

FICHE 16

L'intérêt transfrontalier certain

Les pouvoirs adjudicateurs qui passent des marchés inférieurs au seuil d'application des directives et des marchés de services non prioritaires, soumis à la procédure de l'article 30 du code des marchés publics, doivent, au cas par cas, s'interroger pour déterminer si ces marchés, ne présentent pas un « intérêt transfrontalier certain », qui justifie un niveau de publicité permettant aux opérateurs installés dans un autre Etat membre de l'Union européenne d'être informés de la procédure de mise en concurrence et de pouvoir, éventuellement, se porter candidat.

1. Qu'entend-on par marché « d'intérêt transfrontalier certain » ?

A partir des seuils communautaires, l'intérêt transfrontalier est présumé, sauf pour les marchés de services non prioritaires visés à l'annexe IIB de la directive et à l'article 30 du code des marchés publics¹.

En dessous des seuils communautaires, un marché public a un « intérêt transfrontalier certain », s'il est susceptible d'attirer des opérateurs économiques potentiels situés dans d'autres Etats membres.

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 Etat membre.

2. Quels sont les critères permettant de définir un « intérêt transfrontalier certain » ?

Dans sa communication interprétative du 23 juin 2006, la Commission européenne précise que pour déterminer si l'attribution d'un marché présente ou non un intérêt pour les opérateurs économiques situés dans d'autres Etats membres, le pouvoir adjudicateur se fonde 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* ».

1. CJUE, 13 novembre 2007, *CommisCJUEsson c/ Irlande*, C-507/03 (cons. 25).

La Cour de justice de l'Union européenne² précise que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention, du lieu de son exécution³ ou encore de ses caractéristiques techniques⁴.

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* »⁵.

*Dans le même arrêt, la Cour évoque la situation très particulière où un marché de faible valeur présenterait quand même un intérêt transfrontalier certain, parce que « les frontières traversent des agglomérations situées sur le territoire d'Etats membres différents ».*⁶ *Au cas d'espèce, le marché était d'un montant important (4 699 999 euros), très proche du seuil communautaire de marché de travaux.*

Ce raisonnement ne s'applique pas pour des marchés d'un montant inférieur au seuil de dispense de procédure prévu par le code des marchés publics (15 000 euros), qui n'ont manifestement pas d'incidence sur le marché intérieur⁷.

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

3.1. Une publicité de nature à informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés dans d'autres Etats membres

Lorsqu'un marché public présente un intérêt transfrontalier certain, l'acheteur public doit se conformer aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) lors de la passation de ces contrats pour permettre l'accès à cette commande aux opérateurs économiques d'autres Etats membres de l'Union européenne.

L'application des règles fondamentales et des principes généraux du traité aux marchés d'un montant inférieur au seuil d'application des directives communautaires « *présuppose que les marchés en cause présentent un intérêt transfrontalier certain* »⁸.

Ces jurisprudences s'inscrivent dans la lignée de l'arrêt *Telaustria*⁹, dans lequel la Cour a jugé que la passation des marchés publics exclus du champ d'application des directives « marchés » 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

2. CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, C-221/12 (cons. 29).

3. CJUE, 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06 (cons. 58, 59 et 62).

4. CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, 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.* »

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

6. « *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'Etats membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain* » (cons. 31).

7. CE, avis du 16 septembre 2014, n° 389174.

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

9. CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98.

implique, notamment, une obligation de transparence. Cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout 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.

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 marché (cf. point 2.1.1 de la communication) et cite les formes de publicité permettant d'atteindre ce degré de publicité adéquat (point 2.1.2). La Commission rappelle que « *plus l'intérêt du marché est grand pour les soumissionnaires potentiels d'autres Etats membres, plus la couverture doit être large.* »¹⁰.

3.2. Des règles de publicité spécifiques

Les marchés présentant un intérêt transfrontalier certain doivent faire l'objet d'un degré de publicité adéquat permettant le respect des principes fondamentaux du TFUE. Pour autant, ils n'ont pas à respecter les règles de passation imposées par les directives pour les marchés au dessus des seuils communautaires. Les juridictions européennes et nationales précisent les règles applicables à ces marchés.

3.2.1. Une publication sur un support européen n'est pas toujours nécessaire

La publicité d'une procédure susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres Etats membres de l'Union européenne doit-elle nécessairement intervenir sur un support bénéficiant d'une diffusion européenne ?

Le Conseil d'Etat a estimé qu'une telle exigence n'était pas indispensable, dès lors que l'annonce faite sur d'autres supports, même nationaux, est « *insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants* »¹¹.

Dans ses conclusions sur la décision *Région Nord-Pas-de-Calais*¹², le rapporteur public rappelle l'importance du choix du support de publicité pour des marchés qui, même estimés à 35 000 euros H.T, 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 ». A 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* ».

10. 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*, T-258/06).

11. CE Ass, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine Bordeaux, Sté Kéolis*, n°323585 et n°32359, à propos d'une délégation de service public.

12. CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 278732.

3.2.2. Ces marchés sont soumis au seul respect des principes fondamentaux du traité

La passation des marchés d'intérêt transfrontalier doit permettre de garantir le respect des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement entre les candidats. Ce respect ne passe pas pour autant par la mise en œuvre des règles de procédures formalisées, notamment de délais, pour l'ensemble de ces marchés (articles 28 et 30 du CMP).

Dans l'affaire *Commission c/ Irlande*¹³, la Cour rappelle que la passation des marchés d'intérêt transfrontalier, en l'espèce un marché de services non prioritaires, n'a 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, 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 de services non prioritaires présentant un intérêt transfrontalier certain¹⁴. 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 si elle n'est pas obligatoire.

De même, les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement applicables à un marché 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 tierce¹⁵.

13. CJUE, 18 novembre 2010, *Commission c/Irlande*, C-226/09, cons. 40 : « 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 ».

14. *Ibid.*, cons.43.

15. CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA c/ Município de Sintra*, C-95/10.