

Réseau „Contrats publics dans la globalisation juridique“

Compte-rendu du séminaire

« L’Internationalisation du droit des contrats publics »

3 et 4 avril 2009, Speyer, Allemagne

Compte-rendu rédigé par Hanna Schröder

1^{er} jour :

Le séminaire a été ouvert par une allocution de bienvenue adressée aux participants par le recteur de l’École supérieure allemande des sciences administratives de Spire, Prof. Karl-Peter Sommermann. Le recteur présenta l’École de Spire ainsi que l’Institut de recherche sur l’administration publique qui y est attaché, et souligna l’importance de la coopération internationale conduite à travers divers projets de recherche.

Ensuite, le Prof. Jean-Bernard Auby et la Prof. Rozen Noguellou, coordinateurs du réseau, ainsi que le Prof. Ulrich Stelkens, organisateur du séminaire, souhaitèrent également la bienvenue aux participants et présentèrent la thématique générale du séminaire. Dédié aux questions soulevées par l’internationalisation du droit des contrats publics, ce dernier devait en effet contribuer à préparer le deuxième ouvrage du réseau dont la parution est prévue pour le courant de l’année 2010.

1^{ère} session : Les contrats publics dans le droit des intégrations régionales autres que l’Union Européenne

Conférence : José-Luis Benavides

La première session de travail était consacrée aux contrats publics dans le droit des intégrations régionales autres que l’Union Européenne. Le Prof. José-Luis Benavides, professeur à l’Université de Bogota (Colombie) et chargé de la première conférence, précisa que concernant l’Amérique du Sud, ce ne sont pas les différents organismes d’intégration régionale (comme le Mercosur, la Communauté andine [CAN] ou encore la Communauté caribéenne [CARICOM]), mais plutôt les divers accords bi- et multilatéraux de libre échange qui comportent des règlements sur les contrats publics. En effet, le projet de l’intégration régionale ALCA, c’est-à-dire la Zone de libre échange des Amériques, qui comportait des réglementa-

tions sur les marchés publics, a été abandonné en 2005 et la Zone de libre échange des Amériques n'a pas été créée à ce jour. Les réglementations sur les contrats et notamment les marchés publics prévues dans le cadre de l'ALCA avaient été très largement inspirées par les modèles de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (l'AMP) et les dispositifs de l'ALENA. Mais comme l'ALCA n'existe toujours pas, les réglementations les plus importantes concernant les marchés publics sont aujourd'hui contenues – à part dans l'AMP – dans les multiples traités de libre échange bi- et multilatéraux que les pays de l'Amérique du sud ont conclu entre eux ou avec d'autres pays. Dans le deuxième temps de son intervention, le Prof. Benavides a donc procédé à un aperçu des plus importantes institutions contractuelles qui sont communes à la plupart de ces traités. Ces institutions ressemblent beaucoup à celles de l'AMP, ce qui fait que les problèmes structurels qui caractérisent cet accord, comme p.ex. l'asymétrie entre les différents pays, sont aussi inhérents aux traités de libre échange des pays de l'Amérique latine. Ainsi, les champs d'application de ces traités sont définis par types de contrats, par listes des entités auxquelles et par seuils de valeurs de marchés au-delà desquels ils s'appliquent, ce qui provoque une forte asymétrie entre les pays. Les notions qui régissent le traitement des marchés soumis à ces traités sont également les mêmes que dans l'AMP : le traitement national, le principe de la nation la plus favorisée ou encore la prise en compte non seulement des valeurs actives mais aussi des expectatives lors des investissements et des expropriations indirectes. Les procédures visant les conditions de la passation des marchés stipulées dans ces accords consacrent également des principes universels comme l'obligation générale de procéder à un appel d'offre, la priorité du critère prix ou encore la nécessité de confier la résolution des conflits de passation à une autorité administrative ou judiciaire indépendante. En matière d'arbitrage, la situation des pays d'Amérique latine est particulièrement sensible : ainsi, comme l'indépendance du CIRDI (Le Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement) vis-à-vis de la Banque Mondiale est contestée, les pays néo-socialistes comme le Venezuela, la Bolivie, le Nicaragua ou encore l'Equateur ont quitté cet accord. La plupart des cas de règlements de conflits latino-américains concernent l'Argentine. Le Brésil, quant à lui, constitue un cas particulier : n'ayant pas signé de traités de libre échange et n'étant pas non plus partie au CIRDI, il reçoit pourtant le plus d'investissements directs du continent.

Commentaire : Denis Lemieux

L'intervention du Prof. Benavides a été commentée par le Prof. Denis Lemieux, professeur à l'Université Laval (Québec) du point de vue des pays nord-américains signataires de l'ALENA. Le Prof. Lemieux insista tout d'abord sur le caractère exceptionnel de la structure de l'ALENA, accord signé par deux pays industrialisés (les EU et le Canada) et un pays en voie de développement (le Mexique), mais pourtant conçu de manière égalitaire. En effet, le fait que les marchés de compensation y sont interdits souligne l'équité au sein des partenaires de l'accord et montre que le Mexique est considéré comme un pays industrialisé dans le cadre de ce dernier. Les dispositions concernant les marchés publics dans le chapitre 10 de l'ALENA vont au-delà des exigences de l'AMP en la matière. D'ailleurs, en cas d'ambiguïté, les réglementations de l'ALENA priment sur celles de l'AMP, accord qui a pourtant fortement influencé l'ALENA. Mais cette dernière a souvent tendance à aller plus loin ; ainsi, le seuil de la valeur des marchés concernés est plus bas sous l'ALENA que sous l'AMP. Les entreprises publiques du Mexique sont également concernées. Par contre, les entités infranationales (les États fédérés et les collectivités territoriales) ne sont pas assujetties, ce qui limite considérablement la portée de l'accord. Les provinces canadiennes, p.ex., ont la possibilité d'un « opt-in », car s'agissant d'un accord concernant leurs compétences, leur adhésion volontaire est indispensable. Les exigences environnementales sont élevées pour les marchés soumis à l'ALENA, dont les règles de procédure s'apparentent largement à celles de l'AMP. Des domaines exclus de l'application de l'ALENA sont la sécurité et la défense, notions comprises de manière extrêmement large par les EU qui n'hésitent pas à y inclure des choses comme un marché pour le recensement de la population. De même, ils exigent souvent un droit de regard sur les employés des entreprises mexicaines et canadiennes dans ce domaine, ce qui limite beaucoup les possibilités d'action de ces dernières. Un aspect très intéressant de l'ALENA est son régime de règlement des différends. Ainsi, les EU, disposant depuis 1927 d'une institution fédérale de recours, exigeaient que les marchés soumis à l'ALENA puissent profiter d'un même mécanisme de révision. De telles institutions n'existant pas au Canada ni au Mexique, ces derniers ont dû créer de toutes pièces des structures très intéressantes qui appliquent maintenant directement en droit interne les dispositions de l'ALENA. Ainsi, les entreprises canadiennes peuvent faire appel à cet organisme même quand il s'agit de marchés internes. La caractéristique marquante de la procédure de révision est que les délais sont très brefs et que l'instance de révision dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire : quoiqu'elle n'ait qu'un pouvoir de recommandation, dans 80% des cas ses décisions ne sont pas contestées. En effet, si une partie au conflit décide de ne pas suivre une telle recommandation, elle

est obligée de faire un rapport pour se justifier. Ainsi, le tribunal peut « fortement recommander » d'octroyer un marché à une entreprise. L'intérêt à agir est compris de manière très large dans le cadre de cette procédure. L'ALENA, qui a eu une grande influence sur d'autres accords bi- ou multilatéraux en Amérique, montre qu'un pays non-signataire de l'accord de l'OMC sur les marchés publics (le Mexique) peut être soumis aux mêmes règles grâce à un autre accord. Les dispositions de l'ALENA ont aussi été reprises pour le marché commun canadien. Actuellement, le Canada est en train de négocier avec l'UE pour établir un accord de libre échange auquel seront assujettis tous les marchés (aussi les PPP) et toutes les provinces canadiennes.

À l'issue de cette présentation, la discussion s'est concentrée sur la question des impacts concrets de ces différents accords : ont-ils vraiment réussi à ouvrir les marchés aux entreprises étrangères ? Différents points ont été abordés lors de la discussion, comme l'existence, malgré tout, d'une forte asymétrie entre les différents pays signataires de ces accords ainsi que le problème de l'articulation, dans les traités, des domaines des marchés publics et des investissements.

2^e session : Les contrats des organisations internationales et européennes

Conférence : Bernardo Diniz de Ayala

La deuxième session de travail était consacrée aux contrats des organisations européennes et internationales. Compte tenu de la provenance géographique des intervenants (Portugal, France et Italie) ainsi que de l'importance du sujet pour les États membres de l'UE, les interventions et la discussion qui s'ensuivit se sont concentrées sur les contrats publics conclus par la CE. Dans un premier temps, M. Diniz de Ayala, avocat au cabinet Uría Menéndez à Lisbonne, offrit un aperçu général du phénomène de contractualisation par les institutions de la CE, phénomène qui ne cesse de gagner en importance. Le pouvoir de contracter de la CE est prévu de manière implicite dans différents articles du TCE (238, 281, 282 et 288/1). De plus, un certain nombre de règlements communautaires prévoient l'instrument du contrat pour l'administration interne de la CE et l'implémentation de ses politiques. De manière générale, les contrats de la CE sont soumis au droit des États membres impliqués, mais parfois c'est le droit communautaire qui est applicable, notamment dans les domaines dans lesquels il y a des réglementations communautaires spécifiques auxquelles les États membres ne peuvent déro-

ger. Si les parties ne font pas de choix explicite et s'il n'y a pas de réglementations spécifiques de la CE, la détermination du droit applicable appartient au juge selon les règles du droit international privé (Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles de 1980 et futur règlement communautaire « Rome I »). Les principes généraux du droit communautaire (consacrés p.ex. dans l'arrêt « Telaustria » ainsi que dans les directives « Marchés publics ») s'appliquent à la phase précontractuelle, mais de nombreuses questions restent en suspens concernant l'exécution des contrats. Les contrats de la CE ont un effet obligatoire pour les États membres (et ce également quand ceux-ci ne sont pas partie au contrat), car la CJCE les considère comme partie intégrante de l'ordre juridique communautaire. Cela peut poser problème quant à l'effet direct des actes juridiques communautaires, car en matière de contrat c'est normalement le principe de réciprocité qui s'applique. L'autorité judiciaire compétente pour connaître du contentieux en matière de contrats communautaires peut en fonction du contrat être soit une juridiction domestique, soit la CJCE. Selon les contrats, les tiers peuvent attaquer soit les actes précontractuels, soit le contrat lui-même, et c'est le juge compétent qui décide des conséquences de l'annulation d'un contrat en fonction du droit applicable. En conclusion de son intervention, M. Diniz de Ayala pose la question de la nécessité de l'élaboration d'un code communautaire pour les contrats de la CE.

Commentaire : Marie Gautier Melleray

Au commencement de son commentaire, la Prof. Marie Gautier Melleray, professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, souligna l'étonnant manque de littérature concernant les contrats de la CE. Cet état de fait tranche de manière éclatante avec l'abondante littérature sur les actes unilatéraux communautaires et le régime communautaire des contrats nationaux. Ainsi, même le rapport annuel de 2008 du Conseil d'État français, dédié au thème du contrat public, n'évoque pas une seule fois la possibilité de contracter de la CE, alors que ce rapport comporte la contribution d'un avocat général de la CJCE. Ainsi, il est difficile de déterminer de manière quantitative l'activité contractuelle des administrations européennes. Le traité prévoit trois possibilités en matière de droit applicable aux contrats des institutions communautaires : soit c'est le droit communautaire qui s'applique, soit un ou plusieurs droits nationaux, soit on est en présence d'un renvoi aux deux. Dans la pratique, c'est souvent la dernière hypothèse qui se produit, le droit communautaire venant en complément du droit national (cette constellation est la plus complète en matière du droit des fonctionnaires). Les règles communautaires s'imposent surtout concernant la compétence pour conclure ainsi qu'à travers des

clauses compromissaires au regard du seul droit communautaire. On est donc en présence d'une certaine hybridité ainsi que d'un certain manque d'un « droit communautaire des contrats communautaires ». Cela pose un problème en matière d'égalité et n'est pas satisfaisant du point de vue du marché commun. Cet état de fait est encore plus gênant concernant l'exécution des contrats, car pour la passation, le droit communautaire a unifié les droits des contrats nationaux. Il semble donc nécessaire d'élaborer une théorie de droit administratif du contrat communautaire.

Commentaire : Simone Torricelli

Le deuxième commentaire de l'intervention de M. Diniz de Ayala a été effectué par le Prof. Simone Torricelli, professeur à l'Université de Florence. Le Prof. Torricelli commença par constater que pour l'étude d'un sujet aussi complexe que celui de l'internationalisation des contrats publics, il faut d'abord définir la méthode adéquate. M. Torricelli proposa d'adopter la méthode du « positivisme critique » développée par le Prof. Jean-Bernard Auby. À l'aide de cette méthode, M. Torricelli étudia la question fondamentale de la définition du « contrat ». De plus, il évoqua le problème du manque d'une définition commune du contrat dans les différents États membres de l'UE à l'exemple du droit italien. Pour chercher à définir le cadre conceptuel du « contrat » en droit communautaire, il étudia ensuite l'exemple des contrats entre la CE et des organisations non-gouvernementales (Art. 177 TCE). À l'aide de cet exemple, M. Torricelli souligna la difficulté de la conciliation des intérêts publics et des intérêts privés en présence – tous les deux garantis par des dispositions de droit public – dans le cadre de tels contrats. En effet, ces deux faces de la médaille doivent être prises en compte pour pouvoir, dans le cadre des contrats publics, tenter de se retrouver dans une sorte d'« entente cordiale » selon les mots de Jean-Bernard Auby.

La discussion qui s'ensuivit s'intéressait surtout à la question de la détermination du droit applicable aux contrats des institutions de l'UE ainsi qu'à la question de la nécessité de la construction d'un droit communautaire applicable à ces contrats. L'aspect du risque d'un traitement inégalitaire en l'absence d'une telle construction a été particulièrement souligné. La Prof. Laurence Folliot-Lalliot (Université Paris X-Nanterre) pointa le problème du manque de transparence en matière de recours lors de la passation de contrats par les institutions de l'UE. Pour pallier à ce manque, l'UE aurait prévu de se baser sur les procédures de la Banque Mondiale.

2^e jour :

La deuxième journée du séminaire s'est ouverte avec un résumé des premiers résultats obtenus présenté par le recteur de l'École supérieure allemande d'administration publique de Spire, le Prof. Karl-Peter Sommermann. M. Sommermann remarqua que la question récurrente lors des interventions et des débats de la première journée du séminaire avait été la question de la définition de l'instrument du contrat ainsi que des différences dans les conceptions de cet instrument dans les différents ordres juridiques représentés. Avec cette question, il introduisit déjà les questionnements de la deuxième intervention à venir, celle de M. Ulrich Stelkens (Spire). Mais tout d'abord, il revenait au Prof. Mathias Audit (Université Cergy-Pontoise), spécialiste du droit international privé, d'ouvrir les débats de la deuxième journée avec son intervention sur le droit international privé des contrats publics.

3^e session : Le droit international privé des contrats publics

Conférence : Mathias Audit

M. Audit s'interrogea en introduction sur la question : « le droit international privé – qu'est-ce ? ». Il expliqua que le droit international privé est surtout une méthode dont l'objectif est de résoudre le problème du fractionnement du monde juridique en de nombreux ordres et systèmes juridiques distincts. Le droit international privé tend donc à résoudre les conflits qui peuvent surgir de la friction de ces différents ordres juridiques. Les contrats publics internationaux, quant à eux, sont confrontés au même problème. On pourrait p.ex. penser à un contrat pour la construction d'une ambassade en Allemagne par l'État français. On est donc face au même problème qu'en droit international privé, mais peut-on aussi employer les méthodes de ce dernier pour le résoudre ? Pour M. Audit, cela est possible en adaptant légèrement les méthodes du droit international privé. Pourtant, l'internationalisation est souvent rejetée par les spécialistes du droit des contrats publics, qui considèrent que les méthodes du droit international privé n'y sont pas applicables. Ainsi, pour les contrats publics d'entités étatiques, on adopte généralement le principe de la compétence exclusive du droit d'origine de la personne publique et on traite donc ces contrats internationaux comme des contrats internes. Cette exclusivité entraîne le rejet de l'internationalisation du contrat et donc de l'adoption des méthodes du droit international privé.

Mais il y a aussi des cas dans lesquels l'internationalisation du contrat et donc le fait que ce dernier relève d'un droit étranger est acceptée par la personne publique contractante.

L'exemple emblématique de cette hypothèse est constitué par les contrats d'État qui sont surtout utilisés pour les investissements dans les pays du sud. Mais dans les pays du nord il y a également des cas dans lesquels un droit étranger s'applique à un contrat conclu par une personne publique, comme p.ex. le cas d'espèce traité dans l'arrêt CE Société Colas Djibouti, où un contrat pouvait échapper au droit administratif français sur le fondement de la volonté de la personne publique impliquée. Ici, l'on est donc en présence d'un mécanisme qui vient directement du droit international privé, mais l'internationalisation du contrat public est acceptée et non pas imposée.

Par contre, il y a aussi l'hypothèse dans laquelle l'internationalisation est imposée. C'est le cas des contrats publics internationaux pour lesquels le droit communautaire impose la mise en œuvre de techniques du droit international privé. En effet, depuis le Traité d'Amsterdam, la CE dispose de la compétence pour régler en matière de droit international privé. Depuis, un certain nombre de règlements ont été adoptés, notamment en matière de compétence de juridiction (règlement Bruxelles 1 et Rome 1). Il est vrai que ces règlements excluent la matière administrative ; mais la CJCE a tendance à interpréter cette notion de manière très restrictive. Ainsi, depuis l'arrêt Rüffer (CJCE, Etat néerlandais c. Rüffer du 16 décembre 1980, aff. 814/79, Rec. 1980, p. 3807 ss.), la Cour définit comme relevant exclusivement de la matière administrative uniquement les actes qu'une autorité publique effectue *dans l'exercice de la puissance publique*. Or quand une personne publique contracte, elle n'agit souvent pas dans l'exercice de la puissance publique.

La discussion qui suivit l'intervention de M. Audit tourna autour de la question de l'existence d'un contrat public qui serait de par son essence « de droit public ». Comment pourrait-on définir un tel contrat ? Par le fait qu'il servirait de manière directe à accomplir des tâches publiques ? La réponse à cette question est en effet nécessaire pour pouvoir ensuite répondre à la question de savoir à quels contrats publics le droit international privé serait applicable. Cette dernière question a été discutée dans le contexte du Règlement Rome I.

4^e session : L'eupréanisation du droit des contrats publics à l'exemple de l'Allemagne

Conférence : Ulrich Stelkens

La deuxième session de la journée était consacrée à l'eupréanisation du droit des contrats publics. Le Prof. Ulrich Stelkens (Spire) a traité ce sujet à l'exemple de l'ordre juridique allemand. En introduction il posa la question fondamentale de cette thématique, à savoir si les conséquences juridiques des actions contraires au droit communautaire sont déterminées par les différents droits des États membres ou par les principes généraux du droit communautaire, homogènes et non écrits, qui se superposent aux réglementations de ces derniers. Les principes fondamentaux stipulés dans l'arrêt de la CJCE *Deutsche Milchkontor* (Aff. 205/82 du 21 septembre 1983, points 17 ss.) permettent un début de réponse à cette question. La première partie de l'intervention était ensuite dédiée au problème de la compatibilité du principe « *pacta sunt servanda* », du principe de légalité, de la conception du droit national des contrats publics et du droit communautaire. M. Stelkens souligna l'existence de deux types de contrats publics : les contrats qui selon leur objet peuvent aussi être conclus entre personnes privées (comme les contrats d'achat ou de travail) et les contrats qui selon leur objet ne peuvent être conclus qu'avec l'implication de personnes publiques. Les contrats du premier type se caractérisent par le fait que l'égalité structurelle des cocontractants y est possible, alors qu'en cas de conclusion d'un contrat du deuxième type, on est nécessairement en présence d'une inégalité des cocontractants. Les différentes conceptions nationales des contrats publics sont généralement marquées par un de ces deux modèles, ou alors par un modèle mixte, comme c'est le cas en Allemagne. M. Stelkens discuta alors, à l'exemple du droit allemand, la question de la possibilité d'envisager une uniformisation de ces différentes conceptions grâce au droit communautaire. Dans un deuxième temps, il présenta les ébauches d'une conception européenne des contrats publics qui se dessine à travers la jurisprudence de la CJCE en matière d'aides d'État soumises aux art. 87 ss. TCE accordées par voie contractuelle ainsi qu'en matière de marchés publics. En matière de subventions, on peut conclure à l'existence d'un principe communautaire selon lequel, en cas de violation des art. 87 ss. TCE, le droit administratif général des États membres ne doit pas simplement déclarer insignifiantes de telles violations, mais rendre possible la restitution de prestations accordées sur la base d'un acte juridique contraire au droit communautaire. La spécificité de contrats conclus à l'issue d'une procédure d'attribution d'un marché public est que le concurrent évincé ne peut faire valoir ses droits de manière effective qu'avant la conclusion du contrat. C'est la raison pour laquelle la CJCE a

imposé dans son arrêt *Alcatel Austria* (Aff. C-81/98 du 28 octobre 1999, points 29 ss.) que les États membres doivent dans tous les cas prévoir une procédure de recours qui permet au requérant d'obtenir l'annulation de la décision d'attribution d'un marché public, et ce indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu. Cette obligation est maintenant contenue dans le nouvel art. 2 quinquies de la directive 89/665/CE dans la version de la directive 2007/66/CE qui stipule qu'un marché conclu en violation du droit des marchés publics doit être déclaré dépourvu d'effets par une instance nationale indépendante du pouvoir adjudicateur. Pour transposer cette disposition communautaire, le législateur allemand a créé une nouvelle disposition législative qui prévoit une raison de nullité spéciale en cas de violation des principes fondamentaux énoncés dans les directives sur les marchés publics. Pourtant, cette nullité ne peut être invoquée que pendant une durée limitée et lors de la procédure spéciale de recours prévue pour les marchés publics. Cette réforme législative ne résout pourtant pas la question, soulevée par deux arrêts de la CJCE concernant les affaires *Bockhorn et Braunschweig* (Aff. jointes C-20/01 et C-28/01 du 10 avril 2003, points 18 ss. et Aff. C-503/04 du 18 juillet 2007, points 25 ss.), de savoir comment on peut construire une possibilité de résiliation unilatérale d'un contrat public pour illégalité dans un système juridique qui ne prévoit en cas d'irrégularité d'un contrat public que la sanction de nullité. Le droit allemand sera donc appelé à s'adapter encore sous l'emprise de cette problématique. Le Prof. Stelkens conclut alors qu'à long terme les influences européennes vont aboutir à une conception du droit des contrats publics qui aura pour tâche de libérer l'administration contractante des liens du droit commun au profit d'un droit mieux adapté aux besoins du principe de légalité – mais peut-être moins adapté aux besoins de sécurité juridique et du principe d'égalité des cocontractants.

Commentaire : Herwig Hofmann

Le Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg) retrace les points du Prof. Stelkens concernant le conflit potentiel entre l'obligation verticale des États membres de l'UE d'assurer l'application effective du droit communautaire et leurs obligations horizontales envers leurs cocontractants. Il proposa d'étudier les considérations de l'orateur précédent sous l'angle des contrats conclus par les organes de la Communauté elle-même. Ainsi, M. Hofmann retrace et compléta le thème de la session de travail sur les contrats de la CE qui s'était tenue la veille, tout en tirant les enseignements de cette question pour le dilemme des États membres décrit par M. Stelkens. Le Prof. Hofmann passa donc en revue les questions de la

base légale pour la conclusion de contrats par les organes de la Communauté, du droit applicable, des critères pour la légalité d'un contrat selon le droit communautaire ainsi que de la définition des matières qui peuvent faire l'objet de tels contrats. À l'exemple de ces différentes questions, M. Hofmann développa l'idée selon laquelle un mélange harmonieux de différents droits (droit communautaire et droit des États membres) pourrait permettre de faire face aux différents intérêts publics qui doivent être pris en compte pour assurer aussi bien la légalité des contrats des autorités publiques de la CE et des États membres que la protection des droits fondamentaux concernés dans ce contexte. Un tel mélange d'éléments juridiques, auquel M. Hofmann serait favorable, pourrait permettre de trouver des solutions adaptées aux différents cas d'espèces en évitant de se trouver face à des situations pénibles comme celle décrite par M. Stelkens concernant le droit allemand.

5^e session : Les effets de l'internationalisation du droit des contrats publics

Conférence : Laurence Folliot-Lalliot

La conférence en conclusion du séminaire, consacrée aux effets de l'internationalisation du droit des contrats publics, était prononcée par la Prof. Laurence Folliot-Lalliot (Université Paris X-Nanterre). Mme Folliot-Lalliot insista dans un premier temps sur l'élaboration internationalisée du droit des contrats publics. En effet, les sources de ce dernier émanent de plus en plus de structures internationales, notamment à travers des éléments de soft law. Si ces derniers n'ont pas beaucoup d'impact sur le droit des États membres de l'UE, ils ont une grande importance dans les pays en voie de développement. On peut p.ex. penser aux travaux de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit international commercial ; en anglais UNCITRAL [United Nations Commission on International Trade Law]), des Nations Unies en général ou encore aux directives des banques internationales, qui encadrent toute la vie du contrat. La réception de ces éléments en droit interne des pays concernés entraîne une refondation des droits nationaux en matière de contrats publics. Naturellement, les modèles ainsi élaborés varient toujours en fonction des logiques propres qui sont à l'œuvre dans les différents États ainsi qu'en fonction du rapport de force entre les États et les entreprises contractantes. Mais globalement, cette évolution entraîne quand même une harmonisation des droits nationaux des contrats publics. Naturellement, cette harmonisation est particulièrement poussée au sein des États membres de l'UE. Pourtant, ces tendances d'harmonisation se concentrent surtout sur la phase de l'attribution des contrats de la commande publique. En

revanche, concernant l'exécution des contrats, cette harmonisation est encore loin d'être achevée. Il y a toutefois des premières tendances qui amorcent une évolution en ce sens. En l'UE, cela se manifeste p.ex. concernant la question du maintien en vigueur d'un contrat illégal, question soulevée à plusieurs reprises pendant le séminaire. La frontière entre la phase d'attribution et la phase d'exécution d'un contrat devient donc de plus en plus poreuse. La question qui se pose alors avec de plus en plus de vigueur et qui demande d'être étudiée – notamment dans le cadre de l'ouvrage du réseau sur l'internationalisation du droit des contrats publics – est la question des conséquences de cette évolution pour les droits internes.

La discussion qui a suivi cette intervention s'est tout d'abord focalisée sur les travaux des banques multilatérales, nouveaux acteurs pour l'élaboration du droit. Ainsi, la Banque Mondiale a p.ex. élaboré un « country procurement system », permettant une labellisation des marchés publics mis au concours par les différents États. Cela permet donc une uniformisation du droit appliqué par les États concernés. Le Prof. Martin Trybus (Université de Birmingham) souligna l'importance de la circulation des idées en la matière provoquée par ces tendances d'internationalisation. Cela a permis au Prof. Jean-Bernard Auby de prononcer en quelque sorte le mot final des débats scientifiques du séminaire et d'introduire en même temps la séance consacrée à l'organisation du réseau et surtout à la préparation de l'édition du Traité de l'Internationalisation du droit des contrats publics qui devait avoir lieu à la toute fin du séminaire. Ainsi, le Prof. Auby insista sur l'importance, face à l'évolution thématifiée, de conceptualiser les phénomènes observés de manière scientifique pour pouvoir influencer sur l'évolution future de ce secteur qui gagne de plus en plus d'importance dans un monde globalisé.

Session de travail pour la préparation du Traité de l'Internationalisation du droit des contrats publics

Ce mot final permit donc d'introduire une courte session de travail en vue de la préparation du Traité de l'Internationalisation du droit des contrats publics, deuxième publication du réseau éditée par Mme Laurence Folliot-Lalliot et M. Mathias Audit dont la publication est envisagée pour le courant de l'année 2010. Mme Folliot-Lalliot distribua un document de travail aux participants, qui est reproduit à la suite de ce compte-rendu. Pour résumer la discussion concernant l'ouvrage, il est possible d'affirmer que compte tenu des questionnements assez différents qui sont soulevés d'un côté par l'eupéanisation et de l'autre côté par

l'internationalisation du droit des contrats publics, l'idée d'éditer deux ouvrages distincts, un sur l'eupéanisation et un sur l'internationalisation du droit des contrats publics, a été adoptée.

Laurence Folliot-Lalliot

Proposition de **Plan de travail** pour le Traité sur l'internationalisation du droit des contrats publics

4 niveaux :

- Internationalisation des contrats publics (multiplication)
- Internationalisation des sources applicables aux contrats publics
- Transfert dans les droits nationaux des concepts internationaux et européens du droit des contrats publics
- Emergence d'un droit global des contrats publics ?
-

I. Internationalisation des contrats publics

- Multiplication des contrats internationaux/intra-européens
 - Global sourcing dans la commande publique
 - Catégories de contrats visés
 - Contrats de commande publique : marchés, contrats d'infrastructure
 - Particularisme des contrats d'Etat ?
 - Contrats transnationaux
 - Contrats des organisations internationales
 - Contrats des Agences Européennes
 - Actions extérieures UE, USAID, Chine : effets de l'aide déliée et de l'aide liée

II. Internationalisation des sources applicables aux contrats publics

Sources :

- Sources internationales :

AMP

Traités bilatéraux/traités de libre échange

Conventions sur le règlement des différends

Intégrations régionales : ex principes ASEAN, COMESA ?

- Sources européennes

Directives (+ Directive marchés de Défense)

Directives européennes, position sur les contrats de PPP :
harmonisation régionale ?

- Directives des banques multilatérales (banque mondiale, BAD, BID) (passation et exécution)
- Règles AFD
- Méthodologie marchés publics BM/OCDE : Country Procurement System (2008)
- Loi-type CNUDCI (révision)
Guide Législatif sur les projets d'infrastructure publique à financement privé (passation et exécution)

III. Harmonisation des droits nationaux : effet des concepts internationaux du droit des contrats publics

Revue par pays ?

A étudier :

- Effets sur les conditions de passation
 - Règles applicables
 - Recours
- Effets sur les règles d'exécution : risques, protection, changement des circonstances, maintenance, adaptation du service, fin du contrat
- Règlement des différends
 - Question du droit applicable/positions des cours nationales
 - Arbitrage ?
- Articulation des règlements étatiques et contractuels des différends

IV. Emergence d'un droit global des contrats publics ? (questions transversales)

Effets :

Sur les règles de passation : effet structurant des concepts de transparence et de mise en concurrence.

- Sophistication v. Simplification ?
- Ex : les accords-cadre/frameworks
- Les procédures électroniques
- Dialogue compétitif

- Sur l'exécution : quid des pouvoirs de l'administration ?
Place des tiers ?

- Sur le règlement des différends : expansion du recours à l'arbitrage ou plutôt des mécanismes de prévention des litiges ?
 - Impact des questions internationales co-latérales :
 - Régime des contrats d'Etat,
 - Droit des investissements,
 - Droit de la concurrence,
 - Droit de l'environnement,
 - Droit des usagers,
 - Libre circulation des travailleurs (Europe),
 - Financements.

- Sur la reconnaissance du particularisme des contrats publics, du particularisme des contrats de commande publique

Définition du contrat public ?

 - Effet sur la distinction des catégories contractuelles

- Harmonisation verticale (descendante, ascendante ?) / horizontale ?
- Hiérarchisation des modèles nationaux ?