

## L'INTÉRÊT TRANSFRONTALIER CERTAIN

Les acheteurs et les autorités concédantes doivent, dans certains cas, s'interroger pour déterminer si leur marché public ou leur contrat de concession, alors même qu'il se situe sous les seuils européens de publicité, présente un « intérêt transfrontalier certain ». En effet, les contrats présentant un intérêt transfrontalier certain doivent respecter des principes fondamentaux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). S'il est nécessaire, dans une telle hypothèse, de procéder à une publicité de nature à informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés dans d'autres États, cela n'implique pas nécessairement une publication dans un média bénéficiant d'une diffusion européenne.

### 1. Dans quelle hypothèse faut-il s'interroger sur l'existence d'un « intérêt transfrontalier certain » ?

Tous les marchés publics soumis à l'ordonnance n° 2015-899 et tous les contrats de concession soumis à l'ordonnance n° 2016-65 pour lesquels, à compter d'un certain seuil, s'applique une obligation de publication d'un avis d'appel à la concurrence ou d'un avis de concession au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) sont présumés présenter un intérêt transfrontalier.

Pour les autres marchés publics et contrats de concession, l'acheteur ou l'autorité concédante doit s'interroger sur l'existence ou non d'un intérêt transfrontalier, sauf lorsque le contrat peut être conclu sans mise en concurrence ni publicité préalable en application :

- des articles 14 à 16 de l'ordonnance n° 2015-899 ou des articles 13 à 15 de l'ordonnance n° 2016-65, à condition qu'ils soient passés sans publicité, ni mise en concurrence<sup>1</sup> ;
- des articles 17 à 20 de l'ordonnance n° 2015-899 ou des articles 16 à 19 de l'ordonnance n° 2016-65 ;
- des articles 23 à 25 de l'ordonnance n° 2015-899 ou des articles 21 à 24 de l'ordonnance n° 2016-65, à condition qu'ils soient passés sans publicité ni mise en concurrence préalable<sup>2</sup> ;
- des articles 30 du décret n° 2016-360, 23 du décret n° 2016-361 ou 11 du décret n° 2016-86.

### 2. Quels sont les critères permettant de caractériser l'existence d'un « intérêt transfrontalier certain » ?

Dans les cas mentionnés au second paragraphe du 1. de la présente fiche, l'acheteur ou l'autorité concédante doit se demander si le contrat de la commande publique qu'il envisage de conclure est susceptible d'attirer des opérateurs économiques d'autres États.

**Attention !** L'intérêt transfrontalier n'est pas uniquement lié à la localisation de l'exécution d'un marché à la proximité de la frontière d'un autre État. À cet égard, le terme de « transnational » peut tout aussi bien être employé pour qualifier l'intérêt du contrat<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> En effet, par exemple, les marchés publics exclus du champ d'application de l'ordonnance n° 2015-899 en application du 6° de l'article 14 sont soumis, dans certaines conditions, à des obligations de publicité et de mise en concurrence en vertu du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

<sup>2</sup> En effet, par exemple, un contrat mixte qui, conformément au I de l'article 23 de l'ordonnance n° 2015-899, serait exclu du champ d'application de cette ordonnance, parce que ses différentes parties sont obligatoirement inséparables et que les prestations principales correspondent à un marché public de service relatif au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro, peut être soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables en vertu du règlement (CE) n° 1370/2007 précité.

<sup>3</sup> Cf., par exemple, le considérant 114 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

Il n'existe pas de critère, à proprement parler, qui permette de déterminer l'existence d'un tel intérêt transnational. Il convient de se fonder sur un faisceau d'indices, dont certains ont été développés par la jurisprudence et d'autres par la doctrine.

Dans sa [communication interprétative du 23 juin 2006](#), la Commission européenne précise que, pour déterminer si l'attribution d'un contrat de la commande publique présente ou non un intérêt pour les opérateurs économiques situés dans d'autres États membres, il convient de se fonder sur « *une évaluation des circonstances spécifiques de l'espèce, telles que l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur en cause (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.) ainsi que du lieu géographique d'exécution du marché* ».

La Cour de justice de l'Union européenne précise que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention, du lieu de son exécution<sup>4</sup> ou encore de ses caractéristiques techniques<sup>5</sup>.

Dans l'arrêt SECAP, elle indique que « *de tels critères pourraient être, notamment, le montant d'une certaine importance du marché en cause, en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux. Il serait également possible d'exclure l'existence d'un tel intérêt dans le cas, par exemple, d'un enjeu économique très réduit du marché en cause* »<sup>6</sup>.

Dans le même arrêt, la Cour évoque la situation très particulière où un marché public, quoique de faible valeur, présenterait un intérêt transfrontalier certain parce que « *les frontières traversent des agglomérations situées sur le territoire d'États membres différents* »<sup>7</sup>. Au cas d'espèce, le marché public était d'un montant important (4 699 999 euros HT), très proche du seuil européen prévu pour les marchés publics de travaux.

Enfin, il convient de souligner que les directives « marchés publics »<sup>8</sup> citent, à titre d'indice de l'intérêt transfrontalier, le fait qu'un projet transfrontalier soit financé partiellement par l'Union européenne.

*D'autres éléments, tels que, par exemple, l'impact de l'exécution du marché public sur la renommée du titulaire, devraient également être pris en compte.*

### 3. Quelles règles doivent respecter les contrats présentant un « intérêt transfrontalier certain » ?

Les contrats présentant un intérêt transfrontalier certain doivent respecter des principes fondamentaux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Pour autant, les règles de passation imposées par les directives « marchés publics » ou « contrats de concession » ne sont pas à respecter dans leur totalité. Ainsi, s'il est nécessaire de procéder à une publicité de nature à informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés dans d'autres États, cela n'implique pas nécessairement une publication dans un média bénéficiant d'une diffusion européenne.

<sup>4</sup> CJUE, 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, Aff. C-347/06 (cons. 58, 59 et 62).

<sup>5</sup> CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, Aff. C-221/12 (cons. 29) ; CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, Aff. C-147/06 (cons. 24) : « *Un marché de travaux pourrait, par exemple, présenter un tel intérêt transfrontalier à cause de sa valeur estimée, en liaison avec sa technicité ou une localisation des travaux à un endroit qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers* ».

<sup>6</sup> CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, Aff. C-147/06 (cons. 31) ; voir également en ce sens, CJUE, 21 juillet 2005, *Coname*, Aff. C-231/03, cons. 20).

<sup>7</sup> « *Toutefois, il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'États membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain* » (cons. 31).

<sup>8</sup> Cons. 114 de la directive 2014/24/UE, cons. 120 de la directive 2014/25/UE.

### 3.1. Ces contrats de la commande publique sont soumis respect des principes fondamentaux du traité

Lorsqu'un contrat de la commande publique présente un intérêt transfrontalier certain et que les textes ne prévoient pas une obligation de publication d'un avis d'appel à la concurrence ou d'un avis de concession au JOUE, l'acheteur ou l'autorité concédante doit se conformer aux principes du TFUE lors de la passation de ces contrats, pour permettre l'accès à ce contrat aux opérateurs économiques présents dans d'autres États.

L'application des règles fondamentales et des principes généraux du traité aux marchés publics ou contrats de concession d'un montant inférieur au seuil de déclenchement de l'obligation de publicité au JOUE « *présuppose que les marchés en cause présentent un intérêt transfrontalier certain* »<sup>9</sup>.

Les jurisprudences relatives à l'intérêt transfrontalier certain s'inscrivent dans la lignée de l'arrêt *Telaustria*<sup>10</sup>, dans lequel la Cour a jugé que la passation des contrats de la commande publique exclus du champ d'application des directives « marchés publics » est soumise au respect des règles fondamentales du traité, en général, et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, en particulier. Ce principe implique, notamment, une obligation de transparence. Cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout candidat ou soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat sur un même cahier des charges, ainsi qu'un contrôle possible de l'impartialité des procédures d'attribution.

### 3.2. Ces principes n'imposent pas la mise en œuvre des règles prévues par les directives « marchés publics » et « contrats de concession »

Si la passation des contrats de la commande publique d'intérêt transfrontalier doit permettre de garantir le respect des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement entre les candidats et soumissionnaires, ce respect ne passe cependant pas nécessairement par la mise en œuvre des règles de procédure applicables aux contrats de la commande publique entrant dans le champ d'application des directives<sup>11</sup>.

Dans l'affaire *Commission c/ Irlande*<sup>12</sup>, la Cour a rappelé que la passation des marchés d'intérêt transfrontalier, en l'espèce un marché public de services « non-prioritaires »<sup>13</sup>, n'avait pas à obéir aux règles expressément prévues par les directives pour les marchés qui y sont pleinement soumis. Ainsi, l'obligation d'indiquer la pondération préalable des critères d'attribution d'un marché public, même si elle répond à des exigences d'égalité de traitement et de transparence, n'a pas à figurer dans l'avis d'un marché public de services « non-prioritaires » présentant un intérêt transfrontalier certain<sup>14</sup>. En revanche, la modification par le pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure, des critères d'attribution qu'il avait annoncés constitue une violation du principe d'égalité de traitement et de transparence. Il peut être déduit de cette jurisprudence que l'annonce des critères d'attribution, dès le lancement de la procédure de consultation, participe de la transparence de l'attribution et doit en conséquence être conseillée, quand bien même elle ne serait pas obligatoire.

De même, il a été jugé que les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement applicables à un marché public de services non prioritaires présentant un intérêt transfrontalier certain n'imposent pas aux pouvoirs adjudicateurs de mettre en œuvre les dispositions de la directive permettant aux candidats de faire valoir à l'appui de leur candidature les capacités économiques et financières d'une société tierce<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, Aff. C-147/06, cons. 21 ; voir également CJUE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-507/03, cons. 29 et CJUE, 21 février 2008, *Commission c/ République italienne*, Aff. C-412/04, cons. 66 et 67.

<sup>10</sup> CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, Aff. C-324/98.

<sup>11</sup> Ainsi, par exemple, le considérant 117 de la directive 2014/24/UE précise que les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques « ne seraient normalement susceptibles de présenter un intérêt transnational qu'à partir d'un seuil de 750 000 EUR et ne devraient donc être soumis que dans ce cas au régime assoupli » prévu par cette directive.

<sup>12</sup> CJUE, 18 novembre 2010, *Commission c/Irlande*, Aff. C-226/09, cons. 40, rendu sous l'empire de la directive 2004/18/CE : « Le fait que l'Irlande ait demandé l'insertion de l'avis du marché litigieux au Journal officiel de l'Union européenne, comme le permet l'article 36 de la directive, n'entraîne nullement pour cet État membre l'obligation de passer ce marché conformément aux articles de cette directive qui s'appliquent à l'égard des marchés publics relevant de l'annexe II A de celle-ci ».

<sup>13</sup> Pour mémoire, il s'agissait des services de l'annexe II B de la directive 2004/18/CE qui, quel que soient le montant estimé du besoin, pouvaient faire l'objet d'une procédure allégée.

<sup>14</sup> *Ibid.*, cons.43.

<sup>15</sup> CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA c/ Municipio de Sintra*, Aff. C-95/10.

### **3.3. Ces principes impliquent de répondre à des exigences particulières en termes de publicité**

#### **3.3.1. Une publicité de nature à informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés dans d'autres États est nécessaire**

La [communication interprétative du 23 juin 2006](#) précise que la seule façon de respecter les exigences définies par la Cour consiste dans la diffusion d'une publicité suffisamment accessible avant l'attribution du contrat<sup>16</sup> et cite les formes de publicité permettant d'atteindre ce degré de publicité adéquat<sup>17</sup>.

La Commission rappelle que « *plus l'intérêt du marché est grand pour les soumissionnaires potentiels d'autres États membres, plus la couverture doit être large* »<sup>18</sup>.

Une publicité de nature à informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés dans d'autres États est donc nécessaire.

#### **3.3.2. Une publicité répondant à cette exigence ne suppose pas nécessairement un support bénéficiant d'une diffusion européenne**

Le Conseil d'État a pu juger qu'une publication sur un support bénéficiant d'une diffusion européenne n'était pas toujours indispensable, à condition qu'elle soit « *insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants* »<sup>19</sup>. Cependant, une telle solution peut être variable en raison de l'importance du contrat concerné.

Dans ses conclusions sur la décision *Région Nord-Pas-de-Calais*<sup>20</sup>, le rapporteur public rappelle l'importance du choix du support de publicité pour des marchés publics qui, même estimés à 35 000 euros HT, peuvent présenter un intérêt transfrontalier : « *La spécialité professionnelle requise – la programmation en architecture pour des équipements culturels d'importance – était relativement rare dans l'environnement immédiat de la région et en tout état de cause dans l'aire de diffusion de "La Voix du Nord". À cet égard, la mise en ligne sur le site internet ne pouvait à notre sens pallier suffisamment cette carence de la publicité. On peut imaginer sans peine qu'un programmiste installé en région parisienne, ou même à Barcelone, Berlin ou Milan – ce qui ne serait pas inenvisageable s'agissant d'un chantier de cette nature – ne lit pas "La Voix du Nord" et n'effectue pas une veille régulière sur le site de la région Nord-Pas-de-Calais et sur celui de l'ensemble des autres collectivités importantes* ».

Aussi, lorsque le contrat de la commande publique présente un intérêt transfrontalier certain, il convient de procéder à une publication d'un avis d'appel à la concurrence ou d'un avis de concession dans un support dont le choix est effectué de manière à garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants, qui peuvent être intéressés par le contrat, compte tenu, notamment, de la nature et des caractéristiques du besoin.

<sup>16</sup> Cf. point 2.1.1 de la communication.

<sup>17</sup> Cf. point 2.1.2 de la communication.

<sup>18</sup> Dans un arrêt du 20 mai 2010, le tribunal de l'Union européenne a rejeté le recours en annulation déposé par l'Allemagne contre la communication interprétative du 23 juin 2006, jugeant que la communication n'établissait pas d'obligations spécifiques ou nouvelles par rapport aux dispositions des directives ou principes du TFUE, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour ([République fédérale d'Allemagne c/ Commission](#), Aff. T-258/06).

<sup>19</sup> [CE Ass., 1er avril 2009, Communauté urbaine Bordeaux, Sté Kéolis](#), n°323585 et n°32359, à propos d'une délégation de service public.

<sup>20</sup> [CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais](#), n° 278732.

C'est la raison pour laquelle, [le 1° du I de l'article 34 du décret n° 2016-360](#) indique, pour les marchés publics à procédure adaptée passés par les personnes mentionnées à ce même article, qu'il appartient à l'acheteur d'apprécier si, « *compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public* »<sup>21</sup>. Une disposition similaire est prévue au [1° du I de l'article 28 du décret n° 2016-361](#) ainsi qu'aux [I et II de l'article 15 du décret n° 2016-86](#).

---

<sup>21</sup> Les « autres acheteurs » mentionnés au 2° de ce même article « *choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause* ». En conséquence, la même règle s'applique pour eux.