



EUROPEAN PARLIAMENT

**DG POLITIQUES INTERNES DE L'UNION**

- Direction A -

POLITIQUES ECONOMIQUE ET SCIENTIFIQUE

**PROCEDURES DE RECOURS EN MATIERE DE  
PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

**(IP/A/IMCO/FWC/2006-058/LOT2/SC1)**

Ce document d'information été rédigé à la demande de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO) du parlement européen.

Publié en anglais et français.

Auteur:

**Dr. Annette Rosenkötter**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
F P S FRITZE PAUL SEELIG  
Eschersheimer Landstraße 25 - 27  
D - 60322 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 (0) 69 - 95957 - 3113  
Fax: +49 (0) 69 - 95957 - 244  
E-mail: [rosenkoetter@fps-law.de](mailto:rosenkoetter@fps-law.de)  
Website: [www.fps-law.de](http://www.fps-law.de)

Administrateur:

**Balazs Mellar**  
DG Politiques Internes - Economique et scientifique  
Parlement européen  
Rue Wiertz 60  
B-1047 Brussels  
Tel: +32 (0)2 283 22 02  
Fax: +32 (0)2 284 69 29  
E-mail: [balazs.mellar@europarl.europa.eu](mailto:balazs.mellar@europarl.europa.eu)

Manuscrit terminé en février 2007.

Les opinions exprimées dans ce document ne reflètent pas nécessairement la position officielle du parlement européen.

La reproduction et traduction dans des buts non-commerciaux sont autorisées pour autant que la source soit reconnue et que l'éditeur reçoive un préavis et une copie de la publication.

✉ Rue Wiertz – B-1047 Bruxelles - ☎ 32/2.284.43.74 Fax: 32/2.284.68.05  
✉ Palais de l'Europe – F-67000 Strasbourg - ☎ 33/3.88.17.25.56 Fax: 33/3.88.36.92.14  
E-mail: [poldep-esc@europarl.europa.eu](mailto:poldep-esc@europarl.europa.eu)

## Résumé

Le délai entre la décision d'attribution du marché et la signature du contrat (délai suspensif de type «standstill») prévu de 10 jours calendaires ne laisse pas le temps nécessaire aux candidats s'estimant lésés d'évaluer la situation et élaborer un dossier complet pour se défendre. Ce délai ne devrait pas être un délai minimum et devrait uniquement prendre en compte la date d'envoi de la notification de la décision d'attribution.

Pour garantir la sécurité juridique et la transparence, il est judicieux de ne définir qu'un délai suspensif général et un délai dérogatoire de 7 jours calendaires pour les marchés attribués sur la base d'accords-cadres avec remise en concurrence et dans le cadre de systèmes d'acquisition dynamiques. Les dérogations au délai suspensif ne devraient être tolérées que pour de rares cas évidents.

Une clarification de la notion de «marchés de gré à gré» est indispensable. En outre, de nombreuses raisons plaident en faveur d'une publication de la décision d'attribution du marché.

Les exigences formelles en matière de publication selon l'article 2 e, § 2 b du projet de la Commission ne suffisent pas à garantir un «degré convenable de publication». Ces exigences formelles devraient être précisées dans le sens que la publication doit être réalisée via un support médiatique central à diffusion européenne. Nous proposons par ailleurs que la mention de la valeur précise du marché ne soit pas impérative, étant donné qu'elle ne joue qu'un rôle secondaire dans la décision d'introduire un recours.

Si l'on souhaite que la publication produise l'effet escompté, un délai suspensif est indispensable. Toutefois, un délai de 10 jours calendaires semble trop bref et inadapté.

La conséquence prévue pour les contrats n'ayant pas respecté le délai suspensif nous semble satisfaisante. Il faudrait néanmoins trouver une terminologie juridique plus claire et uniforme dans toutes les versions linguistiques concernées. Une sanction apportant une plus grande sécurité juridique serait celle de la nullité. Elle représenterait une sanction efficace et appropriée contre les contrats conclus illégalement et contre les marchés de gré à gré illégaux. Cette sanction aura pour effet que les agents adjudicateurs se disciplineront et que par conséquent des principes de transparence, d'égalité de traitement et de rentabilité sont renforcés.

Une règle de fond instaurant la nullité est indispensable, d'autant que la nullité doit à chaque fois d'abord être mise en évidence devant des institutions de recours. Pour des raisons d'uniformité et de clarté juridique, il est préférable que cette règle soit intégrée à la directive recours. A ce sujet, nous recommandons toutefois un examen approfondi des compétences européennes étant donné qu'il s'agit là d'une question de droit civil pour laquelle l'Union européenne ne dispose en principe que de compétences limitées.

Les articles 2 § 3, 2 c et 2 f § 4 devraient être précisés.

## Table des matières

<b>Résumé .....</b>	<b>i</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>iii</b>
<b>Chapitre 1 – DURÉE DU DÉLAI SUSPENSIF .....</b>	<b>1</b>
<b>Chapitre 2 – DÉROGATIONS AU DÉLAI SUSPENSIF.....</b>	<b>3</b>
<b>2.1. Les dérogations au délai suspensif sont-elles judiciaires? .....</b>	<b>3</b>
<b>2.2. Les dispositions dérogatoires à l’obligation de respect des délais suspensifs sont-elles appropriées? .....</b>	<b>4</b>
<b>2.3. L’effet suspensif sur la signature du contrat pendant un délai de 5 jours en cas de dépôt d’une demande de recours auprès de l’adjudicateur public est-il adapté? .....</b>	<b>4</b>
<b>Chapitre 3 - OBLIGATION DE PUBLICATION EN MATIÈRE DE MARCHÉ DE GRÉ À GRÉ .....</b>	<b>6</b>
<b>3.1. Quels sont les arguments en faveur et en défaveur d’une publication de la décision d’attribution pour marché de gré à gré? .....</b>	<b>6</b>
<b>3.2. Les exigences formelles en matière de publication, ainsi que celles décrites à l’art. 2 e, § 2 b du projet de la Commission sont-elles judiciaires et suffisantes? .....</b>	<b>7</b>
<b>3.3. Le délai d’attente entre le moment de la publication et la signature du contrat est-il judiciaire? .....</b>	<b>8</b>
<b>Chapitre 4 – CONTRATS CONCLUS ILLÉGALEMENT.....</b>	<b>9</b>
<b>4.1. Quelles conséquences doivent être associées à un contrat conclu illégalement? .....</b>	<b>9</b>
<b>4.2. Le contrat doit-il être annulé de plein droit ou uniquement après constatation par une instance de recours? .....</b>	<b>12</b>
<b>Chapitre 5 – Autres précisions .....</b>	<b>13</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>14</b>

## **Introduction**

La Commission Européenne a adopté une proposition de directive modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. La directive 2006/066 a pour vocation d'atteindre les objectifs principaux suivants:

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur engage une procédure de passation de marché public conformément aux dispositions des directives "passation", la conclusion du contrat doit en principe être suspendue durant une période de 10 jours minimum à partir de la décision d'attribution du marché, afin de laisser le temps nécessaire aux candidats s'estimant lésés d'intenter un recours.

La proposition prévoit également une obligation de publication de la décision d'attribution de marchés de gré à gré, instaurant un délai d'attente entre cette publication et la signature du contrat.

Toute conclusion d'un contrat intervenue avant l'expiration du délai suspensif serait considérée comme sans effet, l'instance nationale responsable des procédures de recours devant tirer les conséquences sur le contrat illégal.

Ce document d'information examine si les mesures proposées par la Commission sont appropriées.

## Chapitre 1 – DURÉE DU DÉLAI SUSPENSIF

### **Le délai suspensif minimum de 10 jours calendaires est inadapté.**

Il convient de savoir si le délai suspensif de type «stand still» de 10 jours calendaires minimum entre la décision d'attribution du marché et la signature du contrat prévu à l'art. 2a par. 2 est adapté, notamment au cas de PME.

Le délai suspensif visant à renforcer la protection juridictionnelle du soumissionnaire, un délai de 10 jours calendaires nous semble particulièrement bref et inadapté. Quant à nous, la Directive ne devrait pas instaurer de délai minimum. Seul un même délai pour tous les Etats membres garantit une véritable sécurité juridique. Sur ce point central de la Directive, une uniformité juridique dans toute la Communauté Européenne semble indispensable.

Durant ledit délai suspensif, le candidat doit procéder aux étapes suivantes:

- Prise de décision sur la marche à suivre
- Le cas échéant, conseil auprès d'un cabinet d'avocats
- Préparation de la demande de recours (soit auprès de l'entité adjudicatrice ou d'une instance de recours indépendante)

Il convient de noter en premier lieu que le fait de se baser sur des jours calendaires réduit la période dont dispose véritablement le candidat pour sa prise de décision et la préparation de la marche à suivre, à 8 voire 6 jours ouvrables maximum, en fonction de la date de début du délai. Car il faut considérer que la très grande majorité des entreprises participant à une passation de marché, quel que soit leur pays d'origine, ne travaillent ni le samedi, ni le dimanche. A cela viennent s'ajouter les jours fériés qui dans le scénario le plus défavorable pourraient entraîner que le candidat n'a plus à sa disposition que 2 jours ouvrables. Toutefois, il faut maintenir la référence aux jours calendaires, car la disparité dans la définition des „jours ouvrables“ et des jours fériés en vigueur dans les différents Etats membres aurait pour conséquence une grande insécurité juridique. Hors un délai de 8 jours maximum nous semble trop court, notamment aussi en prenant compte de l'expérience allemande. En Allemagne, même le délai suspensif de 14 jours calendrier instauré en 2001 est en pratique juste assez long pour assurer efficacement la protection des droits des soumissionnaires.

En second lieu, les directives visent à protéger en particulier les soumissionnaires étrangers. En raison de la réglementation qui leur est étrangère, ces derniers risquent d'avoir besoin de plus de temps que les soumissionnaires nationaux pour s'acquitter des étapes décrites supra <sup>1</sup>. Ils doivent ainsi dans la plupart des cas se faire conseiller par des experts externes. Un délai trop bref aurait pour conséquence que les entreprises du même Etat membre que l'entité adjudicatrice pourraient plus facilement faire un recours contre la décision d'attribution que les entreprises étrangères.

---

<sup>1</sup> Henty, P., p. 264

Ce dernier point risque d'être fondamental en particulier pour les PME étrangères, qui ne participent peut-être pas autant que les grandes entreprises à des appels d'offre au niveau européen. Toutefois, des délais courts sont en général moins problématiques pour les PME que pour les grandes entreprises qui, dans la pratique, ont besoin de beaucoup plus de temps que les entreprises de taille moindre pour la prise de décision interne aboutissant à un recours.

Par contre, allonger le délai suspensif de quelques jours ne présente pas d'inconvénients majeures pour les adjudicateurs (sur la question de l'effet suspensif en cas de demande de recours préalable auprès de l'entité adjudicatrice cf. Chapitre 2). Il est certes très probable qu'en allongeant les délais, un plus grand nombre de recours soit déposé, ce qui nuit au processus de passation de marchés. Mais la directive a justement pour but d'améliorer la protection juridictionnelle.

Toutefois, un délai allongé de quelques jours n'est lui-même approprié que si la décision d'attribution est transmise rapidement au soumissionnaire. Du fait de la disparité du temps de distribution des courriers européens, il est indispensable que cette information soit communiquée par télécopie ou par moyen électronique. Un envoi en parallèle par courrier paraît en revanche superflu, même pour des questions de charge de preuve.

Il convient toutefois de préciser que la notion de „communication“ employée à l'art. 2a par. 2 manque de clarté, car elle peut recouvrir à la fois la notion d'envoi et la notion de réception. Ainsi la directive recours dans la question des contentieux en matière de communication par télécopies et par moyens électroniques cités à l'art. 2a fait référence aussi bien à l'envoi de la communication qu'à sa réception par le destinataire (art. 2d). Ceci est source de grande insécurité juridique. En effet en cas d'envoi de la communication un vendredi soir, on pourrait arguer que la „réception“ ne peut se faire que le lundi suivant, selon les règles en vigueur dans l'Etat membre.

Une précision s'impose. Nous recommandons quant à nous de prendre en compte la date de l'envoi. L'entité adjudicatrice n'aurait ainsi à prouver que la régularité de l'envoi. Pour le soumissionnaire, cette répartition de la charge de la preuve serait acceptable, car il peut être exigé de lui qu'il dispose de l'équipement technique nécessaire pour la réception régulière de la communication. A l'inverse, se référer à la date de réception chez le candidat serait source pour l'entité adjudicatrice d'une insécurité juridique inacceptable. On pourrait certes exiger que le soumissionnaire confirme impérativement la date de réception de façon à ce que l'adjudicateur puisse au moins être informé de la date précise de début du délai suspensif, mais selon les circonstances, il risquerait de coexister des délais courant sur différentes périodes.

## Chapitre 2 – DÉROGATIONS AU DÉLAI SUSPENSIF

Le projet de la Commission prévoit différents délais suspensifs (par exemple 10 jours calendaires en règle générale, 7 jours en cas d'urgence et un effet suspensif durant 5 jours ouvrables si les personnes concernées déposent une demande de recours préalable auprès de l'adjudicateur). La question est de savoir si ceci est adaptée ou si pour des raisons de clarté et de sécurité juridique, il ne serait pas plus judicieux de prévoir des délais suspensifs moins nombreux ou un seul délai suspensif quelque soit la situation.

### 2.1. Les dérogations au délai suspensif sont-elles judicieuses?

**Il serait préférable de ne définir qu'un délai suspensif général et un délai dérogatoire, pour les marchés attribués sur la base d'accords-cadres avec remise en concurrence et dans le cadre de systèmes d'acquisition dynamiques.**

La distinction entre une règle générale et des dérogations (7 jours en cas de marchés attribués sur la base d'accords-cadres avec remise en concurrence et dans le cadre de systèmes d'acquisition dynamiques) est en principe satisfaisante.

Toutefois, une dérogation additionnelle en cas d'urgence « simple » ne semble pas nécessaire: Art. 2 a § 4 prévoit déjà une dérogation en cas d'urgence impérieuse, d'autant plus que le champ d'application de cette urgence « simple » est très restreint et que la différenciation entre l'urgence impérieuse et une urgence « simple » est très difficile en pratique. En plus, une telle procédure « urgente » en vertu de l'art. 38 § 8 de la Directive passation dure au moins 20 jours, si bien que l'application du délai général ne semble pas disproportionné dans ces cas.

En vertu de l'art. 2a par. 3 alinéa 2, le délai de 7 jours s'applique également pour les marchés attribués sur la base d'accords-cadres. Cette disposition est contraire à l'art. 2b a) et b), en vertu duquel les Etats membres n'ont pas le droit de prévoir de délai suspensif pour les marchés individuels relevant d'accords-cadres n'impliquant qu'un seul opérateur économique ou pour les marchés attribués sans remise en concurrence. Dans un but de clarification, il faudrait au moins prévoir que le délai réduit de 7 jours ne s'applique que pour des marchés individuels fondés sur des accords-cadres, avec remise en concurrence, au sens de l'art. 32 al. 4 de la directive 2004/18/CE.

Dans ce contexte, il convient toutefois de préciser que certains ouvrages de référence sont parfois d'avis que même un délai restreint de 7 jours pour les marchés individuels avec remise en concurrence est abusif. Ces derniers portent en effet parfois sur des montants de faibles valeurs. Pour cela il est proposé de ne pas instaurer de délai suspensif pour les marchés de faibles montants, et de le remplacer par une obligation d'information vis-à-vis l'ensemble des partenaires de l'accord-cadre à intervalles réguliers sur les marchés attribués. Pour les contrats de montants supérieurs fondés sur des accords-cadres, il faudrait en conséquence réduire les intervalles entre la diffusion d'information <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> cf. Arrowsmith, S., supplément non publié dans le cadre de la Conférence *Public Procurement Global Revolution*, „révolution mondiale des marchés publics“, juin 2006 à l'Université de Nottingham

Cela signifie que pour les marchés émanant d'accords-cadres il n'y aurait pas de délai suspensif même après remise en concurrence.

Une telle règle serait, à notre sens, contraire à l'objectif principal de la directive : renforcer la protection juridique du soumissionnaire. En outre, les marchés fondés sur des accords-cadres après remise en concurrence sont aussi des marchés publics. Or, pour les marchés publics d'une valeur supérieure aux valeurs seuils, le champ d'application de la directive recours est ouvert quelque soit les cas de figure. Aussi proposons-nous d'introduire sur ce point une règle en vertu de laquelle le délai suspensif réduit de 7 jours ne s'applique que dans les cas de marchés fondés sur un accord-cadre après remise en concurrence d'une valeur supérieure aux valeurs seuil.

## **2.2. Les dispositions dérogatoires à l'obligation de respect des délais suspensifs sont-elles appropriées?**

**Les dérogations au délai suspensif prévues dans l'article 2 b sont appropriées.**

En vertu de l'article 2b, il appartient aux Etats membres d'appliquer ou non les délais suspensifs prévus à l'article 2a par. 2 et 3. La règle de l'art. 2b a) selon laquelle les Etats membres peuvent prévoir de ne pas appliquer les délais suspensifs nous semble judicieuse. Concernant des marchés fondés sur des accords-cadres conclus avec un seul opérateur économique, un délai suspensif de type standstill ne répondrait pas à l'objectif de la directive. En effet, il n'existe en l'espèce aucuns opérateurs économiques à protéger juridiquement contre la décision de l'adjudicateur public.

Il en va de même pour le cas de l'article 2b c) pour les marchés attribués dans le cadre d'une procédure ouverte pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a reçu que l'offre du soumissionnaire qui se voit attribuer le marché.

Les règles de l'art. 2b d) et e) sont également judicieuses. D'un côté, dans le cas où à la fin de la procédure, il ne reste plus qu'un soumissionnaire, un délai suspensif est inutile. De l'autre côté, les soumissionnaires exclus auparavant ne sont pas privés de leur droit de recours, d'autant plus qu'au moment de leur exclusion, il n'y a pas encore de menace de « course à la signature ».

## **2.3. L'effet suspensif sur la signature du contrat pendant un délai de 5 jours en cas de dépôt d'une demande de recours auprès de l'adjudicateur public est-il adapté?**

**Cette disposition est adaptée.**

En vertu de l'art. 1 par. 4 et 5, les Etats membres peuvent exiger qu'une personne qui a l'intention d'engager un recours informe l'adjudicateur par télécopie ou par voie électronique de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours. Les Etats membres peuvent également exiger que la personne concernée introduise un recours préalable auprès du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, les Etats membres veilleront à ce que l'« introduction » d'un tel recours par télécopie ou par voie électronique déclenche un effet suspensif automatique sur la signature du contrat.

Cet effet suspensif automatique prend fin à l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à cinq jours ouvrables à partir de la réponse de l'adjudicateur .

A notre avis, cette disposition est en principe judicieuse.

D'un côté, l'effet suspensif additionnel déclenché par l' introduction d'un recours préalable auprès de l'adjudicateur pourrait également être atteint si l'on prolonge le délai suspensif général. Un tel délai uniforme contribuerait à plus de sécurité juridique et de transparence.

De l'autre côté, le soumissionnaire lésé doit en vertu de cette disposition attendre la décision de l'adjudicateur public avant de pouvoir introduire un recours devant une instance indépendante. Ceci souligne l'intention de la Directive de chercher une solution à l'amiable avant d'intenter une procédure de recours longue et difficile. Or, si l'on ne prévoyait pas d'effet suspensif supplémentaire déclenché par l'introduction du recours préalable, le pouvoir adjudicateur pourrait attendre l'écoulement du délai suspensif général et conclure le contrat avant d'envoyer sa décision. Le soumissionnaire serait ainsi privé de la sécurité juridictionnelle prévue par la directive.

Il semble néanmoins nécessaire de clarifier les points suivants :

Tout d'abord, le projet de directive ne dit pas clairement si le début de l'effet suspensif est déterminé par la date de l'envoi ou celle de la réception du recours par l'autorité adjudicatrice.

En outre aucune raison évidente n'explique l'emploi de la notion « jours ouvrables » dans cette disposition. L'intention première d'introduire les jours ouvrables dans le projet de directive était de permettre aux instances de recours qui n'exercent que les jours ouvrables de disposer de suffisamment de temps pour rendre leur décision. Cette intention ne convient toutefois pas dans le cas du recours préalable. L'effet suspensif a ici pour but de laisser suffisamment de temps au soumissionnaire lésé de préparer son dossier. Pour éviter une insécurité juridique et pour faciliter le calcul des délais, il serait préférable de ne faire référence qu'aux jours calendaires.

## Chapitre 3 – OBLIGATION DE PUBLICATION EN MATIÈRE DEMARCHÉ DE GRÉ À GRÉ

### 3.1. Quels sont les arguments en faveur et en défaveur d'une publication de la décision d'attribution pour marché de gré à gré?

**De nombreuses raisons plaident en faveur d'une publication de la décision d'attribution de marchés de gré à gré.**

Avant de répondre à cette question, il faut préciser ce qu'on entend par marché de «gré à gré». La notion n'est définie ni dans les directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics 2004/17/CE et 2004/18/CE, ni dans le projet de modifications de la directive recours.

En vertu du premier considérant du projet, les directives recours doivent garantir l'application efficace des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, sans pour autant étendre le champ d'application du droit communautaire au-delà du champ d'application desdites directives.

S'agissant des marchés *in-house*, des concessions de prestations de service ainsi que d'autres cas de figure également absents du champ d'application des directives passation, l'application de la clause de publication n'est pas claire: en effet, le considérant 7 fait référence au champ d'application des directives passation et à tout marché de gré à gré dont le montant est supérieur aux seuils fixés dans ces directives. Cette formulation pourrait conduire à la conclusion que même les marchés de gré à gré ne relevant pas du champ d'application des directives passation devraient faire l'objet d'une publication, s'ils dépassent les montants seuils.

La directive recours ne devrait cependant pas s'appliquer aux marchés de gré à gré qui

1. n'étant pas des «marchés publics» au sens des directives passation ne sont pas couverts par leur champ d'application (concession de prestation de service et marché *in-house*)
2. sont exclus du champ d'application des directives passation conformément aux dispositions expressément fixées par ces directives (art. 10, 12-18 DIR 2004/18/CE ainsi que art. 18-26 de la DIR, 2004/17/CE)

Cette limitation du champ d'application doit impérativement être clarifiée. La formulation actuelle n'est pas suffisante: art. 2 e par. 4 précise uniquement que les éléments stipulés à l'art. 12-18 DIR 2004/18/CE ainsi qu'à l'art. 19-26 DIR 2004/17/CE sont exemptés de l'obligation de publication.

Il convient par ailleurs de clarifier si l'obligation de publication s'applique également aux marchés de gré à gré pour lesquels il n'existe pas d'obligation de publication et de mise en concurrence pour des raisons de temps en vertu des directives passation. Cet objectif n'est pris en compte dans la directive recours qu'en matière de cas d'urgence impérieuse.

Toutefois, il existe d'autres cas de figure où il est prévu de renoncer à l'avis de marché pour des raisons de temps (cf. dérogations pour marchandises cotées en bourse et achat occasionnels dans l'art. 40 III h et j de la DIR 2004/17/CE, art. 31 N° 2 c de la DIR 2004/18/CE). Il est suggéré de renoncer à une publication et au délai suspensif qui en découle dans ces cas de figure .

Cela étant dit, la majorité des arguments plaident en faveur d'une publication de la décision d'attribution des marchés de gré à gré. Même si une telle disposition contredit les directives passation en prévoyant une publication dans les cas où les adjudicataires sont expressément exempt de la mise en concurrence, elle est conforme au but du projet de modification de garantir une protection juridictionnelle efficace pour des entreprises tierces. Ceux-ci pourraient faire vérifier la validité juridique de la procédure sur la base des dérogations prévues par la directive passation. En outre, cette règle accroît la transparence des dérogations. Il n'existe pas d'autres moyens d'atteindre ces objectifs de façon si efficace.

L'obligation de publication pourrait cependant entraîner le risque d'introductions de recours non motivées par un réel intérêt pour le marché. Ceci pourrait considérablement entraver les investissements publics. Pour pallier à ce risque, il faudrait définir dans le cadre de l'art. 1 par. 3 alinéa 3 les exigences associées à l'intérêt pour le marché et un dommage-intérêt qui s'appliquerait en cas de violation du droit (par ex: sous la forme de la preuve que l'entreprise participe régulièrement à des appels d'offre).

### **3.2. Les exigences formelles en matière de publication, ainsi que celles décrites à l'art. 2 e, § 2 b du projet de la Commission sont-elles judicieuses et suffisantes?**

**Les exigences contenues à l'article 2 e, § 2 b du projet de la Commission manquent de précision et entraînent de ce fait une insécurité juridique.**

Tout d'abord la première partie du § 2 b, qui exige que l'autorité adjudicatrice soit soumise à une obligation de publication semble judicieuse. En revanche la deuxième partie exigeant que le pouvoir adjudicateur assure «un degré de publicité adéquat» pose problème.

Cette formulation s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice européenne sur les obligations de transparence et de publication dégagées du droit primaire dans le domaine des concessions de prestation de service. Un manque de clarté total règne sur ce qui peut être fait concrètement pour satisfaire à cette exigence abstraite. Une discussion complète de cette problématique se retrouve dans les conclusions de l'avocat général Christine Stix-Hackel du 14 septembre 2006 dans l'affaire C-532/03, Commission de la Communauté Européenne./. Irlande, où le choix du support médiatique approprié a pu être laissé libre. La Commission s'est exprimée de manière informelle<sup>3</sup> sur le projet en ce sens où une publication sur la page d'accueil internet de l'adjudicateur pourrait constituer une publication adéquate.

---

<sup>3</sup> cf. Exposé Stoll, p.169

Cette confusion sur la nature et la forme de la publication adéquate se pose forcément quand certaines obligations de publication ne s'inspirent que du principe de transparence du droit primaire. Avec le présent document, notamment dans le souci d'éviter une insécurité juridique, il a été décidé de choisir non pas l'instrument de la note explicative, mais celui de la directive. Une formulation si ouverte et manquant autant de clarté dans le cas d'un texte juridique si concret entraîne des difficultés d'utilisation et une insécurité juridique. Nous considérons par conséquent que la formulation du § 2 b n'est pas judicieuse.

Si l'on considère que la publication sur la page d'accueil internet de l'adjudicateur concerné est suffisante, ceci doit être régi expressément par la directive. Dans un but de réelle transparence, cette forme de publication n'est toutefois pas adaptée. Car l'entreprise intéressée ne prendrait connaissance de la passation d'un marché de gré à gré que sur la base d'une recherche fortuite. Etant donné que la directive ne fait référence qu'aux marchés d'un montant supérieur à la valeur seuil, il serait logique de prévoir expressément la publication de la notification d'attribution du marché de gré à gré dans un support centralisé à diffusion européenne.

Enfin, les données à publier conformément à l'annexe II de la directive vont trop loin: le soumissionnaire lésé n'a pas besoin du montant du marché pour savoir si la renonciation à une procédure de mise en concurrence était justifiée et s'il veut remettre en cause cette décision en introduisant un recours. Même si d'un côté le montant du marché pourrait être important pour la décision de l'entreprise s'estimant lésée d'introduire un recours, la valeur du marché peut de l'autre côté être suffisamment estimée d'après la description du contrat à attribuer. Nous proposons par conséquent de supprimer cet élément dans l'annexe pré-citée.

### **3.3. Le délai d'attente entre le moment de la publication et la signature du contrat est-il judicieux?**

**Si la publication doit produire l'effet escompté, le délai suspensif est indispensable. La durée de ce délai devrait correspondre au délai suspensif général.**

Cette pertinence n'est remise en question que dans les cas de figure stipulés sous le point 3.1., dans lesquels la directive passation déclare la publication de l'avis de marché superflue pour des raisons de temps.

Sous réserve de point particulier à clarifier, nous considérons que la durée du délai suspensif de 10 jours calendaires est trop brève et inappropriée. Aussi proposons-nous d'introduire un délai suspensif correspondant au délai suspensif général. Lors de la publication d'une attribution de marché de gré à gré, une entreprise découvre pour la première fois le fait discutable si bien qu'elle devrait disposer au moins d'autant de temps pour sa prise de décision que dans le cas d'une procédure avec mise en concurrence préalable. En raison de la concordance avec le délai suspensif général, cette modification améliorerait l'emploi de la directive et augmenterait par conséquent la sécurité juridique.

Enfin, l'article 2 e § 1 n'est pas clair : est-ce que cela signifie que les marchés de gré à gré illégaux peuvent ou même doivent être annulés, même s'ils ont été conclus en respect des dispositions concernant la publication et le délai suspensif et s'il n'y a pas eu de recours ?

## Chapitre 4 – CONTRATS CONCLUS ILLÉGALEMENT

Il reste à analyser quelles conséquences seront associées à une conclusion illégale d'un contrat. En outre se pose la question de savoir si la nullité du contrat est une nullité de plein droit ou si elle doit faire l'objet d'une constatation par une instance de recours.

### 4.1. Quelles conséquences doivent être associées à un contrat conclu illégalement?

**Un contrat conclu illégalement devrait être nul.**

Selon les dispositions de la directive, des contrats conclus illégalement avant l'expiration du délai suspensif ou des passations illégales de marchés de gré à gré sont considérés comme sans effet.

Tout d'abord les conséquences prévues dans les versions allemandes, anglaises et françaises « considérée comme sans effet », « shall be considered ineffective » et « ist unwirksam » ont toutes un sens différent. Les versions anglaises et françaises restent juridiquement floues et même la version allemande, qui contient une notion juridique plus claire, laisse ouvert les effets de la nullité.

Ceci entraîne une grande insécurité juridique. Pour cette raison, nous proposons une terminologie claire et uniforme dans ces trois langues : en français, les contrats conclus illégalement « sont nuls », en anglais « are invalid », et en allemand « sind nichtig ».

Nous considérons cette sanction comme appropriée pour les raisons suivantes:

Tous les principes de base du droit communautaire des marchés publics, notamment les principes de transparence, de concurrence et d'égalité de traitement, requièrent un dispositif de sanction adéquat pour une application efficace .

Les contrats conclus illégalement n'entraînent non seulement un risque de pratique discriminatoire, mais aussi, bien plus grave, une perte de confiance dans les adjudicateurs publics. Jusqu'à maintenant l'absence de dispositif de sanction contre la violation de l'obligation de mise en concurrence et le manque de protection juridictionnelle efficace sont considérés comme une grande lacune législative<sup>4</sup>. Dans ce contexte, la présente occasion exceptionnelle de réforme de la directive recours doit être saisie pour introduire une disposition efficace.

En ce qui concerne notamment les marchés de gré à gré, il serait par ailleurs illogique et non pertinent de sanctionner certaines violations du droit des marchés publics survenues au cours de procédures en principe correctes et de laisser en revanche la violation générale des dispositions de mise en concurrence impunie. Une réprobation juridique de ces passations illégales mettrait un terme à ce paradoxe fondamental.

---

<sup>4</sup> « Impact Assessment Report » de la Commission, p. 8 et suivantes; Petschke, p. 17

L'intention du législateur, comme il ressort de la motivation de la Commission<sup>5</sup> – consiste à créer d'emblée un effet dissuasif pour que les adjudicateurs publics ne soient pas tentés de faillir à leur obligation de mise en concurrence, et non pas d'annuler un grand nombre de contrats, ce qui représenterait une charge de travail considérable. Cet effet dissuasif ne peut seulement être atteint s'il est associé à une sanction tel que la nullité du contrat.

Cette sanction correspond en outre déjà à la jurisprudence de la Cour de justice européenne, demandant l'annulation des contrats conclus de façon illégale<sup>6</sup>. De plus, une disposition similaire a déjà été testée dans plusieurs Etats membres, avec un résultat globalement positif, et fait depuis longtemps l'objet d'une discussion de réforme européenne. Ainsi cette disposition ne constituerait en rien une nouveauté fondamentale et surprenante. En raison de son importance centrale et de son pouvoir d'efficacité, il incombe au législateur de régir cette disposition pour lui donner une légitimité démocratique plus vaste, répondant ainsi au principe de la démocratie parlementaire également cher au droit communautaire.

En instaurant une telle disposition, le législateur définit la nullité comme rétroactive et absolue. Nous recommandons une telle sanction, car seule une nullité absolue et rétroactive garantit une sécurité juridique et une protection juridictionnelle efficace. La nullité doit être rétroactive, car un recours en vertu de la directive n'est justement admis que s'il n'y a pas encore de contrat valable. Or s'il y a eu violation des dispositions concernant le délai suspensif, le recours devrait rester admissible au moins durant la période minimum de 6 mois prévue par la directive. La nullité doit en outre non seulement s'appliquer aux parties du contrats mais aussi aux tiers se sentant lésés. Pour éviter des abus, il suffirait de prévoir que la nullité ne peut qu'être fait valoir devant une instance de recours par un soumissionnaire lésé (voire aussi para. 2).

En l'absence d'une règle claire il resterait une grande insécurité juridique dans un domaine fondamental, celui de la validité de contrats de marchés conclus illégalement. Si de par sa nature, la législation et les directives doivent laisser une marge de manœuvre aux Etats membres, il faut néanmoins impérativement veiller à ce que les principes essentiels à l'instauration du Marché Commun, en l'espèce la détermination de la nullité, y soient inscrits.

En outre, l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire sur la question de la validité ou non validité des contrats ainsi conclus serait source d'une insécurité juridique considérable et de disparités potentielles de pratiques juridiques dans les différents Etats membres, qui deviendraient rapidement ingérables pour les opérateurs économiques.

Il apparaît également que l'argument selon lequel l'annulation des contrats passés illégalement provoquerait une charge de travail considérable pour les parties nous semble difficilement tenir. Tout comme dans le droit européen de la concurrence, les parties qui s'adonnent sciemment à des pratiques de concurrence déloyale, ne sont pas dignes de protection, s'il existe une norme d'interdiction claire, étant donné qu'elles ont conscience de la violation et ont tout le loisir de l'éviter.

---

<sup>5</sup> Impact Assessment Report, p. 16; Stoll, p. 167.

<sup>6</sup> CJUE, «Braunschweig / Bockhorn», C - 20/01 et 28/01 du 10.04.2003 suivi d'une plainte contre la République Fédérale d'Allemagne du 07.12.2004, C-502/04.

Nous n'ignorons pas qu'il existe également des arguments défavorables à la clause de nullité. Certains états membres, dont le Royaume-Uni, ont émis le souhait lors de la procédure de consultation qu'il soit fait un usage plus souple et moins tranchant des conséquences juridiques. Le concept général du principe de subsidiarité abonde dans ce sens ainsi que la réflexion que les Etats membres règlent eux-mêmes leurs affaires en matière de droit civil, dont fait partie la clause de nullité. Néanmoins une telle règle serait insuffisante en ce qui concerne la sécurité juridique.

Le mécanisme accordé aux Etats membres (six mois de prescription, suivis de la validité juridique) dont il faut s'attendre que les Etats Membres le mettent en œuvre, est conçu dans l'intention et a pour logique que la nullité ne s'applique qu'en cas de constatation devant une instance de recours, sous réserve de quoi le contrat est, voire reste, en principe valable. Si l'on prévoit une nullité rétroactive – nécessaire quant à nous – , ce mécanisme aurait pour effet que le contrat conclu illégalement et donc nul devrait être « réanimé » après l'écoulement de la période de prescription. Il faudrait ainsi prévoir un instrument juridique tel que la notion de « schwebende Unwirksamkeit » dans le droit allemand ( nullité « flottante ») durant la période de prescription.

S'agissant de la période de prescription, il semble préférable que cette règle ne soit pas uniquement laissée à la discrétion des Etats membres, mais qu'elle leur soit prescrite de manière contraignante. Cette mesure permettrait de créer un cadre juridique véritablement uniforme. En plus, les parties du contrat seraient sûres d'exécuter un contrat valable après l'écoulement de cette période. Toutefois cela présuppose qu'une telle disposition soit conforme aux différents droits civils des États membres. En outre, la formulation selon laquelle les contrats produisent «certains effets» après écoulement d'un délai de 6 mois n'est pas claire. Il serait beaucoup plus clair et préférable de prévoir une disposition selon laquelle les contrats sont valables.

Enfin, la question de la nullité doit être également, voire prioritairement, traitée comme une question de droit civil ; en matière de droit civil les compétences de l'Union européenne sont toutefois limitées. Sur la base du principe des compétences limitées et du principe de subsidiarité les Etats membres critiques pourraient adopter le point de vue que par la clause de nullité, l'Union européenne s'immisce dans le droit national.

Pour la suite de la procédure législative nous considérons donc nécessaire d'examiner plus en profondeur la compétence de l'Union Européenne en la matière. La question de la nullité est certes une règle annexe aux dispositions du droit des marchés publics, mais elle peut être en soi considérée comme une question purement de droit civil, qui relève pour l'essentiel des compétences nationales des Etats membres.

Après un premier examen, nous parvenons à la conclusion provisoire que la notion de nullité pourrait être efficacement instaurée par législation européenne, sous forme de compétence annexe aux compétences reconnues dans le domaine des marchés publics et/ou sur la base des compétences européennes, toutefois limitées, en droit civil, dont fait partie la compétence d'harmonisation du droit prévu à l'art. 95 du TCE<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> cf. sur les compétences de l'UE en matière de droit civil: Tilman/von Gerven, p. 185 et suiv., sur l'art. 95 TCE: idem, p. 196 et suiv.

Toutefois, dans l'hypothèse où le Parlement opérerait pour l'adoption de la notion de nullité dans la directive, il conviendra d'examiner avec soin la question de la compétence réglementaire de l'Union européenne, pour garantir l'efficacité de cette clause décisive afin d'exclure sa caducité ou une procédure en manquement par un Etat membre contre l'Union européenne pour dépassement de ses compétences contractuelles.

Pour créer une base juridique claire, harmonisée et efficace, il convient donc d'instaurer une clause de nullité du contrat.

#### **4.2. Le contrat doit-il être annulé de plein droit ou uniquement après constatation par une instance de recours?**

**Le contrat devrait être annulé uniquement après constatation par une instance de recours.**

Il existe aussi bien des arguments *favorables* que *défavorables* à une nullité de plein droit (*ipso iure*) du contrat. Néanmoins nous proposons de prévoir une annulation uniquement après constatation par une instance de recours.

Parmi les arguments *favorables* à une nullité automatique, il convient de citer que la conséquence juridique ainsi créée est claire et harmonisée. Une telle règle crée un effet d'alerte et de sanction beaucoup plus grand. Par conséquent, l'effet dissuasif s'en trouve augmenté, ce qui est l'intention première de cette nouvelle règle (cf. supra).

Cependant, la disposition *ipso iure* entraîne le risque que la nullité produise des effets qui dépassent l'intention poursuivie par la directive de protection juridictionnelle du soumissionnaire, et que n'importe qui, y compris des tiers non partie prenante ou les parties au contrat elles-mêmes, puissent s'en prévaloir si elles veulent rompre le contrat, et ce parfois même après plusieurs années. Pour contenir un tel abus juridique, la directive doit inclure une précision selon laquelle l'annulation ne peut être revendiquée que dans le cadre d'une instance de recours. Il en résulte ainsi une limitation à plusieurs niveaux de la protection juridictionnelle : seuls seraient habilités à réclamer la nullité des soumissionnaires pouvant introduire valablement un recours, notamment ceux pouvant justifier leur intérêt pour le marché. Cette mesure exclut deuxièmement d'emblée la demande de recours par les parties au contrat même. Troisièmement, la nullité du contrat doit être réclamée durant une période de 6 mois, dans l'hypothèse où l'option prévue dans le projet actuel, voire la clause, telle que nous la proposons au débat, est retenue.

En outre, il paraît que les parties prenantes vont toujours mettre en cause la nullité du contrat, surtout pour le cas des marchés de gré à gré, si bien qu'un constat par une instance de recours est toujours nécessaire. Des incertitudes quant à savoir s'il y a ou non violation du délai suspensif peuvent se faire jour par exemple lorsque la question de l'obligation de mise en concurrence se pose. Les points de discorde fréquents résident dans la définition de l'adjudicateur public, du marché public, du marché *inhouse*, de la concession de prestations de service ou du calcul des valeurs seuils des montants des marchés etc.. Ce sont ces points toutefois qui déterminent la validité ou la nullité du contrat. Ces questions requièrent de toute façon une clarification judiciaire.

## Chapitre 5 – Autres précisions

Au delà des questions posées, il nous semble que d'autres dispositions de la proposition sont également à revoir.

Les articles 2 § 3, 2 c et 2 f § 4 devraient être précisés.

L'article 2 § 3 fait référence aux dispositions concernant la suspension de la conclusion du contrat (art. 2 a – f). Toutefois, cet article ne règle que les effets suspensifs des recours, notamment prévu dans les articles 1 § 4 et 2 § 3a.

L'article 2 c prévoit un délai de prescription de 10 jours calendaires pour introduire un recours après communication d'une décision du pouvoir adjudicateur. Ce délai semble également trop bref, car les soumissionnaires s'estimant lésés doivent prendre les mêmes mesures que dans le cas de la communication de l'attribution du marché. Il nous semble aussi nécessaire de préciser que ce délai de prescription ne s'applique qu'aux recours devant des instances indépendantes du pouvoir adjudicateur. Si ce délai s'appliquait aussi au recours préalable, le soumissionnaire lésé ne pourrait plus introduire de recours devant une instance indépendante après l'écoulement de ce délai de prescription.

L'article 2 f § 4 n'est pas cohérent du point de vue linguistique (surtout dans la version allemande). Est-ce que les Etats membres doivent aussi prévoir des sanctions dans le cas de l'écoulement du délai de prescription prévu dans le § 3 alinéa 1 ? A notre avis, § 4 ne devrait faire référence qu'à l'alinéa 2 du § 3. Il n'est également pas claire pourquoi une urgence impérieuse invoquée à tort serait sujet d'une dérogation à la règle de la nullité.

## Bibliographie

Arrowsmith, S., 'Framework agreements and dynamic purchasing systems: the EC Directives and the perspective of the UK', *unpublished article based on a lecture held at the conference "Public Procurement: Global Revolution III" at the University of Nottingham 19<sup>th</sup> – 20<sup>th</sup> June 2006*

Commission of the European Communities, 'Impact Assessment Report – Remedies in the Field of Public Procurement', COM(2006) 195

Henty, P., 'Is the Standstill a Step Forward? The Proposed Revision to the EC Remedies Directives', *Public Procurement Law Review* 2006, pp. 253-265

Petschke, M., 'Der Vorschlag der EU-Kommission über eine Neufassung der Vergaberechtsmittelrichtlinien', *Tagungsband „7. Düsseldorfer Vergaberechtstag“ 08. Juni 2006*, pp. 13-22

Stoll, T., 'Revision der EU-Rechtsmittelrichtlinie', *Tagungsband „Elfte Badenweiler Gespräche“ 2006*, pp. 161-170

Tilman, W., van Gerven, W., 'Die Kompetenzen der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts und die möglichen Rechtsgrundlagen', *Untersuchung der Privatrechtsordnung der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch* 1999, pp. 185-206