela le souhait du Comité économique et social.

(108) Celui-ci, et c'est donc fondamental, n'est pas partie à l'instance et n'a donc aucun droit d'appel. Le juge britannique a pu ainsi entendre le Haut Commissaire aux Réfugiés des Nations Unies. Cette référence à une procédure rare est inspirée de l'examen du texte par le Select Committee on the European Communities de la Chambre des Lords, le 19 avril 1988 (12th Report, Session 1987-1988, p. 12), qui note que les pouvoirs publics britanniques peuvent l'utiliser de façon très limitative. La conclusion en est claire : « it would be inappropriate for the Commission to have greater power than the national government ».

application uniforme des règles communautaires (109) mission par parenthèses attribuée à la Cour dont la Commission serait donc l'auxiliaire. D'où un amendement proposé par les parlementaires offrant « le pouvoir discrétionnaire » aux Etats d'entendre la Commission (110)... Lord Cockfield refusera, en mai 1988, de transiger sur ce point (111) et la version soumise au Conseil pour établir une position commune (112) demande aux Etats membres de veiller à ce que les instances nationales « permettent à la Commission de faire valoir la légalité communautaire » (113), non pas au cours de n'importe quel type de recours, mais dans les hypothèses énumérées dans l'article 2 (114). Formule ferme de compromis, il n'est pas évident qu'elle emporte la conviction du Conseil et leur fasse oublier l'opposition du Select Committee on the European Communities de la Chambre des Lords (115), pourtant familier d'une telle procédure d'*amicus curiae*. S'il est des amitiés que l'on refuse ainsi, *a fortiori*, il y a des conflits d'intérêts que l'on entendra soustraire à l'attention de la Commission.

b) Le pouvoir de suspension réclamé par la Commission est, à coup sûr, une procédure qui suscite des oppositions de fond, et il est le troisième volet de la directive « recours ».

Tour à tour qualifié « d'exorbitant » (116), « d'autoritaire » (117) ou de « brutal » (118), il est peut-être tout simplement un juste milieu par rapport par exemple aux vœux du Comité économique et social (119). Ce dernier proposait en effet de doter la Commission d'un pouvoir de sanction analogue à ceux dont elle dispose en droit de la concurrence ne jugeant pas « convaincants » les arguments de la Commission pour refuser un pouvoir de sanction étatique (120). A tout le moins alors, le Comité économique et social conseillait la mise en place, sur la

base de l'article 168A (121), d'une juridiction de 1ère instance dont des chambres décentralisées seraient chargées de statuer, éventuellement en référé, sous le contrôle de la Cour, sur l'application du droit communautaire des marchés (122). La proposition de directive retient donc bien une voie moyenne, justifiée par le diagnostic suivant : « même lorsque la saisine de la Cour est assortie d'une demande de suspension, la procédure d'infraction basée sur l'article 169 reste lourde et peu adaptée à la correction rapide de manquements aux obligations propres aux pouvoirs adjudicateurs » (123). D'où, par souci de souplesse et de rapidité, la prérogative de suspendre, en cas d'urgence, une procédure de passation paraissant douteuse (124) avant que les mécanismes traditionnels ne prennent le relais.

Chacun devine la levée de boucliers ainsi provoquée, tenus aussi bien par les organisations professionnelles (125) que par les parlementaires européens qui s'en font souvent les relais. La question s'est donc posée avant tout sur le terrain de la légitimité d'une telle intervention de la Commission (126) en lieu et place des organes nationaux et communautaires compétents (127). « Droit que s'arrogerait l'exécutif » (128), la proposition de la Commission a été sérieusement amendée après son passage dans l'hémicycle strasbourgeois.

Tout d'abord, le champ d'intervention de la Commission a été balisé et contenu à des cas d'infraction « clairs et manifestes » (129) et qui plus est limité « avant la passation du marché », ce qui ne porterait pas atteinte à la sécurité juridique avec l'impact économique que celle-ci suppose (commandes, subventions...) (130). La volonté d'interdire à la Commission d'occuper le terrain en lieu et place du juge est donc claire. Le délai de trois mois (« standstill »), outre qu'il est inspiré d'une autre direc-

(109) Pour faire « changer les mentalités », ajoute-t-elle : COM (88) 733 final précit., p. 8 point 12.

(110) Amendement n° 20, cf. rapport Beumer et Turner précit.

(111) Débats précit. p. 105.

(112) COM 88 (733) final précit. C'est bien au bout de cette procédure commune que tout l'édifice s'écroulera, comme en témoigne le constat discret mais désabusé (« afin de ne pas faire échouer la possibilité d'arriver à une position commune ») tiré dans cette *Revue* par MM. Coleman et Margue (RMC 1989, p. 552), aux termes.

(113) Article 3.

(114) Dans son commentaire, la Commission en explicite les modalités : représentation directe ou par un avocat, observations écrites, COM (88) 733 final précit., p. 17.

(115) « To go further would, they feel, threaten the independence of national courts and set an unwelcome precedent for other litigation where points of Community law are in issue », *op. précit.* p. 21.

(116) P. Terneyre, note sous CJCE, aff. 45/87 précit., Dalloz 1989.

(117) A. et P. Flamme, *op. cit.*, RMC 1988, p. 478.

(118) C. Brechon-Moulenes, *op. cit.*, RFAP 1988, p. 601.

(119) CES, 933/87, précit.

(120) Point 2.2 de l'avis précité qui invoque l'applicabilité du droit de la concurrence à la matière des marchés publics pour réclamer des sanctions pécuniaires infligées aux Etats contradictoires avec la logique du Traité.

(121) Qui a permis l'institution du tribunal de première instance des Communautés européennes, le 24 octobre 1988.

(122) CES, 933/87 précit., p. 3 point 2.1.5.

(123) COM (88) 733 final, p. 10 point 7 : la lenteur (deux ans de procédures), l'objet (corriger des irrégularités de procédure), la tardiveté (des conséquences irréparables), le cadre (imputer souvent à l'Etat le manquement de collectivités locales) justifient cette opinion.

(124) « Sans devoir nécessairement entamer un contentieux », précise la Commission : point 20 de la proposition.

(125) En ce sens, les débats du Parlement européen ou à la Chambre des Lords sont très clairs.

(126) Celle-ci rompt en effet avec tous les mécanismes connus du droit communautaire, même si la Commission invoque la directive 83/189 sur l'information dans le domaine des normes techniques pour justifier cette action préventive.

(127) Vicente, *id.*, p. 95.

(128) Delorozoy, débats précités du Parlement européen, p. 94.

(129) La Commission illustre la notion : non-publication d'avis, d'appels d'offres (article 5, § 1a), recours abusif aux procédures négociées sans publication d'avis (article 5, § 1b), discrimination illicite au sein de l'avis d'appel d'offres ou dans tout autre document conditionnant la passation du marché (article 5, § 1c), exclusion d'un entrepreneur incompatible avec les règles communautaires (article 5, § 1d).

(130) En ce sens, C. Brechon-Moulenes, *op. cit.*, p. 601. « Il ne pourrait être question de suspension dès lors qu'une plainte serait introduite après l'adjudication » a tenu à préciser Lord Cockfield (*op. cit.*, p. 105).



tive (131), paraît en outre raisonnable pour ne pas paralyser l'opération.

Ensuite, la « reprise en main » s'est située sur le terrain procédural, puisque la Commission a été invitée (132) à réexaminer sa position en cas de demande de l'Etat membre théâtre de l'infraction (ce que l'on peut espérer rare si le marché est illicite) et puisque les garanties offertes par le Traité en cas d'abus de pouvoir (133) ont été élogieusement rappelées dans le texte.

Il résulte néanmoins de tout cela un ensemble contraignant. La Commission peut suspendre, avant la passation et pour un maximum de trois mois, un marché et demander à l'Etat membre et au pouvoir adjudicateur d'y remédier pour que la procédure reprenne son cours ou s'engage sur le terrain du recours en manquement... Les réticences et l'originalité du mécanisme sont donc à la mesure de l'enjeu, même si ses chances d'aboutir sont vraisemblablement réduites.

(131) Directive 83/189 précit.

(132) Ce qui est le résultat d'un « arrangement politique » (Lord Cockfield, précit., p. 105) face à un amendement parlementaire qui visait, lui, à dessaisir la Commission. Le commentaire qu'en fait la Commission (COM (88) 733 final, point 19, p. 20) montre bien une volonté de dialogue et non de soumission.

(133) Article 173 du Traité. L'on voit mal cependant la Commission reculer ou un Etat poursuivre si l'infraction à la législation communautaire est « claire et manifeste ».

Car c'est bien avec cet enjeu qu'il faut conclure. Nul ne doute que la réussite du marché intérieur repose en large partie sur le dossier marchés publics. Sa non-réalisation jusqu'alors s'explique, nous le savons tous, par l'absence de sanctions réelles des prescriptions des directives de 1971 et 1976. Faut-il donc tenir rigueur à la Commission d'être logique avec elle-même, lorsque ressortant le dossier de ses démissions successives, elle s'efforce d'y mettre fin en promouvant des mécanismes de contrôle spécifiques ? Non pas, et ce n'est pas là « tirer avec un gros canon sur des mouches », comme persiflait un parlementaire européen (134) lors du débat. Le volume des cibles, les égoïsmes nationaux réunis, justifiait sans doute l'usage d'un gros calibre : la sanction juridique des obligations communautaires souscrites par les Etats membres.

Mai 1989

(134) Von Wogau précit., débats du Parlement européen, p. 91.

Addendum : La position commune arrêtée le 24 juillet 1989 (et commentée dans cette *Revue* au n° 331) témoigne bien du pessimisme justifié de ces lignes, rédigée deux mois auparavant. La Commission y perd toute possibilité nouvelle d'intervention ou de suspension, pour ne conserver qu'un maigre pouvoir d'information auprès de l'Etat concerné... Les « problèmes » demeurent donc préoccupants et les « perspectives » peu exaltantes.

LES MARCHÉS PUBLICS DE FOURNITURES ET L'ADAPTATION DE LA DIRECTIVE DU 21 DÉCEMBRE 1976

Christian HEN

*Maître de conférences à l'université
des sciences sociales de Toulouse*

Guy GUILLERMIN

*Maître de conférences
Directeur du Centre universitaire de recherche
européenne et internationale
université des sciences sociales de Grenoble*

La directive 77/62 sur les marchés publics de fournitures du 21 décembre 1976 (1) a été modifiée par la directive 88/205 du 22 mars 1988 (2). C'est le premier texte de droit positif adopté récemment (3), en vue d'une ouverture à la concurrence des marchés publics dans la Communauté. Elle s'inscrit dans toute une œuvre législative des organes communautaires et devrait être suivie, dans le courant de l'année 1989, d'une directive sur les marchés publics de travaux, d'une directive sur les moyens de recours utilisables en cas de non-exécution des obligations (intitulée « pudiquement » : directive concernant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles de procédures de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (4) enfin d'une directive sur les secteurs exclus (eau, transports, énergie) (5) et sur les télécommunications (6).

Ainsi, comme on a pu l'écrire (7), l'année 1988 se révèle comme étant « l'année marchés publics » et déjà de nombreuses études ont été consacrées à l'analyse de la directive fournitures (8). Il convient cependant d'en présenter les innovations principales à la lumière des compléments qui pourraient lui être apportés par les textes en cours d'élaboration et surtout de s'interroger sur les chances de réussite de la nouvelle réglementation, non sans avoir rappelé auparavant les origines « lointaines » du nouveau texte, ainsi que les différentes étapes de son élaboration.

La prise de conscience de la non-ouverture des marchés publics remonte à l'année 1983, lorsque M. Albert et James Ball publient leur rapport sur le coût de la « non Europe ». Dans ce document, ils placent l'ouverture des marchés publics parmi les actions prioritaires qui permettraient de réaliser des économies substantielles dans le cadre d'un grand marché européen (9). Mais, le document le plus important qui permet de dresser un bilan, dès cette époque, de la directive fournitures du 21 décembre 1976, est la communication adressée au Conseil par la Commission le 14 décembre 1984 (10) : « marchés publics de four-

(1) JOCE n° L 13 du 15.11.1987, p. 1.

(2) JOCE n° L 127 du 20.5.1988, p. 1.

(3) Depuis la rédaction de ce rapport le texte définitif de la directive travaux a été adopté. Il s'agit de la directive du Conseil 89/440 du 18.7.1989 (JOCE n° L 210 du 21.7.1989, p. 1) Cf. à ce sujet le rapport du professeur Vlad Constantinesco.

(4) Doc. Com (87) 134 final du 1.7.1987 et proposition modifiée : Doc. Com. (88) 733 final du 8.12.1988.

(5) JOCE n° C 319 du 12.12.1988, p. 2.

(6) JOCE n° C 40 du 17.2.1989, p. 5.

(7) Cf Christine Brechon-Moulenes : « 1988, année marchés publics » in Revue française d'administration publique, Oct-Déc. 1988, n° 48.

(8) Cf. « Les marchés publics européens », Dossiers et Documents de la revue française de droit administratif, 1988 (publication des actes du colloque organisé par l'Association pour le droit public de l'entreprise (ADPE), les 17 et 18 juin 1988 à l'université de Paris X-Nanterre.

Cf. M.A. Flamme et P. Flamme : « Vers l'Europe des marchés publics ? » (à propos de la directive fournitures du 22 mars 1988). *Revue du Marché commun*, sept-oct. 1988, p. 455.

Cf. M.C. Soulie : « La passation des marchés publics en France et dans la Communauté européenne », thèse Paris I, 1987.

(9) Cf. M. Albert : « Un pari pour l'Europe », Editions du Seuil, Paris, 1983.

(10) Com. (84) 717 final du 14.12.1984.



nitures : constat et orientations ». Le bilan chiffré établi par la Commission repose à la fois sur le recensement du nombre d'avis publiés et sur le taux d'interpénétration (nombre de marchés attribués à des entreprises étrangères. Cf. Tableaux en annexe). Le bilan porte sur cinq années de 1979 à 1983.

Sur le premier aspect (nombre d'avis publiés), l'étude révèle que « le nombre des avis d'appels d'offres publiés par les administrations centrales et locales au JOCE a constamment progressé d'année en année, passant de 1.038 en 1979 à 2.572 en 1983. En 1985, ce chiffre est porté à 3.307 ». Cette progression est d'autant plus significative, si on la compare à l'évolution de la consommation réelle des administrations qui, dans la même période, n'a augmenté que très faiblement (1 % en 1982 et 1983) et a même diminué pour certains Etats (Belgique et Allemagne par exemple).

Ces résultats auraient pu conduire à un certain optimisme et démontrent en tout cas que les Etats se plient assez volontiers à la formalité préalable de la publicité. Mais cet optimisme doit être tempéré lorsqu'on apprend que le volume des marchés publics passés par les administrations, qui tombe dans le champ d'application de la directive, ne représente que 0,5 % du PIB communautaire et environ 7 % de l'ensemble de leurs transactions. En tout état de cause, la publication d'un avis n'engage pas l'administration à attribuer le marché à un fournisseur étranger. C'est ce qu'on appelle l'interpénétration. Or, dans ce domaine, les chiffres sont encore plus accablants. Ainsi, en 1981, 4,5 % de la valeur des marchés attribués l'ont été à des entreprises étrangères, en 1982, 1 %.

La conclusion tirée par le rapport est sans appel : c'est la « quasi non-existence du Marché commun dans le domaine des marchés publics de fournitures ».

Telle est la situation lorsque paraît en 1985 le Livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur (11). Celle-ci ne peut que confirmer le bilan qu'elle a elle-même dressé : « Les statistiques révèlent que les directives ne sont mises en œuvre que dans une mesure très réduite : moins d'un Ecu sur quatre de dépenses publiques dans les domaines relevant des directives de coordination fait l'objet d'une publication au Journal Officiel et donc, même théoriquement, l'objet d'une concurrence à l'échelle de la Communauté ». Le Livre blanc fait donc figurer les marchés publics parmi les actions prioritaires dans l'élimination des frontières techniques.

Pour ce qui est des marchés de fournitures, l'échéancier établi par la Commission prévoit pour la période 1987-1992, l'amélioration de la directive de 1976 et l'extension des directives aux secteurs exclus (eau, énergie, transports et télécommunications). Les propositions devaient être faites en 1987 et adoptées en 1988.

Dans une communication adressée au Conseil le 19 juin 1986 (12), portant sur « les marchés publics dans la Communauté », la Commission s'est efforcée de trouver des explications à cette situation de non-ouverture. Parmi celles-ci, il y a le fait que la directive fournitures, comme la directive travaux a été mise en œuvre dans une époque de récession économique, pendant laquelle « les pouvoirs adjudicateurs sont plus sensibles aux pressions des

fournisseurs nationaux ». Dans le même rapport, la Commission est amenée à préciser le programme d'action tel qu'il avait été prévu dans le Livre blanc. C'est le point de départ véritable de l'élaboration de la directive du 22 mars 1988.

L'adoption proprement dite du texte a donné lieu à la première application de la procédure de coopération inter-institutionnelle introduite par l'Acte Unique Européen et notamment de l'article 149, § 2 a et b : « lorsqu'en vertu du présent traité, un acte du Conseil est pris en coopération avec le Parlement européen, la procédure suivante est d'application.

a) Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée dans les conditions du § 1, sur proposition de la Commission et après avis du Parlement européen, *adopte une position commune.*

b) La position commune du Conseil est transmise au Parlement européen. Le Conseil et la Commission informent pleinement le *Parlement européen des raisons qui ont conduit le Conseil à adopter sa position commune*, ainsi que la position de la Commission ».

Or, le déroulement effectif de la procédure ne semble pas, tout au moins de l'avis du Parlement lui-même, avoir respecté ces dispositions.

La Commission des Communautés a présenté sa première proposition au Conseil le 19 juin 1986 (13). Une première modification est intervenue en juin 1987 (14). Le 9 juillet 1987, le Parlement a adopté en première lecture une série d'amendements qui ont été pour la plupart repris dans la deuxième modification de la proposition de la Commission au Conseil du 2 octobre 1987 (15). Le 5 octobre, le Conseil des ministres a arrêté sa position commune sans tenir compte des amendements du Parlement.

Cette attitude du Conseil pose un problème de forme quant au respect de l'article 149, § 2 a et b. Sur ce point, l'opinion de M. Beumer, rapporteur de la Commission économique, monétaire et de la politique industrielle (16) est catégorique. On peut en effet lire dans l'exposé des recommandations : « lors de la première lecture, le Conseil examine à peine les amendements du Parlement et donc de la proposition modifiée de la Commission. Le Conseil ne s'est, semble-t-il, pas donné la peine de s'y arrêter, préférant revenir à sa position de décembre 1986. Dans sa justification écrite, le Conseil indique que, si le Parlement devait confirmer sa position sur certains amendements, il rechercherait en deuxième lecture une formulation plus adaptée. Cela prive le Parlement de sa base de négociation avec le Conseil et méconnaît les nouveaux pouvoirs du Parlement. Il s'agit là d'une violation de la nouvelle procédure de coopération consacrée par l'Acte unique ».

Le rapporteur relève en outre que les raisons invoquées par le Conseil pour justifier sa position commune ne correspondent pas à l'article 149, § 2 b, en vertu duquel le Conseil informe *pleinement* le Parlement. En l'occurrence, les commentaires « très vagues et très sommaires » du

(11) Com. (85) 310 final du 14.6.1985.

(12) Com. (86) 375 final du 19.6.1986.

(13) JOCE n° C 173 du 11.7.1986, p. 4.

(14) JOCE n° C 161 du 19.6.1987, p. 10.

(15) JOCE n° C 303 du 13.11.1987, p. 3.

(16) Doc. PE. A 2 0228/1987, Doc. de séance du 30.11.1987.

Conseil peuvent difficilement être considérés comme une information « complète » du Parlement. En d'autres termes, le Conseil s'est borné à rejeter les amendements du Parlement sans proposer une nouvelle formulation des dispositions en cause, ce qui aurait permis d'ouvrir un véritable dialogue et de mettre en place une procédure de concertation. Ceci amène M. Beumer à conclure que, de la manière dont elle est pratiquée, la nouvelle procédure aboutit à une perte d'argent et de temps.

Le Président du Parlement lui-même (Lord Plumb) a critiqué l'attitude du Conseil dans des termes sévères : « il est particulièrement inacceptable que le Conseil n'ait pas fait grand cas de notre première lecture, ni de la proposition révisée de la Commission. L'esprit de la coopération interinstitutionnelle est d'optimiser la concordance entre la première lecture du Parlement et la position commune du Conseil ».

Il convient de souligner que dans ce conflit le Parlement a reçu l'appui total de la Commission, pour qui « ce comportement n'est pas conforme à l'esprit de la procédure de coopération prévue à l'article 149 du Traité. Il s'agit d'une méconnaissance de fait des droits que cette procédure reconnaît au Parlement ». Cependant, la plupart des amendements proposés par le Parlement ont été pris en compte dans le texte définitif adopté par le Conseil à la suite de la présentation par la Commission de la troisième modification de sa proposition (17).

La directive du 22 mars 1988 est donc bien le fruit d'une relative concertation. Sans bouleverser l'économie générale du texte du 21 décembre 1976, la nouvelle législation introduit un certain nombre d'innovations (I) dont il faudra se demander si elles seront suffisantes pour permettre enfin une véritable ouverture des marchés publics de fournitures (II).

I. — Les innovations introduites par la directive du 22 mars 1988.

Elles se situent pour l'essentiel dans la ligne des propositions faites par la Commission, notamment dans sa Communication du 19 juin 1986.

Elles visent en particulier à préciser le champ d'application du texte, à augmenter la transparence dans les procédures de passation par une amélioration de l'information des entreprises et à rendre obligatoire la référence aux normes européennes.

Le Conseil a également accepté les propositions du Parlement consistant à introduire des dérogations en faveur du développement régional. En revanche, il a refusé d'insérer dans le texte des dispositions d'ordre social.

A — Un champ d'application précisé, mais non étendu

La directive du 22 mars 1988 précise la définition des contrats de fournitures, mais maintient l'exclusion du champ d'application des marchés portant sur l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications. De plus, elle ne modifie pas le seuil d'application.

(17) JOCE débats du PE n° 359, séances des 14 au 18.12.1987.

1. Les précisions apportées

Elles concernent la définition des contrats de fournitures et l'intégration dans le texte des marchés de défense. Désormais, il est clairement indiqué, mais cela pouvait déjà résulter d'une interprétation correcte de la directive de 1976, que les marchés de fournitures sont des contrats à titre onéreux ayant pour objet l'achat, le crédit bail, la location ou la location vente, avec ou sans option d'achat... (18).

D'autre part, l'exclusion des marchés portant sur la défense est explicitée, conformément aux vœux du Parlement européen. Désormais, ces marchés sont inclus dans le champ d'application du texte « à l'exception des produits auxquels l'article 223, § 1, Point 6 du Traité s'applique ». En vertu de ce texte, « tout Etat membre peut prendre des mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ».

2. Le maintien des secteurs exclus

Il s'agit là d'un point essentiel, car toutes les études effectuées par la Commission avaient démontré que l'existence de nombreuses exclusions (secteurs des transports, de l'eau, de l'énergie et des télécommunications) aboutissait à priver le texte de la directive fournitures de toute efficacité (19).

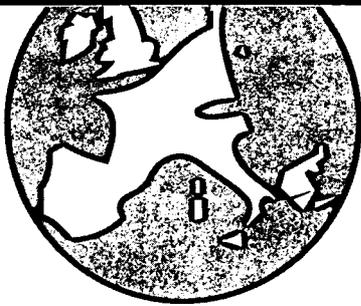
Aussi, certains (notamment le Parlement européen) auraient souhaité l'ouverture de la concurrence dans tous ces domaines. Cette solution n'a été retenue ni par la Commission, ni par le Conseil. Celui-ci, dans la déclaration qu'il a adressée au Parlement dans le cadre de la procédure de coopération concernant l'adoption de la directive fournitures, a rejeté l'ouverture immédiate des secteurs exclus et a proclamé qu'il s'attacherait à prendre dès que possible, au plus tard au 1^{er} juillet 1990, une décision en collaboration avec le Parlement.

Conformément à la démarche ainsi arrêtée par le Conseil, la directive du 22 mars 1988 se borne à préciser la définition des secteurs exclus. Conformément à l'interprétation restrictive qui avait été donnée par la Commission dans son *vade-mecum* publié le 11 décembre 1987, on peut retenir à titre d'exemples le cas des transports et celui de l'eau. D'après la Commission, l'exception vise les transports de personnes ou de marchandises d'un point à un autre, mais pas les organismes qui gèrent les ports ou les aéroports. Pour ce qui est de l'eau, seuls sont concernés les services de production, de transport et de distribution de l'eau potable, pas les travaux d'aménagement hydraulique ou d'irrigation (cf. article 7 de la nouvelle directive).

Il reste que les progrès en la matière restent limités et que la Commission a été amenée à présenter des projets spécifiques concernant les secteurs exclus. Un premier point a dû être tranché par la Commission : une ou plusieurs directives pour l'ensemble des secteurs exclus ? Finalement elle a opté pour la deuxième solution, en présentant deux propositions de directive : l'une sur les pro-

(18) JOCE n° C 358 du 31.12.1987, p. 1 : *Vade-mecum* sur les marchés publics dans la Communauté.

(19) Les autorités publiques dépensent chaque année 15 % du PNB communautaire. Acheter national se traduit par des coûts de l'ordre de 20 milliards d'ECU par an. Cf. Rapport Cecchini sur « Le coût de la non Europe ».



cédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, le 11 octobre 1988 (20), l'autre sur les marchés de télécommunications (21).

Le Parlement européen a fait connaître son point de vue sur la première proposition dans son rapport déposé le 4 avril 1989 (22). Le secteur des télécommunications faisant par ailleurs l'objet d'un rapport, il ne sera fait référence ici qu'à la proposition concernant les transports, l'eau et l'énergie.

En présentant ce texte, la Commission a décidé de passer outre à l'obstacle juridique, qui jusque-là bloquait toute évolution, à savoir la différence de statut juridique des secteurs considérés suivant les pays : caractère public ou secteur privé. Deux questions essentielles ont dû être tranchées : le champ d'application et les obligations imposées.

Sur le premier point, la directive devrait s'appliquer à toutes les entités publiques ou privées qui bénéficient d'une protection étatique leur permettant « d'acheter national » et de négliger les offres étrangères même économiquement plus avantageuses. Cette situation peut provenir de l'existence d'un réseau unique, qui confère aux organismes en question une situation de monopole (gaz, électricité, chemins de fer) ou de contrats de concession qui confèrent des droits exclusifs (ports, aéroports, extraction de charbon, de gaz...) ou encore d'un système d'octroi d'autorisations qui permet à l'Etat d'influencer les entreprises en question. Une liste des entités adjudicatrices figure en annexe de la proposition de directive.

S'agissant de la nature des marchés concernés, la Commission exclut notamment les achats d'eau et d'énergie (en attendant la mise en œuvre d'un marché intérieur de l'énergie). Une telle position a été critiquée par le Parlement qui y voit un risque important de distorsions à la concurrence (pénalisation dans le domaine de l'électricité des entreprises susceptibles d'exporter). Le seuil est identique à celui fixé dans les directives de base (200.000 ECU pour les fournitures). Selon le rapporteur du Parlement, cette détermination peut poser un problème. Ainsi, une entreprise comme EDF en France risque d'être toujours soumise à l'obligation de publicité. Ce qui ne pourra pas être le cas en RFA, où il y a 700 entreprises. Dans le cas particulier des fournitures, on peut penser que le seuil est trop élevé.

Pour la distribution d'eau une difficulté peut venir des différences de régime juridique (concession ou régie). Ainsi, les entreprises françaises habituées à un système de concession ne pourraient concourir dans les autres pays à cause de la régie directe.

Les obligations fixées dans la proposition sont assez flexibles. Les entités adjudicatrices peuvent choisir librement le type de la procédure de passation, entre les procédures ouvertes, restreintes ou négociées, sans se soumettre aux conditions restrictives contenues dans la direc-

tive fournitures. Il suffit qu'une mise en concurrence réelle soit effectuée.

On peut noter aussi une plus grande souplesse du texte, en ce qui concerne les spécifications techniques. Certes, la référence aux normes européennes demeure prioritaire. Mais les grandes entités peuvent conserver leurs propres spécifications techniques, à condition d'en informer les soumissionnaires.

Enfin, des dispositions visent à éviter que l'ouverture des marchés publics ne conduise à des concessions vis-à-vis des pays tiers. A cette fin, deux règles ont été posées. L'adjudicateur peut rejeter une offre, lorsque moins de la moitié de la valeur des produits ou services est d'origine communautaire. Entre deux offres équivalentes, l'offre communautaire doit avoir la préférence.

La Commission a proposé comme date d'application du texte le 1^{er} mars 1990. Selon le Parlement, cette date devrait être repoussée au 1^{er} mars 1991.

Au total, par rapport à la directive fournitures, la proposition sur les secteurs exclus se caractérise par une plus grande souplesse dans la conception des obligations.

3. Le seuil d'application

Dans son Livre blanc de 1985, la Commission, en raison du nombre important de marchés inférieurs au seuil d'application s'était prononcée pour un réexamen des niveaux. Pourtant, le texte définitif de la directive du 22 mars 1988 retient le même seuil de 200.000 Ecus. Ce seuil est ramené à 130.000 Ecus pour les marchés passés dans le cadre du GATT (directive 80/767). Désormais, les seuils sont révisés tous les deux ans (avec effet au 1^{er} janvier 1988).

B — Une nouvelle définition des procédures de passation

Les analyses statistiques montrent la propension des Etats à faire fréquemment usage de la procédure restreinte (en 1983, 72 % environ des avis publiés). La même année, quatre pays seulement utilisent largement l'appel d'offres ouvert : la Belgique (84 %), l'Irlande (86 %), le Luxembourg (80 %), la Grèce (100 %). Dans les autres Etats, l'utilisation de l'appel d'offres restreint est au contraire majoritaire : Danemark (80 %), Italie (87 %), Pays-Bas (89 %).

Il convient aussi de noter l'usage important de la procédure du gré à gré.

Pour essayer d'infléchir cette tendance, la nouvelle directive du 22 mars 1988 pose le principe de la hiérarchisation des procédures de passation, introduit la procédure du marché négocié, et aménage les délais.

1. La hiérarchisation des procédures de passation

D'après la directive de 1976, la collectivité publique était libre de choisir entre procédures ouvertes et procédures restreintes (normales ou accélérées). C'est le système de liberté de choix que l'on retrouve dans les propositions actuelles sur les secteurs exclus.

La Directive du 22 mars 1988 introduit à ce sujet une innovation : le recours à la procédure ouverte devient la règle. L'utilisation de la procédure restreinte ne peut désormais être justifiée que par la nécessité de respecter un équilibre entre la valeur du marché et les coûts de la pro-

(20) JOCE n° C 319 du 12.12.1988, p. 2.

(21) JOCE n° C 40 du 17.2.1989, p. 5.

(22) Doc. PE. A 2 68/89 du 6.4.1989. Doc de séance sur les problèmes posés par l'ouverture des marchés publics aux secteurs exclus. Cf. également colloque de Nanterre des 16 et 17 juin 1988. Cf. Les rapports de Michel Thibierge, contrôleur général EDF, — Pierre Faisandier, directeur général à la Compagnie générale des eaux — Félix Prudhomme, Télécommunications, — Alain Raoux, transports et énergie — rapports publiés dans « Les marchés publics européens », Sirey, 1989.

cédure, ou la nature spécifique des produits que l'on veut se procurer.

On peut craindre cependant que des conditions aussi vagues ne laissent aux pouvoirs adjudicateurs un large pouvoir d'appréciation (23).

2. Une nouvelle procédure : les marchés négociés

En vertu du nouvel article 1^{er}, « les procédures négociées sont les procédures nationales dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les fournisseurs de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ».

C'est la transposition en droit européen d'une réforme déjà introduite en droit interne français dans le code des marchés publics (article 103).

Mais, le recours aux marchés négociés est limité à deux hypothèses : en cas de dépôt de soumissions irrégulières en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, ou en cas de dépôt de soumissions inacceptables (il s'agit de conditions comparables à celles posées par la réglementation française).

Cependant, la procédure du marché sans mise en concurrence préalable est maintenue : dans le cas d'absence de soumission, d'articles fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, lorsque, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, la fabrication ou la livraison des fournitures ne peut être confiée qu'à un fournisseur déterminé, en cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles ou de livraisons complémentaires.

Ce sont les cas déjà prévus dans la directive de 1976. On ne peut donc conclure à la disparition pure et simple de la procédure de gré à gré.

3. La modification des délais

A plusieurs reprises, la Commission avait insisté sur la nécessité d'allonger les délais de présentation des offres, en vue d'ouvrir plus largement la concurrence.

Dans les procédures ouvertes, le délai de réception des offres est de 52 jours (au lieu de 36).

Dans les procédures restreintes ou négociées le délai de présentation des candidatures ne peut être inférieur à 37 jours (au lieu de 21). Les pouvoirs adjudicateurs invitent alors par écrit les candidats à présenter leurs offres. Le délai de réception des offres ne peut alors être inférieur à 40 jours, à compter de l'envoi de l'invitation écrite (au lieu de 21 précédemment).

Dans les cas d'urgence (procédures accélérées), le délai est porté de 12 à 15 jours.

A la différence de ce qui est prévu dans le code GATT sur les marchés publics, le point de départ est la date d'envoi de l'avis, et non celle de la parution au JOCE. Un alignement sur le code GATT permettrait ici d'accroître la transparence qui est l'objectif majeur de la nouvelle directive, et d'aller dans le sens d'une meilleure information des entreprises.

C — Une amélioration de l'information sur la passation des marchés

C'est la recherche d'une plus grande transparence qui domine tout le dispositif mis en place par le nouveau texte.

Les destinataires de l'information sont la Commission et les candidats éventuels. Cette information doit permettre un meilleur contrôle pour la Commission et une meilleure utilisation des recours par les particuliers.

1. L'information de la Commission

Elle présente deux aspects :

Il s'agit tout d'abord d'une information générale sur l'application de la directive fournitures. Ce n'est pas une totale nouveauté, puisque l'Article 29 de la directive du 21 décembre 1976 faisait obligation aux Etats membres de communiquer annuellement à la Commission un état statistique concernant les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs centraux ou fédéraux. C'est en application de cette obligation que la Commission a pu en 1984 dresser un constat sur l'application de la directive.

Le nouveau texte précise cette obligation d'information statistique : elle doit porter sur le nombre et la valeur des marchés passés par chaque pouvoir adjudicateur, au-dessus du seuil, en fonction de la procédure, du produit et de la nationalité du fournisseur auquel le marché est attribué. Dans le cas des marchés négociés, il faut en outre indiquer le nombre et la valeur des marchés attribués à chaque Etat membre et aux pays tiers. De plus, la Commission peut demander des informations statistiques complémentaires.

Mais, l'information la plus importante porte sur le choix des procédures de passation. On sait que, depuis la directive du 22 mars 1988, les Etats ne sont plus totalement libres du choix de la procédure de passation. Ils doivent utiliser en priorité la procédure ouverte.

Dans le cas de recours aux procédures restreintes ou négociées, ils doivent se justifier. Les pouvoirs adjudicateurs doivent établir un procès-verbal dans lequel ils mentionnent le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, la valeur, la quantité et la nature des marchandises achetées, le nombre des candidats invités à présenter une offre et, le cas échéant, le nombre des candidats retenus et les raisons du rejet des candidatures.

Pour les marchés négociés, les pouvoirs publics sont également tenus de mentionner la nature des circonstances prévues par la directive qui ont justifié ce recours. On peut voir dans ces exigences un facteur de complication, voire de bureaucratisation des procédures, qui, paradoxalement, risquerait d'aller à l'encontre des règles de concurrence. On peut aussi, en sens inverse, estimer que l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de motiver le choix de la procédure risque de le détourner de l'usage des procédures restreintes.

L'information de la Commission est également nécessaire, lorsque le pouvoir adjudicateur ne se reporte pas aux normes européennes comme la nouvelle directive lui en fait l'obligation. Dans ce cas, il doit indiquer ses raisons dans l'avis d'appel d'offre publié au JOCE.

2. L'information des entreprises

Elle peut se concevoir à deux stades.

Avant la passation, c'est une pré-information (cf. Article 9 nouveau). D'après le texte de 1988, les pouvoirs adju-

(23) Cf. *op. cité* M.A. Flamme et P. Flamme, *Revue du marché commun*, sep-oct., 1988, p. 462.



dicateurs (au sens de la directive 80/767, c'est-à-dire les autorités centrales seulement), à partir du 1^{er} janvier 1989, font connaître le plus rapidement possible, avant le début de leur exercice budgétaire, l'ensemble des marchés par groupe de produits, dont le montant égale ou dépasse 750.000 ECU, et qu'ils envisagent de passer pendant les douze mois à venir.

Cette obligation correspond aux efforts déjà entrepris par les Etats en matière de planification et peut permettre à l'entreprise de mieux présenter son offre, en étant informée suffisamment tôt des possibilités du marché. Par cette disposition, la situation des entreprises étrangères se rapproche de celle des entreprises nationales.

Après la passation, l'information consiste à indiquer à l'entreprise évincée les raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue. La directive du 28 mars 1988 ne va pas aussi loin, et se borne à prévoir que « les pouvoirs adjudicateurs qui ont passé un marché en font connaître le résultat au moyen d'un avis ».

Le code GATT de 1979 disposait que : « les entités communiqueront à tout fournisseur, qui en fera la demande, des renseignements pertinents concernant les raisons du rejet de sa demande d'inscription sur la liste des fournisseurs qualifiés, ou des raisons pour lesquelles il n'aura pas été invité ou admis à soumissionner ». Le nouveau protocole approuvé par le Conseil des ministres de la CEE, et entré en vigueur le 14 février 1988 (24) va dans le même sens, et prévoit la publication d'un certain nombre d'informations 60 jours après l'attribution du marché. Il s'agit donc ici d'une véritable motivation du refus d'attribution du marché.

Le droit français a récemment introduit cette règle. Certes, depuis la loi du 11 juillet 1979, le principe de la motivation des actes portant atteinte à des droits a été posé. Mais, en matière de marchés publics, la motivation n'était exigée que pour les décisions définitives d'exclusion (cf. code des marchés publics).

Il a donc fallu attendre le décret du 6 mai 1988 (25) pour que soit inscrit le droit à la communication des motifs aux entreprises évincées lors de la passation du marché. Cette exigence peut permettre de remettre en cause l'usage des procédures restreintes.

Cette exigence devrait obliger l'administration à ne pas se contenter de réponses trop vagues et stéréotypées. Cela peut être positif pour l'entreprise, mieux à même de comprendre les raisons de son échec, et qui pourra ainsi dans l'avenir mieux présenter son dossier. D'autre part, elle aura davantage d'arguments pour engager un recours contentieux (26).

D — Une nouvelle approche de la normalisation

La diversité des spécifications techniques nationales parfois contradictoires constitue un obstacle important à l'ouverture des marchés publics. Aussi, le nouvel article 7 de la directive fournitures pose comme principe la réfé-

rence prioritaire à des normes européennes. Mais, pour juger de l'efficacité d'une telle disposition, il faut la replacer dans le contexte de l'effort général fait en faveur de la normalisation.

En vertu de l'article 7, les spécifications techniques sont définies par les pouvoirs adjudicateurs par référence à des normes nationales transposant les normes européennes, ou par référence aux spécifications techniques communes.

En l'absence de normes européennes, les Etats doivent se reporter :

- a) aux normes nationales transposant des normes internationales acceptées par le pays du pouvoir adjudicateur,
- b) aux normes nationales du pays du pouvoir adjudicateur,
- c) à toute autre norme...

Cependant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette règle, notamment si la référence aux normes européennes obligeait à acquérir des fournitures incompatibles avec des installations déjà utilisées, ou entraînait des coûts ou des difficultés techniques disproportionnés. Mais, dans ce cas, la collectivité publique est tenue à une obligation d'information (déjà mentionnée).

Au-delà de l'article 7 de la directive du 22 mars 1988, il faut rappeler les efforts récents de la Communauté européenne en faveur d'une normalisation européenne. Le Livre blanc de la Commission de 1985 fixe quatre orientations nouvelles pour aboutir à une normalisation d'ici à 1992 :

- 1) le remplacement de la règle de l'unanimité par la règle de la majorité dans l'adoption des directives d'harmonisation de l'article 100,
- 2) la prévention des entraves à la transparence des normes par une obligation d'information préalable de la part des Etats. C'est l'objet de la directive du 28 mars 1983, « prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et des spécifications techniques » (27) à partir du 1^{er} juillet 1985. La Communauté peut ainsi bloquer toute nouvelle réglementation faisant obstacle au commerce intra-communautaire,
- 3) le renforcement de l'autorité des organismes de normalisation européenne, en particulier, le Comité européen de normalisation (CEN) et le Comité européen de normalisation électronique (CENELEC),

4) une nouvelle approche de la normalisation. Celle-ci a été définie par une résolution du Conseil du 7 mai 1985 (28) et explicitée dans le Livre blanc de la Commission. Elle consiste à constater qu'il est inutile de vouloir mettre en œuvre des directives précises et détaillées sur les normes techniques. C'est une procédure trop longue et très vite dépassée (car les normes techniques évoluent rapidement et il faut sans cesse les mettre à jour).

Il faut donc limiter l'harmonisation des législations aux règles essentielles dans le domaine de la santé et de la sécurité des citoyens, ainsi que de la protection des consommateurs et de l'environnement.

(24) JOCE n° L 345 du 9.12.1987, p. 24.

(25) JORF du 8.5.1988.

(26) Cf A. Laguerre : « L'information de l'entreprise évincée du marché », *Le Moniteur des travaux publics* du 5.8.1988.

(27) JOCE n° L 109 du 26.4.1983, p. 8.

(28) JOCE n° C 136 du 4.6.1985, p. 1.

D'autre part, la Commission préconise la généralisation du principe de la reconnaissance mutuelle posé dans l'arrêt Cassis de Dijon de 1979, en vertu duquel « les biens fabriqués et commercialisés légalement dans un Etat doivent avoir libre accès dans les autres Etats membres. Dans les cas où la reconnaissance des normes n'est pas considérée comme essentielle du point de vue de la santé ou de la sécurité ou du point de vue industriel, c'est la reconnaissance pleine et entière de normes de qualité différentes, de règles de composition des produits différentes qui doit être la règle ».

Une bonne illustration législative de cette nouvelle approche est donnée par la directive sur les produits de la construction du 21 décembre 1988 (29). Le texte fixe les exigences essentielles que les produits concernés doivent respecter et renvoie aux normes harmonisées pour les précisions techniques. Ces normes européennes harmonisées sont établies par le Comité européen de normalisation (CEN) sur mandat de la Commission.

E — La prise en considération du développement régional et des problèmes d'ordre social

La directive du 22 mars 1988 prévoit des dérogations dans le cadre du développement régional. En revanche, malgré les propositions du Parlement européen dans ce sens, elle n'intègre pas des dispositions d'ordre social.

1. Les dérogations en faveur du développement régional

La directive de 1976 comportait déjà une possibilité de dérogation en faveur de l'Italie. C'était l'article 26 en vertu duquel « la directive ne fait pas obstacle à l'application des dispositions en vigueur au moment de son adoption figurant dans la loi italienne du 6 octobre 1950 ».

Le nouvel article 26 est beaucoup plus large, puisqu'il prévoit la possibilité d'application de dispositions nationales concernant les marchés publics de fournitures, dont l'objectif est de réduire l'écart entre les diverses régions et de promouvoir l'emploi dans les régions les moins défavorisées ou affectées par le déclin industriel.

Cette disposition à laquelle le Parlement européen attachait une grande importance a fait l'objet de nombreuses controverses au sein du Conseil des ministres. On peut en effet considérer qu'elle est en contradiction avec les dispositions de l'Acte unique sur la cohésion économique et sociale (articles 130 A et 130 E). Désormais, d'après ces textes, l'action visant à réduire l'écart entre les diverses régions et le retard des régions les moins défavorisées doit être une action communautaire. C'est avant tout le rôle des fonds structurels (FEOGA orientation, fonds social, FEDER) dont le fonctionnement a été rénové en juin 1988 (30).

Ces considérations expliquent que le Parlement européen avait introduit dans ses amendements une disposition en vertu de laquelle la dérogation régionale ne faisait pas obstacle à une initiative de la Commission en application des articles 130 A et 130 E du Traité.

Cette réserve a disparu dans le texte définitif. Le nouvel article 26 amène une autre interrogation. Il ne fournit

aucune indication sur la liste des régions défavorisées. Il faut donc se référer aux nouvelles réglementations sur les fonds structurels en vertu desquelles ces régions sont celles dont le revenu par tête est inférieur à 75 % du revenu communautaire (31).

2. L'absence de dispositions d'ordre social

Le Parlement européen avait proposé dans ses amendements d'inclure dans la directive fournitures des dispositions d'ordre social et d'ajouter parmi les cas d'exclusion prévus à l'article 20 du texte de 1976 une disposition d'après laquelle pourrait être exclu celui « qui fausse son avantage économique en ne respectant pas les obligations légales relatives à l'hygiène et à la sécurité sur le lieu de travail ainsi qu'à l'égalité des chances pour les femmes, les handicapés et les minorités religieuses ou raciales dans le pays où il est établi ».

Certains parlementaires, lors des débats devant le Parlement, avaient défendu cet amendement en termes très vifs : « il serait absurde qu'une entreprise dont on s'apercevrait qu'elle s'est rendue coupable d'infractions aux lois sur la discrimination raciale et sexuelle puisse continuer à bénéficier des deniers des contribuables en se voyant attribuer des marchés publics de fournitures » (32). En fait, bien que repris par la Commission dans sa troisième proposition, il n'a pas été retenu par le Conseil.

Il est à remarquer que le Parlement a, à nouveau, présenté un tel amendement dans la proposition de directive travaux actuellement en cours d'élaboration. Il est en effet prévu la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de poser comme condition de participation à des marchés publics le fait de réaliser des actions qui contribuent à la lutte contre le chômage à long terme et à la réinsertion des jeunes sur le marché de l'emploi. Selon le Parlement, une telle disposition serait conforme à un arrêt de la Cour de septembre 1988 (Affaire Benntje B. V. c/ Etat néerlandais) disposant que les stimulants d'ordre social seraient compatibles avec la directive (33). On peut resituer de telles propositions dans le contexte de la mise en place d'une Europe sociale.

Au total, la directive fournitures du 22 mars 1988 tente de mettre en application trois réformes importantes : définition plus claire du champ d'application des textes, amélioration de la transparence, modification et amélioration des procédures. Il reste à se demander si ces aménagements que certains auteurs ont pu qualifier de simple « faufileage » (34) seront suffisants pour réaliser une véritable ouverture des marchés publics de fournitures.

(31) Cf. « L'ouverture des marchés publics de fournitures », *Le Moniteur des travaux publics*, 26.6.1988, p. 14.

(32) *JOCE* Débats du PE, n° 359, tome II, séances du 14 au 18.12.1987, p. 33.

(33) Bulletin d'informations Agence Europe du 15 et 17.2.1989.

(34) Cf. C. Brechon-Moulenes, *op. cit.*
Pour une étude du contenu de la directive du 22.3.1988, voir également Mattered : « Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement », *Jupiter* 1988, p. 317.

(29) *JOCE* n° L 40 du 11.2. 1989, p. 12.

(30) *JOCE* n° L 185 du 15.7.1988, p. 9, règlement du Conseil du 24.6.1988.



II. — Les perspectives ouvertes par la directive du 22 mars 1988

Les améliorations introduites par la directive du 22 mars 1988 sont-elles, à elles seules, de nature à garantir le succès de la réglementation communautaire des marchés publics de fournitures ? Nous voudrions bien le croire mais, à la lumière de l'expérience de la réglementation précédente (35), nous ne le pensons pas, pour des raisons qui tiennent tant à la réglementation elle-même qu'à son environnement juridique.

A — Raisons relatives à la réglementation

Ces raisons découlent à la fois des caractéristiques de la réglementation et de son contenu.

a) Les caractéristiques de la réglementation

En dehors de sa complexité qui résulte de l'articulation de textes élaborés à différents niveaux — national, communautaire et international — qui se recoupent sans pour autant coïncider (36), deux caractéristiques de la réglementation nous semblent compromettre son avenir : sa « ratio legis » et son aspect technocratique.

1. « La ratio legis » de la réglementation

Tout comme celle des réglementations nationales lorsqu'elles existent, la « ratio legis » de la réglementation communautaire des marchés publics repose principalement sur leur aspect financier. Les achats publics sont en effet essentiellement appréhendés sous l'angle de la dépense publique. L'aspect économique n'est certes pas occulté — achèvement du marché intérieur oblige — et l'on note les retombées économiques bénéfiques de l'ouverture communautaire des marchés publics sur les entreprises, les économies nationales et la Communauté elle-même. Mais ce que l'on semble essentiellement attendre de la réglementation, ce sont des économies sur les dépenses publiques entraînées par une plus grande transparence des marchés et une concurrence accrue (37). Or cet aspect financier n'est pas le seul aspect des marchés publics et surtout, ce n'est pas toujours le plus important.

Du fait de leur importance économique, les marchés publics apparaissent comme un instrument privilégié entre les mains des pouvoirs publics pour la réalisation des objectifs généraux ou sectoriels de leur politique économique et sociale (38). Même si l'on ne peut relever nulle

part de véritable politique des marchés publics qui ne sont jamais utilisés comme instrument systématique de direction de l'économie, les marchés publics peuvent toujours être utilisés de manière ponctuelle ou circonstancielle. Les pouvoirs publics peuvent ainsi, en période de crise, sous la pression des milieux professionnels, politiques ou syndicaux, utiliser les marchés publics comme instrument de politique conjoncturelle en soutenant ou relançant l'activité économique. Instruments de politique structurelle, ils peuvent également accompagner, favoriser ou provoquer les restructurations industrielles jugées nécessaires et aider indirectement les activités de recherche/développement. Ils peuvent tout aussi bien être utilisés comme facteur de développement économique régional dans le cadre d'une politique d'aménagement du territoire ou comme élément de politique sociale s'ils sont mis au service de la production d'équipements collectifs ou sociaux, s'ils sont liés à la protection de la main d'œuvre ou s'ils préservent certaines catégories de fournisseurs, artisans, PME, coopératives, personnes handicapées, etc. (39).

Or la directive de 1976 ne tenait absolument aucun compte de cet aspect de politique économique des marchés publics et celle de 1988 ne le prend en considération que partiellement et provisoirement (40). Nous pouvons dès lors nous demander s'il n'y a pas là un élément de contradiction entre la « ratio legis » de la réglementation et l'utilisation qui peut-être faite des marchés publics.

2. Le caractère technocratique de la réglementation

La directive du 22 mars 1988 améliore, sensiblement, ainsi que l'on a pu le constater, les dispositions de la réglementation relative à la transparence des marchés publics (41) : systèmes de pré-information et de post-information, extension de l'obligation de publicité aux marchés négociés, obligation de motiver le recours aux procédures restreintes, etc... Et l'on ne peut que louer cette volonté de perfectionner les procédures destinées à assurer une plus grande transparence et donc une plus grande concurrence dans les marchés publics.

Mais l'on peut également se demander si cette volonté d'amélioration ne va pas inévitablement se traduire par des contraintes excessives pour les pouvoirs adjudicateurs et notamment pour les pouvoirs adjudicateurs locaux : nous pensons surtout à cet égard aux obligations relatives à la publication annuelle des projets de marchés (42) et à la publication *a posteriori* des avis relatifs aux marchés passés. Ne risque-t-on pas ainsi d'accentuer l'aspect technocratique, déjà largement ressenti par les pouvoirs adjudicateurs, du régime juridique communautaire des marchés publics ? S'il en était ainsi, cela ne ferait qu'ajou-

(35) Cf. par exemple G. Guillermin « La réglementation communautaire des marchés publics », *CUREI* 1988 ; C. Brechon-Moulenes, « L'échec des directives travaux et fournitures de 1971 et 1976 in « les marchés publics européens », Dossier et documents de la Revue française de droit administratif, 1989, p. 9.

(36) Ainsi que le note, non sans quelque ironie, le professeur Brechon-Moulenes : « Les directives "coordination" travaux et fournitures renvoient aux directives "libéralisation" qui elles-mêmes renvoient au traité de Rome, et par-dessus tout, s'ajoute le code du General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) sur les marchés publics adopté le 12 août 1979 », *op. cit.* p. 9.

(37) Voir, par exemple : « le défi, nouvelles données économiques de l'Europe sans frontières » — *Flammarion*, 1988, p. 68-69.

(38) Sans oublier bien évidemment leur utilisation comme moyen de financement des partis politiques... qui est un problème de sociologie politique plus général qui dépasse largement le cadre limité de cette étude.

(39) Voir par exemple : Rapport Clark/Charpentier, déc. (74) 4272 du 6.11.74, p. 17 et suiv. ; C. Hen et J. Léonard : « les marchés publics dans les relations Europe/USA » — *Economica*, 1987, p. 109 et s. ; C. Dilleman : « Les commandes publiques, stratégies et politiques » — Notes et études documentaires, *La documentation française*, 1987, p. 5.

(40) L'article 16 de la directive du 22 mars 1988 introduit un article 26 nouveau, qui prend en compte les politiques nationales de préférence régionale jusqu'au 31.12.92, cf. supra I.E.

(41) Cf. supra I, C.

(42) Cette obligation ne concerne pour le moment, aux termes de l'article 9 de la directive, que les pouvoirs adjudicateurs nationaux, mais son extension aux pouvoirs adjudicateurs locaux est bien entendu prévue...

ter au scepticisme des fournisseurs le découragement des pouvoirs adjudicateurs et l'on aboutirait ainsi au résultat inverse au but recherché : s'il y a en effet une trop grande disproportion entre les obligations contenues dans une réglementation et les avantages que les intéressés peuvent raisonnablement s'attendre à en retirer, cette réglementation perd de sa crédibilité et donc de son effectivité. On peut d'ailleurs se demander si le seuil de tolérance n'est pas d'ores et déjà atteint en la matière.

b) Le contenu de la réglementation

En dehors du fait que certains Etats — Espagne, Grèce et Portugal — sont dispensés de l'application de la directive du 22 mars 1988 jusqu'au 1^{er} mars 1992 (43) et pour lesquels il ne faut donc pas s'attendre à des résultats significatifs avant cette date, l'impact de la réglementation des marchés publics de fournitures risque de demeurer limité du fait d'un champ d'application encore restreint qui ne concerne notamment pas le régime juridique de l'exécution des marchés.

1. Le champ d'application de la réglementation

La directive du 22 mars 1988 précise le champ d'application de la réglementation fournitures, conformément à l'interprétation constante du comité consultatif, afin de limiter les interprétations abusives des pouvoirs adjudicateurs, mais elle ne le modifie pas de manière substantielle.

Elle ne modifie notamment pas la notion de pouvoir adjudicateur qui continue de ne comprendre que l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics administratifs (44). La réglementation fournitures continue donc de ne concerner que les marchés de fournitures des administrations classiques et de laisser en dehors de son champ d'application le secteur public de production et de commercialisation : établissements publics à caractère industriel et commercial et entreprises nationales de statut privé. Il s'agit là d'un nombre important de marchés du secteur public qui échappent ainsi au droit communautaire des marchés publics. Ainsi la part des entreprises publiques représentait elle en 1982 et 1983 un quart de l'ensemble des marchés publics français en nombre et la moitié en valeur. Ces chiffres étaient à peu près du même ordre en Grande-Bretagne pour les années 1984/85 (45).

Les exclusions sectorielles ne sont pas encore non plus, sous réserve de l'adoption ultérieure de directives dans les différents secteurs intéressés, supprimées mais seulement précisées afin de combattre les interprétations par trop divergentes et extensives relatives aux organismes exemptés (46).

La directive du 22 mars 1988 ne modifie pas non plus le seuil — 200.000 ÉCU estimés hors taxes — d'application de la réglementation communautaire des marchés

publics de fournitures. L'exclusion des marchés d'un montant inférieur à ce seuil du champ d'application des mesures de coordination s'explique bien évidemment par leur importance minimale au regard de la concurrence européenne du fait de leur faible valeur économique à l'unité. Mais si cette importance unitaire est relativement négligeable, il n'en va pas de même de leur nombre et de leur importance globale. C'est ainsi que les autorités locales et régionales des Etats membres effectuent peu d'achats dans le cadre de la réglementation communautaire et parfois même ne publient jamais d'appel d'offres, ce qui est d'autant plus significatif que la décentralisation des achats caractérise plusieurs Etats membres.

D'autre part, 44 % des marchés adjugés par les administrations centrales ont une valeur estimée inférieure au seuil d'application de la réglementation et plus des 2/3 des administrations centrales et établissements publics administratifs nationaux ne passent pas de marchés supérieurs à ce seuil. Dans certains Etats ce sont plus de 70 % de l'ensemble des marchés publics conclus par les administrations centrales qui sont estimés en dessous du seuil d'application ! (47).

2. L'exécution des marchés publics

La réglementation communautaire des marchés publics de fournitures se limite toujours à la coordination des règles nationales relatives aux modes de passation de ces marchés à l'exclusion des règles relatives à leur exécution. Or le régime d'exécution des marchés publics diffère sensiblement d'un Etat membre à l'autre de la Communauté selon que domine le droit privé — Groupe « anglo-saxon » qui comprend notamment l'Angleterre, la RFA et les Pays-Bas — ou le droit public à caractère exorbitant — Groupe « latin » qui comprend notamment la France, le Luxembourg, l'Italie... — peut être source de discriminations entre Etats et risque d'entraîner ainsi

Tableau I

Parts respectives, en pourcentage, du total des marchés publics passés.

Pays adjudicateurs	Marchés adjugés à		
	Entreprises nationales	Entreprises autres pays de la CEE	Entreprises pays tiers
Belgique	96,70	3,00	0,30
Danemark	97,20	0,70	2,10
R. F. A.	99,70	0,30	0,00
France	99,90	0,02	0,07
Irlande	92,10	6,30	1,60
Italie	100,00	0,00	0,00
Luxembourg	98,20	1,80	0,00
Pays-Bas	96,30	3,70	0,00
Royaume-Uni	98,30	1,40	0,30
Ensemble CEE	98,90	0,90	0,20

(43) Directive du 22 mars 1988, article 20. Si cette période transitoire supplémentaire peut paraître justifiée pour l'Espagne et le Portugal qui sont les derniers adhérents des Communautés européennes, elle l'est beaucoup moins pour la Grèce qui en est membre depuis 1981.

(44) Directive du 22 mars 1988, article 2 et annexe 2.

(45) Guy Guillermin : *op. cit.* p. 26.

(46) Cf. *supra* I, A.

(47) G. Guillermin, *op. cit.* p. 32 et s.



des obstacles à la concurrence (48). En outre, le maintien d'un régime juridique purement interne pour l'exécution des marchés publics peut en effet permettre aux Etats d'introduire des dispositions discriminatoires dans leur législation et la disparité des textes peut constituer un élément supplémentaire d'insécurité pour les entreprises de nature à la décourager d'accéder à des marchés publics étrangers. Lorsqu'une entreprise passe un marché public, elle ne fait en effet pas œuvre philanthropique mais cherche au contraire à réaliser une opération rentable. Il lui est donc fondamental de connaître les risques de cette opération, l'étendue et les limites de ses obligations ainsi que la matière exacte de ses rapports avec l'administration contractante. Or dans la disparité actuelle de la législation une telle évaluation peut apparaître relativement difficile, notamment pour les petites et moyennes entreprises. Les entreprises doivent également s'adapter à un droit qui leur est par hypothèse étranger, adaptation qui peut dans certains cas être difficile.

B — Raisons relatives à l'environnement juridique de la réglementation

L'environnement juridique de la réglementation communautaire des marchés publics de fournitures est à la fois communautaire et national.

a) L'environnement juridique communautaire

L'environnement juridique communautaire présente deux faiblesses majeures au regard de la réglementation des marchés publics de fournitures : l'absence de contrôle efficace et l'absence de politique économique commune.

1. L'absence de contrôle efficace

Si la directive du 22 mars 1988 renforce le pouvoir d'information et donc de surveillance de la Commission, elle ne comprend pas de dispositions spécifiques relatives au contrôle du respect de ses dispositions par les pouvoirs adjudicateurs nationaux. Il convient donc, en attendant l'adoption de la directive recours de se reporter en la matière à la réglementation antérieure et au droit communautaire général (49).

Le comité consultatif pour l'ouverture des marchés publics est chargé de veiller à la bonne application des textes communautaires en la matière. Il examine en effet les problèmes posés par l'application des mesures adoptées par le Conseil des Ministres et notamment les motifs pour lesquels les entreprises répondant aux critères définis par les directives n'auraient pas été consultées ou n'auraient pas enlevé le marché bien qu'ayant remis l'offre la plus avantageuse. Mais la composition de ce comité — il comprend des représentants des Etats membres — son fonctionnement — il ne peut être saisi directement mais seulement par l'intermédiaire de la Commission ou d'un Etat membre et il ne se réunit au maximum que deux fois

par an — et ses compétences — il ne peut émettre que des avis facultatifs — font qu'il n'exerce à cet égard qu'un contrôle théorique et qu'il n'est pratiquement pas saisi de cas de violation de la réglementation.

En l'absence de contrôle particulier efficace, les intéressés — entreprises, Etats, Commission — peuvent utiliser le contrôle juridictionnel général établi par les traités et notamment la procédure en manquement des articles 169 et 170 CEE. Cette procédure, qui peut être mise en œuvre par les entreprises qui peuvent saisir la Commission des infractions des pouvoirs adjudicateurs dont elles seraient les victimes, se déroule en trois temps : informations adressées aux Etats membres, mise en demeure, avis motivé et saisine éventuelle de la Cour de justice. Mais cette procédure de l'action en manquement, trop lourde et trop lente, s'avère particulièrement inefficace dans le domaine des marchés publics, dans lequel pour être efficace une procédure doit aboutir avant l'attribution du marché.

On peut d'ailleurs se demander si ce n'est pas la matière même des marchés publics qui se prête peu au contrôle juridictionnel qu'il soit national ou communautaire : d'une part, en effet, les entreprises sont réticentes à porter plainte de crainte des retombées préjudiciables qui peuvent en résulter dans leurs relations avec les pouvoirs adjudicateurs et, d'autre part, il est généralement impossible d'intervenir directement à l'encontre d'une décision du pouvoir adjudicateur afin d'imposer le respect de la réglementation avant la passation du marché (50).

Tableau II

Nombre d'avis publiés au JO des CE

	1979	1981	1982	1983	Total	1983/1979
Belgique	68	84	86	81	319	4,10
Danemark	23	51	60	59	193	2,50
R.F.A.	121	324	412	415	1 272	16,20
France	344	593	596	689	2 222	28,40
Irlande	4	15	33	22	74	0,90
Italie	-	84	274	409	767	9,80
Luxembourg	5	8	3	5	21	0,30
Pays-Bas	5	133	156	192	476	6,10
Royaume-Uni	468	631	678	710	2 487	31,70
Total CEE	1 038	1 923	2 298	2 572	7 831	7,50

Source : CEE.

Reste le contrôle de la Commission qui, aux termes de l'article 155 CEE, est chargée de veiller à l'application des normes communautaires. Elle peut contrôler la non publication des avis de marchés. Mais il lui sera, par hypothèse, difficile d'être informée des marchés pour lesquels les règles de publicité ne sont pas respectées et qui, par conséquent, ne sont pas publiés au JOCE... Elle peut contrôler de manière systématique ou par sondages le respect des procédures de passation des marchés. Mais est-

(48) Voir, par exemple, C. Hen : « Les incidences du droit européen sur le droit français des marchés publics » *AJDA*, 1975, p. 497 et s. Le régime juridique de l'exécution des marchés publics est évidemment plus important pour les marchés de travaux que pour les marchés de fournitures. Mais, il n'est pas pour autant négligeable pour ces derniers.

(49) Pour une étude plus approfondie de cette question, voir le rapport de M. le professeur H. Labayle présenté à cette journée : « le contrôle de la réglementation communautaire en matière de marchés publics ».

(50) Il convient de noter à cet égard que par deux ordonnances successives, (20 juillet et 27 septembre 1988), le président de la CJCE a ordonné à la République italienne de suspendre la procédure de passation du marché par un groupement de commune qui n'avait pas procédé aux formalités de publicité requises (Aff. 194/88 R. Commission/Italie). C'est, à notre connaissance, l'unique exemple de suspension d'une procédure de passation des marchés publics dans le cadre de la CEE.

elle bien armée pour effectuer de tels contrôles dans l'ensemble des États membres ? Et de quels moyens dispose-t-elle en cas d'infraction en dehors des sanctions financières dans le cadre de la participation financière de la Communauté au titre des différents fonds structurels ou par l'intermédiaire de la BEI qui ne concerne qu'un nombre relativement limité de marchés.

2. L'absence de politique économique commune

Compte tenu de l'importance économique des marchés publics et de l'utilisation qui peut en être faite comme instrument de politique économique (51), la réglementation communautaire des marchés publics de fournitures devrait, pour être pleinement efficace, s'insérer dans le cadre d'une véritable politique commune des marchés publics. Celle-ci ne saurait bien évidemment se concevoir indépendamment de la politique industrielle et de la politique économique. Or ces politiques relèvent encore, essentiellement, de la compétence des États membres. Le Traité CEE n'avait d'ailleurs même pas prévu de politique industrielle commune. Si celle-ci se met progressivement en place depuis le début des années 70, elle ne constitue pas, aujourd'hui encore, une véritable politique commune. De même, si de nombreux progrès ont été réalisés dans le rapprochement des politiques économiques nationales grâce notamment au Comité de politique économique, le domaine de la politique économique demeure encore essentiellement un domaine de coopération et de coordination. On peut dès lors se demander s'il n'y a pas une contradiction profonde entre le caractère communautaire de la réglementation des marchés publics et l'utilisation économique nationale qui peut en être faite.

b) L'environnement juridique national

L'environnement juridique national peut présenter deux obstacles majeurs à la bonne application de la réglementation communautaire des marchés publics de fournitures : l'insuffisance de transposition des directives et les normes techniques.

1. L'insuffisance de transposition

Il convient de rappeler, à cet égard, qu'aux termes de l'article 189 CEE, la directive ne lie les États intéressés que quant au résultat à atteindre, leur laissant entière liberté en ce qui concerne la forme et les moyens utilisés à cette fin. C'est en application de ce principe que l'article 21 de la directive du 22 mars 1988 prévoit que les « États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qu'ils adoptent pour se conformer à la présente directive ». Les dispositions de la directive ne se substituent donc pas aux dispositions internes mais ne font que les corriger ou les compléter afin d'en éliminer les effets contraires aux objectifs à atteindre. La transposition des directives en droit interne dépend donc logiquement des structures juridiques des États membres dans le domaine considéré.

Trois cas de figure se présentent en matière de marchés publics de fournitures :

- Les États où le droit administratif est développé et qui disposent de ce fait d'un droit spécifique des marchés

publics relativement élaboré — France, Espagne, Belgique... — et pour lesquels la modification de ce droit suffit à la transposition de la directive. Ainsi en France, la transposition des directives communautaires n'a-t-elle pas posé de problème matériel ou technique et s'est effectuée par voie réglementaire.

- Les États pour lesquels la réglementation des marchés publics a un caractère purement administratif dans la mesure où elle s'impose à l'administration mais ne peut aucunement être invoquée par les intéressés et pour lesquels la transposition peut s'avérer insuffisante. Ainsi en RFA où il n'y a véritablement de droit administratif des marchés publics, il existe bien quelques règles de droit public de portée générale en matière économique et sociale applicable aux marchés publics. Mais pour l'essentiel, les dispositions applicables en cette manière sont, soit des dispositions budgétaires qui ne lient l'administration que de façon interne, soit des dispositions qui sont contenues dans des cahiers des charges générales pour les marchés publics de fournitures — « le voll » — qui sont des dispositions de caractère purement administratif, c'est-à-dire interne à l'administration. L'introduction des directives communautaires s'est effectuée par des dispositions administratives annexées au « voll » et qui ont en conséquence la même force juridique (52).

- Les États pour lesquels il n'existe pratiquement pas de réglementation particulière aux marchés publics et pour lesquels la simple transmission des directives aux autorités compétentes peut constituer une transposition toute théorique. C'est notamment le cas en Grande-Bretagne où à l'exception de certaines dispositions des lois relatives au gouvernement local de 1972 et 1988, il n'y a pas de réglementation spécifique et où les autorités adjudicatrices ont pris connaissance des directives communautaires et reçu pour instruction de se conformer à leurs dispositions par circulaires administratives internes du Trésor (53).

2. Les normes techniques

La priorité accordée aux normes techniques européennes apparaît particulièrement trompeuse dans la mesure où les normes communautaires obligatoires et les normes internationales sont très peu nombreuses.

En outre, malgré l'important effort d'harmonisation entrepris sous les auspices des Communautés et qui ne peut être, par hypothèse, qu'un effort de très longue haleine, l'écart ne cesse de se creuser en permanence entre les normes harmonisées au niveau européen et les activités normalisatrices nationales dont le rythme est particulièrement soutenu (54). Les normes nationales étant beaucoup plus nombreuses et variées que les normes harmonisées au niveau international ou européen, l'ordre de priorité établi par la directive se trouve dès lors inversé dans la pratique au bénéfice des normes nationales.

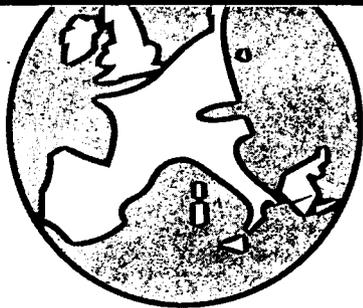
Les conséquences de la divergence des normes techniques nationales sur les marchés publics des États mem-

(51) Cf. supra II, A, a, 1.

(52) G. Guillermin, *op. cit.*, p. 11 et s.

(53) Idem. p. 13. Timothy Miller : « Les marchés publics en droit comparé : le Royaume-Uni in « les marchés publics européens », *op. cit.*, p. 37 et s.

(54) Ainsi en 1984, 1099 normes nouvelles — dont 51 % des normes révisées sont apparues en France sur un total de 12 488 normes, soit un taux de progression annuelle de près de 9 % — Cf. Ch. Dillemann, *op. cit.*, p. 11-12.



bres sont d'autant plus délicates à appréhender par l'action communautaire que ces normes ne sont généralement pas adoptées par voie législative ou réglementaire mais établies par des organismes professionnels, les différents instituts nationaux de normalisation, qui sont le plus souvent de statut privé et échappent par là-même aux actions d'harmonisation fondées sur les articles 100 CEE et suiv. (55).

Or ces normes peuvent constituer des entraves techniques à l'ouverture des marchés publics d'autant plus efficaces que d'une part, elles sont à la fois nombreuses et complexes et que d'autre part les organismes de contrôle et la publicité faite aux attestations de conformité leur accordent tout naturellement une importance particulière.

La directive réserve bien les principes d'équivalence et de la reconnaissance mutuelle des spécifications techniques et la Commission considère bien qu'en application de la jurisprudence « Cassis de Dijon », un Etat membre ne peut pas en principe interdire un produit à la vente sur son territoire s'il est légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre pour le seul motif qu'il ne répond pas aux prescriptions techniques et commerciales du pays d'importation. Elle peut cependant difficilement empêcher que les acheteurs publics ou privés préfèrent acquérir des produits satisfaisant à leurs propres normes nationales plutôt que d'autres, même s'ils sont autorisés à la vente.

(55) Exemples : L'Association française de normalisation (AFNOR), l'Institut allemand de normalisation (DIN) ou le British Standard Institution (BSI).

Les améliorations de la directive en matière de normes techniques, pour aussi justifiées et importantes qu'elles soient, semblent cependant appelées à n'avoir, du moins à court et moyen termes, que des effets symboliques, compte-tenu de l'état d'avancement actuel de l'harmonisation européenne des politiques nationales de normalisation.

Conclusion

Si l'adaptation de la directive « fournitures » peut s'avérer utile, l'expérience ayant montré que cette directive était perfectible sur de nombreux points, elle ne pourra avoir selon nous que des effets relativement limités et se révélera, en tout état de cause, insuffisante en vue d'une réelle ouverture communautaire des marchés publics de fournitures.

Cette ouverture dépend en dernière analyse de la volonté des pouvoirs adjudicateurs et donc de l'intérêt qu'ils pourront trouver dans la réglementation. D'où la nécessité de politiques communautaires et nationales d'information et d'incitation. La Commission semble d'ailleurs s'être orientée dans cette direction avec son « Livre blanc » et son enquête sur « le coût de la Non Europe ».

L'ouverture réelle des marchés publics de fournitures passe également par une véritable politique d'harmonisation et de reconnaissance mutuelle des normes techniques nationales. Les Institutions communautaires se sont également orientées dans cette direction, mais n'ont obtenu, à ce jour, que des résultats limités en la matière.

Faute de réels progrès dans ces deux directions, l'ouverture des marchés publics de fournitures sera encore, n'en doutons pas, à l'ordre du jour au 1^{er} janvier 1993.

L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Reinhard SCHULTE-BRAUCKS*

Commission des Communautés européennes
Direction générale des télécommunications,
industries de l'information et innovation, Bruxelles

I. — Introduction

Le secteur des télécommunications est un des plus dynamiques de la Communauté européenne. Il est caractérisé par deux éléments contradictoires : d'une part, il s'agit d'un secteur en forte croissance économique et d'autre part, il fait l'objet d'un degré de réglementation considérable.

La Commission des Communautés européennes et les Etats-membres s'accordent sur la nécessité d'adapter ce secteur, marqué par l'existence de monopoles puissants, aux exigences d'un environnement mondial concurrentiel.

La Commission européenne a publié les fondements et les objectifs de sa politique en matière de télécommunications dans le « Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications » (1). Dans ce Livre vert, la Commission a attiré l'attention de toutes les parties concernées sur la vague d'innovation technologique due à la convergence des technologies des télécommunications et de l'informatique qui a conduit la quasi-totalité des Etats membres à s'interroger sur l'organisation future du secteur des télécommunications. Certains d'entre eux avaient déjà mis en œuvre les premières étapes d'une ouverture de ce secteur à la concurrence. Afin d'assurer que l'évolution réglementaire nécessaire se déroule d'une façon coordonnée et que des tendances divergentes parmi les Etats membres soient évitées, la Commission a proposé un programme d'action au niveau communautaire. Ce programme comportait la proposition de plusieurs mesures législatives ayant pour objet l'établissement du marché intérieur à l'échéance de 1992 dans le secteur des télécommunications.

Cet objectif était incompatible avec le maintien de douze monopoles de télécommunications qui — par leur nature même — étaient à la source de nombreuses entraves à la libre circulation des services et des équipements de télécommunications.

Un des facteurs principaux du cloisonnement des marchés nationaux était la tendance de pratiquement tous les PTT de se fournir en matériel de télécommunications auprès des fournisseurs nationaux. Etant donné que les PTT dominaient de 75, voire 90 % le marché des équipements traditionnels des télécommunications dans la Communauté (2) et attribuaient 70 à 90 % des marchés à des producteurs nationaux (3), le marché des équipements de télécommunications était — et est toujours — dans une large mesure fermé à la concurrence transfrontalière. Cette situation est la *négarion même* de l'objectif d'un marché intérieur unifié et ouvert. C'est pourquoi l'ouverture des

(1) Le Livre vert a été publié comme document COM (87) 290 final du 30.06.1987. Il a été analysé par J. Scherer, vu d'Allemagne, *Le Communicateur*, février 1988, p. 41 et par R. Schulte-Braucks, « Europäische Telekommunikationsrecht für den gemeinsamen Telematikmarkt : Das Grünbuch der EG-Kommission », in : *Telekommunikation und Wirtschaftsrecht* (édité par J. Scherer, Cologne 1988), p. 1.

(2) Voir livre vert COM (87) 290 final du 30.6.1987, point VII.4.

(3) Voir « Régime communautaire des marchés publics dans les secteurs exclus : Eau, énergie, transports et télécommunications » (communication de la Commission), document COM (88) 376 final du 11.10.1988, points 301 et 305. Ce document a été publié au supplément 6/88 du Bulletin des Communautés européennes.

(*) Docteur en droit, Master of Laws, membre de la Direction des télécommunications de la Commission des Communautés européennes à Bruxelles. Les opinions exprimées sont purement personnelles.



marchés publics constitue pour la Commission une des grandes priorités de son programme de travail d'ici à 1992 (4).

L'importance de l'ouverture des marchés publics a été confirmée par le Rapport Cecchini (5). En effet, selon les estimations du groupe Cecchini, les avantages de l'intégration du marché communautaire des télécommunications et plus particulièrement les effets de la libéralisation des marchés publics de ce secteur s'élèvent à environ 4 milliards d'ÉCU (6). Ces chiffres démontrent que le système actuel des « fournisseurs de la cour » des PTT est condamné à disparaître.

Par conséquent, le Conseil des Ministres, dans sa Résolution du 30 juin 1988 (7), a non seulement apporté son soutien global aux conclusions du Livre vert, mais il a précisé aussi qu'il considère la pleine ouverture des marchés pour les fournitures et travaux des télécommunications comme un des grands objectifs de la politique des télécommunications pour l'achèvement du marché intérieur (8). Après avoir obtenu cet accord de principe du Conseil, la Commission disposait de fondements solides pour présenter ses propositions en la matière.

Avant d'examiner la proposition de directive sur les marchés publics dans le secteur des télécommunications, il convient de passer brièvement en revue le contexte réglementaire dans lequel cette proposition se place.

II. — Les actions

1. Ouverture du marché des équipements terminaux

Au moment de l'adoption du Livre vert par la Commission, le secteur des équipements terminaux était dans la grande majorité des Etats membres dominé par les monopoles des PTT. Ainsi, un fournisseur privé d'un appareil terminal, agréé p. ex. en France, pouvait se trouver dans l'impossibilité de l'exporter et de l'offrir aux intéressés d'un autre Etat membre dans lequel la vente d'un tel appareil était soumise au monopole (9). Ceci entraînait une situation désormais « classique » de marchés cloisonnés que la Commission ne pouvait plus tolérer dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur en 1992.

En plus, la Communauté perdait chaque jour des économies d'échelle importantes car les fournisseurs d'appareils terminaux étaient obligés de concentrer la commercialisation de leurs appareils sur quelques Etats membres

libéraux et de produire, le cas échéant, différents appareils selon les spécifications techniques en vigueur dans dans chaque pays membre. Ils se trouvaient dès lors dans l'impossibilité de réaliser des économies d'échelle.

En outre, le morcellement du marché communautaire était nuisible à la compétitivité des entreprises communautaires au niveau du marché mondial, tandis que leurs concurrents japonais et américains pouvaient y opérer sur la base de leurs grands marchés unifiés d'origine.

Pour remédier à cette situation, la Commission a adopté la Directive du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications (10). Aux termes de cette directive, les Etats membres assurent l'abolition de tout droit spécial ou exclusif concernant les appareils terminaux (11). Comme la directive n'accorde pas de période transitoire aux Etats membres pour la mise en œuvre de la libération de ce marché, celle-ci doit intervenir immédiatement (12). C'est ainsi qu'une grande partie du marché de télécommunications est soumise à la libre concurrence. Si dans le passé des millions de citoyens communautaires ne pouvaient obtenir leurs postes téléphoniques et d'autres appareils terminaux que par le biais des PTT, ils pourront les acheter dans l'avenir (13) directement à des fournisseurs privés.

Les conséquences économiques et juridiques de cette directive pour les marchés publics sont considérables : d'une part, dans la mesure où ce seront désormais les fournisseurs privés qui assureront la fourniture des équipements terminaux aux utilisateurs, une importante partie du marché ne devra plus être couverte par une quelconque directive sur les marchés publics ; d'autre part, les PTT qui continuent à fournir des équipements terminaux en concurrence avec des fournisseurs privés avanceront sans doute l'argument qu'ils sont maintenant sujets aux forces du marché et qu'ils devraient également être exemptés de toute réglementation en matière de marchés publics.

Avant d'examiner cet argument, il convient de relever d'autres actions communautaires ayant des répercussions sur le contenu de la réglementation future des marchés publics dans le secteur des télécommunications.

(10) Directive 88/301/CEE, J.O. L 131 du 27.05.1988, p. 73.

(11) La directive a été mise en cause par un recours de la France contre la Commission, dans lequel la France attaque non pas le contenu de la directive, mais uniquement la base juridique — l'article 90 (3) du traité CEE. D'autres Etats membres, l'Allemagne, la Belgique, la Grèce et l'Italie, sont intervenus dans cette affaire devant la Cour pour soutenir la France. Comme le bien-fondé de la base juridique doit être considéré comme étant *sub judice*, cette question ne sera pas abordée ici.

(12) Au titre de l'article 185 du traité CEE, le recours de la France n'a pas d'effet suspensif.

(13) Bien qu'il n'y ait pas de période de transition proprement dite, les Etats membres disposent d'une période pendant laquelle ils doivent établir et notifier à la Commission des spécifications techniques et règles d'agrément conformément à l'article 8 de la directive 88/301/CEE, supra note 10. Au titre de cet article et de l'annexe I de la directive, la période susmentionnée, p. ex. pour le premier combiné téléphonique, prend fin le 30 juin 1990. Dans l'interval, des appareils terminaux privés peuvent être raccordés et mis en service en conformité avec l'article 3 premier tiret de la directive 88/301/CEE, c.a.d. tout appareil qui répond aux exigences essentielles telles que précisées à l'article 2 point 17 de la directive 86/361/CEE, JO, L. 217 du 5.8.1986, p. 21, peut être commercialisé même avant l'expiration des périodes mentionnées à l'article 8 de la directive 88/301/CEE et donc même en l'absence de spécifications techniques.

(4) Voir L'achèvement du marché intérieur — Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985), Document COM (85) 310 final du 14.6.1985, point 81 et ss. ; XXI^e rapport général sur l'activité des Communautés européennes 1987, point 146 et ss. ; XXII^e rapport général sur l'activité des Communautés européennes 1988, point 177 et ss.

(5) Paolo Cecchini : « 1992 Le défi. Nouvelles données économiques de l'Europe sans frontières » (Paris 1988).

(6) Ibid., Tableau 7.3, p. 133.

(7) Résolution concernant le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications d'ici à 1992, JO C 257 du 4.10.1988, p. 1.

(8) Ibid., point 5 de la Résolution.

(9) Voir Livre vert, Document COM (87) 290 final, point VI.3., fig. 8.

2. Ouverture du marché des services

La fourniture de services de télécommunications tombe dans tous les Etats membres sous le coup de monopoles plus ou moins larges. Ceci a comme conséquence que des entreprises privées ne sont très souvent pas en mesure d'offrir des services de télécommunications transfrontaliers, voire pan-européens.

Même les PTT n'étaient souvent pas capables d'offrir des services de télécommunications dans toute la Communauté, exception faite des services « classiques » comme le téléphone et le télex. Dans le domaine du vidéo-tex, de la radio-téléphonie mobile et de la radio-messagerie, des services nationaux ont été créés par les PTT qui sont largement incompatibles sans qu'il y ait des raisons techniques qui le justifient (14). Pour l'utilisateur qui est intéressé par des services transfrontaliers ou même paneuropéens, ce morcellement des services offerts est particulièrement gênant.

C'est pourquoi la Commission a adopté, le 28 juin 1989, la directive relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (15). Cette directive est fondée — tout comme la directive sur les équipements terminaux (16) — sur l'article 90 (para. 3) du traité CEE de sorte que la Commission a pu l'adopter sans l'accord du Conseil de ministres.

Pour tenir compte des réserves de certains Etats membres sur une telle directive, la Commission a différé l'entrée en vigueur de la directive de sorte que le Conseil de ministres dispose d'un délai suffisant pour adopter la proposition de directive relative à la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) (17). Au cas où le Conseil n'adopterait cependant pas une position commune sur la directive ONP avant le 1^{er} avril 1990, la directive sur la concurrence dans les marchés des services, fondée sur l'article 90 para. 3, entrera seule en vigueur à cette date.

Dès l'entrée en vigueur de cette directive, les monopoles des PTT existant encore dans le domaine des services de télécommunications devront disparaître. Les PTT avanceront alors l'argument qu'ils ne devraient pas être soumis aux obligations d'une directive en matière des marchés publics pour l'achat d'équipement nécessaire pour les services qu'ils offriront désormais en concurrence avec des entreprises privées. Cet argument est donc analogue à celui tiré de l'ouverture des marchés des appareils terminaux.

Il convient d'examiner ces deux arguments après avoir jeté un coup d'œil sur la situation en matière de normalisation.

(14) Voir R. Schulte-Braucks « Europäisches Telekommunikationsrecht für den gemeinsamen Telematmarkt — Das Grünbuch der EG-Kommission », in : J. Scherer (éd.) *Telekommunikation und Wirtschaftsrecht* (Cologne 1988), p. 1, 9. Ceci ne changera qu'avec l'arrivée du réseau de communications mobiles terrestres publiques cellulaires numériques paneuropéennes, voir recommandation et directive du Conseil du 25 juin 1987, J.O. L 196 du 17 juillet 1987, p. 81, 85. En outre, la Commission vient de proposer une recommandation et une directive du Conseil relative à un système paneuropéen de télé-appel public terrestre (« paging »), voir document COM (89) 166 final, J.O. C 193 du 31.07.1989, p. 8 et 12.

(15) Voir note d'information à la presse n° P-36 du 28 juin 1989 ; Bull. CE 6.1989 ; document C (89) 671 final.

(16) Voir supra note 10.

(17) Voir J.O. C 39 du 16.2.1989, p. 8 ainsi que la proposition modifiée de la directive ONP, document COM (89) 325 final, J.O. C 236 du 14.09.1989.

3. Normalisation

La pratique qui consiste à exclure les soumissionnaires étrangers par l'utilisation de normes ou spécifications techniques peu transparentes n'est ni nouvelle ni limitée au secteur des télécommunications. Une chose est cependant certaine : cette pratique est très répandue.

C'est pourquoi le Conseil, dans sa décision du 22 décembre 1986 (18), a énoncé l'obligation pour les Etats membres de faire référence aux normes et prénormes européennes ainsi que — sous certaines conditions — aux normes internationales dans les marchés publics relatifs aux technologies de l'information de sorte que ces normes soient utilisées comme base pour l'échange d'informations et de données et l'interopérabilité des systèmes (19).

Malheureusement, l'obligation pour les administrations des télécommunications d'utiliser des normes et des spécifications fonctionnelles dans les marchés publics est beaucoup moins explicite (20). En outre, la décision en question ne couvre pas les spécifications pour les équipements faisant partie des réseaux de télécommunications proprement dits (21). Si on peut déplorer cette lacune, il faut toutefois reconnaître qu'il aurait été difficile d'établir des spécifications techniques communes pour les équipements de réseaux.

Par contre, en ce qui concerne l'interfaçage des réseaux, les spécifications devront être basées sur des normes ou prénormes européennes ou d'autres normes internationales reconnues (22).

Quant aux équipements terminaux, la directive du Conseil du 24 juillet 1986 (23) prévoit que les administrations de télécommunications doivent utiliser des spécifications communes de conformité lorsqu'elles procèdent à des achats d'équipements terminaux couverts par ces spécifications (24).

En résumé, les PTT sont actuellement obligés d'utiliser des normes ou spécifications techniques communes pour leurs achats d'équipements de télécommunications à l'exception des équipements de réseaux. En particulier, les équipements des centraux téléphoniques ne sont pas couverts malgré le fait qu'ils représentent, avec 47 % du marché, le secteur le plus important (25).

On pouvait dès lors s'attendre à ce que la Commission, comme elle l'avait déjà annoncé (26), présente une nouvelle proposition comblant les lacunes existantes.

(18) Décision relative à la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et des télécommunications, 87/95/CEE, J.O. L 36 du 07.02.1987, p. 31.

(19) Ibid., article 5 para. 1 de la décision.

(20) Voir ibid., article 2 d) de la décision.

(21) Ibid., article 3 para. 3 deuxième tiret de la décision.

(22) Voir Livre vert, document COM (87) 290 final, point VII.1.2.2.

(23) Directive concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications, 86/361/CEE, J.O. L 217 du 05.08.1986, p. 21.

(24) Ibid., article 7 para. 4 de la directive.

(25) Paolo Cecchini, supra note 5, p. 128.

(26) Livre vert, document COM (87) 290 final, points VII.1.2.1. et VII.4.



4. Marchés publics dans le secteur des télécommunications

En octobre 1988, la Commission a présenté ses propositions en matière de marchés publics dans les secteurs exclus. Il s'agit d'une Communication sur le régime communautaire des marchés publics dans les secteurs exclus (27), accompagnée de deux propositions de directive : l'une couvrira le secteur de l'eau, de l'énergie et des transports (28), l'autre les télécommunications (29). Comme suite à l'avis du Parlement européen, la Commission a décidé de fusionner ces deux propositions de directive (30) ce qui facilitera la tâche de l'auteur de ces lignes pour ses prochains exposés sur ce sujet.

L'ensemble de ces propositions montre la détermination de la Commission à soumettre les secteurs exclus aux règles des marchés publics et à réaliser ainsi les objectifs de transparence, de non-discrimination et de concurrence effective.

4.1. Champ d'application

Comme il a déjà été indiqué plus haut, les PTT travaillent aujourd'hui dans un environnement beaucoup plus concurrentiel que dans le passé. La directive sur les marchés publics dans les télécommunications reconnaît ce développement et prévoit que la directive ne s'applique pas aux marchés qu'une entité adjudicatrice passe pour ses achats destinés exclusivement à lui permettre d'assurer un ou plusieurs services de télécommunications lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services en concurrence avec la première (31). Les PTT sont également exemptés des obligations de la directive au cas où ils achètent des produits à des fins de vente ou de location à des entreprises tierces et où ils se trouvent en concurrence effective avec des entreprises privées (32).

4.2. Normes et spécifications techniques

Quant aux normes et spécifications techniques, les PTT seront soumis aux mêmes règles que les entités adjudicatrices dans les autres secteurs (33). La Commission vise ainsi à éviter que les spécifications n'aient pour effet

d'exclure les fournisseurs étrangers. Par conséquent, les normes européennes, les spécifications techniques communes et les agréments techniques européens sont rendus obligatoires sous réserve d'un certain nombre de dérogations. Ainsi, la lacune que nous avons constatée dans la décision du Conseil du 22 décembre 1986 (34) consistant en la *non couverture* des marchés publics pour les équipements des réseaux, sera comblée de manière satisfaisante.

Priorité doit être donnée à l'utilisation des normes et des spécifications de *performance* qui indiquent les exigences *fonctionnelles* pour éviter que certaines entreprises soient favorisées ou éliminées par référence à des techniques particulières.

4.3. Procédures de passation de marchés

A l'égard des procédures de passation de marchés, la directive concernant les télécommunications utilise la technique du renvoi global à la directive sur les autres secteurs (35). Cette dernière s'appliquera également aux marchés de services visant les logiciels.

Le renvoi à la directive sur les autres secteurs implique l'utilisation des procédures prévues aux articles 12 et 1 par. 8 de celle-ci, c.a.d. la procédure ouverte, la procédure restreinte et la procédure négociée. Les entités adjudicatrices pourront choisir librement parmi ces procédures et disposeront donc d'une grande souplesse. La Commission s'attend à ce que la procédure ouverte soit la plus utilisée pour les achats de biens courants et que l'on ait recours aux procédures négociées pour les projets complexes et sensibles (36). Bien entendu, le recours aux procédures restreintes et négociées exige en règle générale une *mise en concurrence préalable* (37).

4.4. L'approche progressive

La particularité la plus visible de la directive concernant les télécommunications (38) par rapport à la directive sur les autres secteurs consiste en l'*approche progressive* vis-à-vis de l'ouverture des marchés publics. Cette approche prévoit que les dispositions de la directive ne s'appliquent qu'à 70 % de la valeur estimée des marchés de fournitures ou des marchés de services visant le logiciel au cours des années 1990 et 1991, tandis que la *pleine applicabilité* de la directive n'interviendra qu'en 1992.

(27) Document COM (88) 376 final du 11 octobre 1988, voir Bulletin des Communautés européennes, supplément n° 6/88.

(28) Proposition de directive du Conseil sur les procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, document COM (88) 377 final du 11 octobre 1988, J.O. C 319 du 12.12.1988, p. 2.

(29) Proposition de directive du Conseil sur les procédures de passation de marchés des entités opérant dans le secteur des télécommunications, Document COM (88) 378 final du 11 octobre 1988, J.O. C 40 du 17.02.1989, p. 5.

(30) Voir rapport de M. Herman, document du Parlement européen, n° A2-75/89. La proposition « fusionnée » est parue sous la référence COM (89) 380 final. Cependant, dans le cadre du présent article, les références visent toujours les deux textes non-fusionnés.

(31) Voir la proposition de directive concernant le secteur des télécommunications, supra note 29, article 2 b.

(32) Ibid., voir article 3 para. 1 de la directive, qui renvoie à l'article 4 de la directive sur les autres secteurs, Document COM (88) 377 final, supra note 28.

(33) Voir l'article 5 de la directive concernant les télécommunications, Document COM (88) 378 final, supra note 29, qui renvoie de manière globale aux articles 9 à 11 de la directive sur les autres secteurs, Document COM (88) 377 final, supra note 28.

Conclusions

L'action de la Commission en matière des marchés publics constitue la pierre angulaire de sa politique visant la réalisation du marché intérieur d'ici à 1992. Il ne faut

(34) Voir supra note 18 - 21.

(35) Voir supra note 28.

(36) Voir point 58 de l'exposé des motifs de la directive concernant les télécommunications, Document COM (88) 378 final, supra note 29.

(37) Voir l'article 13 de la directive sur les autres secteurs, supra note 28.

(38) Voir supra note 29.

cependant pas se faire d'illusions : la Commission rencontrera encore beaucoup d'obstacles sur cette voie.

Mais, une fois ces obstacles surmontés, personne ne souhaitera revenir au stade précédent où les marchés des Etats membres étaient encore cloisonnés.

Jean Monnet, dans ses mémoires publiés en 1976 (39), a décrit le processus de l'unification de l'Europe et de l'abolition des entraves entre les Etats membres comme suit :

« L'Europe des Etats souverains abondait en absurdités réglementaires, légitimes dans un certain contexte de rivalité nationale. Au nom de quelle légitimité supérieure les eût-on alors abolies et quelle autorité, sinon celle de la force, eût été capable de le faire ? Le seul remède efficace était de changer le contexte, de créer une souveraineté plus large dans laquelle l'objet de la rivalité devenait commun. Alors, les règlements absurdes tombaient d'eux-mêmes ».

Ces mots nous paraissent bien adaptés pour décrire la situation que nous connaissons encore aujourd'hui dans les marchés publics, du moins dans les télécommunications et les autres secteurs exclus. Il nous reste, pour conclure, à partager l'optimisme de Jean Monnet à l'égard du processus de changement et à espérer que celui-ci fera effectivement tomber les « absurdités » du passé.

(39) Jean Monnet : Mémoires (Paris 1976), p. 453.



LES MARCHÉS DE FOURNITURES ET LES ACCORDS GATT

Thiébaut FLORY

Professeur à l'université de Lille II

Introduction

L'objet du présent rapport est d'analyser la compatibilité de la réglementation communautaire en matière de marchés publics de fournitures avec les Accords du GATT qui constituent dans ce domaine le cadre légal des relations entre la CEE et les pays tiers. Dans la perspective de la réalisation du marché intérieur de 1992, l'un des problèmes majeurs qui se pose à la Communauté est celui de la réciprocité : si les filiales d'entreprises de pays tiers — implantées sur le territoire de l'un des pays membres de la CEE — pourront largement bénéficier de l'ouverture intracommunautaire des marchés publics, les entreprises ressortissantes de la Communauté pourront-elles avoir un égal accès dans les pays tiers, c'est-à-dire pourront-elles soumissionner avec succès des marchés publics dans ces mêmes pays tiers ? On sait que d'après les statistiques récentes, les marchés publics de fournitures dans les pays membres de la CEE constituent un enjeu économique majeur, de même que ceux dans certains pays tiers pour les entreprises européennes.

Dans ce domaine, la réglementation internationale de droit positif actuellement en vigueur est constituée par le Code du GATT sur les marchés publics adopté lors des négociations du Tokyo Round (1979) et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1981 (1). Ce code a été depuis lors révisé par le protocole conclu en 1986 et entré en vigueur en 1988 (2). Douze parties contractantes (dont la CEE) sont actuellement signataires du Code révisé sur les marchés publics (3).

Dans ses grandes lignes, le Code révisé du GATT ne s'applique qu'aux marchés de fournitures relevant des seules autorités centrales (et non de celles des collectivités locales) et dont la valeur est égale ou supérieure à 130.000 DTS. Le Code du GATT vise à introduire une plus grande concurrence et une plus grande transparence dans la passation des marchés publics de fournitures entre les parties signataires en prévoyant l'élimination des discriminations « arbitraires ou injustifiées » provenant notamment des spécifications techniques ou des procédures abusivement restrictives et, en prévoyant, à la charge des entreprises adjudicatrices, des obligations de publication et d'information, et, pour les entreprises soumissionnaires évincées, des voies de recours.

La Communauté, signataire du Code du GATT, a dû intégrer ce dernier dans sa réglementation. Mais, comme

(1) Voir le texte du Code sur les marchés publics in « Textes des accords du Tokyo Round » GATT, Genève, 1986.

(2) Voir le texte du Protocole portant modification de l'accord relatif aux marchés publics in Instruments de Base et documents divers du GATT, supplément n° 34, 1988, p. 12 s. Voir aussi la Communication de la Commission de la CEE relative à l'entrée en vigueur du protocole modifiant l'accord du GATT relatif aux marchés publics in *J.O. des Communautés*, du 30.1.1988 n° C 25/2.

(3) En 1986, étaient parties à l'accord sur les marchés publics : Autriche, Canada, CEE, Etats-Unis, Finlande, Hong Kong, Israël, Japon, Norvège, Singapour, Suède et Suisse.

Trente et une parties contractantes au GATT ont le statut d'observateur : Afrique du Sud, Argentine, Bangladesh, Brésil, Cameroun, Chili, Corée, Côte d'Ivoire, Cuba, Egypte, Gabon, Hongrie, Inde, Indonésie, Jamaïque, Kenya, Malaisie, Malte, Nicaragua, Niger, Nouvelle Zélande, Pérou, Philippines, République Dominicaine, Roumanie, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Turquie, Zaïre et Zimbabwe. Deux pays n'ayant pas la qualité de partie contractante au GATT : la Chine et l'Equateur, sont observateurs.

on le verra plus loin, les interférences et les interactions sont nombreuses entre le niveau intracommunautaire et les relations CEE-pays tiers. D'une part, la réglementation communautaire en matière de marchés publics de fournitures ne peut être moins libérale dans son application entre les États membres qu'elle ne l'est dans ses relations avec les pays tiers, d'autre part, on compte un grand nombre de filiales d'entreprises de pays tiers qui sont implantées sur le territoire de la Communauté et qui sont donc susceptibles de soumissionner à des adjudications émanant d'entités publiques européennes. Il doit donc y avoir un *nécessaire parallélisme* entre le niveau intracommunautaire et le niveau des relations extérieures CEE — pays tiers.

Après avoir analysé, dans une première partie, la mise en conformité de la réglementation communautaire (Directive du 22 mars 1988) avec les Accords GATT, nous étudierons, dans une deuxième partie, les récentes propositions de directives visant à l'extension de la réglementation communautaire dans l'optique des relations avec les pays tiers et des problèmes soulevés au regard du GATT.

I. — La mise en conformité de la réglementation communautaire (Directive du 22 mars 1988) avec les Accords GATT

Le Code sur les marchés publics de 1979 (GATT) modifié par le protocole de révision de 1986 a impliqué pour la CEE, avec la directive « fournitures » du 22 mars 1988 (4), une mise en conformité sur trois points principaux : l'extension du champ d'application de la réglementation communautaire, l'application plus complète du principe de non discrimination en ce qui concerne le traitement à l'égard des soumissionnaires et l'augmentation de la transparence dans les procédures de passation des marchés publics de fournitures. La mise en conformité avec les Accords GATT réalisée par la directive du 22 mars 1988 comporte toutefois des limites.

1. L'extension du champ d'application de la réglementation communautaire

La directive du Conseil 88/295/CEE du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE, en intégrant le Protocole de révision de l'Accord GATT, étend le champ d'application de la réglementation communautaire par l'inclusion de nouveaux types de contrats et par l'abaissement du seuil.

A. L'inclusion de nouveaux types de contrats

Outre l'achat, le protocole de révision de l'accord GATT inclut de nouveaux types de contrats : le crédit-bail, la location-vente, la location avec ou sans option d'achat. Aussi, l'article 2 § 1 de la directive 88/295 donne de la

notion de « marchés publics de fournitures » la nouvelle définition suivante :

« Les marchés publics de fournitures » sont des contrats conclus par écrit à titre onéreux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits entre un fournisseur (personne physique ou morale), d'une part, et d'autre part, un des pouvoirs adjudicateurs définis au point b) ; la livraison des produits peut comporter à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation ».

On voit donc que la directive 88/295 a adopté, par rapport à sa réglementation antérieure, *une conception plus extensive de la notion de « marchés publics de fournitures »*.

B. L'abaissement du seuil

Prenant en considération le Protocole de révision du Code GATT ainsi que les conclusions d'un panel de conciliation du GATT relatif au différend États-Unis/CEE sur la TVA, la nouvelle réglementation communautaire a abaissé le seuil applicable de 140.000 à 130.000 ÉCU pour les marchés publics passés par les administrations centrales (5).

2. L'application plus complète du principe de non discrimination en ce qui concerne le traitement à l'égard des soumissionnaires

Conformément aux Accords GATT, la directive 88/295 a inséré des *garanties supplémentaires de non discrimination en vue d'assurer une plus grande égalité aux soumissionnaires* : à titre d'exemples, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront accorder à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, selon le degré de contrôle ou de participation étrangers ; par ailleurs, une application plus uniforme des dispositions de la directive 88/295 est prévue, notamment est posé le principe de l'application d'une procédure de qualification unique pour chaque entité et ses services, sauf nécessité justifiée.

3. L'augmentation de la transparence dans les procédures de passation des marchés publics de fournitures

La directive 88/295 du 22 mars 1988, en vue d'intégrer les Accords GATT, apporte, par rapport à la réglementation communautaire antérieure, une plus grande transparence et une plus effective mise en concurrence dans les procédures de passation des marchés publics de fournitures sur les principaux points suivants : la limitation des recours aux procédures restreintes ainsi que l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de motiver le recours aux procédures restreintes et négociées, l'introduction d'un système de pré-information, l'allongement des délais de soumission des offres et de réception des demandes de candidatures, la publication des informations sur les marchés attribués (« transparence ex post » réalisée au moyen d'avis publiés au JOCE).

(4) Directive du Conseil du 22 mars 1988 (88/295/CEE) publiée au *J.O. des Communautés* du 20.5.1988 n° L 127/1. Pour une étude d'ensemble sur cette Directive, voir M.-A. Flamme et Ph. Flamme, « Vers l'Europe des marchés publics ? (à propos de la directive "fournitures" du 22 mars 1988) », *Revue du Marché Commun*, n° 320, sept. oct. 1988, p. 455 s.

(5) A la suite des recommandations du panel de conciliation, la CEE a réduit unilatéralement la valeur du seuil suivant un taux correspondant à la moyenne des taux effectifs des différents régimes de TVA dans la Communauté (soit 13 %), et qui sera appliquée en même temps que le nouveau seuil défini dans le protocole portant modification de l'accord relatif aux marchés publics.



4. Les limites de la directive 88/295 du 22 mars 1988

En premier lieu, les directives communautaires dans le domaine des marchés publics de fournitures se limitent à coordonner — en introduisant un minimum de règles communes — les procédures nationales de passation de marchés publics de fournitures. Elles n'ont pas pour objet d'harmoniser les réglementations nationales des Etats membres dans ce domaine.

En deuxième lieu, il demeure une ambiguïté sur l'identification des entreprises (soumissionnaires) concernées par la réglementation communautaire actuelle. Si les entreprises des pays tiers ne sont pas visées par cette réglementation intracommunautaire, en revanche les filiales d'entreprises de pays tiers implantées sur le territoire communautaire sont concernées, ce qui pose le problème de la réciprocité (voir infra).

En troisième lieu, un trop grand nombre de secteurs économiquement importants restent exclus de la réglementation communautaire actuellement en vigueur. Outre le domaine de la défense, demeurent exclus les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. D'où les propositions de directive du 11 novembre 1988 visant à intégrer les quatre secteurs susmentionnés dans la réglementation communautaire (voir infra).

Enfin, en quatrième lieu, on constate, pour les entreprises soumissionnaires évincées, une trop grande disparité des systèmes nationaux des voies de recours et une insuffisance des systèmes de recours au niveau communautaire (inefficacité de la procédure en constatation de manquement dans ce domaine). D'où la proposition de directive « recours » du 1^{er} juillet 1987. Aussi, selon les différents bilans et rapports qui ont pu être établis jusqu'à présent, il apparaît que la réglementation communautaire a été insuffisamment appliquée et que les marchés publics de fournitures demeurent trop cloisonnés.

II. — Les problèmes posés par l'extension de la réglementation communautaire en matière de marchés de fournitures

Les deux propositions de directives sur l'inclusion de secteurs jusqu'à présent exclus — l'une relative aux secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (6), l'autre relative aux télécommunications (7), posent, sur le plan des relations extérieures, des problèmes juridiques relatifs à l'application du traitement intracommunautaire plus favorable et relatifs à la définition des garanties de réciprocité.

(6) Proposition de directive du Conseil sur les procédures de passation de marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie et des transports (présentée par la Commission) du 11.10.1988 (COM (88) 377 final, J.O. C 319 du 12.12.1988). Sur cette proposition de directive, voir le rapport de M. Robert Delorozoy au Parlement européen (Doc. A2-68/89 SYN 153 du 6.4.1989).

(7) Proposition de directive du Conseil sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans le secteur des télécommunications (présentée par la Commission) du 11.10.1988 (COM (88) 378 final).

1. Les problèmes soulevés par le traitement intracommunautaire plus favorable

Dans l'hypothèse où les deux propositions de directives ci-dessus mentionnées seraient adoptées par le Conseil, il n'y aura pas coïncidence entre la réglementation intra-communautaire et celle que la CEE doit respecter dans ses relations extérieures avec les pays tiers signataires du Code du GATT sur les marchés publics, la première étant, dans certains domaines, plus étendue et plus favorable que la seconde. La mise en œuvre, par l'adoption des deux directives précitées, d'un traitement préférentiel intra-communautaire en matière de marchés de fournitures est-elle compatible avec les règles du GATT ?

En vertu de l'article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, la CEE peut prendre des réglementations plus libérales et plus favorables sur le plan intracommunautaire que sur le plan externe. Ainsi, la CEE peut-elle inclure plus de secteurs (comme les télécommunications) et plus d'entités sur le plan intracommunautaire que vis-à-vis des pays tiers. Ainsi, la CEE peut-elle davantage abaisser le seuil sur le plan interne que sur le plan externe. Ainsi, la CEE peut-elle adopter (ou se référer à) des systèmes de normes et de certifications européennes. Ainsi, la CEE peut-elle adopter des procédures plus transparentes — notamment en matière de publication — sur le plan intracommunautaire qu'à l'égard des pays tiers.

2. La définition de garanties de réciprocité

La CEE n'est pas tenue d'appliquer sa réglementation en matière de marchés publics de fournitures aux entreprises des pays tiers. Mais le problème se pose pour les filiales d'entreprises de pays tiers déjà implantées sur le territoire de l'un des pays membres de la Communauté. Ces dernières pourront profiter autant que les entreprises européennes de l'ouverture intracommunautaire des marchés publics de fournitures. D'où le risque suivant (8) : les filiales d'entreprises de pays tiers ne profiteront-elles pas plus des marchés publics communautaires que les entreprises européennes dans ces mêmes pays tiers ? Afin de prévenir ce risque, la Communauté s'efforce actuellement de se doter de « garde-fou », de garanties de réciprocité qui sont élaborées à un triple niveau : à celui de sa réglementation unilatérale, à celui de ses relations bilatérales et à celui des négociations multilatérales.

A. Au niveau de la réglementation communautaire unilatérale

Les articles 24 des propositions de directives précitées prévoient différents mécanismes destinés à garantir dans ce domaine une réciprocité réelle et effective avec les pays tiers : exigence d'un pourcentage minimum de contenu local (9), principe de la préférence communautaire en cas

(8) Voir notamment H. Froment-Meurice, « L'Europe de 1992 — Espace et puissance », rapport au ministre des Affaires étrangères, *La Documentation française*, Paris, 1988.

(9) Les propositions de directive (précitées) préconisent que le pourcentage minimum de contenu communautaire doit être de 50 %, alors que le Rapport Delorozoy *op. cit.* propose 60 % (dans le but de renforcer la protection des entreprises de la Communauté).

d'équivalence d'offres, (10) renforcement de la procédure communautaire selon laquelle le Conseil peut, sur proposition de la Commission, étendre le bénéfice des dispositions des directives aux entreprises ou aux offres originaires de pays tiers, enfin dispositions transitoires diverses. Dans la mesure où les différentes garanties de réciprocité envisagées ne présentent pas de caractère discriminatoire selon les pays, elles apparaissent parfaitement conformes aux règles actuelles du GATT.

B. Les négociations de garanties au niveau bilatéral et au niveau multilatéral

Parallèlement à l'introduction de garanties de réciprocité dans sa réglementation unilatérale, la Communauté doit également négocier avec ses partenaires au niveau bilatéral et au plan multilatéral.

Dans le cadre institutionnel des relations bilatérales avec l'AELE, et dans le cadre davantage informel des négociations bilatérales avec les États-Unis et avec le Japon, la Communauté, dans les années à venir, devrait s'assurer d'un minimum de garanties nécessaires avec ses partenaires en vue de la réalisation d'une réciprocité effective dans la pratique.

(10) Les propositions de directives (précitées) préconisent que la préférence communautaire doit jouer dans la limite de 3 % (une différence de prix égale ou inférieure à 3 % en faveur d'une offre non communautaire ne sera pas prise en considération), alors que le Rapport de Delorozoy *op. cit.* propose la limite de 10 % afin de renforcer la protection des entreprises de la Communauté.

Dans le cadre des consultations au sein du Comité des marchés publics du GATT et dans le cadre des négociations multilatérales de l'Uruguay Round (devant s'achever en décembre 1990), la Communauté qui est favorable à l'extension du Code du GATT (en ce qui concerne les secteurs appréhendés — notamment les services — (11), les entités concernées et l'abaissement des seuils) devra en même temps négocier avec ses principaux partenaires des garanties de réciprocité, lesquelles devront être respectées dans le cadre des procédures de plainte et de règlement des litiges du GATT (au moins en ce qui concerne les rapports entre la CEE et les pays tiers signataires du Code du GATT sur les marchés publics ; dans le cas de litiges avec des pays tiers non parties à ce Code, la Communauté pourrait, semble-t-il, se défendre en mettant en œuvre le « Nouvel instrument de politique commerciale » — NIPC).

Ainsi, sans pour autant être protectionniste, la Communauté dans le domaine des marchés publics de fournitures, est en droit de garantir aux entreprises européennes un accès aux marchés des pays tiers au moins égal à celui qu'elle réserve aux entreprises de ces pays. Tout le système multilatéral du GATT est en définitive fondé sur le principe de réciprocité en ce qui concerne les relations entre les États (ou intégrations régionales) de niveau économique identique.

(11) En vertu de la décision du Comité des marchés publics du GATT en date du 21 novembre 1986, le principe de l'extension de l'applicabilité du Code aux marchés de services a été adopté (instruments de base et documents divers du GATT, supplément n° 33, 1987, p. 208), mais les modalités techniques restent à définir dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round.



L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS JAPONAIS

J. LÉONARD

*Maître de conférences à l'université Paris XIII,
Directeur de recherche
« Relations Financières Internationales » ISMEA**

I. — Constat d'ensemble : un marché intérieur structurellement peu ouvert à l'importation et qui se détourne de l'Europe

Mesuré sur longue période (ici 1970/83), le degré d'ouverture à l'importation du marché intérieur japonais (importations en pourcentage de la demande intérieure) est à la fois faible et relativement stable, de l'ordre de 5 %. Il est toutefois vrai, comme en témoigne le tableau ci-dessous, que cette moyenne globalement inerte masque de profondes différences sectorielles, tant en termes de niveau que d'évolution.

(*) Institut de Sciences Mathématiques et Économiques Appliquées - CNRS.

Importations totales du Japon en pourcentage de la demande intérieure

	1970	1983
Total industrie manufacturière	4,91	5,52
Matériaux de construction	3,18	3,12
Métallurgie	13,39	13,80
Textile, cuir	2,99	8,49
Bois, papier	3,28	4,10
Produits métalliques	0,54	1,22
Machines non électriques	4,70	4,07
Informatique/matériels de précision	10,66	10,84
Équipements électriques/électroniques	2,54	3,14
Matériels de transport	2,31	3,37
Chimie	4,69	6,96
Produits alimentaires	4,64	4,64

Source : CEPII.

Si l'on s'en tient d'autre part aux seuls fournisseurs européens dans l'ensemble des approvisionnements d'importation, cette même période est marquée par de profonds bouleversements retracés dans le tableau suivant :

Importations en provenance d'Europe
(en % du total des importations manufacturières)

	1970	1983
Total industrie manufacturière	14,60	13,86
Matériaux de construction	8,34	10,97
Métallurgie	1,95	2,52
Textile, cuir	28,78	20,37
Bois, papier	15,34	11,43
Produits métalliques	37,04	15,38
Machines non électriques	35,37	26,68
Informatique/matériels de précision	28,40	12,85
Équipements électriques/électroniques	15,13	10,98
Matériels de transport	13,25	29,55
Chimie	34,24	25,85
Produits alimentaires	7,98	8,81

Source : CEPII.

Ces résultats appellent plusieurs remarques : tout d'abord, la part de l'Europe sur le marché intérieur japonais se réduit dans tous les secteurs qui connaissent une augmentation de leur degré d'ouverture, à l'exception notable de celui des matériels de transport. Ensuite, très généralement la part des européens est aujourd'hui d'autant plus forte que le secteur est relativement peu pénétré par l'importation. Enfin, la relative régression de la part européenne sur le marché japonais peut être rapprochée de la stabilité de la part américaine sur ce marché : la chute de l'Europe est relayée par l'intensification des importations en provenance des nouveaux pays industrialisés, de l'Asie du Sud-Est notamment.

Au total, les marchés « porteurs » pour les exportateurs européens, à savoir les marchés que ces derniers pourraient ou devraient tenter de développer vis-à-vis du Japon se situent pour l'essentiel dans des secteurs de technologie avancée tels que ceux des machines, de l'informatique et des matériels de précision, des équipements électriques et électroniques, des matériels de transport et de la chimie.

II. — Ampleur et structure des marchés publics Japonais

Les seules statistiques officielles disponibles concernant l'importance des marchés publics japonais sont celles communiquées par l'administration japonaise au GATT, au titre de l'accord de 1979. Par ailleurs les marchés publics sont publiés dans « Kampo » (journal officiel japonais). En l'absence d'un organisme centralisateur chargé de recenser la totalité des marchés publics (centraux et locaux) les valeurs estimées ne reflètent que très partiellement la réalité. Ainsi, au titre de l'année 1983 leur valeur estimée s'élevait-elle à 3,168 milliards de DTS et pour 1984 à 3,286 milliards de DTS, soit dans les deux cas un chiffre ne représentant qu'environ 0,3 % du PIB japonais... alors que la part des dépenses publiques dans le PIB s'élève en moyenne à plus de 15 % du PIB.

En termes de structure et sur la base de l'information disponible, 37 % des marchés ont été adjugés au dessus de la valeur du seuil GATT de 150.000 DTS (y compris les procédures de gré à gré) pour l'année 1984. Parmi ceux-ci 85 % ont été adjugés à des entreprises japonaises, ce qui représente environ les quatre-cinquièmes de leur valeur totale. Pour le reste l'éparpillement est considérable : si les entreprises américaines ont obtenu 0,06 % de la valeur totale des marchés pour cette même année, en revanche les entreprises allemandes n'en ont obtenu que 0,008 % et les françaises seulement 0,001 %.

Ainsi, en dépit de l'insuffisance statistique notoire, l'importance actuelle des marchés publics japonais demeure très relative pour les entreprises étrangères en général, européennes en particulier et françaises singulièrement. L'effort à fournir de la part des producteurs européens, dans le contexte de l'accord GATT, sous réserve de la réciprocité et dans le contexte de la libération des marchés publics de travaux et de fournitures sur l'espace européen, est dès lors d'autant plus important. Un tel effort doit être notamment centré sur les principales administrations publiques s'adressant régulièrement à des fournisseurs non japonais : NTT (bien que privatisée en partie depuis 1985), ministère de l'Education, ministère de la Santé et de la prévoyance sociale, ministère des Transports, ministère de la Construction, Japan National Railway (jusqu'à sa privatisation intégrale, telle qu'elle fut décidée en 1987), ministère des postes et télécommunications.

Rappelons que pour l'instant le code GATT ne s'applique pas aux fournitures de services, sauf à ce que celles-ci accompagnent la fourniture de produits et que leur valeur ne dépasse pas celle des produits eux-mêmes. Concernant les marchés de fournitures, les principaux produits achetés à des fournisseurs non japonais sont, hormis les combustibles, les véhicules pour voies ferrées, l'équipement médical, les instruments divers, les machines de bureau, les produits pharmaceutiques et les machines diverses.

III. — L'évolution du cadre réglementaire des marchés publics japonais

Le cadre réglementaire contemporain est initialement défini par les décrets de 1946/47 de même que par la Loi

de 1947 sur les Comptes de la Nation, textes unanimement protectionnistes. Toutefois, dès 1962, la législation « achetez japonais », d'ailleurs proche des principes du « Buy American Act », est abandonnée, ce qui ne se traduit pas pour autant par une publication officielle systématique des projets d'achats gouvernementaux.

Si le Japon a signé l'accord GATT de 1979 définissant un véritable code international des marchés publics, il applique néanmoins ce code depuis janvier 1981 sur la base de la clause de la nation la plus favorisée. Une telle clause permet ainsi à des pays non membres du GATT, mais bénéficiant auprès du Japon de cette clause, de soumettre des offres : ceci permet à l'évidence au Japon de développer sa propre stratégie d'intégration dans la zone Asie-Pacifique et notamment à l'égard des pays de l'ASEAN dont deux d'entre eux seulement ont ratifié le code GATT des marchés publics (Hong Kong, Singapour).

Un décret de 1980, assorti d'un arrêté concernant les marchés de fournitures, adapte la réglementation japonaise au cadre de l'accord GATT. Il est enfin à noter que l'application du code comporte au moins deux exceptions majeures s'appliquant pour l'une aux achats de la Defense Agency et pour l'autre aux achats qui pourraient compromettre la sûreté et la sécurité du réseau ferroviaire (signaux, transmissions pour l'essentiel).

De manière générale, les réglementations applicables aux exportations vers le Japon réalisées dans le cadre du droit commun le sont aussi à celles relatives à la réalisation des marchés publics, notamment en matière de normes. Il n'existe pas *a priori* de restrictions quantitatives aux importations, « à l'exception » des marchandises énumérées sur une liste négative et régulièrement mise à jour par le MITI. En outre, certaines réglementations rendent difficile, voire impossible, l'importation de produits qui néanmoins sont en principe libérés (certains produits agro-alimentaires ou textiles par exemple).

IV. — Modalités d'exécution des marchés publics japonais

La qualité d'attributaire potentiel d'un marché public est liée à l'inscription préalable obligatoire sur la liste des fournisseurs qualifiés des organismes adjudicataires ; cette inscription est valable pour une année, voire deux dans les cas exceptionnels.

Le régime de la qualification des fournisseurs agréés inclut un classement de ces derniers en trois catégories, A, B, C. Le classement procède du croisement d'un ensemble d'indicateurs permettant d'apprécier la qualité du fournisseur, son importance, ses références de même que ses antécédents sur le marché japonais : capital libéré, chiffre d'affaire annuel, valeur des capacités de production installées, ancienneté de la firme, ratio des actifs liquides au passif, etc...

Si les fournisseurs agréés de catégorie A peuvent prétendre soumissionner à n'importe quelle offre de marché, en revanche ceux de catégorie B et, plus encore, de catégorie C se trouvent restreints en termes des marchés auxquels ils peuvent soumissionner. Les délais entre la publication des appels d'offres et la clôture de ces appels étant de 30 jours (à l'exception des marchés à caractère répétitif pour lesquels ils sont réduits à 10 jours) la procédure de qualification est théoriquement praticable dans les limites du délai.



L'attribution des marchés publics peut être assortie de clauses de garantie établies par l'organisme adjudicateur : tout d'abord, les soumissionnaires peuvent être contraints de remettre une caution de soumission constituant une véritable assurance de l'adjudicateur en cas de désistement éventuel du fournisseur adjudicataire. Cette caution s'élève à 5 % minimum du montant du contrat. En outre, l'adjudicateur peut exiger du fournisseur la mise en place d'une caution d'exécution couvrant le risque d'une non-exécution du contrat par la société attributaire : une telle caution peut représenter environ 10 % de la valeur du contrat. Enfin, une troisième garantie peut éventuellement être mise en place sous la forme d'une caution couvrant les défauts de conformité.

Sauf exception la monnaie de cotation des appels d'offres est toujours le yen. Le paiement de l'adjudicataire a lieu en principe après réception des marchandises ou des travaux ; néanmoins, sous réserve de l'établissement d'une caution que seules trois sociétés d'assurance japonaises peuvent délivrer, un système de paiement par acomptes peut être mis en place.

Au total ce sont 61 administrations et entreprises publiques qui sont tenues de respecter les procédures établies par l'accord GATT de 1979 pour les marchés dépassant le seuil de 150 000 DTS. Théoriquement, le critère dominant d'attribution d'un marché est le prix de soumission par rapport aux limites de la valeur du marché telles qu'elles sont définies *a priori* par l'organisme adjudicateur. En fait le prix ne constitue qu'un des éléments pris en compte dans la procédure d'attribution : « d'autres facteurs » interviennent ainsi que l'établit officiellement l'article 29/6 de la Loi sur les Comptes de la Nation. La renommée du fournisseur étranger sur le marché japonais, la qualité et la pérennité des relations de confiance qu'il a pu établir de plus ou moins longue date avec l'organisme adjudicateur, l'existence d'une implantation au Japon permettant d'assurer le suivi d'exécution des contrats conclus (service après-vente notamment), constituent autant de critères mais aussi bien évidemment autant d'obstacles à l'agrément de fournisseurs étrangers.

V. — Les obstacles à la pénétration des concurrents étrangers

En dépit de la signature de l'accord GATT ces obstacles restent aujourd'hui considérables et expliquent, par leurs formes plus ou moins officielles, l'existence d'une protection quasi-parfaite des marchés publics japonais vis-à-vis des soumissionnaires étrangers sauf dans le cas de carence de l'offre des producteurs domestiques.

— Obstacle de la langue : le japonais reste de fait la langue quasiment obligatoire de toute correspondance avec les administrations et entreprises publiques japonaises et ce bien qu'une telle pratique soit parfaitement contraire au Code du GATT. De même, les appels d'offre publiés en japonais ne sont-ils accompagnés que d'un résumé succinct en anglais. Il faut toutefois remarquer que cette protection par la langue s'opère de manière relativement différenciée selon les organismes adjudicateurs : ainsi une firme comme NTT tente d'atténuer en partie les difficultés rencontrées en ce domaine par les fournisseurs étrangers en traduisant en anglais la majorité des documents relatifs aux appels d'offres de même qu'en assurant une information relativement régulière quant aux

besoins d'approvisionnements publics et aux règles régissant les marchés.

— Obstacle de la procédure de qualification préalable à l'agrément des fournisseurs étrangers.

— Obstacle de l'implantation minimale du soumissionnaire au Japon, sous forme d'une agence ou tout au moins d'un bureau de représentation.

— Obstacle du système de normalisation sous toutes ses formes et qui implique dans tous les cas la conformité absolue par rapport aux normes japonaises, elles-mêmes généralement très strictes.

— Obstacle de l'autorisation de vente de certaines catégories de produits et notamment de produits pour lesquels la demande intérieure est relativement sensible à l'importation du fait de la non maîtrise parfaite du marché intérieur par les producteurs domestiques (produits pharmaceutiques, appareils médicaux, dispositifs d'interconnexion téléphonique par exemple).

Bien que le gouvernement japonais ait récemment promis à ses partenaires étrangers un assouplissement des règles de participation aux appels d'offre, le degré de protection effective des marchés publics demeure aujourd'hui extraordinairement élevé. L'un des rouages occultes de régulation du marché est le système des ententes préalables aux appels d'offre, le « dango », qui subsiste en dépit de son interdiction de principe par la Fair Trade Commission. Mais l'entente entre les constructeurs suppose aussi des liens avec le donneur d'ordre, en l'occurrence souvent l'Etat lui-même. Ces liens sont facilités par la mobilité d'anciens fonctionnaires ministériels dans les instances dirigeantes des entreprises de la branche concernée : on trouve un exemple majeur d'une telle organisation dans le domaine des marchés publics de construction. Ce degré élevé de protection et de cartellisation des offres a notamment pour effet majeur de faire des marchés publics des marchés chers puisque aucun mécanisme ne favorise la baisse des prix. Le corollaire en est que l'attribution des marchés publics constitue un élément majeur de soutien financier des entreprises domestiques.

D'une certaine manière le processus de privatisation d'une partie du secteur public, à l'œuvre depuis le début de l'actuelle décennie, peut représenter un atout potentiel futur pour les fournisseurs étrangers, ne serait-ce que par la décentralisation décisionnelle qu'il implique logiquement. Il reste toutefois vrai que la coopération envisagée avec des étrangers se borne au domaine de la conception, voire de la fourniture de matériel ; dans tous les cas la participation à la réalisation de projets demeure fort limitée.

Références

Marchés publics étrangers. *Centre français du commerce extérieur* (2 vol), Paris, 1988.

« Les marchés publics japonais : comment y participer ». *Commission des Communautés européennes*, documentation européenne, OPOCE, Luxembourg, 1983.

Japon. *Études économiques de l'OCDE*, Paris (différents numéros).

Bulletin statistique du Jetro, Tokyo (différents numéros).

« La compétitivité à tout prix ». *CEPII*, Paris, 1986.

P. Pons : « Un sanctuaire bien gardé ». *Le Monde*, 15 mars 1988.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Jean-Claude GAUTRON

Professeur à l'université de Bordeaux I
 Directeur du CDRE,
 Membre du Bureau de la CEDECE

pes du libéralisme économique, qui sous-tendent la Communauté, et les implications dirigistes des règles relatives aux marchés publics dont on trouve un écho dans le présent rapport de Mrs Hen et Guillermin.

Aujourd'hui, des juristes de droit européen et des économistes réunis au sein de la CEDECE ont voulu à leur tour analyser les changements en la matière. Outre l'adaptation des directives « fournitures » et « travaux », la première ayant progressé plus rapidement que la seconde, il revenait à la Communauté de résorber, par étapes, l'emprise des secteurs dits « exclus », d'engager une action dans le domaine des services (en dehors des travaux) et de garantir par des moyens de droit opérationnels l'interdiction des discriminations, surtout nationales, dans la dévolution des marchés publics. Une course de vitesse fut dès lors engagée entre une approche programmatique ou « de lege ferenda » et une approche positive ou « de lege lata » dont les ressorts principaux sont multiples : la direction par objectifs qu'imprime la Commission, la proximité du 1^{er} janvier 1993, l'affairement international en matière de marchés et les nouvelles négociations GATT ouvertes en 1986, la nature particulière de la directive — instrument privilégié — qui appelle des mesures internes de transposition par les Etats membres.

Au terme de cette journée nationale d'études, permettez à votre rapporteur de retenir trois points au titre de la synthèse que vous lui avez demandée. En premier lieu, la réglementation communautaire des marchés publics connaît un développement de type fonctionnel qui s'accompagne manifestement d'un effet de complexité. C'est un effet pervers puisque la connaissance des règles applicables implique pour les opérateurs économiques l'utilisation du *vade-mecum* des marchés publics. En second lieu, la réglementation communautaire produit des mutations dans les droits internes des marchés publics où elle provoque — il s'agit d'un effet induit — une rénovation, partielle ou tendancielle, des notions et des mécanismes institutionnels et juridictionnels. En troisième lieu, elle s'inscrit dans un contexte juridique international, mouvant et aléatoire : c'est le problème des inter-relations entre le droit communautaire et le droit international des marchés publics.

I. — Le développement fonctionnel du droit communautaire des marchés publics

Le droit communautaire des marchés publics obéit, à première vue, à un paradigme de complexité. Il comporte une réglementation de type baroque. Il est riche de dispositions et elles sont toutes contournées ; il juxtapose dans les mêmes directives des dispositions dont on ne voit pas le lien entre elles ; il est exubérant (comme le baroque « tropical ») ; il cultive les paradoxes et les hétérogénéités. Il est messianique mais reste un peu indéchiffrable.

La cause première — Melle Bruetschly l'a fort bien rappelée — est que l'action de la Communauté vise à unifier un minimum de règles, et non toutes les règles. C'est un droit de finalité, à l'image de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats, qui vise à assurer un triple objectif : *transparence, concurrence, non-*

La question des marchés publics est au cœur d'une problématique complexe où interviennent notamment et cumulativement les articles 7, 30 à 37, 52, 59, 85 et 86, 90, 92, 100 et suivants du traité CEE, sans compter le jeu de la politique commerciale commune par l'article 113. En 1988, l'Association pour le droit public de l'entreprise avait organisé un colloque afin de mesurer les développements intervenus dans l'ordre communautaire en application du Livre Blanc de 1985 et de l'Acte unique, et évaluer leurs incidences dans l'ordre juridique interne des Etats de la Communauté. Plusieurs intervenants avaient noté que, à leurs yeux, il existait une contradiction entre les princi-



discrimination dans les règles relatives à la passation des marchés publics. Une autre cause tient à la progression, au sens stratégique du mot, des normes communautaires qui partant des secteurs non exclus se coulent en direction des secteurs dits « exclus », désormais en voie d'absorption par grignotage, partiels, fractionnés dont plusieurs rapporteurs ont bien retracé les étapes. La progression s'exerce aussi dans le sens d'une plus grande précision des textes et d'un renforcement des sanctions. C'est que plusieurs difficultés sont sous-jacentes à ce mouvement : lignes de résistance des États (en fonction de l'appréciation de leurs intérêts), pression des groupes, situations acquises. Ce qui nous manque, pour l'heure, c'est sans doute une meilleure connaissance du processus décisionnel et, à travers lui, du poids et de la pression des secteurs dans l'État ou sur l'État. Paradoxalement, il arrive que certaines propositions (limitées) sur les secteurs dits « exclus » aillent plus vite et plus loin que celles applicables aux secteurs non exclus. La forteresse, comme une femme séduite, résiste puis s'abandonne.

Où sont donc les mécanismes régulateurs ou explicatifs de ce foisonnement ? Que défend chaque État ? Quels groupes de pression interviennent et selon quelles modalités ? Les gouvernements, les organes consultatifs, le Parlement européen ?

Traitant des marchés publics de travaux, le professeur Constantinesco a brillamment démontré, conformément au libellé de son rapport, l'effort d'adaptation qui a porté sur les deux directives du 26 juillet 1971, insistant notamment sur l'intérêt de la procédure de coopération entre le Conseil et le Parlement européen. La question induite que l'on peut poser consisterait à savoir si les amendements du Parlement (en seconde lecture) jouent dans le sens d'une plus forte unification ou d'une différenciation plus accusée encore de la réglementation ? On peut penser que c'est la première tendance qui devrait logiquement l'emporter sur le long terme.

Le constat de ce développement a été dressé par plusieurs intervenants. Mrs Hen et Guillermin ont notamment exposé les améliorations découlant de la directive n° 88/295 du Conseil du 22 mars 1988 sur les marchés publics de fournitures. On citera :

— une notion extensive du marché de fournitures (achat bien sûr mais aussi crédit-bail, location ou location-vente),

— une hiérarchisation des procédures de passation, priorité étant donnée à l'adjudication ouverte avec la limitation des cas de recours à l'adjudication restreinte et au marché négocié,

— un élargissement des délais afin de ne pas « bâcler » la conclusion des marchés (toute hâte pourrait être suspecte),

— une amélioration de l'information soit en direction de la Commission, notamment dans le cas de procédures non ouvertes, soit en direction des entreprises (en amont, sous certains seuils, également en aval),

— un réajustement des seuils (les gestionnaires savent bien que l'on peut, en le pliant ou en le cassant en morceaux, passer un contrat sous un seuil fixé réglementairement),

— la hiérarchie des normes techniques a été revue mais l'harmonisation européenne sera-t-elle assez rapide pour prendre en compte les changements qui interviennent au

plan technologique ainsi que dans les normes nationales ?

— l'inclusion de dérogations justifiées par le développement régional (dont l'application est bien proche de la raison d'État).

Le professeur Constantinesco, analysant de manière approfondie la proposition de directive « travaux » a pris le temps de nous dire l'influence qu'a exercée la directive « fournitures » tout en marquant les innovations qu'elle comporte :

- hiérarchisation des procédures de passation,
- extension de la notion des pouvoirs adjudicateurs aux « organismes de droit public »,
- éclatement de la notion du marché de travaux publics en plusieurs catégories,
- inscription d'exceptions liées à la défense,
- inclusion d'une obligation nouvelle tenant à la fixation d'un nombre minimum de soumissionnaires ou plus exactement de candidats admis (de 5 à 15).

En conclusion (partielle) de ce premier point, votre rapporteur propose une grille de lecture relativement simple et quelque peu abstraite :

1. Le droit communautaire des marchés publics n'est pas un droit complet : c'est un *droit parcellaire*... d'où l'impression dominante de « tachisme » (pour les modernes) ou de « pointillisme » (pour les autres), en bref de baroque. Le *corpus juris* communautaire s'édifie à partir d'une dizaine de paramètres constituant autant de clés, juste nécessaires, en application du principe de proportionnalité, pour assurer le triple objectif précité : concurrence, transparence et non-discrimination. Ces paramètres concernent la définition des marchés, le champ d'application des règles, la personne des pouvoirs adjudicateurs, les seuils financiers d'applicabilité, l'alternative compétence discrétionnaire / pouvoir lié en ce qui concerne les modes de passation, les délais, la publicité (par programme et par opération) en amont et en aval, les spécifications techniques ou la hiérarchie des normes, les contrôles et les sanctions soit les moyens de recours en cas de non respect des règles communautaires.

2. De la combinaison de ces critères et de leur géométrie variable naissent autant de droits spéciaux des marchés publics, spéciaux par leurs objets, les personnes qui les concluent, leurs aménagements sur le plan du fond ou de la procédure de passation. On peut dès lors parler d'un *droit éclaté ou pluri-dimensionnel*.

3. Mais — et ce sera ma troisième observation au niveau de l'interprétation — corrélativement des mécanismes d'unification sont mis en œuvre, qui procèdent d'une contagion normative. Le mouvement est d'essence fonctionnaliste : goût de l'homogénéité de la Commission et du Parlement, extension des normes après qu'on en ait fait l'apprentissage dans des secteurs plus limités ou moins sensibles. Si les systèmes juridiques sont en nombre fini, il semble bien que les règles communautaires spéciales applicables aux marchés publics évoluent progressivement vers un droit communautaire commun des marchés publics.

Dans le rapport présenté par R. Schulte-Braucks, il est clairement indiqué que, même dans un secteur aussi particulier que celui des télécommunications, une fois réalisée l'ouverture du marché des équipements terminaux par la directive de la Commission du 16 mai 1988 — directive

fondée sur l'article 90-3 du traité CEE — la proposition actuelle de directive sur les marchés publics comporte des emprunts et des renvois à la directive sur les autres secteurs.

II. — La rénovation des concepts et des mécanismes du droit interne

Le professeur Llorens dans un rapport très dense sur le droit des concessions a montré que la directive du 22 mars 1988 sur les fournitures et les propositions de directives (travaux, eau/énergie, transports, télécommunications) ne recoupe plus exactement, comme le faisaient les directives antérieures, la notion de marché public du droit français, soit que certains contrats de concession soient désormais soumis à la réglementation communautaire des marchés publics alors qu'ils ont pour objet l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage (dont découle directement le régime financier), soit que les marchés passés par des concessionnaires, presque toujours des personnes privées, ne constituaient pas, sauf exceptions limitées (délégation, conclusion pour le compte d'une personne publique...) des marchés publics. Dans les deux cas, les règles communautaires diffèrent selon les secteurs concernés en application de la typologie arrêtée par les institutions de la Communauté et leur applicabilité revêt un caractère fonctionnel à partir de seuils financiers certes élevés. Ainsi aux contrats de concession de travaux publics conclus en dehors des secteurs traditionnellement exclus s'appliquent essentiellement des règles imposant l'obligation de mise en concurrence et un régime de publicité à cette fin. Ainsi encore les marchés de fourniture des concessionnaires ne sont soumis à la réglementation communautaire que s'il s'agit de collectivités territoriales ou d'établissements publics administratifs (par définition l'Etat ne saurait être concerné).

L'application du droit communautaire des marchés publics aux concessions amplifie la méthode du « zèbre juridique » qui régit, comme nous l'avons suggéré plus haut, les marchés publics. De l'exposé magistral qu'en a donné le professeur Llorens découle l'impression dominante qu'il a fallu procéder à des arbitrages subtils (d'où l'extraordinaire complexité de la réglementation) et tenir compte des lignes de résistance opposées *ut singuli* par les Etats. On peut également penser qu'il s'agit d'une réglementation susceptible de changer dans le sens d'une extension progressive.

On tiendra cependant pour acquis, après la démonstration du rapporteur que, s'il faut encore attendre pour se prononcer sur un bouleversement radical de la notion même de concession — et sur ce point les conclusions qu'il suggère sont quelque peu en retrait de celles dégagées en 1988 par le professeur Delvolvé à l'issue d'un autre colloque — l'imposition de la mise en concurrence modifie substantiellement le mode de choix du concessionnaire et réduit l'aspect traditionnellement régalién de la concession. Le droit de la concurrence fait alors irruption dans un domaine jusque là soigneusement préservé : le droit public des affaires tendrait-il à chasser le droit administratif traditionnel ? Également que la notion de marché public en droit français est bouleversée du fait de l'abandon du critère organique au profit d'un critère fonctionnel, par l'extension des règles communautaires aux

contrats conclus par des concessionnaires ayant la qualité d'établissements à caractère industriel ou commercial ou des personnes relevant du droit privé. Qu'il se produise, en plusieurs cas, une rencontre entre les tendances latentes du droit ou du juge français et les règles communautaires n'enlève rien à la novation introduite par les nouvelles dispositions communautaires.

M. le professeur Labayle, examinant le projet que l'on dit fort avancé, de directive « recours » fait une incursion profonde dans les domaines du contrôle de la réglementation communautaire, encore que certaines de ses observations, très fines, puissent être transposées, *mutatis mutandis*, au contentieux purement interne des marchés publics. Il part d'un constat, en quelque sorte « en creux » quoique articulé de façon tout-à-fait positive, des faiblesses du contrôle de la réglementation communautaire par la voie des recours administratifs ou juridictionnels internes, faiblesses qui s'attachent à la relative impunité de l'acte contractuel litigieux. Faiblesse qui au demeurant n'est pas compensée, mais au contraire aggravée par les difficultés qu'éprouve la Commission à déchiffrer correctement les vertus de la transposition des directives de 1971 et 1976 par les Etats. Reste bien sûr la Cour de Justice dont la jurisprudence, si excellente soit-elle, vise plutôt à conforter le droit dérivé (directives) mais ne saurait constituer, au coup par coup, un dispositif régulateur des marchés publics. Le problème est un peu le même en matière d'aides publiques. Significative apparaît l'observation que si la Cour a été saisie parfois d'un recours en manquement, elle le fut rarement par la voie préjudicielle, ce qui révèle sans nul doute la faiblesse du contrôle juridictionnel interne. On soulignera l'originalité de la pratique qui consiste à sanctionner financièrement par les fonds structurels et la BEI le non-respect par les Etats ou personnes publiques des directives « travaux » et « fournitures » au titre des marchés ainsi financés. On rappellera l'origine africaine de cette attitude de la Commission, à savoir l'exigence de mise en concurrence internationale pour les marchés financés par le FED.

Reste alors la « directive recours ». S'il est vrai que le constat précité incite à beaucoup de prudence, l'analyse de la proposition comporte de nombreuses facettes. Elle laisse aux Etats le choix entre des recours administratifs et des recours juridictionnels dès lors qu'ils sont assortis de mesures conservatoires et d'un triple pouvoir — à la fois d'annulation, de suspension du marché et d'indemnisation. En outre, elle pourrait ouvrir à la Commission un droit d'intervention dans la procédure nationale, voire un pouvoir de suspendre la procédure de passation du marché pendant une période de trois mois. Il est clair que les Etats membres devront dès lors modifier leur organisation interne. Il faut attendre la suite pour en connaître plus, mais d'ores et déjà Melle Bruestschy a bien voulu nous faire connaître que si le pouvoir d'intervention est toujours envisagé, le pouvoir de suspension semble d'ores et déjà ne plus l'être. La remarque quelque peu désabusée que fera votre rapporteur au sujet du rapport de notre collègue Labayle est que le constat d'échec qu'il a dressé dans sa première partie n'induit pas un changement automatique du seul fait de l'émergence de la directive « recours ». Son excellent exposé se referme en quelque sorte sur lui-même, les causes de l'échec passé pesant toujours virtuellement sur les règles en voie d'instauration.

Extrapolons quelque peu pour conclure sur ce second point. Certains ont ironisé sur l'intitulé si compliqué des directives portant coordination. M. Constantinesco a donné une lecture publique et critique de l'un de ces tex-



tes. Mais après tout, n'est-ce pas le rôle des directives de coordination et d'harmonisation que de conduire les Etats à modifier leurs droits internes jusqu'à parvenir à l'unification des concepts et des techniques ? On est en présence d'un mécanisme comportant trois volets : droit communautaire par les fins fixées dans les directives, droit comparé par les difficultés de transposition qu'elles appellent, également droit commun européen par les grandes lignes tracées aux pouvoirs étatiques. Le droit communautaire des marchés publics en ce sens montre le mouvement en marchant : il constitue sans doute une étape intermédiaire dans un lent processus de formation d'un droit commun européen des marchés.

Enfin comme le dialectique exclut l'univoque, on peut dire — et le professeur Llorens l'a fait — que le droit communautaire révèle, met à jour, amplifie et accélère certaines tendances lourdes mais encore discrètes enfouies au plus profond des droits nationaux, notamment au sein de la jurisprudence.

III. — Les inter-relations du droit communautaire et du droit international des marchés publics

La réglementation commune s'inscrit de surcroît dans un environnement international marqué par la part croissante des services dans les échanges internationaux, ce que devrait traduire l'inclusion des négociations, portant pour la première fois sur les échanges de services, dans l'« Uruguay Round » ouvert à Punta del Este en septembre 1986. Il s'agit de fixer des principes et des règles constituant autant de disciplines par secteurs fondées sur la transparence et la libéralisation progressive et d'élargir le code international des marchés publics issu des accords de 1979 au secteur des services. M. Schulte-Braucks a rappelé dans son rapport ce que l'ouverture des marchés publics de télécommunications matérialisée par le Livre Vert de la Commission (juin 1987), lui-même préparé par l'arrêt « British Telecommunications » du 20 mars 1985 qui soumet les entreprises nationales aux exigences de l'article 86, devait à l'accentuation de la concurrence internationale. Le secteur des télécommunications — un des secteurs exclus — pose en effet deux questions principales : l'ouverture du marché des équipements terminaux à la concurrence par application des articles 37 et 86, et conjointement avec l'article 86 celle de l'article 90, mais aussi le développement progressif d'un marché commun des services de télécommunications. A cet égard, on sait que la distinction entre services de base (dont le contenu va en s'élargissant sous l'impact du progrès de la technique et de la commercialisation) et services « à valeur ajoutée » en nombre indéfini, qui s'ajoutent à l'acheminement, n'est pas perçue de manière uniforme dans tous les Etats. L'apport spécifique de la Commission avait d'abord consisté à opérer une distinction entre les services ouverts à la concurrence et les services « réservés » — réservés à la fourniture des administrations des télécommunications — qui ferait l'objet — au moins à titre transitoire — de restrictions. Cette distinction présente l'avantage d'éviter l'inflation des services, dits internationalement « à valeur ajoutée », elle-même produit du cycle technologique. Il semble qu'elle revienne aujourd'hui à une distinction plus classique entre services de « base » et services autres.

Sur un plan plus général, l'environnement juridique international pose à la Communauté deux catégories de problèmes. En premier lieu, l'articulation de la réglementation communautaire (le droit « régional ») avec la réglementation internationale (le droit « universel »). C'était un premier paradoxe que le code GATT était applicable aux marchés passés par les Etats à partir d'un seuil parfois inférieur à celui retenu par les directives communautaires et bien que les directives ne soient pas applicables aux seuls marchés d'Etat. Une autre articulation intervient par le jeu des filiales implantées en Europe. Dans son rapport sur les marchés de fournitures et les accords GATT, notre collègue Thiébaud Flory a fort opportunément rappelé que les douze signataires du Code des Marchés Publics n'épuisaient pas la liste des Etats tiers partenaires de la Communauté.

Il convenait d'assurer la mise en conformité des règles communautaires avec les obligations du GATT. A cette fin, il a fallu étendre le champ d'application des règles communautaires à de nouveaux contrats, il a fallu procéder à un abaissement des seuils (130.000 ECU) et à une application plus complète de la non-discrimination et de la transparence, également organiser l'intégration des secteurs exclus. Le rapporteur, très bon connaisseur des règles du GATT, nous invite dès lors à considérer le législateur communautaire comme un législateur secondaire, introduisant et reproduisant dans son ordre juridique interne les normes du droit international public. Cette approche réouvre une fois de plus le débat sur les relations du droit régional et du droit universel.

En second lieu, le problème de la réciprocité, que beaucoup considèrent être la clé de voûte de la dimension extérieure du marché intérieur, peut être entendu en deux sens différents : réciprocité théorique, sans référence aux flux réels ; réciprocité effective, compte tenu des courants d'échanges. A cet égard, le président Bourrinet nous a fait part de quelques doutes sur ce sujet que partage votre rapporteur. L'intervention de M. Jacques Léonard emporte un constat pessimiste quant à l'ouverture des marchés japonais aux entreprises européennes dont la part tend à se réduire encore. A cet égard, on rappellera que le livre vert de la Commission sur les télécommunications comportait l'idée que les négociations de l'Uruguay Round soient accompagnées par une analyse concomitante des implications de l'ouverture du marché communautaire aux équipements et aux services, ainsi que d'une comparaison avec les perspectives d'une ouverture des marchés dans les pays tiers. Cette méthode, d'intention réaliste, avait déjà servi de toile de fond aux négociations sur le troisième élargissement. Il est trop tôt pour se prononcer sur les suites qu'elle pourrait trouver dans la négociation internationale. M. Thiébaud Flory a d'ailleurs analysé de façon très complète les techniques de réciprocité mises en œuvre par la Communauté dans les textes récents.

Ainsi, le droit communautaire des marchés publics, s'il reproduit les mutations issues du droit international, exerce-t-il en sens contraire une influence sur les règles qui le constituent. Par le même mouvement, tout en procédant à une harmonisation des règles nationales des marchés publics, il les renove sur les plans fonctionnel et conceptuel par étapes successives. Le droit communautaire des marchés publics ne fait donc que confirmer, dans un domaine particulier, l'étrange nature de la Communauté et sa fonction de médiateur, d'un type nouveau, entre l'ordre juridique et politique interne des Etats membres et l'ordre international.

COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

I. — Nominations

Nominations diverses

Lors de sa session du 30 octobre 1989, le Conseil a procédé au remplacement de :

- un membre titulaire du *Comité du Fonds social européen*,
- un membre suppléant du *Comité du Fonds social européen*,
- un membre suppléant du *Comité consultatif pour la formation professionnelle*.

Yougoslavie

Le 9 octobre 1989, les Communautés européennes ont donné l'agrément à S.E. Monsieur l'Ambassadeur Mihajlo Crnobrnja, désigné par le Gouvernement de la République socialiste fédérative de *Yougoslavie*, comme Chef de la Mission de ce pays auprès de la Communauté économique européenne, de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et de la Communauté européenne de l'Energie atomique, en remplacement de S.E. Monsieur l'Ambassadeur Jozef Korosec.

Hongrie

Le 10 octobre 1989, les Communautés européennes ont donné l'agrément à S.E. Monsieur l'Ambassadeur Gábor Göbölös, désigné par le Gouvernement de la *République populaire hongroise*, comme Chef de la Mission de ce pays auprès de la Communauté économique européenne, de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et de la Communauté européenne de l'Energie atomique, en remplacement de S.E. Monsieur l'Ambassadeur Jozsef Nemeth.

Argentine

Le 11 octobre 1989, les Communautés européennes ont donné l'agrément à S.E. Monsieur l'Ambassadeur Diego Ramiro Guelar, désigné par le Gouvernement de la République *Argentine*, comme Chef de la Mission de ce pays auprès de la Communauté économique européenne, de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et de la Communauté européenne de l'Energie atomique, en remplacement de S.E. Monsieur l'Ambassadeur Luis Ramiro Alfonşin.

Saint-Marin

Le 25 octobre 1989, les Communautés européennes ont donné l'agrément à S.E. Monsieur l'Ambassadeur Gian Nicola Filippi Balestra, désigné par le Gouvernement de la République de *Saint-Marin*, comme Chef de la Mission de ce pays auprès de la Communauté économique européenne, de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et de la Communauté européenne de l'Energie atomique, en remplacement de S.E. Monsieur l'Ambassadeur Adalmiro Bartolini.

Rwanda

Le 10 novembre 1989, les Communautés européennes ont donné l'agrément à S.E. Monsieur l'Ambassadeur François Ngarukiyintwali désigné par le Gouvernement de la *République Rwandaise*, comme Représentant, respectivement Chef de la Mission de ce pays auprès de la Communauté économique européenne, de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et de la Communauté européenne de l'Energie atomique, en remplacement de S.E. Monsieur l'Ambassadeur Ildephonse Munyeshyaka.

Bhoutan

Le 10 novembre 1989, les Communautés européennes ont donné l'agrément à S.E. Monsieur l'Ambassadeur Dasho Nado Rinchhen,



désigné par le Gouvernement du Royaume du *Bhoutan*, comme Chef de la Mission de ce pays auprès de la Communauté économique européenne, de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et de la Communauté européenne de l'Energie atomique, en remplacement de S.E. Monsieur l'Ambassadeur Tobgye S. Dorji.

II. — Activités communautaires

TÉLÉVISION A HAUTE DÉFINITION

Lors de sa session du 7 novembre 1989, le Conseil a adopté une décision concernant l'action commune qui doit être menée par les Etats membres en faveur de l'adoption d'une norme mondiale unique de production de la Télévision à Haute Définition par l'Assemblée Plénière du Comité Consultatif International des Radiocommunications (CCIR) en 1990.

Le dispositif prévoit :

1. L'action commune qui doit être menée par les Etats membres en faveur de l'adoption d'une norme mondiale unique de production pour la Télévision Haute Définition par l'Assemblée Plénière du Comité Consultatif International des Radiocommunications (CCIR) et 1990 doit reposer sur la proposition résultant du projet EUREKA 95.

2. L'action commune sera menée, après consultation entre les représentants des Etats membres et la Commission, lors des réunions qui se tiendront pour préparer la Recommandation d'une norme mondiale unique pour la production de Télévision Haute Définition qui doit être adoptée à l'Assemblée Plénière du Comité Consultatif International des Radiocommunications.

3. Si les consultations mentionnées au paragraphe 2 n'aboutissent pas à un accord, les points de désaccord seront, si nécessaire, portés devant le Conseil.

Cette décision est basée essentiellement sur les considérations suivantes :

— la Télévision Haute Définition (TVHD) revêt une importance stratégique pour l'industrie européenne de l'électronique grand public, base industrielle sur laquelle elle repose, et pour les industries européennes de la télévision et du cinéma ;

— une norme mondiale unique de Télévision Haute Définition pour la production et l'échange international de programmes est requise d'urgence pour la mise au point et la commercialisation d'équipements de programmes ;

— l'industrie européenne a développé, dans le cadre du programme EUREKA, les paramètres pertinents pour une telle norme mondiale unique de production, et que l'équipement prototype construit sur la base de cette norme a été démontré avec succès lors de la Convention Internationale de la radiodiffusion à Brighton en septembre 1988 ;

— le Conseil européen, lors de sa réunion à Rhodes en décembre 1988, a accordé une grande importance à la promotion d'un système européen de TVHD dans le contexte de la nouvelle politique communautaire de l'audio-visuel ;

— la décision du Conseil du 27 avril 1989 définit comme objectif communautaire la promotion d'une norme mondiale unique pour la production de programmes TVHD.

UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE

Lors de sa session des 13/14 novembre 1989, le Conseil a pris connaissance du rapport du groupe à haut niveau réuni à l'initiative

de la Présidence. Ce rapport recense les principales questions qui devraient être résolues pour l'élaboration d'un traité en matière d'UEM et représente donc un bon outil de travail dans la perspective du Conseil européen de Strasbourg, qui aura à se prononcer sur la convocation de la Conférence intergouvernementale.

Dans ce contexte, le Conseil a pris note également de la contribution britannique « concernant une approche évolutive de l'Union économique et monétaire », du rapport du Président du Comité monétaire et du rapport du Comité de politique économique sur la coordination budgétaire.

Le Conseil a procédé à un échange de vues en la matière, à l'issue duquel le Président a relevé que l'Union économique et monétaire doit permettre de réaliser dans la Communauté une croissance soutenue non-inflationniste et un niveau d'emploi élevé. Conformément aux conclusions du Conseil européen de Madrid, elle se situe dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur, et dans le contexte de la cohésion économique et sociale de la Communauté.

A cette fin, les principes suivants devront être appliqués : la stabilité des prix, des finances publiques et des conditions monétaires saines, des balances des paiements globalement saines et des marchés ouverts et compétitifs.

Enfin, le Président a noté qu'un consensus existait d'ores et déjà pour prohiber tout financement monétaire des déficits publics, notion qui a fait l'objet d'une définition précise par le Comité monétaire. Ce principe pourrait être progressivement appliqué et constituer un premier pas en direction d'une meilleure coordination des politiques budgétaires des Etats membres.

En ce qui concerne plus particulièrement la première étape de l'UEM, le Conseil a procédé à l'examen des deux propositions de la Commission concernant :

— d'une part, la réalisation d'une convergence progressive des performances économiques pendant la première étape de l'Union économique et monétaire et,

— d'autre part, le renforcement de la collaboration entre les banques centrales des Etats membres de la Communauté économique européenne ;

pour lesquelles il attend les avis du Parlement européen et du Comité économique et social et sur lesquelles il a déjà reçu les opinions du Comité monétaire et du Comité des gouverneurs des banques centrales.

Le Conseil a constaté qu'un consensus existait au sujet de ces deux textes, ce qui devrait lui permettre de les adopter le 18 décembre prochain lorsqu'il aura reçu les avis susmentionnés.

Les deux textes visent à répondre à la décision politique du Conseil européen de Madrid que la première étape de la réalisation de l'UEM commencera le 1^{er} juillet 1990 et que sa réalisation devra tenir compte du parallélisme entre les aspects économique et monétaire, respecter le principe de « subsidiarité » et répondre à la diversité des situations spécifiques.

La première proposition prévoit « qu'en vue de réaliser dans la Communauté une croissance soutenue non inflationniste ainsi qu'un niveau d'emploi élevé et le degré de convergence économique nécessaire pour le succès de la première étape de l'UEM, le Conseil, dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur et dans le contexte de la cohésion économique et sociale, met en place une surveillance multilatérale. Dans ce contexte, il applique les principes suivants : prix stables, finances publiques et conditions monétaires saines, balances des paiements globales saines et marché compétitif ouvert. Au moins deux fois par an, il examine :

— la situation, les perspectives et les politiques économiques dans la Communauté et ses Etats membres ;

— la compatibilité des politiques à l'intérieur des Etats membres et dans la Communauté au sens large ;

— le contexte économique extérieur et son interaction avec l'économie de la Communauté.

La surveillance multilatérale couvre tous les aspects de la politique économique, dans une perspective à la fois de court et de moyen terme ».

Le second texte poursuit l'objectif de renforcer le processus de coopération des politiques monétaires par une intensification de la coopération entre banques centrales, dont la mission serait définie de la manière suivante :

« — procéder à des consultations portant sur les principes généraux et les grandes lignes de la politique monétaire, notamment en matière de crédit, de marché monétaire et de marché des changes, y compris les problèmes relevant de la compétence des banques centrales et affectant la stabilité des établissements et des marchés financiers ;

— procéder régulièrement à des échanges d'informations au sujet des principales mesures relevant de la compétence des banques centrales et examiner ces mesures. Le Comité doit normalement être consulté avant que les autorités nationales ne prennent des décisions concernant l'orientation de la politique monétaire, telle que la fixation d'objectifs annuels de masse monétaire et de crédit ;

— promouvoir la coordination des politiques monétaires des Etats membres dans le but d'assurer la stabilité des prix qui est une condition nécessaire au bon fonctionnement du Système monétaire européen et de la réalisation de son objectif de stabilité monétaire ;

— formuler des avis sur l'orientation générale de la politique monétaire et de la politique des changes ainsi que sur les mesures instaurées respectivement dans les divers Etats membres ;

— adresser des avis aux différents gouvernements et au Conseil de ministres sur les politiques susceptibles d'affecter la situation monétaire interne et externe dans la Communauté, et en particulier le fonctionnement du Système monétaire européen.

Dans l'exercice de sa mission, le Comité suit l'évolution de la situation monétaire dans la Communauté en dehors de celle-ci ».

ABOLITION DES FRONTIÈRES FISCALES — CONCLUSIONS DU CONSEIL DES 13/14 NOVEMBRE 1989

Suite au mandat qui lui a été donné par le Conseil européen de Madrid, le Conseil Ecofin considère que le dispositif fiscal à mettre en place pour le 1^{er} janvier 1993 est désormais agréé. Les premières orientations retenues par le Conseil du 9 octobre, et les conclusions d'ensemble du Groupe *ad hoc*, conduisent à retenir les solutions suivantes qui concrétiseront pour les entreprises et les particuliers les engagements de l'Acte unique.

1. Les dispositifs et arrangements proposés faciliteront le passage ultérieur à un régime unifié de taxation dans le pays d'origine, qui demeure l'objectif à moyen terme.

Pour une période limitée, le bon fonctionnement du régime de TVA, dans le cas des opérations entre Etats membres différents réalisées par les assujettis, doit être assurée par la taxation du destinataire dans le pays de destination aux taux et conditions de ce pays.

Les organismes exonérés ou non-assujettis qui effectuent des achats pour un certain montant dans d'autres Etats membres seront traités de la même manière.

2. Les charges supportées actuellement par les entreprises et les administrations seront allégées par la suppression des formalités préalables à la circulation des marchandises ou liées au passage des fron-

tières. Les entreprises devront tenir à la disposition de l'administration à des fins fiscales l'ensemble des informations permettant d'identifier toutes leurs opérations intracommunautaires ; elles fourniront une déclaration périodique aussi simple que possible de ces opérations à des fins statistiques et fiscales ; le contenu des obligations imposées dans ce cadre sera précisé sur proposition de la Commission, notamment en fonction des nécessités des échanges d'informations entre administrations pour le contrôle de l'impôt, et des besoins d'enregistrement statistique.

3. Un dispositif de contrôle doit prévenir efficacement les risques de fraude. Il reposera de façon privilégiée sur l'exploitation des déclarations des entreprises par les administrations nationales, sur l'échange des informations de manière régulière et sur la communication de justificatifs, établis par l'administration. Cette coopération administrative permanente ne devra pas soulever d'obstacle tenant aux législations nationales. Elle complétera les procédures existantes d'assistance mutuelle.

4. Le traitement différencié de certaines catégories d'opérations permettra d'éviter les distorsions de concurrence sans entraver la libre circulation. Les achats dans un autre Etat membre de véhicules susceptibles d'être immatriculés seront soumis à la TVA dans le pays de destination et au taux de ce pays. Pour les livraisons à distance destinées à un particulier ou un organisme exonéré ou non-assujetti établi dans un autre Etat membre, le vendeur ou son représentant acquittera la taxe du pays de destination dès lors que le montant de ses ventes de cette nature y dépassera certains seuils à fixer.

4 bis. Les modalités concrètes de la mise en œuvre des principes ci-dessus (points 1 et 4) doivent être examinées avec soin afin d'assurer que, pour chacun des Etats membres,

— les charges pesant actuellement sur les entreprises et les administrations soient atténuées,

— les distorsions de concurrence soient évitées sans entraver la libre circulation des marchandises.

5. Le Conseil convient de procéder à un nouvel examen du rapprochement des taux de TVA lors d'une prochaine session.

6. Les produits soumis à accises circuleront en suspension de taxe entre entrepositaires autorisés par les administrations des Etats membres. Des dispositions adaptées permettront aux acheteurs n'ayant pas la qualité d'entrepositaires d'effectuer leurs achats auprès des vendeurs d'autres Etats membres, les accises étant acquittées dans l'Etat de consommation.

Les nouvelles propositions de la Commission concernant les taux d'accises seront examinées par le Conseil afin d'aboutir au degré de rapprochement nécessaire le 1^{er} janvier 1993 pour éviter les distorsions de concurrence et les risques de fraude.

7. Les limitations quantitatives et *ad valorem* aux achats des voyageurs seront supprimées le 1^{er} janvier 1993 en liaison avec un rapprochement suffisant des taux de TVA et d'accises.

Ces dispositions concernent les achats exclusivement destinés à la consommation personnelle des voyageurs.

La situation particulière du Danemark, de l'Irlande et de la Grèce pourra faire l'objet d'arrangements, spécifiques, sur proposition de la Commission dans le cadre général de l'harmonisation des taux.

Le Conseil demande à la Commission de lui soumettre les propositions appropriées pour traduire dans la législation communautaire les orientations qui résultent des présentes conclusions.

Parallèlement les effets dynamiques de l'abolition des frontières créeront par eux-mêmes les conditions les plus favorables à cette évolution. La suppression des limites aux achats des particuliers conduira en effet nécessairement à poursuivre le rapprochement des taux.



Les conséquences budgétaires pourront en être plus aisément supportées grâce au supplément de croissance résultant de l'unification du marché intérieur, en même temps que la convergence des économies effacera le problème de compensation posé par l'affectation du produit de la taxe au pays de consommation.

Le Conseil et la Commission conviennent donc qu'il sera procédé, au plus tard le 31.12.96 à un examen d'ensemble en vue de déterminer selon quels délais et modalités pourra s'opérer l'unification définitive du système commun de TVA, à l'issue d'une période transitoire.

PROSPECTUS D'ADMISSION A LA COTE D'UNE BOURSE DE VALEURS

Lors de sa session des 13/14 novembre 1989, le Conseil a arrêté sa position commune en vue d'une modification de la directive 80/390/CEE concernant la reconnaissance mutuelle du prospectus d'admission à la cote d'une bourse de valeurs.

Cette modification — dans un souci de compléter le dispositif relatif à la reconnaissance mutuelle déjà décidé en la matière — vise à établir la reconnaissance du prospectus d'offre publique comme prospectus d'admission à la cote officielle — si cette demande d'admission suit la présentation du prospectus d'offre publique dans les trois mois — dans le ou les Etats membres dans lequel ou dans lesquels est présentée la demande d'admission à la cote officielle, sans qu'une approbation doit être obtenue des autorités compétentes de ce ou ces Etats membres et sans que celles-ci puissent exiger l'insertion dans le prospectus d'informations complémentaires. Les autorités compétentes peuvent toutefois exiger l'insertion dans le prospectus de renseignements spécifiques au marché du pays d'admission et concernant en particulier le régime d'imposition des revenus, les organismes financiers qui assurent le service financier de l'émetteur dans ce pays ainsi que le mode de publication des avis destinés aux investisseurs.

OPÉRATIONS D'INITIÉS

Lors de sa session des 13/14 novembre 1989, le Conseil a arrêté la directive concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés, pour laquelle il avait adopté sa position commune le 13 juillet.

Il est rappelé que cette directive — afin de contribuer au bon fonctionnement des marchés financiers avec une confrontation aussi large que possible des offres et des demandes et avec une égalité des chances des investisseurs — a pour objet d'interdire les opérations d'initiés, qui permettent aux personnes bénéficiant d'informations privilégiées d'en retirer des avantages au détriment des autres investisseurs.

L'effort pour une réglementation communautaire en la matière est parti de la constatation que dans plusieurs Etats membres il n'existe pas de dispositions pour interdire les opérations d'initiés et qu'entre les réglementations existantes dans les Etats membres il y a de sensibles différences.

Le texte arrêté par le Conseil oblige les Etats membres à interdire aux « initiés primaires » d'acquérir ou de céder des valeurs mobilières en exploitant — en connaissance de cause — une information privilégiée.

Au sens de la directive, l'information privilégiée est définie comme étant une information qui n'a pas été rendue publique, ayant un caractère précis et concernant un ou plusieurs émetteurs de valeurs mobilières qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours de cette ou de ces valeurs mobilières.

Les initiés primaires, au sens du texte, sont des personnes qui :

— en raison de leur qualité de membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'émetteur,

— en raison de leur participation dans le capital de l'émetteur, ou,
— parce qu'elles ont accès à cette information en raison de l'exercice de leur travail, de leur profession ou de leurs fonctions

disposent d'une information privilégiée.

La directive interdit à ce même initié primaire de communiquer une information privilégiée à un tiers qui deviendrait alors un initié secondaire. D'ailleurs par là même, l'interdiction est adressée à l'initié secondaire d'exploiter l'information privilégiée reçue.

Le texte stipule en outre que les Etats membres établissent des sanctions suffisamment dissuasives pour faire respecter les interdictions. Enfin, il est prévu qu'une coopération entre les autorités compétentes des Etats membres soit organisée pour identifier et sanctionner les opérations d'initiés qui, de par leur nature, sont souvent transfrontalières.

Les Etats membres ont la possibilité, en outre, de fixer des dispositions plus rigoureuses ou plus étendues que celles prévues par la directive.

Les Etats membres devront prendre les mesures nécessaires pour se conformer à la directive avant le 1^{er} juin 1992.

RECHERCHE AGRICOLE

Lors de sa session du 17 octobre 1989, le Conseil a adopté une position commune sur un programme spécifique de recherche concernant la compétitivité de l'agriculture et la gestion des ressources agricoles (1989-1993).

Le programme, avec un montant de 55 Mécu estimé nécessaire pour son exécution, y compris les dépenses pour un effectif de 16 personnes, visera à atteindre les objectifs suivants :

1. aider les agriculteurs à s'adapter à la nouvelle situation créée par la surproduction et une politique restrictive des prix et des marchés ;

2. maintenir les revenus des exploitations et encourager les réformes structurelles tout en maîtrisant la production et en réduisant les coûts ;

3. prendre en charge et améliorer la situation de l'agriculture, conformément à la situation des marchés, dans toutes les régions en retard de développement présentant des structures agricoles déficientes afin de contribuer au renforcement de la cohésion économique et sociale dans la Communauté ;

4. conserver les ressources naturelles et le paysage en veillant à ce que l'application des technologies à mettre au point et des modifications des systèmes de production conduise à l'amélioration de l'environnement ;

5. développer les services et les infrastructures d'information agricole afin d'améliorer la diffusion des résultats de la recherche au sein des Etats membres et entre Etats membres.

Les activités de recherches sont subdivisées en quatre secteurs (voir ci-dessous 1.). En ce qui concerne les actions exécutées sur une base contractuelle, les participants peuvent être des organismes de droit public ou privé tels que des établissements de recherche et des universités, des entreprises industrielles et agricoles, des personnes physiques, etc. La participation financière de la Communauté représentera en règle générale 50 % du coût. Alternativement, en ce qui concerne les projets réalisés par des instituts de recherche ou des universités, la Communauté peut supporter 100 % des coûts marginaux.

Le programme comporte également des activités coordonnées, des bourses de formation et de mobilité, ainsi que des actions de publicité pour promouvoir la participation des intéressés.

Les activités de recherche et la répartition des ressources à titre indicatif seront les suivantes :

1. Actions exécutées sur une base contractuelle en %

- | | |
|--|------|
| 1. Reconversion, diversification, y compris extensification de la production, réduction des coûts et protection de l'environnement rural | 34,0 |
| 2. Qualité des produits, aspects phytosanitaires et zoonositaires et nouvelles utilisations pour les produits traditionnels | 20,9 |
| 3. Aspects socio-économiques et actions spécifiques en faveur de toutes les régions en retard de développement | 18,3 |
| 4. Amélioration de la diffusion et de la mise en œuvre des résultats, notamment ceux obtenus au titre du présent programme de recherche agricole | 5,3 |

2. Actions coordonnées

Frais de fonctionnement pour les réunions, les séminaires, les publications, la promotion des résultats, l'inventaire permanent de la recherche agricole et l'évaluation du programme 16,2

3. Bourses de formation et de mobilité 5,3
100,0

Au cours de la troisième année du programme, la Commission procédera à son réexamen et fera alors, le cas échéant, des propositions de modification ou de prorogation du programme.

ÉTIQUETAGE DES PRODUITS DU TABAC

Lors de sa session du 13 novembre 1989, le Conseil a formellement adopté la directive concernant l'étiquetage des produits du tabac.

Cette directive qui s'inscrit dans le cadre du programme « L'Europe contre le cancer », prévoit notamment :

— que des avertissements relatifs à la santé devront figurer sur les unités de conditionnement de tous les produits du tabac et les mentions de la teneur en goudron et en nicotine devront figurer sur les paquets de cigarettes ;

— que ces mentions devront être imprimées sur la tranche latérale des paquets de cigarettes « en caractères parfaitement lisibles, sur fond contrastant , de façon à couvrir au moins 4 % de la surface correspondante » ;

— que toutes les unités de conditionnement des produits du tabac porteront sur leur surface la plus visible, dans la ou les langues officielles du pays de commercialisation finale, l'avertissement général « nuit gravement à la santé » ;

— que pour les paquets de cigarettes, l'autre grande surface du conditionnement portera, dans la ou les langues officielles du pays de commercialisation finale, les avertissements spécifiques suivants alterneront selon certaines règles :

A. Avertissements devant obligatoirement figurer sur les listes nationales

1. Fumer provoque le cancer.
2. Fumer provoque des maladies cardio-vasculaires.

B. Avertissements parmi lesquels les États membres peuvent choisir.

1. Fumer provoque des maladies mortelles.
2. Fumer tue.
3. Fumer peut tuer.
4. Femmes enceintes : fumer nuit à la santé de votre enfant.
5. Protégez les enfants : ne leur faites pas respirer votre fumée.
6. Fumer nuit à votre entourage.
7. Arrêter de fumer réduit les risques de maladies graves.
8. Fumer provoque le cancer, la bronchite chronique et d'autres maladies pulmonaires.
9. Plus de... personnes meurent chaque année en.... (nom du pays) à la suite d'un cancer du poumon.
10. Chaque année.. (nom des ressortissants d'un pays) meurent sur la route — ... fois de plus meurent du tabagisme.
11. Chaque année, le tabagisme fait plus de victimes que les accidents de la route.

12. Les fumeurs meurent prématurément.
13. Pour être en bonne santé, ne fumez pas.
14. Faites des économies : arrêtez de fumer.

Les États membres devront mettre en vigueur la directive avant le 31 décembre 1991.

Les produits existant à cette date non conformes à la directive pourront encore être commercialisés jusqu'au 31.12.1992 (cigarettes) ou 31.12.1993 (autres produits du tabac).

GOUDRON DES CIGARETTES

Lors de sa session du 13 novembre 1989, le Conseil a adopté sa position commune sur la proposition de directive concernant la teneur maximale en goudron des cigarettes.

La position commune prévoit les teneurs limites et dates d'introduction suivantes :

- 15 mg de goudron par cigarette : 31.12.1992.
- 12 mg 31.12.1997.

— la Grèce bénéficiera d'une dérogation comportant les valeurs limites et dates suivantes :

- = 20 mg : 31.12.1992.
- = 18 mg : 31.12.1998.
- = 15 mg : 31.12.2000.
- = 12 mg : 31.12.2006.

Les produits existant aux dates précitées et non conformes à la directive pourraient encore être commercialisés pendant les deux ans qui suivent ces dates.

LUTTE CONTRE LA DROGUE

Le 13 novembre 1989, le Conseil et les Ministres de la santé ont adopté les conclusions suivantes :



Conclusions concernant la mise en œuvre d'actions coordonnées de prévention des toxicomanies et de prise en charge des toxicomanes

Le Conseil des Communautés européennes et les ministres de la santé des États membres, réunis au sein du Conseil,

rappellent leur profonde préoccupation vis-à-vis du développement des toxicomanies dans l'ensemble des États membres de la Communauté ;

réaffirment dans ce contexte l'importance de mener à bien rapidement les travaux confiés à la Commission lors de leur session du 16 mai 1989, concernant notamment la constitution d'un réseau européen de données sanitaires en matière de toxicomanie ;

estiment que la Communauté peut apporter une contribution propre et importante aux activités nationales et internationales en la matière ;

considèrent qu'en particulier dans le domaine de la prévention des toxicomanies et de la prise en charge des toxicomanes le développement rapide d'actions à tous les niveaux appropriés est indispensable ; ces actions doivent tenir compte des travaux du Conseil de l'Europe, en particulier du groupe Pompidou, et de l'OMS ainsi que de l'UNESCO ;

constatent qu'il existe dans la Communauté des zones ou des régions ayant des caractéristiques socio-économiques et culturelles suffisamment semblables pour faciliter des échanges d'information ou la mise en œuvre d'actions coordonnées ;

invitent la Commission, avec l'assistance d'experts nommés par chaque État membre, en particulier à :

— recenser les territoires appropriés pour l'expérimentation d'actions coordonnées ;

— stimuler l'échange d'expériences pratiques et susciter la mise en œuvre d'actions coordonnées entre personnes et institutions qualifiées, actives dans la prévention des toxicomanies et de prise en charge des toxicomanes (traitement, réinsertion sociale et professionnelle), selon les modalités figurant en annexe ;

— coopérer avec le Conseil de l'Europe, en particulier le groupe Pompidou, et l'OMS, pour élargir le champ de ces initiatives ;

— faire rapport sur le résultat de ces travaux, en évaluant leur plus-value communautaire pour l'évolution des politiques nationales dans ce domaine et comportant le cas échéant des propositions pour l'amélioration des activités sur le terrain.

CARTE SANITAIRE EUROPÉENNE D'URGENCE

Le 13 novembre 1989, le Conseil et les Ministres de la santé ont adopté les conclusions suivantes :

Conclusions du Conseil et des ministres de la Santé des États membres, réunis au sein du Conseil, concernant la carte sanitaire européenne d'urgence

Le Conseil des Communautés et les ministres de la santé des États membres, réunis au sein du Conseil,

vu la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 29 mai 1986, concernant l'adoption d'une carte sanitaire européenne d'urgence, et notamment sa partie III (JO n° C 184 du 23.7.1986),

vu la communication de la Commission sur la mise en œuvre de la carte sanitaire européenne d'urgence,

vu les conclusions du Conseil et des ministres de la Santé, réunis au sein du Conseil, sur les suites à donner aux décisions du Conseil (JO n° C 185 du 22.7.1989),

estiment que les conditions de mise en œuvre de cette carte sanitaire européenne d'urgence n'ont pas permis à celle-ci de remplir au niveau européen son objectif principal, c'est-à-dire d'améliorer l'assistance médicale d'urgence individuelle au-delà des frontières pour les citoyens d'un État membre de la Communauté se déplaçant dans un autre État membre ;

considèrent que l'efficacité de la carte sanitaire européenne d'urgence est conditionnée notamment par sa généralisation dans les États membres ;

affirment que la carte sanitaire européenne d'urgence est importante dans le cadre de l'Europe des citoyens pour faciliter la libre circulation et que l'introduction d'un numéro d'appel d'urgence unique pour toute l'Europe pourrait être un complément utile ;

invitent la Commission à réexaminer, sur la base de l'expérience acquise, la forme et le contenu de la carte et à faire des propositions au Conseil au cours du premier semestre 1990 visant à faciliter l'utilisation de la carte et à définir une stratégie de son introduction générale. La Commission se fera assister à cet effet par un groupe de travail composé de représentants des États membres ;

soulignent l'intérêt d'une décision sur la mise en place d'un numéro d'urgence unique pour toute l'Europe.

LUTTE CONTRE LE SIDA

Le 13 novembre 1989, le Conseil et les ministres de la Santé ont marqué leur accord sur la résolution concernant la lutte contre le SIDA.

Cette résolution prévoit :

— des principes communs de lutte contre le SIDA, dont le texte est repris ci-dessous, et,

— un plan d'action portant sur la recherche fondamentale et opérationnelle, la recherche et l'évaluation de l'impact socio-économique, la coopération internationale, la surveillance de la situation épidémiologique dans la Communauté et le développement d'actions de lutte contre le SIDA.

Les principes communs de lutte contre le SIDA

1. Prévention

1. La priorité absolue dans la lutte contre le SIDA, à côté de la recherche, doit continuer d'être attribuée à la prévention par l'information et l'éducation pour la santé.

2. L'information donnée doit être claire et complète, et mettre l'accent sur le fait que l'infection par le VIH et la maladie du SIDA ne justifient aucune réaction de peur ou de discrimination, quelle qu'elle soit.

3. Les actions d'information et d'éducation pour la santé doivent délivrer des messages adaptés : d'une part, le rappel au grand public et en particulier aux jeunes des messages généraux de prévention reste indispensable ; d'autre part, les actions locales ou ciblées sur des publics particuliers doivent prendre le relais de ces messages.

Une attention particulière doit être portée aux moyens de toucher les toxicomanes et les personnes les plus marginalisées.

4. La prévention doit inclure une amélioration de l'accès aux conseils individuels appropriés et aux moyens de protection disponibles contre le virus, notamment préservatifs et matériel d'injection sûr.

5. Ces actions doivent faire l'objet d'évaluations régulières et rigoureuses.

2. Utilisation des tests de diagnostic

1. Les tests de diagnostics appropriés doivent être largement accessibles sur une base volontaire et confidentielle dans le cadre des systèmes de santé publique.

Lorsque cela s'avère opportun, des dispositifs supplémentaires peuvent être mis en place pour offrir aux individus la possibilité de se faire tester dans le respect de l'anonymat et, si possible, gratuitement.

2. Ces tests s'inscrivent dans une démarche individuelle de prévention, toujours associée à une information et à des conseils offerts par des personnes qualifiées.

3. En l'état actuel des connaissances, aucun motif de santé publique ne justifie le dépistage systématique et obligatoire d'individus, à savoir le dépistage sans information ni consentement préalables des personnes testées. Cette pratique est en particulier inefficace en termes de prévention.

4. L'amélioration des données épidémiologiques, dans le cadre d'études longitudinales ou prospectives et à des fins de santé publique, requiert l'utilisation de stratégies appropriées.

5. Les progrès réalisés dans l'usage médical des substances d'origine humaine (telles que le sang et ses dérivés, les organes et les tissus, le sperme) doivent être activement poursuivis.

Leur don volontaire et non-rémunéré, le maintien du dépistage lors de chaque don par les tests appropriés sérologie des virus du Sida le développement d'une politique d'information des donneurs afin d'exclure les donneurs à risque, et les contrôles de qualité rigoureux et comparables dans la Communauté contribuent de façon essentielle à la sécurité de l'utilisation de ces dons, et notamment à la sécurité transfusionnelle.

3. Lutte contre les discriminations

1. Toute discrimination des personnes atteintes par le Sida ou l'infection à VIH constitue une violation des droits de l'homme et porte atteinte, par ses effets d'exclusion et de stigmatisation, à une politique efficace de prévention.

2. La libre circulation des personnes, des biens et des services dans la Communauté et l'égalité de traitement établies par les Traités sont assurées et doivent continuer de l'être.

3. Il convient donc d'exercer la plus grande vigilance pour lutter contre toutes les discriminations en particulier à l'embauche, sur le lieu de travail, à l'école, ainsi qu'en matière de logement et d'assurance-maladie.

4. En matière plus particulièrement de logement et d'assurances privées, il conviendrait de rechercher des solutions conciliant les intérêts économiques avec le principe de non-discrimination.

4. Prise en charge médico-sociale des séropositifs et des malades

1. Pour permettre aux personnes atteintes de bénéficier pleinement des améliorations réalisées dans la thérapeutique et le diagnostic, il convient d'assurer l'accès aux soins aussi large et précoce que possible.

2. En particulier, les personnes dépourvues de couverture sociale, situation fréquente chez les toxicomanes ou anciens toxicomanes, requièrent, le cas échéant, des mesures spécifiques.

3. La diffusion d'informations sur les solutions qui ont fait leurs preuves dans certains pays devrait être favorisée et soutenue, notamment au niveau communautaire.

4. Les organisations non gouvernementales, qu'elles regroupent des personnes atteintes ou concernées par l'épidémie, jouent un rôle essentiel dans la prise en charge psychologique et sociale des personnes atteintes. Ce rôle doit être favorisé et plus largement reconnu.

PRIORITÉS FUTURES POUR LA RELANCE DE LA POLITIQUE DE PROTECTION ET DE PROMOTION DES INTÉRÊTS DES CONSOMMATEURS

Lors de sa session du 9 novembre 1989 le Conseil a adopté la résolution reprise ci-dessous.

Résolution du Conseil

Le Conseil des Communautés européennes,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

considérant que l'amélioration de la qualité de la vie implique, entre autres, la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs, ainsi que l'information et l'éducation de ces derniers ;

considérant que la réalisation de cet objectif nécessite la mise en œuvre, au niveau communautaire, d'une politique de protection et d'information des consommateurs ;

considérant que les deux programmes d'action communautaire de 1975 (1) et de 1981 (2) en faveur des consommateurs ont été adoptés afin de répondre à cette nécessité ;

considérant qu'à la lumière des résultats de la mise en œuvre de ces programmes, il a été nécessaire de donner une nouvelle impulsion à cette politique communautaire en en redéfinissant les objectifs et les priorités au moyen de l'adoption par le Conseil de la résolution du 23 juin 1986 concernant les futures orientations de la politique de la Communauté économique européenne pour la protection et la promotion des intérêts des consommateurs (3) ;

considérant que le contenu de ces objectifs doit se traduire par une protection effective des intérêts individuels et collectifs des consommateurs ;

considérant que cette protection effective peut, dans certains cas, exiger des mesures d'harmonisation tendant à éviter les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur ;

considérant que l'article 100 A du traité prévoit l'adoption des mesures d'harmonisation qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur et exige que la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 dudit article en matière de protection des consommateurs, prenne pour base un niveau de protection élevé en vue d'assurer la confiance des consommateurs dans le fonctionnement du marché ;

considérant que ce lien entre la politique de protection des consommateurs et la réalisation effective du marché intérieur suppose la révision et l'actualisation des objectifs de cette politique en mettant l'accent sur des mesures qui produisent des résultats tangibles à court terme ;

considérant que les travaux relatifs au marché intérieur devraient progresser aussi dans le sens d'une libéralisation du commerce et d'un accroissement de la concurrence, dont devrait bénéficier également le consommateur ; que les mesures prises par la Communauté pour protéger les consommateurs doivent être conformes à la résolution du Conseil du 30 juin 1988 ;

considérant que les conclusions du Conseil européen de décembre 1985 soulignent l'importance que revêt la recherche d'approches alternatives pour la réglementation lorsque de telles approches offrent des possibilités réelles de progrès significatif ;



considérant que la résolution du Conseil du 23 juin 1986 note que la Commission a l'intention de procéder à une large consultation des milieux intéressés, notamment au stade de la préparation de ses propositions ;

considérant qu'il est nécessaire de prendre davantage en compte les intérêts des consommateurs dans les autres politiques communautaires et que ceci exige, entre autres, une connaissance approfondie de l'impact du marché intérieur sur le consommateur ;

considérant qu'il convient d'améliorer la représentation des consommateurs au niveau communautaire afin d'assurer l'équilibre entre les intérêts des producteurs et ceux des consommateurs ;

considérant qu'il importe de promouvoir la sécurité ainsi que l'amélioration de l'information concernant la qualité des produits et des services ; que, dès lors, conformément à l'esprit de la résolution du Conseil du 25 juin 1987 concernant la sécurité des consommateurs, la Commission a proposé au Conseil une directive appliquant le principe général de l'obligation de sécurité aux biens, sans préjudice de la poursuite des travaux liés à la « nouvelle approche » en matière d'harmonisation technique et de normalisation, approuvée par la résolution du Conseil du 7 mai 1985 ;

considérant qu'il est opportun d'étudier la possibilité d'accompagner de certaines mesures sur le plan judiciaire ou extrajudiciaire la déclaration des droits du consommateur et la réalisation d'un marché intérieur où les échanges entre Etats membres seraient intensifiés,

INVITE la Commission, au cours de ses travaux, à consacrer ses efforts en priorité aux domaines visés dans l'annexe de la présente résolution, considérés comme particulièrement sensibles pour les consommateurs, et compte tenu de ces priorités, à présenter avant le 31 décembre 1989 un plan triennal concernant les objectifs de la Communauté en matière de politique de protection et de promotion des intérêts des consommateurs.

ANNEXE

Priorités pour la relance de la politique de protection et de promotion des intérêts des consommateurs

1. Intégrer la politique de protection et de promotion des intérêts des consommateurs dans les autres politiques communes grâce à :

— l'exécution d'une étude d'ensemble sur l'impact du marché intérieur pour le consommateur, qui fasse ressortir les secteurs spécifiques affectant le plus les intérêts de ce dernier,

— l'élaboration d'une fiche d'impact adéquate concernant les propositions particulièrement sensibles pour le consommateur.

2. Améliorer la représentation des consommateurs au niveau communautaire, en étudiant différentes possibilités de promouvoir :

— la participation des associations des différents Etats membres au système de représentation des consommateurs, et

— l'échange d'idées avec les représentants des secteurs économiques ou patronaux,

— la mise en œuvre optimale de la résolution du Conseil du 4 novembre 1988 concernant le renforcement de la participation des consommateurs à la normalisation, étant entendu qu'une telle amélioration contribuera, entre autres, à la réalisation des objectifs de la présente résolution, et notamment ceux indiqués au point 1.

3. Promouvoir la sécurité générale des produits et des services ainsi que l'amélioration de l'information concernant la qualité des produits et des services :

— en étudiant la mise en œuvre éventuelle au niveau communautaire d'instruments destinés à promouvoir la sécurité des services ;

— en veillant au fonctionnement optimal :

• du système communautaire d'information sur les accidents dans lesquels sont impliqués des produits de consommation (EHLASS),

• du système communautaire d'échange rapide d'informations sur les dangers découlant de l'utilisation de produits de consommation institué par les décisions 84/103/CEE et 89/45/CEE ;

— en encourageant les campagnes qui font progresser la sécurité des produits, en particulier lorsqu'il s'agit de produits qui peuvent être utilisés par des enfants ou qui peuvent les affecter ;

— en harmonisant les mécanismes de contrôle des différents Etats membres en ce qui concerne les denrées alimentaires et en étudiant la possibilité d'harmoniser, le cas échéant, les mécanismes de contrôle pour les autres produits ;

— en recherchant un cadre communautaire pour l'information sur les produits, y compris les denrées alimentaires, au moyen de l'étiquetage, d'instruments d'accompagnement, de signes distinctifs, afin d'aider les consommateurs à faire un choix éclairé et d'éviter des allégations trompeuses ainsi qu'une concurrence déloyale ;

— en étudiant les critères communs à appliquer pour l'exécution des essais et analyses comparatives des produits et des services et pour la diffusion de leurs résultats, ainsi qu'en promouvant leur mise en œuvre ;

— en convenant d'une approche globale pour l'établissement d'un cadre commun dans le domaine des essais et de la certification (évaluation de la conformité) afin de garantir le principe de la reconnaissance réciproque, conformément à la « nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation » du Livre Blanc de 1985 pour l'achèvement du marché intérieur.

4. Sans préjudice des dispositions nationales en la matière, inciter les Etats membres à faciliter l'accès à la justice et, à cet effet :

— compléter les études décrites au point 7 de la résolution du Conseil du 25 juin 1987, sans préjuger de l'opportunité d'admettre les actions de groupes ;

— encourager la recherche par les Etats membres de systèmes judiciaires ou extrajudiciaires permettant d'assurer le règlement rapide et efficace des litiges mineurs entre les consommateurs et les fournisseurs de biens et de services ;

— étudier, en collaboration avec les Etats membres, la faisabilité d'un système d'échange d'informations favorisant l'accès à la justice d'un autre Etat membre dans les cas de litiges mineurs transfrontaliers.

5. Mener à bien, en consultation avec les experts nationaux et dans le respect des critères fixés par la résolution du Conseil du 23 juin 1986 :

— les travaux déjà engagés au sein de la Commission, y compris ceux relatifs à la proposition de directive concernant les clauses abusives dans les contrats et au rapport sur la politique générale de l'information des consommateurs ;

— l'étude, dans le cadre du plan triennal et en tenant compte de l'objectif 1992, d'autres initiatives éventuelles, notamment dans les domaines de l'éducation des consommateurs, des nouvelles technologies permettant la vente à distance, des garanties et du service après vente, ainsi que de la publicité déloyale.

COMITÉ PERMANENT DE L'EMPLOI

Le Comité Permanent de l'Emploi a tenu sa 38^e session le vendredi 10 novembre 1989, sous la présidence de M. Jean-Pierre

Soisson, ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle de la République française, avec la participation des représentants des Etats membres, de la Commission, et des organisations des travailleurs et des employeurs.

Lors de cette session, le Comité a procédé à l'examen du document de travail des services de la Commission concernant « l'emploi en Europe — tendances et priorités ».

A l'issue de la session, le Président a tiré les conclusions qui sont reprises ci-après :

1. Le Comité permanent de l'emploi a procédé à un échange de vues concernant « l'emploi en Europe, tendances et priorités », à partir du premier rapport sur l'emploi établi par les services de la Commission.

Ce rapport constitue une base solide pour une analyse nouvelle des problèmes de l'emploi et de la formation.

Ainsi sera facilitée la mise en œuvre des objectifs de la « stratégie de coopération pour la croissance et l'emploi ».

2. Le Comité se félicite de voir le chemin de la croissance retrouvé pour tous les pays de la Communauté européenne avec un taux de croissance de près de 4 % en 1988, taux le plus élevé observé depuis douze ans.

3. Mais la croissance ne mord pas suffisamment sur le chômage, notamment le chômage de longue durée.

De plus, les emplois créés le sont souvent sous forme de contrats à durée déterminée et d'intérim.

4. Les problèmes de l'emploi et du chômage sont au cœur des préoccupations de l'Europe.

Dès lors, il demeure nécessaire de développer la liaison entre la croissance économique et le progrès social. Il importe de ne pas relâcher les efforts déjà accomplis pour lutter contre un chômage persistant, hérité des années de croissance faible.

5. La priorité demeure la lutte contre le chômage de longue durée. Plus de la moitié des chômeurs en Europe le sont depuis plus d'un an et cette tendance ne s'inverse pas malgré la reprise économique.

Il faut éviter les phénomènes d'exclusion qui menacent certaines catégories de travailleurs, notamment les jeunes sans qualification, les femmes et les travailleurs âgés.

Les politiques de l'emploi doivent prendre en compte les intérêts de ces travailleurs comme les besoins des entreprises.

Le Comité considère, dans le cadre des fonds structurels, qu'un rôle essentiel doit être joué à cet égard par le Fonds social européen.

6. L'inadaptation ou l'insuffisance des qualifications par rapport aux emplois offerts est un problème majeur.

Le Comité estime que l'accent doit être mis sur la formation initiale comme sur la formation dispensée tout au long de la vie active.

Il considère que les entreprises ont un rôle fondamental à jouer en la matière.

Il souligne l'apport que représentent les programmes déjà mis en place par la Communauté. Il insiste sur l'intérêt qui s'attache à promouvoir une action communautaire en faveur de la formation continue des salariés en entreprise.

La formation professionnelle est un domaine privilégié du dialogue social. Elle doit associer les collectivités publiques, les organi-

sations professionnelles et les partenaires sociaux, selon leurs responsabilités propres.

7. La population de l'Europe vieillit. La Communauté est confrontée aux problèmes posés par une évolution démographique défavorable. Les réponses qu'on peut apporter à une telle situation sont diverses.

8. Par ailleurs, la nature du travail se modifie

Un tel phénomène est dû à la combinaison de plusieurs facteurs, notamment les changements technologiques.

Le Comité considère qu'une telle évolution doit être conduite de façon à éviter, dans toute la mesure du possible, les conséquences défavorables pour les salariés.

Toute modernisation économique suppose une modernisation sociale. Celle-ci doit faire toute sa place au dialogue entre les partenaires sociaux.

9. Le Comité rappelle que la lutte contre le chômage suppose également une politique d'aménagement du territoire et une politique de développement local.

10. Il estime, dans la perspective de 1992, que tout doit être mis en œuvre afin que soient levés les obstacles à la mobilité des travailleurs et que soient prises les mesures d'accompagnement nécessaires.

11. Le phénomène récent de pénurie de main d'œuvre qualifiée dans certains secteurs requiert l'attention particulière de la Communauté. Sont ainsi posés le problème de l'adaptation des politiques de formation et la nécessité d'une gestion prévisionnelle de l'emploi aux niveaux appropriés.

12. Réussir l'Europe nécessite qu'un effort soit développé pour anticiper les changements et en atténuer le coût social.

Aussi le Comité donne-t-il un avis favorable à la création d'une organisation légère, qui permette à la fois de mieux connaître l'évolution de l'emploi et de favoriser le dialogue social.

La réalisation de tels objectifs, dans le cadre d'un observatoire européen de l'emploi, doit mobiliser tous les acteurs de la vie économique et sociale.

III. — Relations extérieures

CONSEIL CEE-EGYPTE

Le Conseil de coopération CEE-Egypte a tenu le 6 novembre 1989 à Bruxelles sa 5^e session au niveau ministériel sous la Présidence de M. Roland Dumas, ministre des affaires étrangères de la République française et Président en exercice du Conseil des Communautés européennes.

La délégation de la République arabe d'Egypte a été conduite par M. Abdel Meguid, vice-premier ministre et ministre des Affaires étrangères de la République arabe d'Egypte et président de la délégation égyptienne.

La Commission était représentée par M. Abel Matutes, commissaire.

La Banque européenne d'investissement était représentée par M. Alain Prate, vice-président.

Cette session a permis à la Communauté et à l'Egypte de faire le point de leurs relations dans le cadre de l'Accord de coopération, et leur a également donné l'occasion d'avoir des conversations sur des sujets de nature politique et d'intérêt mutuel.



Les débats ont mis en évidence l'importance des relations de coopération existant entre la Communauté et l'Égypte et la volonté des deux parties de poursuivre et d'intensifier cette coopération. La délégation égyptienne a soutenu l'initiative du Président Mitterrand de tenir une réunion euro-arabe au niveau des ministres des Affaires étrangères à Paris le mois prochain.

La délégation égyptienne a exposé les réformes économiques importantes en cours dans son pays et demandé l'appui de la Communauté en vue de l'aider à réaliser ce programme, dont le succès est essentiel pour restaurer les équilibres fondamentaux et promouvoir la croissance sur des bases solides.

La Communauté, qui souhaite la réussite de ce programme, a rappelé que l'Égypte est l'un des principaux destinataires de son aide. Avec l'aide alimentaire et celle du Protocole financier, l'Égypte bénéficie chaque année d'un montant d'environ 10 millions d'ÉCU en moyenne, dont une partie importante sous forme d'aide non remboursable. Il s'y ajoute les aides fournies par les États membres.

Le Conseil de coopération a noté les effets positifs qui en résultent pour l'Égypte. Entre autres, la priorité donnée par le Protocole financier à l'autosuffisance alimentaire, de même que l'aide alimentaire qui est fournie comme dons, contribuent à réduire la charge que représente l'importation de produits alimentaires pour la balance des paiements et la dette égyptiennes.

En ce qui concerne les échanges commerciaux, le Conseil de coopération a noté la persistance d'un déficit — bien qu'en voie de réduction — au détriment de l'Égypte. Il a relevé les éléments positifs que constitue l'accroissement de la part des produits manufacturés dans les exportations de l'Égypte, celle-ci bénéficiant aussi des mesures visant à permettre le maintien des courants traditionnels d'échange de produits agricoles vers la Communauté élargie.

Dans le domaine de la coopération financière et technique, le Conseil de coopération a souligné les progrès accomplis dans la mise en œuvre des protocoles. Il s'est félicité de l'attention accrue portée au soutien des secteurs productifs de l'économie, en conformité avec les priorités définies par l'Égypte.

Enfin, la coopération régionale est apparue comme une des priorités dans de nombreux domaines, comme l'environnement, la gestion des ressources en eau ou la coopération industrielle.

La Communauté et ses États membres, qui avaient accueilli avec satisfaction la création du Conseil de coopération arabe, ont rappelé leur disponibilité à accompagner cet effort d'intégration régionale par une coopération dans des domaines d'intérêt mutuel.

Le Conseil de coopération a enfin adopté une décision arrêtant le règlement intérieur du Comité de coopération commerciale CEE-Égypte.

LE COLLÈGE EUROPÉEN DE PARME

La création du Collège Européen de Parme a déjà suscité en Lombardie, dans toute l'Italie, et dans les milieux européens, un large et favorable écho. Le collège à l'instar de celui du quasi même nom de Bruges s'intéresse à la préparation de cadres qui peuvent être rapidement trans-nationaux. Il leur dispense un enseignement théorique et pratique. Il nous a paru intéressant de publier la note ci-dessous où l'auteur, directeur du Collège expose les méthodes, programmes et débouchés de celui-ci, pour susciter chez nos lecteurs des réactions sur le besoin en France et dans les autres proches États membres, d'une pareille création.

1. — INTRODUCTION

Le Collège Européen de Parme a commencé son activité seulement le 24 novembre 1988 en donnant naissance à diverses initiatives originales, tant en ce qui concerne la méthode d'enseignement, l'assemblage et la classification de la documentation, la mise en place d'une banque de données, la technique d'exécution des recherches, qu'en ce qui concerne les rapports instaurés avec les organisations patronales et professionnelles tant en Italie qu'à l'étranger. Il faut ajouter à tout ceci l'originalité de la structure juridique du Collège, qui a été constitué en tant que consortium de droit privé italien (association sans but lucratif) dont les membres sont des institutions publiques et des associations ou groupements privés de la ville de Parme, avec possibilité pour d'autres groupements ou institutions d'y accéder en qualité de nouveaux membres.

Le consortium est composé de sept membres qui, de façon différente et en fonction de leurs respectives compétences, ont contribué à la naissance de cette institution. Il s'agit de l'Université de Parme (dont la faculté de droit s'occupe du profil didactique et scientifique des cours du Collège) ; la Mairie de Parme ; l'Administration de la

Province de Parme ; le « Convitto Nazionale Maria Luigia » de Parme ; la Chambre de Commerce, d'Industrie, d'Agriculture et d'Artisanat de Parme ; la Caisse d'Épargne de Parme et l'Union des Industriels de Parme (1).

(1) Le président du Collège Européen de Parme est Nicola Occhiocupo, Professeur de Droit constitutionnel, Président de la Faculté de droit et actuellement recteur de l'Université de Parme. Le directeur du Collège est Fausto Capelli, Professeur de droit des Communautés Européennes auprès de la même Université de Parme ; les vice-Présidents sont Nunziante Petrillo, Recteur du « Convitto Nazionale Maria Luigia » et Giancarlo Artoni, Président de l'Ordre des avocats de Parme. La secrétaire du collège est Madame Patrizia Ciciliato. L'organisation de la bibliothèque, la classification de la documentation, ainsi que l'introduction des références dans la banque de données ont été effectués sous la direction d'Emmanuelle de Barnier-Bernier, avocat au Barreau de Paris, avec la collaboration de Claus-Peter Appel, Heike Wieland et Gable Titz, référendaires de nationalité allemande, ainsi que de Maria-Grazia Boccia, Lucia Fusco, Filippo Schittone et Pier-Luigi Pianu, élèves du Collège Européen de Parme (année académique 1988-1989).

La conception de l'idée ainsi que la mise en œuvre de l'entière initiative ont rencontré quelques difficultés, surtout à cause de l'absence de modèles de référence déterminés, étant donné que d'autres initiatives de ce genre n'avaient pas encore vu le jour, à l'exception du Collège d'Europe de Bruges, qui est soutenu depuis plusieurs années par les financements de l'Etat belge ainsi que par des Associations et Instituts dotés d'une disponibilité financière importante. A Parme par contre, il fallait satisfaire plusieurs intérêts, concilier diverses exigences, tout en tenant compte du caractère limité des financements dont on disposait. L'opportunité qui a été donnée d'utiliser en partie la structure d'accueil du « Convitto Nazionale Maria Luigia », a rendu assurément plus facile le début de l'activité du Collège Européen, qui a pu de ce fait bénéficier d'une structure d'accueil efficiente et rodée depuis déjà longtemps. Sans cette base de départ il n'aurait pas été possible de réaliser les finalités poursuivies ; en effet la résidence, dans le Collège, des élèves, âgés de 24 à 30 ans, titulaires au moins de la maîtrise et provenant tous de villes différentes, représentait la condition essentielle pour la mise en marche des activités et pour la réalisation des initiatives nouvelles dont on a parlé plus haut. L'opportunité qui a ainsi été offerte aux élèves de vivre ensemble dans la même structure et d'organiser en commun le travail d'étude et de recherche de manière continue et systématique a permis au Collège d'exercer toute son activité de la manière dont nous parlerons plus avant.

2. — METHODE D'ENSEIGNEMENT-RECHERCHE ET CLASSIFICATION DES DOCUMENTS-PROGRAMME « GIURIS-CEE »

Le caractère complexe et spécifique des matières enseignées, ainsi que le nombre limité de professeurs spécialistes disponibles, a conditionné au moins en partie la méthode didactique. Etant donné que le Collège Européen de Parme, contrairement au Collège d'Europe de Bruges, ne pouvait disposer à quelques dizaines de kilomètres de ce réservoir très fourni de spécialistes que constitue la Commission des Communautés Européennes à Bruxelles (80 km séparent Bruges de Bruxelles, contre 1100 km de Parme à Bruxelles), il a été nécessaire d'organiser l'enseignement selon une méthode originale qui s'écartait de celle traditionnelle, grâce à l'introduction de systèmes didactiques employés dans d'autres types d'écoles. L'objectif premier était celui d'assurer la connaissance approfondie des normes, de la jurisprudence et de la doctrine communautaires, en relation avec les 24 thèmes au programme du cours d'études (2).

(2) Les disciplines enseignées au Collège Européen de Parme sont les suivantes : **Discipline fiscale dans la Cee** — Harmonisation de la TVA — Application des accises — Fiscalité directe — Conventions de double imposition ; **Politique culturelle et scientifique** — Projets : Erasmus, Comett, Yes — Télévision par satellite — Europe des citoyens — Financements communautaires pour la recherche (Esprit, Brite, Race etc.) ; **Circulation des personnes et des services** — Professions libérales, banques et assurances — Droit d'établissement dans la Cee ; **Liberté de circulation des capitaux dans la Cee** — Investissements étrangers en Italie — Investissements italiens à l'étranger — Directives Cee — Moyens italiens de mise en œuvre des normes Cee — Politique monétaire européenne ; **Droit communautaire des sociétés** — Rédaction des bilans — Fusions et scissions de sociétés — Certification des bilans — Comptes consolidés — Société Européenne — Impact sur l'ordre juridique italien — GEIE (Groupement Européen d'intérêt Economique) — Sociétés multinationales ; **Droit du travail dans la Cee et politique sociale** — Directives Cee — Licenciements collectifs — Insolvabilité de l'employeur — Transfert d'entreprises — Fond Social Européen — Normes européennes de Sécurité Sociale ; **Droit communautaire et droit national** — Procès communautaire — Rapports entre magistrats nationaux et Cour de Justice Cee — L'application en Italie des arrêts de la Cour de Justice ; **Circulation des marchandises dans la Cee** — Réalisation du marché unique d'ici 1992 — Reconnaissance mutuelle — Certification des produits — Compétences des Organismes de normalisation — Harmonisation des législations ; **Politique industrielle communautaire** — Financements aux entreprises — Fonds structurels — Programmes intégrés méditerranéens (PIM) — Banque Européenne des investissements (BEI) — Politique régionale communautaire — Politique industrielle et discipline de la concurrence ; **Droit communautaire de la concurrence** — Ententes horizontales et verticales — Contrats d'exclusivité — Distribution sélective — Exploitation abusive de position dominante — Fusions et concentrations de sociétés — Joint ventures ; **Aides d'Etat aux entreprises et interventions étatiques dans**

a. Les dossiers du Collège Européen

Pour atteindre ce résultat dans une période relativement brève (comme celle d'une seule année académique), il a fallu exercer une activité de persuasion à l'égard des élèves de manière à les amener à s'occuper de l'ensemble des 24 matières, sans écarter la possibilité d'un intérêt particulier pour un nombre plus limité d'entre elles. Les trente élèves ont donc ainsi été divisés en divers groupes de travail, qui devaient respectivement s'occuper pendant le cours entier de l'année de trois ou quatre matières différentes. Au cours du premier trimestre, pendant le petit nombre de semaines disponibles, étant donné le retard avec lequel l'activité a commencé et, la réduction de la période de travail imposée par les fêtes de fin d'année, l'on a dû concentrer, non sans difficultés, les cours et les séminaires, en incitant les élèves de chaque groupe à confectionner, respectivement pour chaque matière, le premier jet d'un dossier, destiné une fois achevé à constituer un texte de base pour l'étude du sujet en question. De cette manière les « dossiers », mis en place par chaque groupe, allaient permettre à chaque élève d'affronter les différentes disciplines avec une préparation suffisante pour pouvoir suivre avec profit les séminaires et les conférences prévus pour les deuxième et troisième trimestres. La rédaction de ces dossiers a été rendue possible grâce à l'utilisation de la banque de données mise en place au Collège. Les élèves ont tout de suite appris, pour chacun des thèmes étudiés, à cerner les sources ainsi qu'à individualiser les références et les documents essentiels en vue de leur insertion dans les dossiers, tant du point de vue normatif, que du point de vue jurisprudentiel ou encore doctrinal. Avec une rapidité extrême, ils ont su maîtriser les techniques de fonctionnement de l'ordinateur en dotation auprès du Collège et ont su manier avec dextérité les instruments de recherche dans chacune des matières examinées, en procédant ainsi à la confection, en très peu de temps, de la première version des dossiers. Cette première étape a permis successivement de procéder au perfectionnement et à la rédaction définitive de ces mêmes dossiers, qui représentent aujourd'hui un instrument didactique très valable et précieux, objet de maintes appréciations favorables de la part de ceux qui ont pu les consulter. Le système d'élaboration de ces dossiers est fondé sur le rapport de collaboration entre les élèves du groupe de travail intéressé et les spécialistes des respectives matières (professeurs, praticiens du droit communautaire) qui fournissent les indications nécessaires pour l'assemblage et la classification de manière exhaustive du matériel, tant du point de vue du droit communautaire que de celui du droit interne. Sur la

l'économie — Prix imposés par l'Etat — Autres impositions étatiques ; **Discipline communautaire des transports** — Transports sur route, par chemin de fer, par mer, par voie aérienne — Marché unique dans le secteur des transports — Discipline de la concurrence et transports ; **Discipline des marchés publics dans la Cee** — Directive sur les marchés de fournitures — Directive sur les marchés de construction — Extension des normes Cee aux secteurs jusqu'ici exclus : énergie, transports, télécommunications, transport d'eau et services — Directive sur les recours devant les autorités administratives et judiciaires ; **Politique et règlementation de l'agriculture** — Les organisations communes de marché — Politique des structures — Interventions du FEAOG — La réforme de la politique agricole commune — Les stabilisateurs — La mise en jachère des terres ; **Protection des consommateurs dans la Cee** — Produits alimentaires — Autres produits — Services et consommateurs — Protection civile — Responsabilité du producteur pour les dommages causés par les produits défectueux ; **Protection de l'environnement dans la Cee** — Rôle des régions — Protection contre la pollution : eau, sol, atmosphère — Directives communautaires — Conventions internationales auxquelles la Cee est partie — Mise en œuvre des directives Cee en Italie et dans les Etats membres ; **Accords internationaux** — Politique commerciale communautaire — Rapports Cee/Comecon — Discipline antidumping dans la Cee — Coopération avec les Pays en voie de développement — Convention de Lomé — Fonds européen de développement ; **Commerce intra-communautaire, extra-communautaire et développement économique de la Cee** — Rapports Cee/USA — Rapports Cee/Japon ; **Harmonisation des législations nationales** — Les Conventions communautaires — La Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des arrêts dans les Etats membres — La Convention sur le Brevet communautaire ; **Contrats internationaux et Arbitrage international** — Rédaction des contrats internationaux — Règlementation des conflits — Chambres arbitrales internationales.



base des indications des spécialistes, les élèves de chaque groupe de travail procèdent à une analyse minutieuse de la doctrine ainsi que de la législation et de la jurisprudence applicables, en procédant à l'enregistrement de toutes les références de ces documents de nature doctrinale, normative ou jurisprudentielle concernant le sujet étudié.

b. Le programme « Giuris-Cee »

Ces données, distribuées dans les différents chapitres qui composent le dossier, sont insérées dans la mémoire de l'ordinateur Digital-Vax 3500 (installé auprès du Collège Européen de Parme) qui s'est avéré être un ordinateur techniquement très avancé pour ce genre d'activité. Les données ainsi mémorisées sont ensuite traitées en vue de leur utilisation pour le programme de recherche « Giuris-Cee » également inséré dans l'ordinateur installé au Collège Européen. Une fois terminé, le programme de recherche « Giuris Cee » représentera ce que l'on peut avoir de plus complet et de plus actuel (les mises-à-jour sont effectuées quotidiennement) pour mener à bien une recherche en droit communautaire (3). Chacun des dossiers est ensuite complété par des textes qui retracent les dispositions normatives, les arrêts essentiels et les articles de doctrine les plus importants dans le but de permettre aux élèves et à tous les intéressés d'effectuer rapidement les recherches et les études dans chacune des matières examinées.

c. Les conférences-séminaires

Pour rendre l'élaboration des différents dossiers, dans leur version définitive, systématique et sûre, le programme du cours d'étude en droit, économie et politique des Communautés Européennes a été conçu de manière à prévoir, pour les deuxième et troisième trimestres, un échelonnement intense de conférences à chaque fin de semaine (vendredi et samedi), depuis le début du mois de février jusqu'à la fin du mois de juin 1989. Il s'est agi d'une activité extrêmement lourde et prenante. Organiser un programme de 20 conférences, de la durée de deux journées chaque semaine, s'étalant sur la période de cinq mois seulement, à un rythme très vif, avec plus de 150 professeurs et conférenciers provenant pour leur majorité de villes éloignées de Parme (bon nombre d'entre eux venait de Bruxelles) avec toutes les difficultés liées aux transports et les problèmes de coordination entre les divers professeurs, n'a pas été une activité de tout repos. Mais aucun autre système n'aurait permis d'atteindre les objectifs poursuivis, y compris celui de la réalisation systématique et à temps des dossiers relatifs aux sujets traités au cours de la conférence. Grâce à cette méthode les élèves ont réussi à recueillir une importante documentation sur toutes les matières objet d'enseignement, avec la conséquence qu'il est maintenant possible de disposer de textes de base complètement à jour pour l'étude de tous les thèmes communautaires ainsi que pour les recherches qui comme nous le verrons plus avant, sont effectuées par le Collège Européen de Parme.

d. La méthode d'enseignement

La nécessité de réaliser les objectifs à peine mentionnés et la disponibilité de temps limitée des conférenciers-spécialistes, dont nous avons parlé au début, ont donc imposé un changement dans la méthode d'enseignement traditionnelle (fondée sur un certain nombre d'heures de cours, pour chaque matière, pendant toute l'année aca-

démique). La méthode suivie, pendant le premier trimestre, par chacun des conférenciers spécialistes, a été au contraire celle de traiter pendant les séminaires leur sujet de spécialité (chacun d'une ou deux journées d'étude) dans le but de mettre en évidence les divers problèmes intéressant l'étude. Avec cette méthode d'enseignement on a voulu, dès le début, éveiller dans chaque élève l'intérêt et la curiosité pour ces thèmes, en leur fournissant toutes les indications nécessaires pour l'exécution des recherches destinées à l'élaboration de la première version des dossiers. Pour les matières plus complexes (par exemple la discipline Cee de la concurrence) ont été organisés, en succession rapide, différents séminaires spécifiques, avec des conférenciers différents, dans le but aussi de donner l'opportunité aux élèves de vérifier le développement progressif de leurs propres connaissances (4). A la fin du premier trimestre, la méthode d'enseignement s'est adaptée aux exigences imposées par le programme des deuxième et troisième trimestres. Pendant les deux derniers trimestres les conférenciers-spécialistes, participant aux diverses conférences de chaque fin de semaine, se sont occupés de fournir aux élèves toute forme d'assistance en dehors de celle spécifique pour l'élaboration des dossiers. Ceci a été prévu pour chacun des 24 thèmes.

De plus, pour les matières fondamentales, pour lesquelles une approche d'un type différent était nécessaire à cause de la particularité et de la complexité de chacune d'entre elles, des séminaires plus fréquents, du type de ceux du premier trimestre, ont été tenus afin de mieux approfondir ces problèmes. La première matière pour laquelle on a retenu devoir suivre une telle technique d'enseignement est celle qui concerne le procès communautaire et le problème des rapports entre les juges des Etats membres et la Cour de Justice (rapports entre procès national et procès communautaire et application à l'intérieur des Etats membres des arrêts de la Cour de Justice). La deuxième matière d'importance est la discipline de la concurrence, caractérisée, comme l'on sait, par une technicité extrême (sans oublier que la matière de la concurrence est très liée à celle des aides d'Etat ainsi qu'à celle des limites posées aux interventions des Etats dans l'économie). La troisième matière est celle agro-alimentaire qui présente aussi des arguments d'une grande complexité. La dernière concerne la réalisation du marché unique en relation avec les quatre libertés fondamentales (marchandises, personnes, services et capitaux) ainsi qu'avec toute la gamme importante des problèmes liés à la réalisation de ces libertés en référence aussi aux aspects nouveaux comme celui de la discipline des marchés publics.

Pour ces matières, comme cela a déjà été indiqué, des séminaires ont été organisés de manière plus fréquente (toujours tenus par des spécialistes, même si ce n'étaient pas les mêmes conférenciers participant aux séminaires de chaque fin de semaine) destinés à permettre un approfondissement adéquat des problèmes en question, surtout grâce à la technique du procès simulé, dont la fonction est celle d'entraîner de façon optimale les élèves qui y prennent part, de manière à les transformer d'auditeurs passifs en interlocuteurs actifs et en protagonistes du débat sur la matière étudiée. Le système du procès simulé présuppose la distribution anticipée du matériel procédural à tous les élèves, de manière à permettre à chaque groupe de travail d'effectuer les propres recherches et de se préparer à soutenir sa propre thèse et sa propre conviction au cours du débat. Les conférenciers-spécialistes ont la fonction de juge et participent à la discussion pour orienter le débat et mettre en lumière les particularités des arguments qui intéressent la matière examinée. Evidemment ces techniques didactiques présupposent et accentuent le recours à l'étude et à la recherche individuelles. Et cette considération vaut surtout en référence aux quatre matières plus importantes que nous avons à peine mentionnées.

(3) Il est à prévoir que les élèves, une fois qu'ils auront terminé les études et qu'ils seront entrés dans le monde du travail dans les secteurs les plus divers, puissent maintenir, de l'extérieur, des contacts avec le Collège Européen grâce au programme « Giuris-Cee ». Ceci pourra permettre aussi un constant enrichissement et une continue mise-à-jour de ce même programme, au moyen de l'apport de données que chaque élève sera en mesure de fournir grâce à sa propre et particulière spécialisation. Le programme « Giuris-Cee » a été confectionné à partir d'une conception originale de base du Prof. Fausto Capelli, en collaboration avec l'Adena-Progetti et Emmanuelle de Barnier-Bernier, avocat au Barreau de Paris.

(4) L'on a beaucoup apprécié l'apport constant de compétence et de professionnalisme de tous les spécialistes de la Commission Cee venus à Parme, et en particulier de l'avocat Enzo Moavero-Milanesi, de l'avocat Enrico Traversa et du directeur Alfonso Mattera Ricigliano.

e. Les cassettes-vidéo

Pour compléter la description des techniques didactiques employées par le Collège Européen de Parme, il ne faut pas oublier que l'ensemble des leçons, séminaires et conférences sont filmés grâce à un système d'enregistrement vidéo-sonore interne de manière à en permettre la conservation sur cassettes-vidéo. Dans une salle de montage prévue à cet effet, et mise à disposition par l'Université de Parme, il est donc possible de réunir les contenus des différentes cassettes-vidéo concernant le même sujet, aux fins d'en confectionner une seule (de deux heures environ) contenant la synthèse organique et systématique de l'ensemble de ce qui a été filmé.

Les cassettes-vidéo et les dossiers, tous deux dans leur version définitive, sont mis à la disposition des élèves et constituent un instrument didactique d'une valeur très importante pour l'activité future du Collège Européen (que l'on songe à l'utilisation qui pourra en être faite de la part des élèves qui fréquenteront les cours du Collège dans les prochaines années académiques).

3. — RECHERCHES

La confection des dossiers, selon les techniques sus-mentionnées, revêt une importance notable, en ce que la classification de tout le matériel relatif à un sujet déterminé, tant du point de vue du droit communautaire, que de celui du droit national, permet d'effectuer une analyse systématique et comparée de ce dernier et de fournir des indications utiles sur l'état et le degré de mise en œuvre du droit communautaire à l'intérieur d'un Etat membre. L'ensemble de la documentation acquise permet d'effectuer des recherches dans tous les secteurs auxquels la législation communautaire s'applique (tout en tenant présent à l'esprit les développements tant jurisprudentiels que doctrinaux autour de ces matières). L'opportunité qui est offerte d'étudier un thème déterminé tout en approfondissant les aspects normatifs, à côté de ceux jurisprudentiels et doctrinaux, permet une vision plus complète et précise de la matière étudiée. Sans compter que le résultat d'une telle recherche, pourrait être d'une utilité certaine comme matériel d'approfondissement pour d'autres recherches, par exemple en vue de l'étude d'une réforme sérieuse de l'Administration Publique en référence aux secteurs les plus touchés par les normes communautaires. L'équipement et le potentiel de recherche du Collège Européen de Parme fondés, en premier lieu, sur le système de documentation et de classification des données que nous avons décrit ci-dessus, ont déjà permis au Collège de stipuler lui-même des accords pour l'exécution de recherches d'un grand intérêt.

Tout d'abord le Ministère de l'Agriculture et des Forêts a choisi le Collège Européen pour une recherche sur les moyens juridiques utilisables pour la sauvegarde des produits alimentaires typiques italiens.

De même, dans le cadre d'une activité de recherche proposée par la Commission Cee et cordonnée par l'Institut Universitaire Européen de Florence, le Collège Européen de Parme, ensemble avec 11 autres instituts européens (un pour chaque Etat membre), devra vérifier l'état de la mise en œuvre progressive des normes communautaires à l'intérieur de l'ordre juridique italien. Le produit de cette recherche, qui est essentiellement conduite sous le profil juridique, pourrait dans le futur, comme on l'a déjà dit, être mis à disposition d'instituts spécialisés dans d'autres domaines, comme par exemple celui économique, technique, ou de la Fonction Publique, en permettant ainsi l'utilisation de ces résultats qui sont pour ces instituts d'un accès difficile (car obtenus grâce à une confrontation systématique des normes communautaires et nationales pour chaque secteur examiné).

D'autres recherches pourraient être effectuées de manière approfondie dans d'autres secteurs, comme par exemple celui des marchés publics et celui de la protection de l'environnement.

4. — RAPPORTS AVEC LES ENTREPRISES ET LES PROFESSIONS LIBÉRALES

Le dernier aspect original, que l'on rencontre au long du déroulement de l'activité du Collège, et dont il faut parler, est celui de l'organisation de conférences pendant les deuxième et troisième trimestres auxquels peuvent accéder aussi les auditeurs externes en représentation du monde des entreprises et des professions libérales (et aussi en représentation des organismes publics).

Puisque le but du Collège Européen est celui de former de jeunes experts dans les matières communautaires qui seront ensuite insérés directement dans les entreprises et dans d'autres structures opérationnelles, il est évident que la présence à ces conférences de représentants du monde des entreprises et des professions libérales offre une occasion intéressante pour les élèves de tisser des contacts, en dehors de l'échange de connaissances et d'expériences.

Au terme du deuxième trimestre, le Collège Européen s'occupe d'envoyer aux entreprises et à d'autres organismes, le curriculum-vitae de chaque élève en vue de leur insertion dans le monde du travail. De même sont pris en considération les autres systèmes de formation professionnelle bien connus. Que l'on pense aux "stages" auprès des Institutions communautaires, comme à la possibilité de séjourner pendant une période déterminée auprès d'entreprises d'autres Etats membres, dans le cadre du projet « Comett ». L'ensemble de ces initiatives rend possible l'enrichissement culturel et professionnel des élèves du Collège Européen, tout en leur offrant d'intéressantes perspectives d'insertion dans le monde du travail.

Au terme de l'année académique chaque élève doit prédéposer un mémoire écrit sur un thème spécifique (en cherchant à fournir une contribution originale). Il s'agit d'un élément important pour l'appréciation finale de l'élève, et constitue l'épreuve écrite terminale, qui vient s'ajouter à l'épreuve orale constituée par un exposé que chaque élève tient devant ses camarades (5), sur un des sujets étudiés pendant l'année.

Fausto Capelli
Professeur de droit des Communautés Européennes
près l'Université de Parme
Directeur du Collège Européen de Parme (*)

(5) Les élèves qui ont été reçus à l'examen d'entrée du Collège Européen de Parme pour l'année académique 1988-1989 et qui ont suivi les cours, sont (en ordre alphabétique) : Maria Grazia Boccia, Antonio Caiola, Giulio Castriota Scanderbeg, Isabella Chiesi, Tito Cordella, Paola De Franceschi, Francesco Del Forno, Lucia Fusco, Giovanna Gaiga, Doretta Ghinzelli, Ezio Giampietro, Paola Gosparini, Carlo Maggiore, Alessandra Mancini, Maurizio Marconi, Monica Medici, Luca Petrillo, Pier-Luigi Pianu, Paola Pioli, Gabriella Prunotto, Andrea Quaia, Paola Rossi, Luca Sanfilippo, Filippo Schittone, Giuseppe Scognamiglio, Michela Tiramani. Les élèves du Collège peuvent suivre des cours en langue étrangère de même que des émissions télévisées en langue étrangère reçues directement par voie-satellite.

(*) Les demandes d'admission au Collège doivent être envoyées à l'adresse suivante : Collège Européen de Parme - Borgo Lalatta 14 - 43100 Parme - Tél. : (0521) 207525 - Fax : (0521) 207554.



BIBLIOGRAPHIE

- E. GAILLARD, D. CARREAU et W.L. LEE, **Le Marché unique européen**, Paris, Pedone (Collection Etudes internationales) 1989, 286 pages.

Contenu : Introduction.

Titre I, la libre circulation des marchandises. — Elimination des frontières physiques, techniques et fiscales.

Titre II, La libre circulation des personnes.

I. L'Europe des citoyens : libre circulation des individus, droit d'établissement, protection des consommateurs ;
II. L'Europe des entreprises : harmonisation du droit des sociétés, fusions et acquisitions d'entreprises, accès aux marchés publics, coopération industrielle, fiscalité des entreprises.

Titre III, La libre circulation des services : services financiers, banques et assurances, services des transports, nouvelles technologies.

Titre IV, La libre circulation des capitaux et la réalisation d'un espace financier communautaire.

Observation : Parmi les remarques à faire sur cet ouvrage, on relèvera l'importance qu'il donne aux services, aux capitaux et à tout ce qui intéresse les entreprises : importance des chapitres sur les banques et les assurances. Des discussions intéressantes comme celle sur le concept de réciprocité.

D.V.

- **Vers un système européen de banques centrales**, Rapport d'un groupe d'études, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, 1989, 315 pages.

Outre le rapport proprement dit, un projet d'articles à insérer au Traité de Rome, le commentaire de ceux-ci et les réponses faites au groupe d'études par des experts représentant les banques nationales des Douze, une étude approfondie du Federal Reserve System américain complète le travail.

Le groupe d'études était présidé par le Professeur J.V. Louis, de l'ULB, Conseiller Juridique de la Banque Nationale de Belgique. Il en était le réel animateur au côté d'universitaires et juristes ou économistes de banques.

Le rapport insiste sur les liens institutionnels à établir entre l'Union monétaire à créer et l'union économique en voie de réalisation, le besoin d'une banque centrale européenne, les limites des instruments actuels. Il développe le principe d'autonomie que doit avoir le système, le cadre institutionnel et fédéral dans lequel il doit être créé, il examine, outre le régime transitoire à établir, l'hypothèse du refus de participation d'un Etat membre.

Si, malheureusement ce ne sont pas, dans de telles négociations, les juristes qui décident, on ne peut qu'être frappé par la fermeté du propos du rapport et la clarté des règles dégagées.

D.V.

- Ulrich BEYERLIN, **Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit**, (Problèmes juridiques de la coopération transfrontalière), collection Beitrage zum ausländische öffentlichen Recht und Völkerrecht, volume 96, Berlin, Heidelberg, New-York, London, Paris, Tokyo, Springer-Verlag, 1988, 571 pages.

En Europe occidentale s'est développée par la force des choses une pratique de coopération locale transfrontalière, pratique qui débouche plus souvent qu'on ne le pense sur des accords écrits, relevant du droit privé ou du droit public. L'étude d'U. Beyerlin est donc des plus intéressantes.

A signaler d'abord, que la convention-cadre du Conseil de l'Europe ne donne pas aux autorités le droit d'agir juridiquement.

Dans la première partie de son étude, U. Beyerlin procède à des mises au point terminologiques, à l'examen des éléments rendant nécessaire une telle collaboration, aux obstacles à celle-ci et aux possibilités qui se présentent. Dans la deuxième partie, il étudie la pratique de coopération transfrontalière entre la RFA et chacun de ses voisins de l'Europe occidentale, il conclut que si c'est avec la Suisse, les Pays-Bas et la France que le centre de gravité de ce type de coopération se situe pour la RFA, on se trouve encore toujours dans un état de grande incertitude juridique, par exemple mais pas exclusivement, quant au droit auquel se référer en cas de contestation. C'est

cette situation insatisfaisante à laquelle ont tenté de remédier le Conseil de l'Europe, l'OECD et le Parlement européen, mais aucun de ces corps ne possède le droit de légiférer.

Le reste du livre est consacré à un examen plus approfondi des rapports entre les 4 pays précités et à des considérations conclusives générales. Détachons-en les constatations suivantes, que U. Beyerlin concentre sur trois ordres de raisonnement :

En premier lieu : les relations juridiques avec l'étranger ne sont plus du ressort exclusif des gouvernements ; il en est au niveau local. Ces collectivités locales n'ont pas de compétences transfrontalières expresses mais on peut considérer les conventions transfrontalières passées à l'échelon local, comme un phénomène particulier de décentralisation des relations extérieures, qui ne constitue pas une partie des relations extérieures d'un État. En d'autres termes, l'État peut régler en principe ces relations transfrontalières, en laissant aux collectivités locales le soin de la mise en œuvre. Mais à l'inverse, les collectivités locales n'ont pas le droit de s'immiscer dans la « haute » politique des États.

En second lieu : où placer les conventions transfrontalières ? Une « fuite » vers le droit privé est peu admissible. Les collectivités locales ne sont pas reconnues comme sujets de droit international public. La solution du « sui generis » est un peu facile. U. Beyerlin propose d'en faire du « droit public transnational », avec renvoi spécifique, en cas de conflit, à telle ou telle règle de droit, étranger ou interne.

En troisième lieu : dans certains cas, il n'y a pas d'autres possibilités que de recourir à la passation d'une loi ; il s'agit d'attributions du droit d'arbitrage à des tribunaux internationaux notamment et chaque fois d'ailleurs qu'elles ne se limitent pas à coordonner l'action des parties, mais qu'elles réglementent aussi le rapport de subordination juridique s'établissant entre l'une des parties en cause et des citoyens tiers.

Bravo pour l'excellent résumé détaillé en français.

R.P.

□ Jean-Paul CARRIÈRE, *Les transformations agraires au Portugal*, Paris, Economica, 1989, 148 pages.

Le livre de J.-P. Carrière n'entend pas — ce sont les propres mots de l'auteur — fournir une analyse ou une photographie classique de la structure de l'agriculture au Portugal avec son évolution conjoncturelle. C'est davantage une thèse qu'un constat et il entreprend donc de démontrer le bien-fondé de certaines de ses idées favorites. Elles sont, ma foi, présentées avec beaucoup de conviction.

Par ailleurs, il évite sciemment l'erreur de trop d'études sur l'agriculture, menées comme s'il ne s'agissait pas d'un secteur faisant partie de l'économie en général, à l'instar de n'importe quel autre secteur.

Pour J.-P. Carrière l'agriculture portugaise souffre à la fois de l'archaïsme de ses structures, mais aussi de sa situation périphérique dans les relations économiques internationales. Aussi, on peut se demander si la réforme agraire a eu un effet bénéfique et n'a pas consisté simplement à ajouter une troisième forme d'exploitation, collective et autogérée, aux latifundia et aux micro-entreprises existantes. Par ailleurs l'agriculture portugaise a beaucoup moins de contacts avec le reste de l'économie de ce pays, que ce n'est ailleurs le cas ; le point de contact est surtout le fait que l'agriculture est une réserve de main d'œuvre à bon marché.

La réforme du crédit n'a pas vraiment « mordu » sur la structure agricole.

En fait, selon J.-P. Carrière, les réformes n'ont pas été placées dans un plan d'ensemble, comprenant aussi une réorganisation des marchés, la promotion de nouvelles spéculations vivrières, des travaux d'irrigation, etc., etc. On est tenté en outre, de suivre J.-P. Carrière lorsqu'il préconise l'abandon de la politique sélective d'investissements industriels superspécialisés.

En conclusion, J.-P. Carrière met en garde, avec un pessimisme marqué, contre une insertion sans précaution, de l'agriculture portugaise dans le marché commun.

R.P.

Rectificatif :

« Dans l'article de M. Paolo Clarotti, « Un pas décisif vers le marché commun des banques », paru dans le numéro 330, il est affirmé à la page 464, que dans la procédure dite du « filet », une mesure proposée par la Commission, non acceptée par le Comité de réglementation à la majorité nécessaire, pouvait devenir exécutoire si le Conseil ne la rejetait pas à la majorité qualifiée, dans un délai déterminé. L'auteur vient de nous prévenir que cette analyse, basée sur la lettre du texte de la décision 87/373/CEE du Conseil du 13 juillet 1987, n'était pas conforme à l'interprétation du même texte par la Commission et le Conseil. Les institutions communautaires, sur la base d'une « jurisprudence » développée lors de la mise en place des comités de réglementation, bien avant l'adoption de la décision en question, estiment qu'une mesure proposée par la Commission et non adoptée par le Comité de réglementation, ne pouvait être rejetée par le Conseil, dans le délai déterminé, qu'à l'unanimité.

Il s'ensuit que les mesures proposées par la Commission ont beaucoup plus de chances d'aboutir à une décision que selon la procédure dite du « contrefilet ». Ceci explique les réticences du Conseil à accepter la procédure visée dans la variante III a) (le « filet ») de la décision visée ci-dessus et la détermination de la Commission à maintenir, tout le long de la procédure d'adoption d'instruments législatifs comportant un tel comité, ladite procédure ».

Janvier 1990
NUMÉRO SPÉCIAL

DROIT SOCIAL

LIBERTÉ ÉGALITÉ FRATERNITÉ... et DROIT DU TRAVAIL

Jean-Pierre SOISSON

Michèle BONNECHÈRE
Maurice COHEN
François GAUDU
Annie JUNTER-LOISEAU
Jean-Pierre LABORDE
Danièle LOCHAK
Antoine LYON-CAEN
Ariane MOLE
Jean PÉLISSIER

Jean PRADEL
Jean-Emmanuel RAY
Pierre RODIÈRE
Pierrette RONGÈRE
Yves ROUSSEAU
Jean SAVATIER
Alain SUPIOT
Jean-Maurice VERDIER
Bertrand WALLON

Jean KASPAR

DROIT SOCIAL : 3 rue Soufflot - 75005 PARIS
Téléphone : (1) 46 34 10 30 - Télécopieur (1) 46 34 55 83

KYKLOS

International Review for Social Sciences

Vol. 39 – 1986 – Fasc. 4

REDAKTION/MANAGING EDITORS :

Prof. Dr. : Bruno S. FREY

Prof. Dr. : René L. FREY

ARTIKEL – ARTICLES

GIERSCH, HERBERT : Weltwirtschaftliches Wachstum durch Liberalisierung

FREY, BRUNO S. : Economists Favour the Price System – who Else Does ?

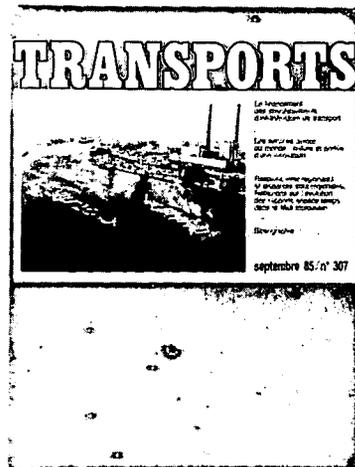
BUCHANAN, JAMES M. and TOLLISON, ROBERT D. : A Theory of Truth in Autobiography

RAVALLION, MARTIN : On Expectations Formation when Future Welfare is Contemplated

RIBHEGGE, HERMANN : Genossenschaftsgesinnung in entscheidungslogischer Perspektive

Kyklos-Verlag, Institut für Sozialwissenschaften,
Petersgraben 29, CH-4051 Basel (Switzerland/Suisse)

TRANSPORTS



*Seule revue économique
de tous les modes de
transports
et de leurs industries
d'amont*

NUMÉRO SPÉCIMEN SUR DEMANDE

pour recevoir un numéro spécimen de
Transports
retourner ce bon à :
Transports 3, rue Soufflot
75005 PARIS F
ou par téléphone au (1) 46 34 10 30

Nom : _____

Entreprise : _____

Adresse : _____

Code postal : _____

Ville et Pays : _____

Le financement de l'industrie

un numéro spécial de la **Revue d'économie industrielle**

INTRODUCTION

Jacques DE BANDT : « *Le financement de l'industrie : sur quoi débouchent les mutations en cours ?* ».

PREMIÈRE PARTIE

Les évolutions et transformations passées, en cours et prévisibles, des systèmes financiers et des relations entre créanciers et débiteurs

Michel SAINT-MARC : « *Le financement du développement industriel français de 1945 à 1985* ».

Michel BERGER : « *Segmentation et flexibilité du marché des capitaux externes pour les entreprises industrielles* ».

Michel DEVELLE : « *L'économie d'endettement et sa prévisible évolution* ».

Michel CASTEL : « *Les nouveaux enjeux monétaires et financiers. Perspectives à moyen terme* ».

Bernard HAUDEVILLE : « *Vers un capitalisme sans capitalistes ?* ».

DEUXIÈME PARTIE

Les financements publics de l'activité industrielle y compris en particulier sur le plan régional

Gabriel COLLETIS : « *Le financement du système productif. Les mécanismes de transfert État-industrie : une comparaison France-Allemagne* »

Jean-Paul de GAUDEMAR : « *Quelques réflexions sur un aspect du financement public du système productif : les aides à finalité régionale en France et dans les autres pays de la Communauté européenne* ».

Didier SALVADORI : « *Le financement des systèmes productifs régionaux* »

TROISIÈME PARTIE

Les problèmes de financement de l'entreprise

Christian LONGHI et Gérard MONDELLO : « *Investissements et contraintes de financement : étude théorique et statistiques* ».

Anna MARICIC et Christian PICORY : « *Les relations entre artisanat, production et secteur bancaire : quelques éléments d'interprétation* ».

Michel DIETSCH : « *Quelques aspects du crédit inter-entreprises dans l'industrie* ».

Nadine LEVRATTO et André TORRE : « *Logique productive et financement bancaire des entreprises* ».

Olivier PASTRÉ : « *La modernisation des relations entre les banques et les entreprises* ».

Un volume 15,5 x 24 .— 224 pages .— PRIX 99 F
Editions techniques et économiques
3, rue Soufflot 75005 PARIS (1) 46 34 10 30