



**HAL**  
open science

# La mise en œuvre du droit de la commande publique en transfrontalier

Adèle Krawczyk

► **To cite this version:**

Adèle Krawczyk. La mise en œuvre du droit de la commande publique en transfrontalier . Droit. 2018. dumas-01845478

**HAL Id: dumas-01845478**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01845478>**

Submitted on 20 Jul 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN TRANSFRONTALIER

**Adèle KRAWCZYK**

Sous la Direction de Monsieur le Professeur Florian LINDITCH

M2 Contrats publics / Droit public des Affaires

Parcours Droit public des Affaires

Université d'Aix-Marseille

Juin 2018

Mémoire de fin d'études rédigé par Madame Adèle Krawczyk

Etudiante du Master 2 Contrats publics et Droit public des Affaires Parcours Droit public des Affaires

Sur le thème « La mise en œuvre du droit de la commande publique en transfrontalier »

Sous la Direction de Monsieur le Professeur Florian Linditch, Directeur du Master 2 Contrats publics et Droit public des Affaires

Aix-Marseille Université

Juin 2018

## **Préface et remerciements :**

Ce mémoire est le fruit d'un parcours universitaire européen. Après avoir validé une licence de Droit au sein de l'Université Jean Moulin Lyon 3, j'ai effectué mon Master 1 Droit public à Berlin grâce au programme Erasmus.

Cette expérience m'a permis de découvrir le fonctionnement des contrats publics outre-Rhin et la mise en œuvre allemande du droit des marchés publics qui présente de grandes particularités malgré son statut de droit issu des Directives européennes.

Je souhaite remercier Monsieur le Juge Dr. Hanno-Dirk Lemke de sa bienveillance et de son aide, enseignant à la faculté de Droit de l'Université *Freie Universität Berlin* qui m'a apporté les bases du droit public économique allemand et initié au droit des contrats publics en Allemagne.

Ce mémoire est également le fruit d'entretiens téléphoniques avec les praticiens du droit de la commande publique en transfrontalier. Je souhaite remercier tous ceux qui m'ont gentiment accordé de leur temps par téléphone et par email afin de répondre à mes questions : Madame Petia Tzvetanova, Docteur en droit et Responsable de l'expertise juridique de la Mission opérationnelle transfrontalière (MOT) ; Monsieur Alexandre Morey, Responsable des affaires juridiques France et Madame Géraldine Décarre, Responsable centrales d'achat et qualification des fournisseurs au sein de la Direction Achats du Tunnel Euralpin Lyon Turin (TELT) ; Madame Séverine Flahault, Responsable de la coordination au sein de l'Agence de l'Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai ; Madame Isabelle Prianon, Directrice générale des Services de l'Eurodistrict SaarMoselle et Monsieur Jean-Claude Rouges, Directeur de mission au sein de la Direction Conseil Performance et Affaires Juridiques et la Ville et Eurométropole de Strasbourg.

Ce mémoire est aussi le fruit d'un accompagnement sans faille de mes proches qui m'ont apporté une aide précieuse tout au long de sa rédaction. Je remercie donc mes parents qui m'ont soutenue dans tous mes projets et sans qui je n'aurais pas pu effectuer mes études. Je remercie également Camille Louis d'être toujours présent et d'avoir relu ce mémoire. J'ai aussi une pensée toute particulière pour Marian Kurnyta.

Ce mémoire est enfin le fruit d'une opportunité et de travail. Je souhaite donc remercier Monsieur le Professeur Florian Linditch de m'avoir donné l'opportunité de réaliser le Master 2 Contrats publics et Droit public des affaires et de m'avoir accompagnée dans la rédaction de ce mémoire.

## **Table des matières :**

### **Introduction**

### **Partie 1 : La mise en œuvre du droit de la commande publique facilitée en transfrontalier par l'Ordonnance du 23 juillet 2015**

#### **Chapitre 1 : Le choix de la forme de coopération transfrontalière laissé aux acteurs locaux ou nationaux**

Section 1 : Le choix du GECT : une structure de coopération transfrontalière européenne sans compétences propres

Section 2 : Le choix de toute autre forme particulière de coopération transfrontalière : la SEML, un choix stratégique

Section 3 : Un cas inédit de mise en œuvre du droit de la commande publique menée par l'Etat français et italien : le Tunnel Euralpin Lyon Turin (TELT)

#### **Chapitre 2 : Le choix du droit applicable laissé aux acheteurs publics en application de l'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015**

Section 1 : Le choix de droit du pays du siège du GECT : le cas classique

Section 2 : Le choix du droit de l'autre pays que celui du pays du siège du GECT, un choix politique : le cas du GECT Eurodistrict SaarMoselle

Section 3 : Le cas du TELT : la mise en œuvre du droit de la commande publique français avec des adaptations issues du droit italien

### **Partie 2 : Vers de l'achat public transfrontalier, le choix de la performance de la commande publique transfrontalière**

#### **Chapitre 1 : Les pratiques d'acheteurs publics afin de garantir de l'achat public transfrontalier performant**

Section 1 : Une bonne définition du besoin pour définir le cadre légal transfrontalier nécessaire

Section 2 : La mutualisation transfrontalière des achats, une mise en œuvre efficace du droit de la commande publique

#### **Chapitre 2 : Les nécessaires évolutions des pratiques et du droit afin de faire face aux défis de l'achat public transfrontalier**

Section 1 : Une nécessaire adaptation du droit et des pratiques pour garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique

Section 2 : Le développement de moyens humains au sein des structures transfrontalières afin de mettre en œuvre une politique d'achat public performant

### **Conclusion**

## Liste des abréviations :

<b>AFOM</b>	Atouts, faiblesses, opportunités, menaces (analyse)
<b>AMO</b>	Assistance à maîtrise d'ouvrage
<b>CAO</b>	Commission d'appel d'offres
<b>CGCT</b>	Code général des collectivités territoriales
<b>CJCE</b>	Cour de justice des Communautés européennes
<b>DCE</b>	Dossier de consultation des entreprises
<b>EPCI</b>	Établissement public de coopération intercommunale
<b>FEDER</b>	Fonds Européen de Développement Régional
<b>FS</b>	Ferrovie dello Stato Italiane (Chemins de fer de l'Etat)
<b>CCAP</b>	Cahier des clauses administratives particulières
<b>CCG</b>	Cahier des clauses générales
<b>CCTP</b>	Cahier des clauses techniques particulières
<b>GECT</b>	Groupement européen de coopération territoriale
<b>IDETA</b>	Intercommunale de développement économique des arrondissements de Tournai, d'Ath et de communes avoisinantes
<b>LTF</b>	Lyon Turin Ferroviaire
<b>MOT</b>	Mission Opérationnelle Transfrontalière
<b>RFF</b>	Réseau ferré de France
<b>RFI</b>	Rete Ferroviaria Italiana
<b>RCS</b>	Registre du Commerce et des Sociétés
<b>SA</b>	Société anonyme
<b>SARL</b>	Société à responsabilité limitée
<b>SAS</b>	Société par actions simplifiée
<b>SEM</b>	Société d'économie mixte
<b>SEML</b>	Société d'économie mixte locale
<b>STMB</b>	Société du Tunnel du Mont Blanc
<b>TELT</b>	Tunnel Euralpin Lyon Turin

## INTRODUCTION

« Durant des millénaires, les frontières, face à une apparence figée, furent l'objet de nouvelles convoitises, de différends, de modifications, de rancœurs. De nos jours, le globe en mouvement accéléré les inclut dans la problématique de la mondialisation » (Wackermann, 2007)

Les espaces frontaliers n'ont jamais été simples, ce sont les cartographes qui à partir de l'époque moderne ont tiré des tracés linéaires afin de démarquer les Etats<sup>1</sup>. Sur le terrain, les territoires frontaliers présentaient une complexité liée aux comportements et mentalités, mais aussi à la complexité de l'identité des individus habitant sur ces territoires frontaliers, dont l'origine commune avait été bouleversée par les « tribulations de l'Histoire »<sup>2</sup>. Le conquérant imposait sa culture mais prenait également celle du soumis et le territoire frontalier a été et continue à être « une terre de rencontres et de contrastes » (Wackermann, 2007). Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la réflexion sur les frontières, suscitée par l'orientation vers le Marché commun en Europe, entraîne des espérances et des illusions pour la suppression progressive des frontières. Les frontières physiques demeurent mais ne cessent d'être bouleversées, avec la mondialisation des échanges, la construction européenne, par l'innovation, internet mais également dans un autre registre par les avancées de la science. La notion d'espace-temps d'Albert Einstein en effet revêt une « importance capitale dans un monde avide de réduire la distance par le raccourcissement du temps de parcours. La frontière constitue à cet égard un obstacle majeur. Un peu partout, il s'agit de repousser les frontières, grâce à l'extraordinaire révolution de l'espace-temps et à l'émergence d'un monde en réseaux. » (Wackermann, 2007). Avec la mondialisation et le développement des échanges, la notion traditionnelle de la frontière est bouleversée, les frontières subsistent mais s'atténuent.

Cette atténuation des frontières des Etats s'est fait particulièrement ressentir avec la construction européenne, par la fondation de la Communauté européenne du charbon et de l'acier en 1951, puis la fondation de la Communauté économique européenne qui repousse les frontières économiques avec la mise en place du marché commun et la suppression des droits de douanes aux frontières des Etats membres en 1968. Elle s'est fait surtout ressentir avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht en 1992 et des accords de Schengen en 1995. Les ressortissants de l'Union Européenne pouvant ainsi se rendre dans l'un des pays membres sans contrôle d'identité aux frontières.

---

<sup>1</sup> **Gabriel Wackermann**, « Quel sens pour la notion de frontière dans la mondialisation ? », Cités, 2007/3 (n° 31), p. 83-91. DOI : 10.3917/cite.031.0083. URL : <https://www-cairn-info.lama.univ-amu.fr/revue-cites-2007-3-page-83.htm>

<sup>2</sup> **Gabriel Wackermann**, « Quel sens pour la notion de frontière dans la mondialisation ? », Cités, 2007/3 (n° 31), p. 83-91. DOI : 10.3917/cite.031.0083. URL : <https://www-cairn-info.lama.univ-amu.fr/revue-cites-2007-3-page-83.htm>

La construction européenne bouleverse la notion de frontière, à l'échelle de l'Etat mais également localement par la coopération transfrontalière dont la définition est les « relations de voisinage qu'entretiennent les collectivités territoriales et leurs groupements de part et d'autre des frontières. » (Oudot-Saintgery, 2010).

Les collectivités territoriales sont en effet amenées à travailler avec d'autres collectivités de l'autre côté de la frontière. Cette volonté n'est pas seulement portée par la possibilité de bâtir des projets communs bénéfiques aux entités des deux pays, mais plus globalement par le partage de problématiques communes, d'un environnement et d'un paysage communs. Les étrangers qui habitent près de la frontière sont moins étrangers que les autres. Ils partagent une histoire et des problèmes similaires et peuvent donc travailler ensemble. La coopération transfrontalière en Europe a donc connu une expansion importante les dernières décennies.

La coopération transfrontalière revêt plusieurs degrés. Le premier degré, basique, consiste en la rencontre entre deux acteurs de part et d'autre de la frontière et l'identification des enjeux et des besoins du territoire transfrontalier qu'ils partagent. Le second degré de coopération est la mise en place, sur la base de ces enjeux et besoins, de rencontres régulières entre les collectivités territoriales. Le troisième degré de coopération est la coordination d'actions et des politiques mises en œuvre par les partenaires de part et d'autre de la frontière, lorsque les relations entre ces collectivités territoriales sont durablement établies. Le quatrième degré est le développement d'un planning et de stratégies conjointes qui assurent une approche intégrée dans certains domaines. Sur cette base, les collectivités territoriales peuvent prendre des décisions communes, ce qui constitue le cinquième degré de coopération transfrontalière et éventuellement conduire au sixième degré de coopération qui est l'exécution de projets partagés, intégrés et coordonnés ou la création et gestion de services et d'équipements transfrontaliers<sup>3</sup>. Ces projets partagés, intégrés et coordonnés sont des projets transfrontaliers, ils concernent deux pays limitrophes et peuvent être coordonnés par une entité, qui pourra alors être transnationale, par exemple le GECT, ou par des collectivités territoriales de part et d'autre de la frontière ou par les Etats eux-mêmes. La coopération transfrontalière donne ainsi naissance à des territoires transfrontaliers dont les projets sont des manifestations concrètes de leurs compétences et de leurs atouts.

Les territoires transfrontaliers représentent 40% du territoire de l'Union Européenne, 37 agglomérations transfrontalières dont 11 aux frontières françaises, 20000km de frontières terrestres internes à l'UE, selon l'étude d'EUROSTAT, Labour Force Survey en 2015. La coopération

---

<sup>3</sup> **Joachim Beck** 2017. *Cross-border cooperation and the challenge transnational institution-building – the example of the European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC)*. Revue électronique du Consortium d'Études Catalanes N°1 spécial. Janvier 2017.

transfrontalière présente donc des enjeux importants pour l'emploi – 2 millions de travailleurs sont des travailleurs frontaliers dans l'Union européenne dont 20% vivent en France – mais également en matière de transport, les tunnels entre deux Etats permettent par exemple le développement du tourisme et des échanges économiques entre les Etats, les ponts entre deux villes frontalières permettent le développement de l'économie locale et le déplacement des travailleurs frontaliers. Ces projets présentent des enjeux politiques importants, puisque les projets transfrontaliers sont de vrais laboratoires de la construction européenne, un élu souhaitant mettre en place un projet transfrontalier marque sa volonté de travailler avec la collectivité voisine et de participer à cette construction européenne en mettant en pratique les principes fondamentaux de l'Union européenne : la liberté de circulation, la citoyenneté européenne et la cohésion économique, sociale et environnementale.

Dans ce contexte, le législateur européen a favorisé l'intégration transfrontalière en créant des outils juridiques adaptés, tel que le GECT. Les institutions européennes ont quant à elles, financé des projets qui répondent aux besoins des espaces transfrontaliers dans le cadre de la politique de cohésion de l'Union Européenne. Le droit des marchés publics a également suivi ces évolutions, avec l'adoption en 2014 de la Directive européenne relative aux marchés publics et en 2015 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 qui intègre la passation des marchés publics par les entités transnationales, telles que les GECT.

Les marchés publics transfrontaliers ou plus globalement le droit de la commande publique en transfrontalier est le résultat du droit issu des directives européennes et des pratiques des praticiens, c'est pourquoi il est pertinent de se demander comment assurer un achat public performant avec le droit de la commande publique en transfrontalier.

Cette question sera traitée en deux parties, la première sera dédiée au droit de la commande publique tel qu'issu des directives européennes et son application concrète (Partie I) et la seconde partie traitera des pratiques développées par les acheteurs publics transfrontaliers et le droit et les pratiques qui nécessitent des évolutions afin de garantir au mieux un achat public transfrontalier performant (Partie II).

# **Partie 1 : La mise en œuvre du droit de la commande publique facilitée en transfrontalier par l'Ordonnance du 23 juillet 2015**

L'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose : « Lorsque des acheteurs ont adhéré à une entité commune transnationale, constituée notamment sous la forme d'un groupement européen de coopération territoriale, les statuts ou une décision de l'organe compétent de cette entité déterminent les règles applicables aux marchés publics de cette entité, lesquelles sont :

1° Soit la loi de l'Etat dans lequel se trouve son siège ;

2° Soit la loi de l'Etat dans lequel elle exerce ses activités.

Le choix de la loi applicable ne peut avoir pour but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. »

Cette disposition est la seule au sein du corpus de textes régissant les marchés publics s'appliquant spécifiquement aux marchés publics transfrontaliers. Il est de plus très difficile de trouver des articles de doctrine sur le sujet. Les projets et les structures transfrontaliers se multiplient néanmoins, comme le souligne cette carte des territoires transfrontaliers aux frontières françaises, produite par la MOT en mai 2018 (Annexe 1), les projets transfrontaliers ne sont plus des exceptions mais deviennent de plus en plus habituels dans les espaces transfrontaliers. Les acheteurs publics ont donc développé des pratiques qui leurs sont propres, puisqu'il est laissé une grande liberté aux acteurs locaux dans le choix de la structure de coopération (Chapitre 1) mais également du droit applicable (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 : Le choix de la forme de coopération transfrontalière laissé aux acteurs locaux ou nationaux**

Le choix de la forme de coopération transfrontalière est l'étape essentielle liminaire. Il est laissé aux acteurs locaux, juristes de collectivités territoriales et élus, une grande souplesse quant au choix de la forme de coopération. Le cas classique est le choix du GECT, Groupement européen de coopération territoriale, instrument de coopération transfrontalière mise en place par le règlement (CE) no 1082/2006 du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), modifié par le règlement (UE) no 1302/2013 du 17 décembre 2013 concernant la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement des GECT. Les modifications s'appliquent depuis 22 juin 2014 sans que les GECT existants doivent aligner leur convention et leurs statuts sur les modifications apportées par le nouveau règlement. Il est également possible toute autre

forme particulière de coopération transfrontalière telle que la SEM à objet unique ou la SEML. Une forme inédite de coopération transfrontalière a également été mise en place avec le projet du Tunnel Euralpin Lyon-Turin dont la forme juridique est la société par actions simplifiée (SAS), projet unique en France et en Europe.

## **Section 1 : Le choix du GECT : une structure de coopération transfrontalière européenne sans compétences propres**

Chaque projet transfrontalier s'inscrit dans une structure de coopération transfrontalière qui est adaptée au but recherché, par exemple les transports, l'environnement etc... et des moyens économiques envisagés, par exemple les investissements communs. Les collectivités territoriales coopèrent conformément à la législation interne qui les régit. Ainsi, selon l'article L1115-5 du CGCT « Une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales ne peut conclure une convention avec un Etat étranger, sauf dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il s'agit d'un accord destiné à permettre la création d'un groupement européen de coopération territoriale, d'un groupement eurorégional de coopération ou d'un groupement local de coopération transfrontalière. Dans ce dernier cas, la signature de l'accord est préalablement autorisée par le représentant de l'Etat dans la région. ».

Une collectivité territoriale peut donc conformément à cet article conclure avec un Etat étranger un GECT.

Le GECT est un outil institué par le Règlement communautaire 1082/2006 qui a pour objectif de faciliter ou promouvoir la coopération transnationale ou interrégionale entre ses membres<sup>4</sup>. Il constitue selon le Règlement communautaire « un instrument de coopération au niveau communautaire permettant d'établir, sur le territoire de la Communauté, des groupements coopératifs dotés de la personnalité juridique [...] soit pour mettre en œuvre des programmes ou des projets de « coopération territoriale » cofinancés par la Communauté, soit pour réaliser des actions de « coopération territoriale » à la seule initiative des Etats membres et de leurs régions et collectivités locales, avec ou sans contribution financière de la Communauté. ». Le GECT a connu des évolutions avec le règlement 1302/2013 relatif aux Groupements européens de coopération territoriale qui a simplifié et amélioré la constitution et le fonctionnement des GECT. Il est ainsi possible de constituer un GECT bilatéral entre une structure appartenant à un Etat membre de l'Union européenne et celle d'un Etat tiers voisin avec lequel l'Etat membre a des actions de coopération<sup>5</sup>. Le GECT est toujours possible entre deux Etats membres de l'Union européenne, ce qui est d'ailleurs le cas de la plupart des GECT. Pour cela, une

<sup>4</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.22

<sup>5</sup> **MOT**. 2014. ESPACES-TRANSFRONTALIERS. [www.espaces-transfrontaliers.org](http://www.espaces-transfrontaliers.org). [En ligne] MOT, février 2014. [Citation : 3 juin 2018.] <http://www.espaces-transfrontaliers.org/actualites/news/news/show/evolution-du-regime-juridique-des-gect/>.

procédure d'approbation des GECT par les autorités nationales est nécessaire et qui doit porter sur la convention de coopération que les Etats membres doivent approuver dans un délai de six mois à compter du dépôt de la demande de création, l'Etat membre où le GECT aura son siège devra approuver formellement la convention de création. Le règlement européen laisse également beaucoup de flexibilité aux GECT, notamment quant au choix du droit applicable.

Le premier GECT créé en Europe a été le GECT de l'Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai le 28 janvier 2008, entre quatorze partenaires de part et d'autre de la frontière franco-belge, dont le siège se situe à Lille. Il a pour but de favoriser le débat politique en rassemblant l'ensemble des institutions compétentes, de produire de la cohérence transfrontalière à l'échelle de l'ensemble du territoire et de réaliser des projets élaborés en commun<sup>6</sup>.

Le GECT dispose d'une assemblée composée des représentants des membres qui vote le budget annuel ainsi que d'un directeur qui représente le groupement. Il est également possible de créer d'autres organes par l'intermédiaire des statuts, par exemple un président du GECT<sup>7</sup>. Le GECT est financé par ses membres et peut bénéficier de fonds européens pour les projets qu'il développe.

L'intérêt du GECT est la concrétisation de la volonté de coopération transfrontalière qui existe entre deux ou plusieurs collectivités territoriales frontalières. Elle permet donc de doter la structure commune d'une personnalité juridique qui lui est propre, ce qui permet par exemple la passation des marchés publics en son nom. Le GECT présente néanmoins certaines contraintes. Il est en effet assez long de constituer un GECT, selon le Ministère des Affaires étrangères et européennes en 2011, il faut compter au moins un an pour créer le GECT<sup>8</sup>. Il nécessite également que tous les partenaires soient prêts à contribuer au financer le GECT, un financement unilatéral de la part des collectivités locales françaises pouvant être assimilé à une subvention déguisée<sup>9</sup>. Il est donc essentiel que tous les partenaires soient prêts à participer au GECT. Cela implique donc une forte volonté politique afin de mettre en œuvre cette structure. Enfin, il est également important de vérifier si les membres du GECT ont la compétence pour adhérer à ce GECT, en effet, les missions de cette structure doivent pouvoir

---

<sup>6</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.22

<sup>7</sup> **Direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats**. 2011. Guide de la coopération transfrontalière. Paris : Ministère des Affaires étrangères et européennes, 2011. ISBN : 978-2-11-098742-6., p.5

<sup>8</sup> **Direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats**. 2011. Guide de la coopération transfrontalière. Paris : Ministère des Affaires étrangères et européennes, 2011. ISBN : 978-2-11-098742-6.p.6

<sup>9</sup> **Direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats**. 2011. Guide de la coopération transfrontalière. Paris : Ministère des Affaires étrangères et européennes, 2011. ISBN : 978-2-11-098742-6.p.7

être rattachés aux compétences de chaque membre du GECT. Il est donc important de comparer les dispositions de leurs statuts respectifs et le droit interne qui les régit.

Un GECT ne dispose pas de compétences propres. Lorsque les collectivités territoriales adhèrent à un GECT, elles ne lui confient pas une compétence en totalité mais des missions établies préalablement à l'adhésion au groupement pour lesquelles elles sont compétentes. En effet, un GECT créé pour la gestion d'un parc naturel transfrontalier devra associer les personnes morales compétentes en la matière. Il n'y a donc pas de création de compétence mais une délégation d'une mission dont la compétence est celle des collectivités territoriales se trouvant au sein de cette structure transfrontalière. Cette absence de compétences est justifiée par le fait que le GECT est créé dans un but précis, pour une mission précise. Néanmoins, une fois créé, le GECT constitue une personne morale autonome qui vote et gère son propre budget, peut passer des marchés publics en son nom, passer des contrats et embaucher du personnel. Il reste donc un outil intéressant pour la mise en œuvre du droit de la commande publique en transfrontalier dans le but d'un projet particulier ou d'une mission particulière.

## **Section 2 : Le choix de toute autre forme particulière de coopération transfrontalière : la SEML, un choix stratégique**

La SEML, la convention de coopération transfrontalière sont deux outils qui peuvent être conclus pas des collectivités locales des Etats limitrophes, à condition qu'elles aient la capacité juridique de signer une convention de coopération ou de participer à une SEML<sup>10</sup>. La SEML « Initialité, ingénierie et territoire », créée le 1er décembre 2005, a été la première SEML transfrontalière en France. Elle comprend parmi les collectivités locales des partenaires français, dont le Syndicat mixte Thiérache Développement, la Communauté de communes des Trois Rivières et belges, à savoir la Province de Hainaut. « La SEML a vocation à développer, coordonner et mettre en œuvre une stratégie économique transfrontalière dans les domaines agroalimentaires, des ressources naturelles (bois) ou du tourisme. » (Oudot-Saintgery, 2010). La SEM permet donc de mettre en œuvre en transfrontalier un dispositif de partenariat entre le secteur public et le secteur privé dans un but précis. L'objet des SEM est réservé à des activités à caractères industriel et commerce avec un apport financier initial qui est nécessaire. Plusieurs domaines d'intervention sont possibles par exemple dans un but de gestion d'un service d'intérêt général, la réalisation d'études etc.

Cet outil présente certains avantages tels que la facilité à mobiliser les financements publics et privés, l'appel à une expertise spécifique issue du secteur privé ou le fait que la plupart des entreprises publiques locales sont en Europe régies par le droit des sociétés, ce qui permet une grande souplesse

---

<sup>10</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.27

dans le fonctionnement<sup>11</sup>. Il existe ainsi plusieurs formes d'entreprises publiques locales à capitaux mixtes en Europe. En Allemagne, elles revêtent la forme d'une SA ou d'une SARL (GMBH), ce qui est également le cas en Espagne et en Italie<sup>12</sup>. La plupart des pays européens ont permis à leurs collectivités territoriales d'entrer le capital des SEML françaises via l'Accord de Bruxelles, l'Accord de Karlsruhe et le Traité de Bayonne pour la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne, la Suisse et l'Espagne.

Ainsi, une ou plusieurs collectivités locales et leurs groupements peuvent créer avec des partenaires privés une SEML dans le but de l'exploitation d'un service public industriel ou commercial ou une autre activité d'intérêt général. Cet outil est très intéressant pour les collectivités territoriales frontalières mais est peu mis en place jusqu'à aujourd'hui, le GECT ayant devenu l'outil de coopération transfrontalière par excellence. Il présente également un risque financier majeur dont les collectivités territoriales doivent se méfier, puisqu'en cas de liquidation de la SEML, les collectivités territoriales actionnaires du SEML peuvent faire l'objet d'une action en comblement de passif de la société<sup>13</sup>. Les collectivités territoriales doivent donc évaluer les risques et les avantages d'un tel outil avant d'y recourir.

### **Section 3 : Un cas inédit de mise en œuvre du droit de la commande publique menée par l'Etat français et italien : le Tunnel Euralpin Lyon Turin (TELT)**

Un cas unique de mise en œuvre du droit de la commande publique par une entité transfrontalière est le Tunnel Euralpin Lyon Turin, projet d'envergure dont le coût de la section transfrontalière s'élève à 8.6 milliards d'euros, financés à hauteur de 40% par l'Union Européenne, 35% par l'Italie et 25% par la France.<sup>14</sup> Ce projet exceptionnel dont la longueur est de 65km pour la section transfrontalière est entré dans sa phase d'exécution puisque les premiers marchés ont été attribués en 2018. C'est le cas, par exemple, d'un marché de maintenance du chantier de Chiomonte. Le groupement d'entreprises, attributaires de ce marché, aura pour mission l'entretien et la maintenance du chantier de la Maddalena et ce pour une durée de 24 mois à partir du 1<sup>er</sup> juin 2018.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.106

<sup>12</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.107

<sup>13</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.114

<sup>14</sup> **Alexandre Morey**, *Responsable des Affaires juridiques France TELT*. [interv.] Adèle Krawczyk. mai 31, 2018.

<sup>15</sup> **TELT-SAS. 2018**. *Actualités TELT-SAS*. [www.telt-sas.com](http://www.telt-sas.com). [Online] mai 30, 2018. [Cited: juin 2, 2018.] <http://www.telt-sas.com/fr/attribution-maintenance-chantier-chiomonte/>.



missions, nommé promoteur, ainsi que ses compétences déléguées par les deux Gouvernements. L'accord de 2012, avenant à l'accord de 2001, quant à lui, fixe les conditions de conduite du projet de liaison ferroviaire mixte marchandises-voyageurs entre Lyon et Turin<sup>17</sup>. L'article 6 de cet accord fixe le rôle du Promoteur public qui est une entité adjudicatrice au sens de la directive 2004/17/CE, seul responsable de la conclusion et du suivi de l'exécution des contrats qui nécessitent la conception, réalisation et l'exploitation de la section transfrontalière de l'ouvrage. Il a également la qualité de gestionnaire de l'infrastructure de la section transfrontalière au sens de la directive 2001/14/CE et peut donc déléguer tout ou partie des missions en concluant des accords avec d'autres gestionnaires d'infrastructures des deux Etats. Cet article détermine également la composition du conseil d'administration, paritaire entre les deux Etats.

L'accord de 2012 définit également les différentes commissions au sein du TELT ainsi que leurs compétences : la commission des contrats, le service permanent de contrôle, la commission intergouvernementale, comité de sécurité, comité de sûreté et organismes de contrôle et de régulation.

La grande particularité de ce projet est la forme juridique de l'entité adjudicatrice. Le TELT, Promoteur public, est en effet une société par actions simplifiées régie par l'accord de 2012 dont la durée est fixée à quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la date de son immatriculation au RCS. Les actions sont détenues par l'Etat français et italien. Il ne s'agit donc ni d'un GECT ni d'un groupement de commandes, mais d'une société privée dont les actionnaires sont l'Etat français et italien. Cette forme juridique afin de mettre en place un projet transfrontalier est inédite.

En effet, si par exemple une société anonyme a été fondée en 1957 pour la construction et l'exploitation du tunnel du Mont Blanc, la Société du Tunnel du Mont Blanc (STMB), il existait de l'autre côté de la frontière, du côté italien, une société équivalente pour la partie italienne. Les deux sociétés ont été chargées de la construction et de l'exploitation du tunnel, ce qui n'est pas le cas pour le tunnel euralpin Lyon-Turin, unique société se chargeant de la construction de la partie transfrontalière.

Ce choix permet donc une meilleure coordination des équipes italiennes et françaises et une prise des décisions au sein-même de la structure, là où deux sociétés de part et d'autre de la frontière peuvent prendre plus de temps. Il n'y a donc pas de multiples interlocuteurs, plusieurs assemblées délibérantes, mais les décisions sont prises au-sein même de l'entité adjudicatrice dans le respect des règles issues des accords qui la régissent. De plus, la société qui construit le tunnel est également celle qui en assurera l'exploitation après sa construction. Cette mise en œuvre du droit de la commande publique

---

<sup>17</sup> **Gouvernement français et italien**, 2012. Accord pour la réalisation et l'exploitation d'une nouvelle ligne ferroviaire Lyon-Turin. 2012.

est l'une des formes les plus abouties. Si un GECT n'a pas pour seul but la réalisation d'un ouvrage et sa gestion, c'est le cas avec une SAS. Les limites du GECT sont en effet le but recherché dans la création de cette structure, en effet, elle est parfois très politique, pour permettre l'échange entre les élus de part et d'autre de la frontière, la coopération transfrontalière dans le sens large du terme. La SAS est créée dans un but précis qui est celui de la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage, il s'agit donc là d'une manière efficace de mettre en œuvre le droit de la commande publique et de réaliser des infrastructures de manière coordonnée entre deux Etats voisins. Cette forme juridique serait donc tout à fait imaginable pour toute autre construction transfrontalière avec exploitation suite à la construction. Elle permet également de ne pas intégrer des acteurs privés dans sa réalisation, là où les PPP sont des réalisations souvent très coûteuses pour la collectivité territoriale ou l'Etat qui en est l'initiateur. Cette structure a également permis de coordonner le droit applicable et ainsi de prévenir tout conflit entre les droits italiens et français.

Le droit applicable au projet transfrontalier est en effet un sujet important que les acheteurs publics doivent trancher.

## **Chapitre 2 : Le choix du droit applicable laissé aux acheteurs publics en application de l'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015**

L'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 relatifs aux marchés publics dispose que les règles applicables aux marchés publics d'une entité commune transnationale sont celles de l'Etat dans lequel se trouve son siège ou celles de l'Etat dans lequel elle exerce ses activités. L'acheteur public peut donc décider d'appliquer selon les situations l'application du droit français ou le droit de l'autre pays des collectivités territoriales membres du GECT. Le TELT a décidé d'appliquer le droit français avec des adaptations du droit italien, relatives à la lutte contre la mafia.

### **Section 1 : Le choix de droit du pays du siège du GECT : le cas classique**

Selon l'article 24 du préambule du règlement du 1302/2013 de 2013 modifiant le règlement 1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), « La convention devrait contenir un renvoi au droit applicable en général, comme le prévoit l'article 2 du règlement (CE) no 1082/2006 ; elle devrait également énumérer les dispositions du droit de l'Union et du droit national applicables au GECT. En outre, ce droit national devrait pouvoir être le droit de l'Etat membre dans lequel les organes du GECT exercent leurs pouvoirs, en particulier lorsque le personnel travaillant sous la responsabilité du directeur est implanté dans un Etat membre autre que celui où le GECT a son

siège. La convention devrait également énumérer les dispositions du droit de l'Union et du droit national applicables directement liées aux activités du GECT menées dans le cadre des missions définies dans la convention, y compris lorsque le GECT gère des services publics d'intérêt général ou des infrastructures. ». De plus, selon l'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015, il est possible d'appliquer le droit du pays dans lequel le siège du GECT se trouve ou « la loi de l'Etat dans lequel elle exerce ses activités ».

Il existe environ une cinquantaine de régimes juridiques du GECT, dans l'Union européenne, en fonction du lieu du siège du GECT. En Belgique, il existe plusieurs formes juridiques, en Allemagne, c'est le droit fédéral qui détermine la forme juridique, ce qui fait qu'il existe une multitude de formes juridiques dans les différents *Länder* et la France et l'Espagne ont prévu un statut unique pour les GECT. Les GECT qui ont leur siège en France sont régis par le droit des syndicats mixtes ouverts, qui sont des personnes morales de droit public, régies par les articles L5721-1 à L5722-9 CGCT.

En pratique, toutes les dispositions du CGCT relatives aux syndicats mixtes ouverts s'appliquent au GECT ayant leur siège en France, notamment les règles relatives à l'élection du président, la procédure budgétaire, le contrôle de légalité, le droit des marchés publics, la dissolution, etc.<sup>18</sup>

Le cas classique est le choix du droit dans lequel le siège du GECT se trouve, en effet, avant l'entrée en vigueur de ce règlement modifiant le règlement de 2008, il n'était pas possible de faire un choix du droit applicable. Le droit applicable était obligatoirement celui du siège du GECT. Dès lors, les premiers GECT créés avant 2013 dont le siège était situé en France, se voyaient voir appliqué le droit issu de l'ancien Code des marchés publics. Le GECT de l'Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai, créé en 2008 a ainsi son siège administratif à Lille, le droit applicable aux marchés publics et à la commande publique de manière plus globale est celui de l'Etat français. De même, le GECT West Vlaanderen/Flandre-Dunkerque-Côte d'Opale créé en 2009 entre treize partenaires français et belges a son siège administratif à Dunkerque<sup>19</sup>. Cette solution ne présentait pas de flexibilité pour les collectivités territoriales qui créaient un GECT.

Cette solution présente néanmoins une certaine cohérence dans le sens où il peut alors exister une conformité entre la langue pratiquée au sein de ce GECT et le droit applicable. En effet, si le siège administratif se trouve en France et que le personnel recruté se trouve en France, ils auront tendance à faire le choix de recruter des personnes vivant en France et connaissant le droit français, une

---

<sup>18</sup> **Direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats**. 2011. Guide de la coopération transfrontalière. Paris : Ministère des Affaires étrangères et européennes, 2011. ISBN : 978-2-11-098742-6, p.6

<sup>19</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.22

application du droit par exemple allemand n'a pas de sens si le siège se trouve en France, si ce n'est que pour des raisons politiques ou économiques. Il est à ce titre rappelé qu'au titre de l'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 « Le choix de la loi applicable ne peut avoir pour but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. ». Ce sera donc le juge européen qui appréciera de la soustraction aux dispositions qui intéressent l'ordre public, comme le souligne le Comité des Régions en 2007 : « l'absence de motivation au regard de l'intérêt général ou de l'ordre public, sera principalement fondée sur des questions d'opportunité ; la marge d'appréciation des autorités nationales est là très large ; mais c'est le droit communautaire qui confère cette marge d'appréciation, et celle-ci est donc conséquemment soumise, pour autant qu'il soit saisi, à l'appréciation du juge communautaire » (Comité des Régions, 2007).

Le choix du droit applicable de l'Etat dans lequel se situe le siège du GECT est le choix le plus logique et le plus adapté à une telle structure, il permet une unité entre le lieu du siège et le droit et permet d'éviter une confusion, voire même une incompréhension de la part des opérateurs économiques qui répondront aux procédures de passation des marchés publics.

La seconde solution est nouvelle, issue du règlement de 2013, il s'agit de choisir le droit de l'Etat dans lequel s'exercent les activités du GECT. Ce choix qui présente une certaine flexibilité de la part du législateur européen n'est parfois pas pertinent du fait du manque de cohérence et tend à créer un GECT à la carte.

## **Section 2 : Le choix du droit de l'autre pays que celui du pays du siège du GECT, un choix politique : le cas du GECT Eurodistrict SaarMoselle**

Le règlement de 2013 relatif aux GECT dispose : « La convention devrait contenir un renvoi au droit applicable en général, comme le prévoit l'article 2 du règlement (CE) no 1082/2006; elle devrait également énumérer les dispositions du droit de l'Union et du droit national applicables au GECT. En outre, ce droit national devrait pouvoir être le droit de l'État membre dans lequel les organes du GECT exercent leurs pouvoirs, en particulier lorsque le personnel travaillant sous la responsabilité du directeur est implanté dans un État membre autre que celui où le GECT a son siège. La convention devrait également énumérer les dispositions du droit de l'Union et du droit national applicables directement liées aux activités du GECT menées dans le cadre des missions définies dans la convention, y compris lorsque le GECT gère des services publics d'intérêt général ou des infrastructures. »

Ce passage du préambule du règlement précise bien la volonté du législateur européen qui est celle de laisser plus de liberté aux collectivités territoriales membres d'un GECT afin de choisir le droit

applicable à leur structure, mais également au droit des marchés publics. Ainsi, si par exemple, le personnel travaille dans un autre endroit que celui où se trouve le siège du GECT, il est possible de choisir le droit applicable de celui où travaille le personnel. De même, l'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit également cette possibilité puisque selon cet article, les statuts du GECT déterminent le droit applicable aux marchés publics qui peut être celui l'Etat dans lequel le GECT exerce ses activités.

Cette notion d'exercice des activités est très vaste, il n'existe pas de doctrine qui déterminerait le champ d'application de cette notion et on pourrait très naturellement se demander ce qu'est le lieu dans lequel un GECT exerce ses activités et ce que ses activités représentent réellement. En effet, si l'on part du principe que les activités sont les missions exercées par un GECT, celles-ci sont déterminées en lien avec les compétences des collectivités territoriales qui les délèguent. Le lieu d'exercice des missions du GECT est très souvent transfrontalier, il est donc difficile d'imaginer l'étendu des lieux des activités, puisque celles-ci peuvent autant d'être d'un côté que de l'autre côté de la frontière.

Il résulte néanmoins de cette possibilité laissée aux collectivités territoriales une grande liberté dans le choix du droit applicable. Les collectivités territoriales peuvent donc dans le respect de la non-soustraction à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public choisir le droit applicable aux GECT et notamment aux marchés publics passés par ce GECT. Ce choix peut ainsi être politique, ce qui a été le cas du GECT SaarMoselle<sup>20</sup>, dont le siège se situe à Saarbrücken mais qui applique le droit français en matière de marchés publics. Ce choix est d'autant plus étonnant qui peut également compliquer la mise en œuvre du droit dans cette partie transfrontalière. En effet, le personnel vivant en Allemagne, les marchés passés depuis l'Allemagne, cela est étonnant que le droit français soit appliqué à ces marchés. Cette possibilité reste néanmoins peu utilisée par les GECT qui préfèrent appliquer le droit du pays dans lequel le siège est installé, cette solution étant la plus logique.

Une mise en œuvre particulière du droit de la commande publique est celle fait par le TELT qui applique le droit français dans le cadre de la passation des marchés publics, droit qui a été adapté afin de faire face au contexte franco-italien et à l'importance de cet ouvrage.

### **Section 3 : Le cas du TELT : la mise en œuvre du droit de la commande publique français avec des adaptations issues du droit italien**

Le choix des gouvernements français et italiens a été celui du droit français applicable aux marchés publics, issu de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 et du Décret du 25 mars 2016. Les accords de 2012 et

---

<sup>20</sup> **Isabelle Prianon** *Directrice générale des services*. Entretien téléphonique du 10 avril 2018

2015 précités définissent également la mise en œuvre du droit de la commande publique à ce projet transfrontalier. L'article 7 définit notamment les compétences de la commission des contrats, dont les compétences sont le choix de l'offre la plus avantageuse et de rigueur financière dans l'exécution des contrats en matière de services, travaux et fournitures dont la conclusion est obligatoirement soumise à une procédure de publicité de mise en concurrence formalisée. Elle vérifie également la détermination suffisante des besoins, le respect de la directive européenne relative aux marchés publics, la pertinence de la procédure choisie et des critères choisis pour la sélection des candidatures et des offres et du DCE.

En vertu de l'article 10 de l'accord de 2012, le droit applicable, « compte tenu de l'unité physique et fonctionnelle de la section transfrontalière » pour la passation et l'exécution des contrats de travaux, services et fournitures conclus par le Promoteur public, en l'occurrence la SAS TELT, pour l'exécution de ses missions est le droit public français et que les litiges qui s'y rapportent relèvent de la compétence des juridictions administratives françaises. La passation et l'exécution des contrats sans lien direct avec la conception, la réalisation ou l'exploitation des ouvrages de la section transfrontalière et qui ne doivent s'exécuter que sur le territoire italien sont régies par le droit italien. Ainsi, les règles applicables aux marchés liés à la partie transfrontalière sont celles du droit français issu de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 et du 25 mars 2016, et ce même si géographiquement, l'exécution de ces marchés se déroule sur le territoire italien. Il est de même pour l'accomplissement des procédures d'autorisation, notamment en matière d'environnement, d'urbanisme et d'aménagement foncier, nécessaire à la réalisation de la section transfrontalière et les dommages causés du fait de la construction, de l'existence, de l'entretien, de l'exploitation de la sécurité et de la sûreté des ouvrages de la section transfrontalière. Le promoteur public est également soumis à la législation fiscale en France.

La partie transfrontalière est donc soumise au droit français. Le TELT et l'Etat français et italien mettent également en œuvre une politique de transparence en matière de marchés publics, en s'inspirant du droit italien avec l'intégration dans le corpus d'une « cellule anti-mafia »<sup>21</sup>. Les Etats s'étaient fixés en effet un objectif de lutte contre la mafia, mais l'Italie a souhaité que soient appliquées des dispositions antimafia similaires à celles appliquées sur d'autres chantiers italiens. Il est rappelé qu'en application de l'accord de 2012, le droit français doit primer sur le droit italien pour la passation et l'exécution des contrats conclus par le TELT pour l'exécution de ses missions. « L'application de la législation antimafia italienne à ces contrats n'était donc pas prévue, même s'agissant de marchés devant se dérouler sur le seul territoire italien. » (Borgo, 2017) Sur la base de l'article 2 de l'accord de 2015, l'Etat français a proposé un projet de règlement des contrats compatible

---

<sup>21</sup> **Alexandre Morey**, *Responsable des Affaires juridiques France TELT*. [interv.] Adèle Krawczyk. mai 31, 2018.

avec le droit français et le droit communautaire, conformément à l'accord de 2012. L'Italie a souhaité voir appliquées, dans le règlement des contrats, certaines dispositions issues du droit italien visant à lutter contre la mafia avec « la mise en place d'une structure binationale chargée de tenir à jour une « liste blanche » des entreprises non mafieuses autorisées à conclure et exécuter un contrat de travaux [avec le TELT], de mener des enquêtes préalablement à l'inscription des entreprises sur cette liste et d'intervenir sur site pour des contrôles dans le cadre de l'exécution des marchés ». (Borgo, 2017)

Après confirmation, par la Commission européenne, de leur compatibilité avec le droit communautaire, le règlement des contrats qui répond aux pratiques administratives en vigueur en France et en Italie, mais s'inspirent très largement du droit antimafia italien a été approuvé par le Parlement pour permettre la transposition, en droit français, du droit antimafia italien. Une série de motifs d'exclusion antimafia ont été ajoutés à ceux prévus par l'Ordonnance du 23 juillet 2015 dont un article précise que sont exclues les entreprises qui présenteraient des « situations qui suscitent des raisons sérieuses de penser que l'opérateur économique est contrôlé ou influencé, même de fait, par une organisation criminelle de type mafieux ».

Une structure binationale a été créée afin de vérifier ces motifs d'exclusion composée du préfet de Turin et d'un préfet désigné par le gouvernement français. Elle est également chargée de prendre des dispositions spécifiques en matière de comportement afin d'assurer la transparence des personnes et moyens circulant à l'intérieur des chantiers. Des visites peuvent être réalisées composées par des fonctionnaires et des officiers de police des deux Etats<sup>22</sup>. Une liste blanche est tenue et mise à jour par le TELT pour permettre « la conclusion, l'approbation ou l'autorisation des contrats, des contrats de sous-traitance et des sous-contrats concourant à la réalisation de la section transfrontalière » (Borgo, 2017) pour une durée de validité de douze mois. Il existe également un traçage des paiements réalisés par les opérateurs économiques, ces paiements ne doivent être effectués que par virement SEPA.

Grâce à cette adaptation du droit français au contexte transfrontalier du projet, une meilleure mise en œuvre du droit de la commande publique est possible, elle répond à un besoin particulier. Cette transposition de règles italiennes est inédite, elle est liée au caractère exceptionnel de l'ouvrage en construction. Il est donc peu probable de voir une telle transposition du droit d'un autre pays dans le corpus français, mais cela est possible si le projet transfrontalier est une grande importance.

Si le droit de la commande publique transfrontalière est effectif et est déjà mise en œuvre dans de nombreux projets entre l'Etat et les collectivités français et l'Etat et les collectivités du pays voisin, il est néanmoins nécessaire que des évolutions tant de la pratique que du droit soient effectuées afin de garantir un achat public transfrontalier performant. Certains praticiens ont conscience de ces

---

<sup>22</sup> **Yves Pozzo di Borgo** 2017. Accord avec l'Italie : nouvelle ligne ferroviaire Lyon-Turin (rapport - première lecture) [www.senat.fr](http://www.senat.fr). [www.senat.fr](http://www.senat.fr). [En ligne] 25 janvier 2017. [Citation : 3 juin 2018.] <http://www.senat.fr/rap/116-329/116-3298.html>.

évolutions et mettent en œuvre des pratiques innovantes, tel que l'achat public transfrontalier groupé, par le biais d'un groupement de commandes transfrontaliers, le benchmarking ou le sourcing. Des évolutions sont néanmoins indispensables.

## **Partie 2 : Vers de l'achat public transfrontalier, le choix de la performance de la commande publique transfrontalière**

Avec l'entrée en vigueur de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession, la mise en œuvre du droit la commande publique doit « garantir une utilisation optimale des fonds publics [...] Il est en effet crucial, [...], d'optimiser les résultats des passations de marchés publics par une rationalisation des procédures » (Commission Européenne, 2011).

La performance de la commande publique transfrontalière est un défi que les acteurs relèvent ou vont devoir relever grâce à certaines pratiques que les acheteurs publics ont développées (Chapitre 1). Des défis demeurent néanmoins et des évolutions du droit et des pratiques sont nécessaires (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Les pratiques d'acheteurs publics afin de garantir de l'achat public transfrontalier performant**

Les praticiens de l'achat public transfrontalier ont développé des techniques d'achat innovantes qui permettent ainsi de garantir une performance de la commande publique. Un réseau de praticiens français et étrangers a donc été mis en place, notamment avec la création de la MOT qui a développé un portail documentaire et un forum en ligne. Afin que le projet transfrontalier soit mené dans les meilleures conditions, il est tout d'abord nécessaire de bien définir le besoin. Les pratiques de l'achat public performant des dernières décennies a abouti à un développement de la mutualisation des achats, ce qui permet une bonne gestion des deniers publics, pratique également développée en transfrontalier.

#### **Section 1 : Une bonne définition du besoin pour définir le cadre légal transfrontalier nécessaire**

La mise en place d'une coopération transfrontalière intégrée et coordonnée peut s'effectuer par l'élaboration de projets concrets transfrontaliers dans différentes thématiques ou la création et la gestion de services et d'équipements transfrontaliers, par exemple des services aux personnes ou de transport (Oudot-Saintgery, 2010). La multitude de formes de coopération transfrontalière et de cadres légaux nécessite donc une définition du besoin efficace afin de garantir une commande publique transfrontalière performante.

En effet, selon le besoin identifié, les outils correspondants seront différents. Il est donc nécessaire de bien identifier et définir le besoin pour choisir le montage opérationnel le plus adapté. Une méthodologie de constitution du projet transfrontalier est présentée au sein du Guide des projets transfrontaliers présenté par la MOT en janvier 2010 écrit par Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery. Celui-ci, très pertinent, se divise en plusieurs étapes. Tout d'abord, les collectivités territoriales doivent exprimer leur besoin, par exemple l'extension d'une ligne de tram vers la ville frontalière. Elles doivent déterminer les enjeux qui découlent de ce projet, dans cet exemple la présence d'un cours d'eau à la frontière, l'existence d'un pont transfrontalier préalable au projet ou l'état des lieux de la ligne de tram existante. Des méthodes d'analyse des enjeux existent, notamment l'analyse AFOM (Atouts, faiblesses, opportunités, menaces). Un exemple de rapport final de cette méthode est annexé à ce mémoire, dont le sujet est le diagnostic territorial du programme de coopération territoriale MED. Le rapport final présente un diagnostic du territoire transnational méditerranéen et sur ces conclusions des scénarii de stratégie pour le programme MED 2014-2020. L'analyse AFOM peut être utilisée à échelle locale et permet aux collectivités territoriales frontalières de mieux définir leur besoin sur la base des atouts et faiblesses de leur territoire et les opportunités et menaces de leur environnement. Elle consiste en l'identification des atouts et des faiblesses d'un territoire (population, situation géographique, etc.) et des atouts et faiblesses de l'environnement (risques d'inondation, présence d'espèces protégées etc.). Il s'agit d'un audit du territoire.

Sur la base de cette définition du besoin et des enjeux, les collectivités doivent ensuite préciser le contenu du projet tout en identifiant les acteurs compétents. En effet, une compétence détenue en France par un EPCI peut l'être par une région de l'autre côté d'une frontière, par exemple dans l'organisation des transports routiers de personnes. (Oudot-Saintgery, 2010) Il est donc essentiel d'identifier la compétence. De plus, en parallèle, il est nécessaire d'identifier les moyens humains affectés à ce projet et d'en évaluer le coût ainsi que les financements extérieurs disponibles pour le projet (fonds européens etc.).

La définition du contenu du projet et des acteurs compétents permet ensuite de décider conjointement d'engager le projet de coopération et de préparer la réalisation du projet transfrontalier, par exemple par la définition des organes de suivi technique et politique du projet, et de choisir le montage juridique et opérationnel adéquat (signature d'une convention de coopération, constitution d'un GECT etc.). Cette étape est préalable à l'étape de définition de la procédure de mise en œuvre de la commande publique, en effet, selon le montage juridique choisi et le pays dont le droit est applicable, les procédures et les formes de contrats publics varient. Par exemple, « si, dans le Code des marchés publics de 2006, il distinguait, contrairement au droit européen, les accords-cadres et les marchés à bons de commande, ce n'est désormais plus le cas. Avec le décret du 25 mars 2016, les deux régimes

sont unifiés et dorénavant, les bons de commande doivent être considérés comme des modalités d'exécution des accords-cadres (au même titre que les marchés subséquents) ». (Cayrey, 2017) Cette distinction n'existe pas dans d'autres pays européens où seule la notion de marché subséquent est utilisée et non celle de bon de commande. Les procédures ne seront donc pas les mêmes de part et d'autre de la frontière.

Il est de même pour les pratiques des acheteurs publics. Même si le droit national des pays membres de l'Union européenne en matière de commande publique est issu des Directives européennes de 2014, des spécificités liées aux pratiques perdurent ; il est par exemple plus commun pour des acheteurs publics polonais d'utiliser la procédure d'enchères électroniques, là où elle est quasiment inexistante en France. En effet, selon l'Autorité des Marchés Publics (Urząd Zamówień Publicznych), 0.34% des marchés passés en Pologne en 2017 l'ont été via la procédure d'enchère électronique, soit environ 388 marchés en 2017 (Urząd Zamówień Publicznych, 2017). Il est donc nécessaire d'inclure dans le processus de mise en œuvre de la commande publique les services compétents afin d'en assurer la sécurité juridique et la performance, même si dans les faits, il est rare qu'un service ou une personne chargée de la commande publique soit affectée à un GECT. Si cela est le cas, il est conseillé de travailler avec les services des collectivités aux alentours : une pratique déjà développée par exemple au sein du GECT SaarMoselle. En effet, des collaborateurs au sein de la Communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences contrôlent la légalité des documents de la consultation rédigés par les collaborateurs du GECT<sup>23</sup>.

Enfin, il est nécessaire d'ajouter que pour une meilleure définition du besoin, des techniques issues de l'achat privé sont de plus en plus développées auprès des acheteurs publics : le sourcing et le benchmarking. Le sourcing est « une étape indispensable qui permet d'identifier la capacité des fournisseurs à réaliser les prestations du marché, leurs contraintes techniques ou organisationnelles pour répondre au besoin formulé, et les évolutions techniques du marché fournisseur (innovation, nouveaux processus etc ...). Le sourcing permet à l'acheteur d'ajuster son besoin par rapport à l'état de l'art afin de définir « le juste besoin » » (DAJ, 2017). Pour ce qui est du benchmarking, « il s'agit pour l'acheteur d'identifier auprès d'autres acheteurs les bonnes pratiques et leviers d'action dont il peut s'inspirer pour l'élaboration de son marché » (DAJ, 2017) Ces deux techniques permettront à l'acheteur public de bien définir son besoin et ensuite de mieux choisir la procédure adéquate, mais aussi de garantir une utilisation des deniers publics.

---

<sup>23</sup> **Isabelle Prianon** *Directrice générale des services*. Entretien téléphonique du 10 avril 2018

Face aux défis financiers auxquels font face les collectivités territoriales frontalières, la coopération transfrontalière peut être une réponse adéquate. En effet, certaines collectivités ont fait le choix de mutualiser leurs achats en sein de groupements de commandes.

## **Section 2 : La mutualisation transfrontalière des achats, une mise en œuvre efficace du droit de la commande publique**

Le groupement de commandes, prévu à l'article 28 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015, permet à plusieurs acheteurs publics de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics. Selon l'article 28 IV, un groupement de commandes peut également être constitué avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'autres Etats membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.

Il est d'ailleurs à remarquer que les groupements de commandes ne sont pas propres à la France. Il en existe, sous des statuts différents, dans la plupart des pays membres de l'Union européenne.<sup>24</sup>

Une convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Selon l'article 28 II de l'Ordonnance du 23 juillet 2015, elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres.

Une collectivité territoriale française peut également participer à une forme équivalente au groupement de commandes pour lequel le droit d'un autre pays s'applique. C'est le cas notamment pour Lille Métropole Communauté Urbaine qui, dès 2007, a conclu une convention de groupement avec l'intercommunale belge IDETA et l'a désigné coordinateur du groupement de commandes pour l'équipement de crématoriums. Le droit belge s'est alors appliqué pour les procédures de passation<sup>25</sup>.

Le groupement de commandes est une manière efficace de mettre en œuvre une politique d'achat transfrontalier efficace. En effet, il permet de réaliser des économies d'échelles réalisées en raison du volume de commande, mais également de réduire les coûts de procédure<sup>26</sup>. Sous l'empire de l'ancien code de la commande publique, les communautés d'agglomération de Brest et de Dijon auraient réalisé

---

<sup>24</sup> **Bernard Brenet** Groupement d'achats public et droit communautaire. *AJDA*. 2000, p. p.784.

<sup>25</sup> **Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique Oudot-Saintgery**, 2010. Guide des projets transfrontaliers. Paris : *Mission Opérationnelle Transfrontalière*, 2010, p.38

<sup>26</sup> **DAJ**, *La coordination des achats*, site internet de la Direction des Affaires Juridiques, <https://www.economie.gouv.fr/daj/coordination-achats-2016>

entre 12 et 20 millions d'euros d'économies en choisissant conjointement Alstom pour construire leurs futures rames de tramways.<sup>27</sup>

Le groupement de commandes est possible pour des projets transfrontaliers mais les acheteurs publics doivent faire attention à certaines particularités inhérentes au projet transfrontalier.

En effet, il est tout d'abord nécessaire de veiller au droit applicable en cas de groupement de commandes de collectivités frontalières. Il est donc nécessaire de déterminer dans la convention qui prendra la charge de ce groupement, le droit applicable à la procédure de passation ou de l'exécution du marché public sera alors celui de la collectivité territoriale coordinateur de ce groupement. Ce choix ne doit pas se faire dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. Si les pouvoirs adjudicateurs choisissent la forme du groupement de commandes de l'article 28 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015, c'est le droit issu de l'Ordonnance et du Décret relatifs aux marchés publics qui s'appliquera aux procédures de passation et ensuite à l'exécution du marché public.

La convention pourra être établie dans les langues des deux pays dont dépendent les collectivités territoriales. Les documents de la consultation pourront également être rédigés dans les deux langues.

Il est également nécessaire de veiller aux mesures de publicités. En effet, au-dessus des seuils européens, il est nécessaire à veiller de publier un avis de publicité au JOUE. En dessous de ces seuils, il est également nécessaire de faire attention au caractère transfrontalier du projet. En effet, les marchés publics transfrontaliers dont les montants sont inférieurs aux seuils européens sont susceptibles d'intéresser les autres Etats membres puisqu'ils présentent un « intérêt transfrontalier certain » et doivent donc être passés dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, notamment le principe de non-discrimination, selon un arrêt de la CJCE du 15 mai 2008 SECAP SpA C147/06. En effet, « il appartient alors au pouvoir adjudicateur d'apprécier l'existence ou non d'un intérêt transfrontalier certain avant la définition des termes de l'avis de marché. Un marché de travaux pourrait, par exemple, présenter un intérêt transfrontalier en raison de sa valeur estimée en lien avec sa technicité ou sa localisation. La Cour évoque également la situation 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. » (Caisse des dépôts des territoires, 2008). Le caractère d'intérêt transfrontalier certain est à apprécier par l'acheteur public, mais l'on pourrait penser qu'il est présumé lorsque le marché concerne un projet transfrontalier, de même lorsqu'il serait passé par un groupement de commandes de collectivités territoriales situées de part et d'autre de la frontière.

---

<sup>27</sup> **Charles Cohen.** 2010. Décision-Achats.fr. 1<sup>er</sup> octobre 2010. [Cité le : 19 mai 2018.] <http://www.decision-achats.fr/Decision-Achats/Article/Groupement-de-commandes-quand-l-union-fait-la-force-37985-1.htm#7RdpAJqmOPIGjwVc.97>.

En ce qui concerne la convention de groupement de commande, il est recommandé de prévoir au sein de celle-ci des dispositions précisant les règles de passation des marchés publics et notamment les règles relatives à la CAO. Il est en cela possible de prévoir que la CAO que l'on utilisera sera celle du coordonnateur du groupement de commandes, ce qui en facilite la réunion que la création d'une CAO adhoc. Il est alors possible de prévoir que les acheteurs membres du groupement seront invités en tant qu'invités à voix consultative et pourront ainsi participer aux débats.

Il est également possible de prévoir un guide à destination des entreprises afin qu'elles puissent connaître les règles en vigueur. En effet, ce guide rédigé dans des langues différentes permettra au mieux d'expliquer le droit applicable aux entreprises non issues du pays duquel est issu le coordonnateur du groupement et dont le droit est applicable. Cette démarche permet au mieux de garantir un bon accès à la commande publique et les principes fondamentaux de la commande publique.

Le droit de la commande publique, bien qu'issu des directives européennes est un droit dont l'application diffère selon les Etats membres, il est donc nécessaire que celui-ci connaisse des évolutions.

## **Chapitre 2 : Les nécessaires évolutions des pratiques et du droit afin de faire face aux défis de l'achat public transfrontalier**

Bien qu'issu des directives européennes de 2014 (c.f. la première partie), le droit des marchés publics et plus généralement du droit de la commande publique connaît une mise en œuvre différente selon les droits applicables des Etats membres de l'Union Européenne. Il est de même pour les pratiques de l'achat public qui diffèrent. Cette mise en œuvre différente du droit de la commande publique peut présenter un réel frein à l'accès à la commande publique pour les opérateurs économiques étrangers. Cela a notamment été le cas pour les prestataires allemands qui souhaitaient répondre aux consultations du GECT SaarMoselle, pour qui les procédures adaptées avec des phases de négociation entraînaient une certaine incompréhension.<sup>28</sup> Afin de permettre le libre accès à la commande publique et le respect des principes fondamentaux, des solutions adoptées par les acheteurs publics transfrontaliers existent. Il est également essentiel que les pouvoirs adjudicateurs se dotent de moyens humains afin de garantir le respect de ces principes et de mettre en œuvre une politique d'achat public performant.

---

<sup>28</sup> **Isabelle Prianon** *Directrice générale des services*. Entretien téléphonique du 10 avril 2018

## Section 1 : Une nécessaire adaptation du droit et des pratiques pour garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique

Les deux grandes difficultés que rencontrent les initiateurs de projets transfrontaliers sont la concordance des compétences des EPCI de part et d'autre de la frontière et les difficultés techniques que peuvent rencontrer les acteurs.

En effet, une EPCI comparable à celle du pays voisin qui aura une compétence ne l'aura pas forcément de l'autre côté de la frontière. C'est le cas notamment pour la compétence des transports. En effet, si les *Länder* sont compétents en matière de transport public de proximité en matière de planification, d'organisation et du financement du transport public local de passagers, aussi bien sur rail que sur route en Allemagne, cette compétence relève essentiellement des communes en Suisse<sup>29</sup>, compétence partagée entre les communes et les cantons dans les grandes agglomérations. Cette non-concordance entre les compétences peut être un réel frein à la coopération transfrontalière. L'acheteur public doit en effet bien déterminer la compétence de part et d'autre de la frontière avant d'initialiser tout projet transfrontalier. Il est donc nécessaire de le faire avant même de définir le besoin. Cela complique en effet les relations entre les EPCI frontaliers, puisque si un besoin en matière de transport se fait ressentir, il est donc nécessaire de coopérer avec les autorités compétentes. Si des relations n'ont pas été encore créées avec les collectivités compétentes, ce projet semble complexe. De plus, des collectivités, même comparables, ont parfois des structures différentes, des organes délibérants différents, des pratiques différentes, des services différents avec au sein des collectivités des interlocuteurs différents.

Une autre difficulté fréquemment rencontrée est l'application de normes différentes. Cela a été le cas pour le projet de l'extension de la ligne de tram D de Strasbourg à Kehl dont la convention de coopération transfrontalière signée le 15 mars 2012, sur la base d'une approbation de l'organe délibérant de la Communauté urbaine de Strasbourg – Délibération n°30 du 24 février 2012 – apporte des précisions sur plusieurs points importants pour le financement du projet, la réalisation, les principes d'exploitation ultérieure et la répartition des droits applicables. L'article 6 de cette convention règle ainsi la question d'un éventuel différentiel de normes applicables. Il est indiqué qu'en cas d'exigences supplémentaires du droit allemand par rapport aux prescriptions réglementaires

---

<sup>29</sup> **Yves Krattinger**, *sénateur*. Note sur l'organisation de la compétence « transport » entre les différents niveaux de collectivités locales publiée dans le rapport d'information de « Les transports publics locaux en France : mettre les collectivités territoriales sur la bonne voie », fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, n° 319 (2011-2012) – 31 janvier 2012

françaises, notamment en matière de sécurité, les normes allemandes seraient prises en compte, dans la mesure où elles auraient un caractère obligatoire.<sup>30</sup> La convention de coopération est donc le document essentiel à tout projet transfrontalier.

Pour ce qui est de l'application de normes des deux pays dans lesquels les travaux auront lieu, en l'occurrence en France et en Italie, dans la partie transfrontalière, le TELT a décidé de mêler les deux CCG travaux italien et français afin de créer un cahier des charges qui respecte les règles applicables dans les deux pays. Si une règle est contraire à celle d'un des pays, elle est ainsi écartée<sup>31</sup>. Ce CCAP et CCTP respecte donc le droit applicable dans les deux pays.

Il est conseillé à tout initiateur de projet transfrontalier de prévoir dans la convention de coopération les règles qui seront applicables, et notamment en cas de normes plus sévères dans un pays par rapport à l'autre, il sera alors appliqué la norme plus sévère. Il est, de même, judicieux de recourir aux normes européennes voire internationales afin de rédiger le CCTP, cela permet de ne pas restreindre l'accès à la commande publique, surtout dans un contexte transfrontalier ou de prévoir une spécification plus fonctionnelle et de prévoir la possibilité de recourir à une équivalence afin de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

La barrière de la langue est également un frein, si bien que certains projets transfrontaliers les plus aboutis l'ont été grâce à des interlocuteurs bilingues, ce qui était le cas pour la construction de la ligne de tram transfrontalière entre Strasbourg et Kehl. Le juriste de la ville de Kehl maîtrisait en effet parfaitement le français et le droit français, ce qui a permis aux deux communes de mieux coopérer<sup>32</sup>. Il est donc essentiel de développer les moyens humains au sein des structures transfrontalières.

## **Section 2 : Le développement de moyens humains au sein des structures transfrontalières afin de mettre en œuvre une politique d'achat public performant**

Les projets transfrontaliers les plus aboutis ont été conduits par des équipes bilingues. Ce bilinguisme semble devenir une règle en matière de projets transfrontaliers. En effet, les conventions de coopération sont toujours écrites dans les langues des deux pays, ainsi que les documents de consultation, les règlements intérieurs et tous les statuts. Des moyens humains au sein des

---

<sup>30</sup> **Jean-Claude Rouges**. 2018. *Directeur de mission - Direction Conseil Performance et Affaires Juridiques*. Ville et Eurométropole de Strasbourg, mai 23, 2018

<sup>31</sup> **Alexandre Morey**, *Responsable des Affaires juridiques France TELT*. [interv.] Adèle Krawczyk. mai 31, 2018.

<sup>32</sup> **Jean-Claude Rouges**. 2018. *Directeur de mission - Direction Conseil Performance et Affaires Juridiques*. Ville et Eurométropole de Strasbourg, mai 23, 2018

administrations sont néanmoins nécessaires afin de garantir une bonne mise en œuvre quotidienne du projet transfrontalier, la plupart des personnes se trouvant au sein des administrations ne sont pas bilingues et la barrière de la langue est un réel frein à l'aboutissement d'un projet.

Il est également essentiel d'être accompagné de personnes connaissant le droit applicable du pays voisin. En effet, même si le projet est régi par le droit issu de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 et de son Décret d'application, il est nécessaire de connaître le droit de l'autre pays en matière de commande publique afin de mieux répondre aux interrogations et incompréhensions des interlocuteurs du pays voisin. La mise en œuvre du droit de la commande publique n'étant pas la même, un document dans les deux langues peut être rédigé destiné au personnel de l'administration avec lequel la coopération transfrontalière sera conduite afin d'expliquer les règles applicables et la pratique du droit de la commande publique. Il est également nécessaire de bien identifier les interlocuteurs ainsi que de désigner un chef de projet au sein des services techniques et ceux de la commande publique de part et d'autre de la frontière afin de ne pas multiplier les interlocuteurs et ainsi de garantir une bonne mise en place du projet.

La grande difficulté à laquelle font face les GECT est l'absence de personnel propre à la commande publique au sein des GECT. En effet, dans la plupart des cas, les marchés publics sont préparés par le directeur général des services, c'est le cas notamment au sein du GECT SaarMoselle<sup>33</sup> ou par une personne au sein du service des finances, c'est le cas pour le GECT Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai<sup>34</sup>. Les GECT ne disposent pas de personnel propre à la commande publique, ce qui est regrettable, puisque le but des GECT n'est pas la passation de marchés publics mais plus globalement la coopération transfrontalière qui prend bien plus de visages que celui des marchés publics.

En ce qui concerne la coopération transfrontalière entre plusieurs collectivités de différentes nationalités, il est nécessaire de faire intervenir des personnes bilingues et comprenant le droit applicable dans le pays voisin. Cela a été le cas pour la ligne de tram D entre Strasbourg et Kehl, le juriste de la ville de Kehl maîtrisait le français et les concepts juridiques français, après avoir poursuivi des études de droit en France<sup>35</sup>. On pourrait imaginer pour cela d'embaucher pour la période de la mise en place du projet d'un juriste bilingue en agent contractuel afin d'aider les services de la collectivité à rédiger les documents dans la langue du pays voisin et à coordonner les services des deux collectivités. En ce qui concerne la création d'un GECT, il est possible de faire appel à des organismes qui assisteront les collectivités, cela a notamment été le cas pour la création d'un GECT West-

---

<sup>33</sup> **Isabelle Prianon** *Directrice générale des services*. Entretien téléphonique du 10 avril 2018

<sup>34</sup> **Séverine Flahault** *Responsable Coordination Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai*. [interv.] Adèle Krawczyk, janvier 22, 2018.

<sup>35</sup> **Jean-Claude Rouges**. 2018. *Directeur de mission - Direction Conseil Performance et Affaires Juridiques*. Ville et Eurométropole de Strasbourg, mai 23, 2018

Vlaanderen/Flandre-Dunkerque-Côte d'Opale dont la mission d'assistance opérationnelle a été confiée à la MOT en 2008<sup>36</sup>. Faire appel à un AMO est une solution envisageable.

Le TELT, quant à lui, dispose d'une Directrice juridique TELT, responsable d'activité, d'un Directeur Juridique France, Monsieur Alexandre Morey et d'un Directeur Juridique Italie, Monsieur Mario Sandretto. La mise en œuvre du droit est donc ainsi plus facile, puisque les équipes sont ainsi coordonnées par trois personnes responsables, ce qui permet de dépasser les barrières de la langue et de garantir la bonne efficacité de l'achat public transfrontalier. Il est également à noter que le TELT a également souhaité mettre en place une réelle organisation autour de la minimisation des risques. Le coût du projet étant important, 8.6 milliards d'euros, il est important d'identifier les risques potentiels et de les atténuer dans la réalisation de cet ouvrage. En janvier 2018, il a donc été créé un poste de « Risk manager » occupé par Maja Della Vedova, dont les missions sont notamment d' « établir et de communiquer la philosophie de la société en matière de gestion de risques, d'assister les responsables de processus dans l'identification et l'atténuation des risques ou encore d'élaborer des outils appropriés tels que les « Risk Assessment », traduit par « évaluation des risques » » (APASP, 2018). Le « Risk Assessment » est un outil qui se matérialise par un groupe de travail qui identifie les risques et les évalue. Le TELT peut ainsi évaluer les risques grâce au facteur de la probabilité de sa survenance et son impact potentiel et mettre en place des actions pour les gérer. La société a donc pu identifier 360 risques dont 271 de niveau moyen et élevé dans quatre grandes catégories de risques. « Ce sont notamment ceux qui entravent le respect des délais et des coûts de réalisation du projet ou ceux qui portent atteinte à l'environnement ou qui pourraient engendrer des accidents de travail. » (APASP, 2018)<sup>37</sup>.

Cette identification et gestion des risques liés à la réalisation de l'ouvrage est inédite et est un exemple dont les prochaines réalisations peuvent s'inspirer. Il est très important en effet pour l'acheteur public d'identifier les risques potentiels, qu'ils soient environnementaux, liés aux coûts, au respect des délais, voire même politiques pour ainsi mieux les gérer et éviter le risque d'une augmentation des coûts ou des délais du projet transfrontalier.

Les moyens humains dédiés au projet transfrontalier sont donc importants, ils permettent ainsi de mieux mettre en place le projet, de la préparation du projet à son exécution, de prévenir les risques et de les gérer, et ainsi garantir une mise en œuvre performante de l'achat public en transfrontalier. Il est

---

<sup>36</sup> **Mission opérationnelle transfrontalière**. 2008. [www.espaces-transfrontaliers.fr](http://www.espaces-transfrontaliers.fr). *Base documentaire en ligne de la MOT*. [Online] 2008. [Cited: juin 3, 2018.]

<http://92.154.47.142:8080/jlbweb/jlbWeb?html=Pag&page=SchNot&ref=746>. FBe.Vdo.2.0.mot.

<sup>37</sup> **APASP. 2018**. [www.e-marchespublics.com](http://www.e-marchespublics.com). *E-MARCHESPUBLICS*. [En ligne] 26 avril 2018. [Citation : 3 juin 2018.] <http://www.e-marchespublics.com/article-de-presse/relier-lyon-a-turin-par-un-tunnel-une-gestion-pointue-des-risques-pour-un-ouvrage-hors-norme-117.html>.

donc important pour la ou les collectivités territoriales qui souhaitent créer un tel projet de préalablement identifier les acteurs qui seront dédiés à ce projet. Cette logique permet ainsi de garantir une bonne gestion des deniers publics.

## **CONCLUSION**

La coopération transfrontalière est de plus en plus présente, elle se caractérise par la création d'un tissu de collectivités territoriales et de projets transfrontaliers aux frontières françaises mais également aux frontières d'autres pays européens (Annexe 2). Les projets transfrontaliers, véritables vecteurs de développement économique et de travail entre Etats membres de l'Union européenne caractérisent la construction européenne. Ils permettent de surmonter les frontières physiques avec des acteurs qui, bien souvent, partagent une histoire commune, mais surtout un environnement commun et des problématiques communes. Les acteurs de ces projets dépassent les frontières de la langue, les problématiques juridiques, les difficultés de mise en œuvre d'un droit de la commande public transfrontalier avec beaucoup d'imagination, d'ingénierie contractuelle et de pragmatisme. Les acteurs de la commande publique transfrontalière réussissent ainsi à surmonter les difficultés auxquelles ils font face, et ce, grâce à des pratiques développées avec l'expérience et un réseau d'acheteurs publics développé ces dernières décennies, mais également en « débroussaillant » le droit qui ne donne pas de solutions aux questions posées. L'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 est en effet très succinct sur la mise en œuvre du droit des marchés publics en transfrontalier et la doctrine en la question inexistante. Ce sont les praticiens qui construisent ce droit au fil des projets.

C'est avec le développement des techniques d'achat innovantes, tels que le benchmarking et le sourcing en transfrontalier qu'ils réussissent à mettre en œuvre une politique d'achat public performante. Ils sécurisent leurs procédures de passation en publiant les avis de publication dans les deux langues et font attention à la publication des avis au niveau européen afin de ne pas restreindre l'accès à la commande publique. Les acheteurs publics transfrontaliers ont évidemment conscience de leur particularité. Ils développent des techniques innovantes de gestion des risques, tel que le TELT ou un développement d'une analyse des risques et des avantages dont devraient s'inspirer les acheteurs publics français. Cet échange entre acheteurs publics d'autres pays a permis à tous ces acteurs de la commande publique de s'inspirer des pratiques d'autres pays en faisant une étude comparative des techniques d'achat. Les acheteurs publics français sont des plus innovants, ayant développé des techniques provenant de l'achat privé.

Avec l'atténuation des frontières due à la construction européenne, il est important que les collectivités territoriales prennent conscience des enjeux économiques liés à leurs territoires. Selon l'INSEE, par

exemple, plus de 35000 travailleurs frontaliers traversent chaque jour la frontière franco-suisse afin de travailler en Suisse, entre 20000 et 35000 la frontière franco-allemande en Alsace. Ce sont des enjeux importants auxquels la coopération transfrontalière peut répondre. Il est donc important que les acteurs locaux répondent à ces problématiques ensemble en coordonnant leurs moyens et leurs actions. La commande publique en transfrontalier devient donc une réalité à laquelle les acheteurs publics vont trouver des solutions afin de dépasser les frontières, qu'elles soient physiques ou juridiques.

## Bibliographie

- APASP. 2018.** [www.e-marchespublics.com](http://www.e-marchespublics.com). *E-MARCHESPUBLICS*. [En ligne] 26 avril 2018. [Citation : 3 juin 2018.] <http://www.e-marchespublics.com/article-de-presse/relier-lyon-a-turin-par-un-tunnel-une-gestion-pointue-des-risques-pour-un-ouvrage-hors-norme-117.html>.
- Beck, Joachim. 2017.** Cross-border cooperation and the challenge transnational institution-building – the example of the European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC). *Revue électronique du Consortium d'Études Catalanes N°1 spécial*. Janvier 2017.
- Borgo, Yves Pozzo di. 2017.** [www.senat.fr](http://www.senat.fr). *www.senat.fr*. [En ligne] 25 janvier 2017. [Citation : 3 juin 2018.] <http://www.senat.fr/rap/116-329/116-3298.html>. Accord avec l'Italie : nouvelle ligne ferroviaire Lyon-Turin ( rapport - première lecture ).
- Brenet, Bernard. 2000.** Groupement d'achats public et droit communautaire. *AJDA*. 2000, p. p.784.
- Caisse des dépôts des territoires. 2008.** <https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/>. [En ligne] 22 mai 2008. [Citation : 30 mai 2018.] <https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/ContentServer?pagename=Territoires/artVeille/artVeille&cid=1211344251021>.
- Cayrey, Romain. 2017.** [Lemoniteur.fr](http://www.lemoniteur.fr). [En ligne] 30 Aout 2017. [Citation : 12 Mai 2018.] <https://www.lemoniteur.fr/article/le-mode-d-emploi-des-accords-cadres-revisite-par-bercy-34761594>.
- Cohen, Charles. 2010.** *Décision-Achats.fr*. *Décision-Achats.fr*. [En ligne] 1 octobre 2010. [Citation : 19 mai 2018.] <http://www.decision-achats.fr/Decision-Achats/Article/Groupement-de-commandes-quand-l-union-fait-la-force-37985-1.htm#7RdpAJqmOPIGjwVc.97>.
- Comité des Régions. 2007.** *Le groupement européen de coopération territoriale*. Bruxelles : Comité des Régions, 2007. CDR117-2007\_ETU.
- Commission Européenne. 2015.** *Guide d'orientation à destination des praticiens : comment éviter les erreurs les plus fréquentes commises dans le cadre des marchés publics de projets financés par les Fonds structurels et d'investissement européens*. Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2015. ISBN 978-92-79-51737-2.
- . **2011.** *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics "Vers un marché européen des contrats publics plus performant"*. Bruxelles : s.n., 2011. COM(2011) 15 final.
- DAJ. 2016.** [economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr). <https://www.economie.gouv.fr/daj/coordination-achats-2016>. [En ligne] 30 aout 2016. [Citation : 19 mai 2018.] <https://www.economie.gouv.fr/daj/coordination-achats-2016>.
- . **2017.** *Guide de l'Achat public*. Paris : s.n., 2017. Version 2.0.

**DIRECTION GÉNÉRALE DE LA MONDIALISATION, DU DÉVELOPPEMENT ET DES PARTENARIATS. 2011.** *Guide de la coopération transfrontalière.* Paris : Ministère des Affaires étrangères et européennes, 2011. ISBN : 978-2-11-098742-6.

**Flahault, Séverine. 2018.** *Responsable Coordination Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai.* [interv.] Adèle Krawczyk. 22 janvier 2018.

**Gouvernement français et italien. 2001.** *Accord pour la réalisation d'une nouvelle ligne ferroviaire Lyon-Turin.* 2001.

—. **2012.** *Accord pour la réalisation et l'exploitation d'une nouvelle ligne ferroviaire Lyon-Turin.* 2012.

**Krattinger, Yves. Janvier 2012.** *L'organisation de la compétence « transport ».* Paris : Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, Janvier 2012. LC 220.

**Mission opérationnelle transfrontalière. 2008.** [www.espaces-transfrontaliers.fr](http://www.espaces-transfrontaliers.fr). *Base documentaire en ligne de la MOT.* [En ligne] 2008. [Citation : 3 juin 2018.] <http://92.154.47.142:8080/jlbweb/jlbWeb?html=Pag&page=SchNot&ref=746>. FBe.Vdo.2.0.mot.

**Morey, Alexandre. 2018.** *Responsable des Affaires juridiques France TELT.* [interv.] Adèle Krawczyk. 31 mai 2018.

**MOT. 2014.** ESPACES-TRANSFRONTALIERS. [www.espaces-transfrontaliers.org](http://www.espaces-transfrontaliers.org). [En ligne] MOT, février 2014. [Citation : 3 juin 2018.] <http://www.espaces-transfrontaliers.org/actualites/news/news/show/evolution-du-regime-juridique-des-gect/>.

**Oudot-Saintgery, Françoise Schneider-Français et Ludivine Salambo en collaboration avec Dominique. 2010.** *Guide des projets transfrontaliers.* Paris : Mission Opérationnelle Transfrontalière, 2010.

**Prianon, Isabelle. 2018.** *Directrice générale des services.* [interv.] Adèle Krawczyk. 10 Avril 2018.

**Rouges, Jean-Claude. 2018.** *Directeur de mission - Direction Conseil Performance et Affaires Juridiques.* Ville et Eurométropole de Strasbourg, 23 mai 2018.

**TELT-SAS. 2018.** Actualités TELT-SAS. [www.telt-sas.com](http://www.telt-sas.com). [En ligne] 30 mai 2018. [Citation : 2 juin 2018.] <http://www.telt-sas.com/fr/attribution-maintenance-chantier-chiomonte/>.

—. **2018.** [www.telt-sas.com](http://www.telt-sas.com). *TELT-SAS.* [En ligne] 2018. [Citation : 2 juin 2018.] <http://www.telt-sas.com/fr/societe/>.

**Urząd Zamówień Publicznych. 2017.** *Urząd Zamówień Publicznych.* [En ligne] 10 Janvier 2017. [Citation : 12 Mai 2018.] [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0011/36101/BZP20171231.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0011/36101/BZP20171231.pdf).

**Wackermann, Gabriel. 2007.** *Quel sens pour la notion de frontière dans la mondialisation ? Cités.* 2007, Vol. 31, 3.

## **Annexes**

- Annexe 1** Carte des territoires transfrontaliers aux frontières françaises – Mission Opérationnelle Transfrontalière – mai 2018
- Annexe 2** Carte des territoires transfrontaliers en Europe – Mission Opérationnelle Transfrontalière – novembre 2017

Table des matières : .....	3
Liste des abréviations : .....	4
INTRODUCTION .....	5
Partie 1 : La mise en œuvre du droit de la commande publique facilitée en transfrontalier par l'Ordonnance du 23 juillet 2015.....	8
Chapitre 1 : Le choix de la forme de coopération transfrontalière laissé aux acteurs locaux ou nationaux.....	8
Section 1 : Le choix du GECT : une structure de coopération transfrontalière européenne sans compétences propres.....	9
Section 2 : Le choix de toute autre forme particulière de coopération transfrontalière : la SEML, un choix stratégique.....	11
Section 3 : Un cas inédit de mise en œuvre du droit de la commande publique menée par l'Etat français et italien : le Tunnel Euralpin Lyon Turin (TELT) .....	12
Chapitre 2 : Le choix du droit applicable laissé aux acheteurs publics en application de l'article 29 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015.....	15
Section 1 : Le choix de droit du pays du siège du GECT : le cas classique.....	15
Section 2 : Le choix du droit de l'autre pays que celui du pays du siège du GECT, un choix politique : le cas du GECT Eurodistrict SaarMoselle.....	17
Section 3 : Le cas du TELT : la mise en œuvre du droit de la commande publique français avec des adaptations issues du droit italien.....	18
Partie 2 : Vers de l'achat public transfrontalier, le choix de la performance de la commande publique transfrontalière .....	22
Chapitre 1 : Les pratiques d'acheteurs publics afin de garantir de l'achat public transfrontalier performant .....	22
Section 1 : Une bonne définition du besoin pour définir le cadre légal transfrontalier nécessaire .....	22
Section 2 : La mutualisation transfrontalière des achats, une mise en œuvre efficace du droit de la commande publique.....	25
Chapitre 2 : Les nécessaires évolutions des pratiques et du droit afin de faire face aux défis de l'achat public transfrontalier.....	27
Section 1 : Une nécessaire adaptation du droit et des pratiques pour garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique.....	28
Section 2 : Le développement de moyens humains au sein des structures transfrontalières afin de mettre en œuvre une politique d'achat public performant.....	29
CONCLUSION .....	32
Bibliographie.....	34
Annexes .....	36

# Territoires transfrontaliers aux frontières françaises



**Echelle locale**

- Structure de gouvernance transfrontalière à caractère urbain
- Parc naturel frontalier ou structure de gestion transfrontalière d'un espace naturel
- Structure de gouvernance transfrontalière à caractère mixte
- Principal équipement opérationnel transfrontalier

**Echelle régionale**

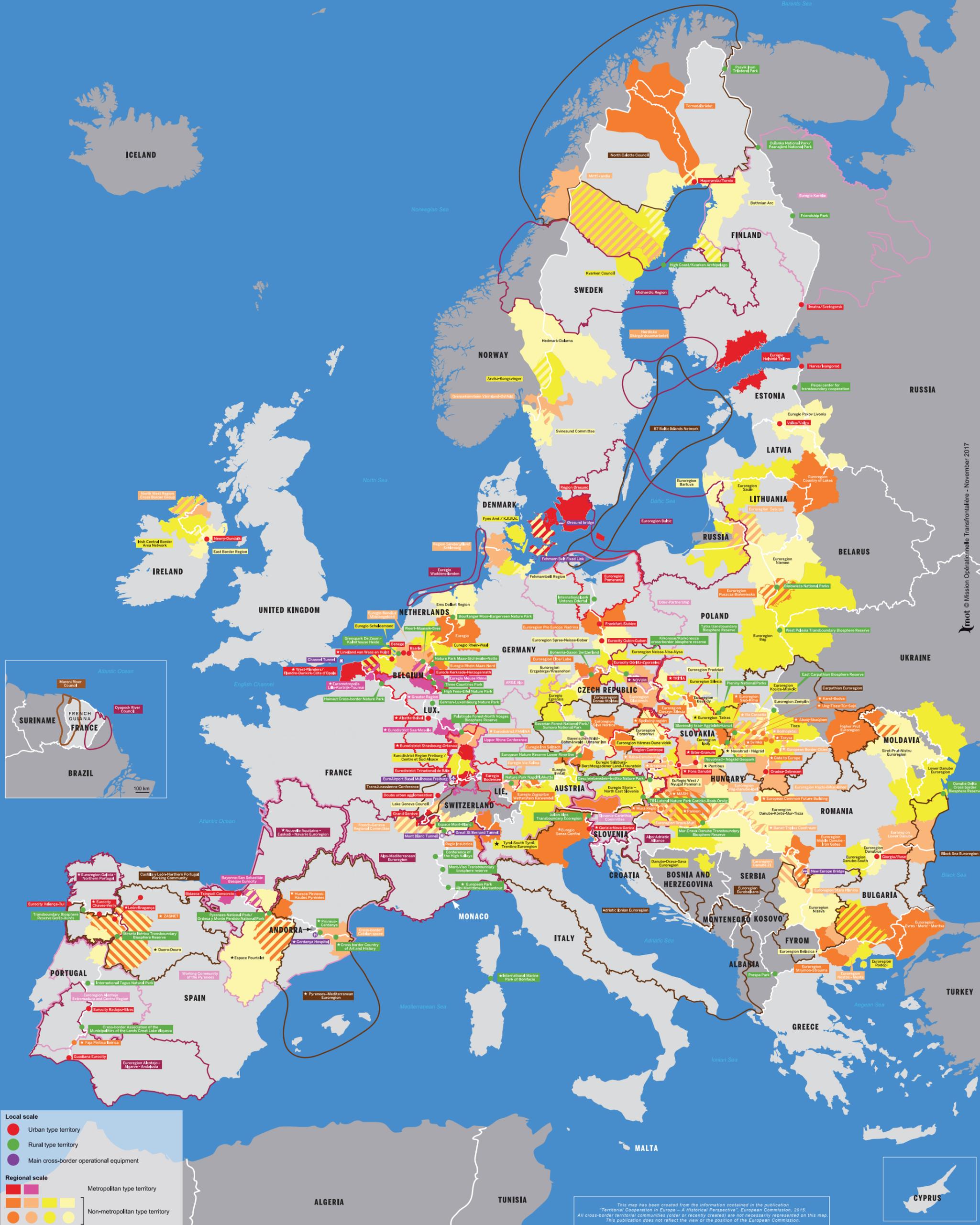
- Structure de gouvernance transfrontalière

☆ **Groupement Européen de Coopération Territoriale (GECT)**

Cantons suisses : JU : Jura; NE : Neuchâtel; VD : Vaud; GE : Genève; VS : Valais.

© Mission Opérationnelle Transfrontalière - Mai 2018

# Cross-border territories in Europe



© mot Mission Opérationnelle Transfrontalière - November 2017

**Local scale**

- Urban type territory
- Rural type territory
- Main cross-border operational equipment

**Regional scale**

- Metropolitan type territory
- Non-metropolitan type territory

**Supraregional scale**

- Metropolitan type territory
- Non-metropolitan type territory

★ European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC)

This map has been created from the information contained in the publication "Territorial Cooperation in Europe - A Historical Perspective", European Commission, 2015. All cross-border territorial communities (older or recently created) are not necessarily represented on this map. This publication does not reflect the view or the position of the European Commission.