



HAL
open science

Le contrat administratif dans la sphère internationale et les méthodes de droit international privé

Emma Picard

► **To cite this version:**

Emma Picard. Le contrat administratif dans la sphère internationale et les méthodes de droit international privé. Droit. 2023. dumas-04158463

HAL Id: dumas-04158463

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-04158463v1>

Submitted on 11 Jul 2023

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.



UNIVERSITÉ
CAEN
NORMANDIE



Normandie Université

Le contrat administratif dans la sphère internationale et les méthodes de droit international privé



Master II Droit International et Droit Européen

Parcours “Régulation des marchés internationaux”

Mémoire de recherche soutenu par Emma PICARD

le 3 juillet 2023

sous la direction de

Madame Armelle GOSSELIN-GORAND

Membres du Jury

Madame Armelle GOSSELIN-GORAND, Professeure de droit privé à
l’Université de Caen Normandie

Madame Elodie SAILLANT-MARAGHNI, Professeure de droit public à
l’Université de Caen Normandie

“L’Université n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres aux auteurs”.

Remerciements

Je tiens à adresser en premier lieu mes remerciements à Madame Armelle GOSSELIN-GORAND, Professeure de droit privé à l'Université de Caen Normandie, pour avoir encadré ce travail avec attention et bienveillance. J'aimerais aussi la remercier ainsi que Monsieur Stéphane LECLERC, Maître de conférences HDR à l'Université de Caen Normandie, en leur qualité de codirecteurs du Master Droit international et droit européen parcours régulation des marchés internationaux.

Je tiens à remercier chaleureusement Monsieur Grégory GODIVEAU, Maître conférence à l'Université de Caen Normandie, pour son dévouement et sa présence tout au long de mon cursus universitaire.

Je tiens à témoigner ma reconnaissance à l'ensemble des enseignants chercheurs et autres professionnels du droit qui m'ont orientée et guidée pour la rédaction de ce mémoire.

Enfin, je remercie ma famille pour son soutien inconditionnel ainsi que mes camarades de promotion pour ces deux années d'entraide et de convivialité.

“Bien qu’objectivée par les vertus de la dogmatique juridique, la dichotomie établie entre les sphères du public et du privé, autour desquelles s’organiserait la vie sociale, apparaît illusoire : si elles sont distinctes, ces sphères ne sauraient en effet être conçues comme séparées ; elles entretiennent nécessairement des rapports, non seulement d’échange et d’interaction, mais encore d’interpénétration et d’osmose.” Jacques Chevallier, Docteur en droit public, “À quoi sert la distinction droit public/droit privé”, *Distinction public/privé : Brouillages, innovations et influences*, Presse de l’Université Saint Louis, 2022.

Liste des principales abréviations

AMP : Accord sur les marchés publics

CAA : Cour administrative d'appel

CE : Conseil d'Etat

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CCP : Code de la commande publique

CGCT : Code général des collectivités territoriales

CGPPP : Code général de la propriété des personnes publiques.

EPA : Etablissement public administratif

EPIC : Etablissement public industriel et commercial

GECT : Groupement européen de coopération territoriale

GEIE : Groupement européen d'intérêt économique

IMPI : Instrument relatif aux marchés publics internationaux.

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

JORF : Journal officiel de la République française

OMC : Organisation mondiale du commerce

OMSA : Organisation mondiale de la santé animale

PIB: Produit intérieur brut

PPP : Partenariat public privé

SEM : Société d'économie mixte.

SPA : Service public administratif

SPIC : Service public industriel et commercial

TC: Tribunal des conflits

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

UE : Union européenne

Sommaire

Introduction	p.8.
Première partie - La place de l'administration dans une économie globalisée.	p.18.
Chapitre 1. Une diversité d'acteurs publics dans la sphère internationale.....	p.19.
Chapitre 2. Le contrat administratif comme instrument de libéralisation des échanges..	p.41.
Deuxième partie - Le contrat administratif entre exclusion ou inclusion des méthodes de droit international privé	p.52.
Chapitre 1. Les enjeux de droits applicables.....	p.54.
Chapitre 2. La résolution juridictionnelle des litiges.....	p.71.
Conclusion	p.82.
Table des annexes	p.96.

INTRODUCTION

Une rencontre entre droit administratif et droit international privé. Le droit administratif regroupe l'ensemble des règles juridiques relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux relations de l'Etat en tant que puissance publique. Or, le droit international privé régit spécifiquement l'ensemble des relations privées internationales. Pourtant, l'intégration européenne et les dispositifs numériques favorisent depuis plusieurs années le dépassement des frontières dans les rapports de droit, générant ainsi une porosité entre sphère publique et sphère privée. Si le contrat, est un objet privilégié de rencontres entre acteurs publics et acteurs privés sur le plan national, désormais rien ne s'oppose à un vacillement sur le plan international¹.

La conception française du contrat. Conformément à l'article 1101 du Code civil, un contrat est "*un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*". Par cette définition, le contrat comprend deux éléments essentiels ; d'une part un accord de volontés entre des parties, et d'autre part un engagement juridiquement sanctionné. La souplesse de cette définition permet d'appréhender plusieurs types de contrats, se différenciant par leur objet, leur mode de formation, d'exécution ainsi que par la qualité de leurs parties. Ainsi, un contrat peut être conclu entre personnes privées ou entre personnes publiques, également entre une personne publique et une personne privée. Cependant il n'existe pas de personne physique de droit public, c'est toujours au nom des personnes morales qu'interviennent dans l'action administrative les autorités et les agents administratifs.

L'organisation administrative française. Depuis la mise en place d'un système déconcentré et l'adoption des lois sur l'organisation du territoire dans les années quatre-vingt, le pouvoir de l'Etat est désormais décentralisé², supprimant la tutelle du préfet sur les collectivités territoriales³. Les autorités administratives, ministres, préfets, maires et organismes collégiaux disposent du pouvoir de prendre des actes juridiques unilatéraux ou contractuels

¹ Sur l'idée d'un vacillement, voir Malik Laazouzi, *Les contrats administratifs à caractère international*, thèse de doctorat soutenue en 2007 sous la direction de Pierre Mayer, Economica, 2008. spéc. p. 2.

² Sur la déconcentration, Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration, JORF n°0107 du 8 mai 2015. Concernant la mise en place d'un système décentralisé, voir Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat dite "loi Defferre".

³ Sur le statut des collectivités territoriales, voir spéc. l'article 72 de la Constitution de la Vème République tel que modifié par la Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003. spéc. art. 5.

engageant la personne morale qu'elles représentent. L'administration est donc constituée d'un ensemble de personnes morales de droit public, mais n'a pas elle-même, en son sens organique, la personnalité morale. L'administration est composée tout d'abord de l'Etat comme collectivité publique à dimension nationale susceptible d'intervenir dans tout domaine. L'Etat regroupe notamment les ministères et les préfetures qui ne font qu'engager l'Etat. Ensuite, les collectivités infra-étatiques ont vocation à s'occuper des intérêts des habitants qu'elles administrent au niveau local. Enfin, les institutions spécialisées de droit public tels que les établissements publics et les groupements d'intérêt public assurent l'exercice de services publics à rayonnement local ou national. Au sens matériel, l'administration publique apparaît comme l'activité instrumentale des personnes morales de droit public ou de droit privé étroitement liées à celles-là, qui remplissent une mission de service public, hors des fonctions législatives et juridictionnelles. On peut y inclure tout ce qui peut être pris en charge par les personnes privées dès lors qu'elles assurent une mission de service public strictement sous le contrôle d'une personne publique⁴.

Les activités de l'administration. L'action de l'administration a longtemps été caractérisée par un fort pouvoir décisionnel unilatéral. Jusque dans les années quatre-vingt, existait une corrélation "*naturelle*"⁵ entre la puissance publique et le procédé unilatéral. Léon Duguit défendait l'idée selon laquelle l'Etat perdrait sa souveraineté en étant subordonné à une personnalité autre dans le cadre d'un contrat⁶. Le principe d'indisponibilité des compétences de l'Etat s'opposait également à ce qu'il puisse contracter⁷. Ainsi, la philosophie du droit public français s'appréhende à travers la notion d'exorbitance. Théoriquement, le droit public est un droit manifestement hors du commun, qui s'écarte de manière très excessive de ce à quoi on peut normalement s'attendre. Le droit administratif français accorde des pouvoirs exorbitants aux autorités publiques, légitimant l'envergure de l'activité de l'administration et marquant la spécificité du droit public par rapport au droit privé français⁸. La France développe ses services publics ce qui implique pour les personnes publiques qu'elles se procurent des fournitures, des équipements et qu'elles construisent des infrastructures de manière à répondre aux besoins d'intérêt général qui ont motivé leur création.

⁴ Par exemple, la création d'EPIC, ou la prise de capital par une personne publique.

⁵ Marion Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 4ème édition, 2022, spéc. p.5.

⁶ Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, 1913, rééd. La Mémoire du Droit, 1999, spéc. p. 161.

⁷ Principe en vertu duquel toute autorité investie d'une compétence ne peut en disposer à sa guise et doit en principe l'exercer elle-même, sauf texte contraire.

⁸ Elodie Saillant, *L'exorbitance en droit public*, thèse de doctorat soutenue le 7 décembre 2009 sous la direction de Fabrice Melleray, Dalloz, 2011.

En conséquence, les personnes publiques sont dotées de moyens juridiques spéciaux soumis à des règles exorbitantes afin de prendre en charge des activités spécifiques. À ces fins, c'est l'instrument juridique du contrat qui est utilisé.

La conception française du contrat administratif. Les contrats passés par l'administration ne relèvent cependant pas tous de la matière administrative. L'administration conclut également des contrats de droit privé pour répondre à ses propres besoins sans satisfaire, théoriquement, un besoin d'intérêt général. À ce titre, Maurice Hauriou a établi une distinction entre l'utilité publique et ce qui doit rester privé⁹. Si notre étude porte sur le contrat administratif, il est légitime d'en écarter cette catégorie de contrats de droit privés de l'administration¹⁰. Afin de comprendre ce que recouvre le terme de contrat administratif, il convient d'en déterminer les critères de qualification. Le droit français des contrats publics répond au principe selon lequel la compétence suit le fond¹¹ : la loi applicable au contrat permet d'en déterminer la nature, ainsi, l'administrativité répond à des critères précis. La qualification française du contrat peut émaner de la loi¹² ou de la jurisprudence, plus particulièrement celle du tribunal des conflits. Dans ce dernier cas, au moins l'une des deux conditions suivantes est exigée : soit au moins une personne publique est partie au contrat posant ainsi présomption de contrat administratif, sous réserve des blocs de compétence pour éviter des dissociations de régimes notamment en matière de services industriels et commerciaux¹³ et des personnes privées transparentes¹⁴; soit l'objet du contrat se rattache à l'activité publique, par son objet, son contenu ou son contexte. La qualification de contrat administratif implique théoriquement un déséquilibre contractuel, contrairement aux contrats

⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12ème édition, 1933, p. 59 et s; note sous TC 9 décembre 1899, *Association syndicales du Canal de Gignac*, S. 1900, 3, p. 49.

¹⁰ Ce sont des contrats passés par l'administration mais qui ne répondent pas aux critères de l'administrativité.

¹¹ Charles Eisenmann, *Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français*, Mélanges offerts à Jacques Maury, t. II, Dalloz-Sirey 1960, p. 379 et s.

¹² Lorsqu'il existe une disposition textuelle les qualifiants de contrat administratif, par ex. voir art. L. 6 du Code de la commande publique. Sont considérés comme des contrats administratifs par détermination de la loi les contrats de la commande publique passés par une personne publique lorsque la personne publique partie au contrat en tant que pouvoir adjudicateur et non en tant qu'opérateur économique.

¹³ Seule l'autorité judiciaire est à même de statuer sur les litiges entre des SPIC et ses usagers ou agents, à l'exception du directeur et du comptable public. En ce sens, pour les usagers, v. CE, 13 octobre 1961, *Ets Compagnon-Rey* et TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*.

¹⁴ CAA de Marseille, 6ème chambre, n° 19MA03085, 4 avril 2004, "*l'office de tourisme syndicat d'initiative de la commune du Grau-du-Roi, qui avait le statut d'association de droit privé, a été créé par la commune en vue d'exercer la mission de service public de promotion du tourisme, que son organisation et son fonctionnement, à la date de la signature du contrat, étaient contrôlés par la commune, et que celle-ci lui procurait l'essentiel de ses ressources. Par suite, l'association doit être regardée comme une personne privée transparente et comme un service de la commune du Grau-du-Roi. Le contrat signé par l'association le 14 juin 2014 pour la location de photocopieurs a, par suite, le caractère d'un contrat administratif.*"

de droit privé caractérisés par l'équilibre entre les parties. En raison des clauses exorbitantes et des prérogatives exorbitantes du cocontractant public, ce dernier dispose d'un pouvoir de direction, de contrôle, de sanction, de modification unilatérale des stipulations du contrat et de résiliation¹⁵. De plus, si le contrat a pour objet l'exploitation d'un service public, alors le principe de continuité du service public s'impose au cocontractant. L'un des enjeux de cette étude sera de constater si, dans la sphère internationale, on peut toujours admettre l'exorbitance du droit administratif.

Une conception à relativiser dans la sphère internationale. Néanmoins, il convient de relativiser dans la sphère internationale cette conception du contrat administratif propre au droit français. Les droits étatiques n'ont pas la même conception de l'administration, du droit applicable à cette dernière et la fonction d'un contrat administratif peut diverger d'un système juridique à un autre. Le droit français est-il une exception au milieu d'une norme ? Tel est l'un des enjeux de notre étude. Il ne faut pas s'attarder sur la terminologie mais davantage sur le sens que revêt le mot administration. Son étymologie provient du latin "*administrare*" signifiant aider, fournir ou diriger. Si la conception de l'administrativité relève de l'appréciation souveraine de l'Etat, le contrat est avant tout un instrument juridique au service de l'économie, le support d'une relation juridique qu'elle soit nationale ou internationale.

Les Etats ont des besoins et nouent des relations juridiques de nature contractuelle pour y répondre. Chaque Etat possède un domaine public, aménage son territoire en y faisant construire des infrastructures, assure la mobilité et emploi des personnes. À titre d'exemple, les pouvoirs publics russes ont réformé leurs services publics¹⁶, les Etats unis, bien souvent caractérisés par une économie privatisée et néolibérale, n'ont pas moins de services publics, ils sont simplement organisés différemment. Le système étasunien ne repose pas sur une distinction stricte entre ordre administratif et ordre judiciaire, il n'existe pas de juge du contrat de droit public et de juge du contrat de droit privé, pourtant il existe bien un droit administratif appelé "*administrative law*" et des agences administratives fédérales appelées "*federal administrative agencies*"¹⁷. En se détachant d'une conception purement française, nous considérons qu'un contrat administratif est un procédé contractuel encadrant une relation juridique née pour répondre spécifiquement aux besoins et aux droits d'une

¹⁵ Elodie Saillant, *L'exorbitance en droit public*, thèse de doctorat soutenue le 7 décembre 2009 sous la direction de Fabrice Melleray, Dalloz, 2011. spéc. p. 3 à 5.

¹⁶ Elvira Talapina, "Les services publics en Russie : quelles perspectives ?", *Revue internationale de droit comparé*, 2013, p.579-592.

¹⁷ Sur l'organisation administrative américaine et l'existence d'un ordre administratif, *Administrative Procedure Act*, Pub. L. 79-404, 60 Stat. 237, Juin 11, 1946.

collectivité et dont les bénéfices économiques dépassent le strict cadre des parties. Cette étude portera tantôt sur le support contractuel à caractère administratif détaché de la conception française, tantôt sur la place du contrat administratif français à l'échelle internationale.

Un rapprochement entre administration et commerce international. Si ce rapprochement semblait paradoxal voire antinomique au début du XX^{ème} siècle, il ne peut désormais être éludé. À l'ère d'une économie globale et libérale, les acteurs privés ne sont plus les seuls concernés par le processus de globalisation : la généralisation du modèle de l'économie libérale à l'échelle du globe favorisant une paix perpétuelle par le rapprochement des individus et des sociétés¹⁸. Les frontières s'amenuisent par l'aboutissement des marchés communs¹⁹ et le processus universel du numérique, cette porosité des frontières, à la fois matérielles et immatérielles, favorise les mouvements de flux et de reflux par-dessus les frontières²⁰. Ainsi, la globalisation est donc un processus enclenché se manifestant par l'interpénétration croissante des ordres juridiques mais aussi par un dépassement des ordres juridiques étatiques amenant progressivement à la formation d'une communauté de valeurs, d'un ordre juridique global²¹. Enfin, la globalisation économique n'est pas sans conséquence sur l'action de l'administration dans l'exercice de ses prérogatives. Les administrations des Etats sont amenées à exercer leurs compétences au-delà des frontières étatiques pour s'intégrer dans ce processus de globalisation, au profit d'une économie de marché compétitive et concurrentielle. La privatisation de l'économie et la collaboration accrue des administrations étatiques avec des sujets de droit privé nous obligent à raisonner différemment. Les collectivités infra étatiques ainsi que l'ensemble des établissements publics apparaissent désormais comme des acteurs de la globalisation²². Si notre étude se consacre aux contrats administratifs, on ne peut passer sous silence l'existence d'actes administratifs unilatéraux transnationaux, qui à certains égards posent des problématiques de droit international privé dans le cadre d'un recours individuel²³. En conclusion, l'activité de

¹⁸ Concernant la définition de la globalisation, voir, Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard 2015, spéc. p. 101.

¹⁹ Les frontières matérielles et immatérielles disparaissent dans le cadre du marché intérieur de l'Union européennes, de surcroît dans le marché numérique européen.

²⁰ Expression utilisée par procureur général Matter dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour de cassation, civ. 17 mai 1927, DP 1928. 1.25, note Capitant.

²¹ Jacques Chevallier, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant 2001, p. 37.

²² Maxence Chambon, "Les collectivités territoriales, acteurs de la globalisation du droit administratif ?", Dalloz, RFDA, 2019.

²³ Estelle Chambas, *L'acte administratif unilatéral transnational*, thèse de doctorat soutenue le 23 juin 2022 sous la direction de Thomas Perroud.

l'administration qu'elle soit unilatérale ou contractuelle se manifeste à l'intérieur et par-delà les frontières. À la lumière de ce qui précède, il convient d'identifier, du point de vue français, les contrats administratifs qui seront au cœur de cette étude.

Les contrats administratifs impliqués dans une économie libérale. Les contrats de l'administration²⁴ regroupent différentes catégories de contrats administratifs²⁵. Tout d'abord, on compte dans la catégorie des contrats administratifs les contrats de la fonction publique et les conventions d'occupation domaniale, enfin, les contrats de la commande publique composés du marché public²⁶ (de travaux, de fourniture et de service) et de la concession (de service public, de travaux et de fourniture) comportant les délégations de service public. La commande publique regroupe les instruments juridiques par lesquelles les personnes publiques satisfont à leurs besoins, assurent des missions de services publics et associent d'autres personnes à l'exercice d'un service d'intérêt général²⁷. Par leur essence et leur fonction, les contrats de la commande publique sont les plus intégrés dans la sphère internationale puisqu'ils permettent à l'administration de pénétrer les marchés économiques et de coopérer avec des opérateurs privés. Ils présentent un intérêt particulier pour notre sujet dans la mesure où leur régime juridique a été harmonisé et qu'ils revêtent de plus en plus un caractère international ou transfrontalier. Les marchés publics représentent en moyenne 10 à 15% du PIB d'une économie et constituent une part importante du commerce international. En outre, l'Observatoire Économique de la Commande publique recense chaque année, le nombre de marchés publics français conclus et leur impact économique. Entre 2019 et 2021 on constate une augmentation de près de 10% de marchés passés par l'Etat français, dont 59% passés par des petites et moyennes entreprises. Cette augmentation est majoritairement due au rôle que jouent les collectivités territoriales sur le territoire français et à l'international (ANNEXE 1). Schématiquement, le marché se présente comme un contrat par lequel une collectivité publique achète à une entreprise les moyens matériels nécessaires à l'exécution de

²⁴ On distingue donc dans l'utilisation du terme générique de "contrat administratif" le contrat de l'administration du contrat administratif, bien que le premier englobe le deuxième. Les contrats de l'administration désignent l'ensemble des contrats passés par l'administration à la fois pour répondre à ses besoins ou répondre à un intérêt général.

²⁵ En droit français, tous les contrats passés par des personnes morales de droit public ne sont pas toujours des contrats administratifs, il faut vérifier l'administrativité d'un contrat par les critères fonctionnels et organiques. En ce sens pour les contrats de la commande publique, en ce sens, TC, n°03142, 5 juillet 1999.

²⁶ L'ordonnance du 23 juillet 2015 n° 2015-899, relative aux marchés publics, spéc. art. 3, qui dispose que les marchés publics relevant de son champ d'application et conclus par les personnes morales de droit public, sont des contrats administratifs.

²⁷ Stéphane de La Rosa, *Droit européen de la commande publique*, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2017, spéc. p.3.

ses missions de service public. Soumis à des obligations de mise en concurrence et de publicité pour les entreprises intéressées²⁸. L'ordonnance de 2015²⁹ définit les marchés publics comme des « *contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fourniture ou de service* ». L'article L. 1111-1 du CCP apporte des précisions sur le mode de rémunération du titulaire du marché³⁰. Ainsi le contrat lie le pouvoir adjudicateur³¹ à un soumissionnaire chargé de respecter le cahier des charges d'une adjudication. La concession, quant à elle, est un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur (une autorité concédante) confie l'exploitation de travaux, la prestation et la gestion de services à un concessionnaire à qui est transféré le risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service. La contrepartie consiste soit dans le droit d'exploiter les ouvrages ou services, soit dans ce droit accompagné d'un prix.³² Les marchés de partenariat³³ sont également concernés par notre étude. En droit français, ils appartiennent à la catégorie des contrats de la commande publique. Leur régime a été précisé afin de les distinguer des marchés publics et de se conformer aux directives relatives aux marchés publics. Le marché de partenariat est conclu en vue de la réalisation et du financement d'un projet lié à un service public ou à une mission d'intérêt général. Plus rarement, le marché de partenariat peut porter sur des activités de conception d'ouvrage, d'exploitation-maintenance et de gestion de service public³⁴. Il est considéré en droit français, comme administratif par détermination de la loi lorsqu'il est passé par une personne morale de droit public. Il se caractérise par un paiement public différé, le titulaire est rémunéré par l'acheteur sous forme de loyers à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. La rémunération du titulaire est étroitement liée à des critères de performance fixés par l'acheteur pour chaque phase du contrat. Ce procédé est généralement utilisé dans le cadre d'une coopération de longue durée entre des opérateurs publics et privés. Au regard de l'impact économique de ces contrats, le Conseil constitutionnel a élevé au rang de principes constitutionnels la liberté d'accès à la commande

²⁸ Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, *Droit administratif*, Précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso, 16e édition 2022-2023, spéc. p.492.

²⁹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

³⁰ « *Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent Code avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à leur besoin en matière de travaux de fourniture ou de service en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* ».

³¹ Il s'agit avant tout d'une personne soumise au droit des marchés publics.

³² Voir L 1211-1 du CCP.

³³ Voir, L 1112-1 CPP.

³⁴ Tous les acheteurs, à l'exception des organismes divers d'administration centrale (ODAC), des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, peuvent conclure des marchés de partenariat.

publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures découlant du principe d'égalité devant la loi³⁵.

Ainsi, dans le cadre de cette étude, nous analyserons les liens entre le contrat administratif et droit international privé *principalement* sous l'angle du marché public, de la concession et du partenariat public privé.

L'appréhension du contrat administratif par le droit international. À présent, les règles applicables à ces contrats sont d'origine nationale, européenne et internationale. Les textes supranationaux ont une vision englobante des contrats administratifs et soumettent les marchés publics et les concessions aux principes de mise en concurrence et de publicité³⁶. Dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), les accords de Marrakech³⁷ révisés en 2012 ont permis l'ouverture à la concurrence des marchés publics à l'échelle mondiale³⁸. L'OMC conçoit la libéralisation de l'économie comme un vecteur d'efficacité des marchés publics. L'entrée en vigueur de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) le 6 avril 2014, constitue une étape importante pour l'OMC et marque la libéralisation substantielle des échanges entre les Etats parties. En outre, l'Union européenne (UE) ayant comme vocation la construction d'un marché économique commun, a ratifié cet accord. L'ensemble du corpus de droit dérivé puise son origine dans les quatre libertés du marché intérieur ainsi que dans la politique de concurrence. Le droit européen participe à l'édification d'un régime propre aux marchés publics et aux concessions. Les premières directives relatives au marché et aux concessions³⁹ ont pour finalité de coordonner les procédures de passation afin de supprimer les entraves à la libre prestation de service et la liberté d'établissement dans les autres Etats membres. L'appréhension du droit des marchés publics à l'échelle européenne a conduit le gouvernement français à élaborer en 2006 un nouveau Code des marchés publics entré en

³⁵ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

³⁶ Philosophie des directives européennes de 2014. Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, publiée au JOUE, le 28.3.2014, L 94/65. Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 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 abrogeant la directive 2004/17/CE, publiée au JOUE le 28/03/2014, L 94/243.

³⁷ Les accords de l'OMC sont couramment appelés l'acte final de l'Uruguay Round de négociations commerciales de 1986 - 1994. Dans le cadre de l'OMC, Accord Plurilatéral sur les marchés publics amendé le 30 mars 2012, Consultable en ligne, https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.pdf.

³⁸ Décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), publiée au JOUE n° L 336, 23.12.1994.

³⁹ Directives 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, publiée au JOUE n° L 185 du 16/08/1971 p. 0005 - 0014 et la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, publiée au JOUE n° L 013, 15/01/1977 P. 0001 - 0014

vigueur en 2019, transposant en droit français le contenu des directives en la matière. Le droit de l'Union a progressivement défini un noyau dur d'obligations pour l'ensemble des contrats de la commande publique.

Le dépassement des frontières par le contrat administratif. Dans la sphère internationale, le contrat administratif peut désormais compter un ou plusieurs éléments d'extranéité. Tout d'abord, le contrat peut être conclu entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant étranger (public ou privé), et exécuté dans l'Etat du pouvoir adjudicateur ou exécuté dans l'Etat du cocontractant. Le contrat peut également être conclu entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant (privé ou public) étranger et exécuté dans un troisième Etat. Enfin, le contrat peut être exécuté partiellement sur le territoire de plusieurs Etats⁴⁰. Ces différents cas de figure ne soulèvent pas toujours de problématiques juridiques, leur point commun reste l'intégration du contrat administratif dans la sphère internationale par la présence d'un élément d'extranéité, plaçant les parties dans une situation objectivement internationale⁴¹. L'ouverture des frontières implique la circulation des matériaux nécessaires à la construction des infrastructures (l'objet du contrat), des travailleurs et des prestataires de services. Les capitaux doivent aussi circuler afin de rémunérer les travailleurs étrangers. Par conséquent, le droit des contrats administratifs doit assurer entre les entreprises susceptibles de contracter avec l'administration, la libre et égale concurrence nécessaire à la construction du marché unique européen, assurer la libre circulation des prestataires de service dans un processus de globalisation des marchés.

Deux matières opposées. Le dépassement des frontières par le contrat administratif nous amène à confronter la matière administrative et le droit international privé. Ces deux pans du droit sont opposés sur tous leurs aspects. La matière administrative est intrinsèquement liée à l'Etat souverain dont l'objectif est de satisfaire les besoins d'intérêts généraux et qui ne s'intéresse aucunement aux intérêts privés. Le droit administratif est un droit substantiel, caractérisé par un principe de territorialité⁴², ayant vocation à régir les activités de l'administration et les rapports juridiques impliquant au moins une personne publique. À l'inverse, le droit international privé n'a, a priori, vocation à s'appliquer qu'aux rapports de

⁴⁰ Dans le cadre de projet transfrontaliers, le tunnel sous la manche, le tunnel du Mont blanc.

⁴¹ La situation restera internationale, peu importe l'ordre juridique étatique saisi, contrairement à une situation objectivement internationale dans laquelle la situation peut redevenir interne en saisissant un autre juge.

⁴² principe de territorialité rappelé dans l'arrêt CE, Sect., n°183648, 19 novembre 1999, *Tegos*, Rec. p. 356 (« le juge administratif français n'est pas compétent pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français »).

droits privés affectées d'extranéité, c'est un droit servant, un "*instrument de gestion de la diversité des droits*"⁴³ permettant de déterminer le juge compétent ou le droit applicable à une situation internationale sans jamais offrir de solution sur le fond du litige. Si tout les oppose, notre étude vise à démontrer que ces matières se rencontrent.

Les problématiques de droit international privé soulevées. Cette rencontre entre acteurs publics et privés dans la sphère internationale interroge et pose des problématiques juridiques relatives aux règlements des différends et à la pluralité des droits étatiques concernés. D'une part, l'Etat ou ses composantes, parties aux contrats, peuvent bénéficier de l'immunité de juridiction, empêchant tout juge étatique étranger de les juger⁴⁴. D'autre part, ces contrats de droit public remettent en cause les fondements du droit international privé, les matières sur lesquelles ce droit repose. Comment localiser le rapport de droit et identifier un facteur de rattachement dans un rapport contractuel caractérisé par un déséquilibre entre les cocontractants ?

Il convient de se demander si le droit international privé peut inclure et doit inclure le développement du contrat administratif dans la sphère internationale.

Dans une première partie, nous verrons que de nombreux acteurs publics exercent désormais leurs activités à l'échelle internationale, créant ainsi de nouveaux procédés contractuels (Première partie). Dans une deuxième partie, nous traiterons des problématiques juridiques que de tels contrats impliquent en droit international privé et des solutions identifiées pour y pallier (Deuxième partie).

⁴³ Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1- Partie générale, 5ème édition, Thémis droit, puf, 2021. spéc. p.1.

⁴⁴ Coutume de l'immunité juridictionnelles de l'Etat rappelée dans l'arrêt de la Cour Internationale de Justice du 3 février 2012, *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, (Allemagne c/ Italie, Grèce Intervenant).

Première Partie - La place de l'administration dans une économie globalisée.

Le processus de globalisation économique a ouvert l'accès aux marchés nationaux et internationaux à l'ensemble des personnes se comportant comme des opérateurs économiques. De ce fait, les personnes privées ne sont plus les seuls acteurs du commerce international, l'Etat et ses composantes exercent désormais leurs activités au-delà des frontières afin de s'intégrer dans cette économie globalisée. D'autre part, les personnes publiques s'approprient la structure de l'entreprise afin d'intégrer le marché. Cette multiplicité des acteurs publics, exerçant des activités transfrontières, vient perturber la conception classique du commerce international, dorénavant le contrat de droit privé n'est plus le seul outil de pénétration des marchés internationaux, le contrat de droit public peut aussi s'intégrer dans la sphère internationale. Toutefois, ce phénomène trouble la philosophie du droit administratif et du contrat administratif. D'une part, le contrat à caractère administratif doit faire face à son internationalité et d'autre part, le droit international doit appréhender une nouvelle catégorie de contrat : le contrat administratif. Ainsi, le droit doit s'adapter à ce nouveau paradigme, ce qui implique une évolution juridique à la fois notionnelle et substantielle.

Au sein de cette première partie, nous verrons qu'il existe une multitude d'acteurs publics capables de conclure des contrats administratifs dans la sphère internationale (I), puis nous étudierons le contrat administratif comme un support de la libéralisation des échanges (II).

Chapitre I . Une diversité d'acteurs publics dans la sphère internationale

L'Etat n'intervient plus de la même manière dans l'économie, désormais il joue un rôle de régulateur afin d'assurer entre les opérateurs économiques une libre concurrence (A), laissant les collectivités territoriales s'épanouir sur la scène internationale (B) tout en gardant la mainmise sur le secteur privé par le prisme de l'actionnariat public (C).

I. L'Etat opérateur et régulateur

L'Etat a fait évoluer son rôle afin de légitimer son ingérence dans l'économie globale. À partir de 1985, le modèle keynésien ne s'avère plus aussi efficace, l'Etat français est en repli dans le monde du fait de l'essoufflement de la croissance et de l'ouverture des marchés à l'international⁴⁵. L'influence du droit communautaire a largement contribué à une refonte du modèle économique. Auparavant interventionniste⁴⁶, il est désormais tantôt un opérateur sur les marchés, tantôt un acteur de la régulation des marchés par le droit.

L'Etat opérant directement sur les marchés. L'Etat opérateur agit directement dans l'économie en se comportant comme un opérateur privé, il conclut des contrats et exploite une activité économique de production de biens et de services marchands. On parle d'État au sens d'entité possédant la personnalité juridique, l'Etat devient une sorte d'entrepreneur en créant des entreprises publiques (*infra, Première partie, Chap I, III*). Le contrat permet à l'Etat de pénétrer un marché étranger ou dans lequel il ne s'est pas encore immiscé. L'ingérence de l'Etat dans des secteurs particuliers varie en fonction de la conjoncture et de la politique décidée comme l'illustre les vagues de nationalisation et de privatisation de l'économie. Il intervient dans l'économie afin de satisfaire certains besoins, il investit dans des secteurs en crise. L'intervention d'opérateurs publics à des points stratégiques de l'économie permet aux pouvoirs publics de mener de véritables politiques macroéconomiques. En mars 2020, Bruno Lemaire, ministre de l'Economie français, se disait prêt à tout pour sauver l'économie française : garantir les prêts des entreprises privés,

⁴⁵ Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, Précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso, 8ème édition, 2021, spéc. p. 41.

⁴⁶ Juste après la seconde guerre mondiale, le droit (loi et règlement) permet de redresser l'économie. Dans le cadre de l'État interventionniste, le développement économique est assuré surtout par l'État. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie devait dans certaines circonstances conjoncturelles céder la place à une intervention massive de l'État, en ce sens, Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, Précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso, 8ème édition, 2021, spéc. p. 38.

augmenter la participation de l'Etat dans leur capital voire les nationaliser le temps de faire face aux difficultés économiques et financière engendrées par la crise sanitaire de la Covid-19⁴⁷. Pourtant, ce statut d'Etat opérateur interroge sur un déséquilibre entre les parties contractantes. Peut-on véritablement traiter l'Etat, détenteur de prérogatives de puissance publique, comme un opérateur privé. Il peut déroger aux règles applicables aux personnes privées. La régulation de ses propres activités apparaît nécessaire pour assurer le respect d'un équilibre contractuel dans la passation des contrats administratifs. Si ce concept d'opérateur s'est développé dans un contexte d'après-guerre, aujourd'hui il ne peut plus se suffire à lui seul, une régulation par le droit est indispensable.

L'Etat régulateur. Bien que l'idée de réguler le secteur de la commande publique (expression des besoins de l'Etat) semble paradoxale, l'intégration européenne et la globalisation de l'économie nécessitent que l'Etat freine son intervention dans l'économie et agisse pour préserver et stabiliser le libre jeu du marché⁴⁸, on parle aussi d'*interventionnisme libéral*⁴⁹. L'alternance politique de 1986 est le point de départ du désengagement de l'Etat français comme l'illustre les vagues de privatisation et l'adoption d'une nouvelle politique de prix⁵⁰. Selon Sophie Nicinski, *«même le libéralisme le plus absolu ne peut effacer la présence d'un État garant»*⁵¹, ainsi l'Etat, en tant que puissance publique extérieure au marché, régule à différentes échelles. Tout d'abord, la régulation désigne le phénomène par lequel l'Etat opérateur s'est progressivement désengagé de la production économique à mesure que les marchés s'ouvraient à la concurrence. L'Etat régulateur peut se définir comme un Etat qui n'agit plus directement comme opérateur de l'économie, *«mais qui tend, par des méthodes normatives plus souples que la prescription et la contrainte, à inciter et à canaliser les comportements individuels et privés afin d'atteindre un équilibre et de garantir le fonctionnement du système complexe qu'est la société»*⁵². Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des marchés publics, l'Etat intervient non plus seulement en tant que partie au

⁴⁷ Ali Laidi, Journal France 24, «Avec le coronavirus, le retour des nationalisations en France», publié le 27 mars 2020. consulté le 12/06/2023 à 11h16 via

<https://www.france24.com/fr/20200327-avec-le-coronavirus-le-retour-des-nationalisations-en-france>

⁴⁸ En ce sens, l'article 120 du TFUE prévoit seulement que les États membres conduisent leur politique économique en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union.

⁴⁹ Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, Précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso, 8ème édition, 2021, spéc. p.42.

⁵⁰ Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

⁵¹ Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, Précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso, 8ème édition, 2021, spéc. p.34.

⁵² Bruno Lasserre, Discours «L'Etat régulateur » *Rencontre avec les élèves de la nouvelle promotion de l'ENA*, Ecole nationale d'administration (Strasbourg), prononcé le 25 janvier 2019.

contrat, mais en tant que régulateur afin d'assurer le respect de la libre concurrence entre opérateurs. La régulation présente plus de souplesse que l'interventionnisme, puisqu'elle peut s'effectuer indirectement par des moyens moins contraignants pour les opérateurs⁵³.

Une régulation interne. L'Etat est acteur d'une régulation internationale par le prisme de son droit interne. D'une part, l'Etat régule dans ses impulsions politiques, en adoptant des lois, ces dernières ayant un objectif de régulation de plus en plus explicite, et par l'office du juge. Il fait valoir la protection de son ordre public international en érigeant un ensemble de normes si cruciales qu'il est nécessaire de les faire respecter sur la scène internationale⁵⁴. La protection de l'ordre public international se manifeste par la méthode des lois de police⁵⁵. La méthode néo statutaire, qu'on oppose généralement à la méthode conflictuelle (*infra, Deuxième Partie, Chapitre 1, I*), est propre aux lois d'application immédiate⁵⁶ dont les lois de police font partie intégrante. Elles sont "le reflet de la place croissante qu'occupe la régulation économique et sociale dans l'ordre juridique interne"⁵⁷. Expression de l'Etat interventionniste dans la sphère internationale, elles démontrent que la frontière entre droit privé et droit public tend à disparaître dans les relations internationales. Étant d'application directe et dérogatoire, elles écartent la loi normalement applicable en vertu du raisonnement conflictuel de droit international privé⁵⁸. Définie par la CJCE dans son arrêt *Arblade* de 1999⁵⁹ et par le Conseil et le Parlement européen dans le règlement européen Rome I, il n'existe pas de mode d'emploi pour qualifier une loi de loi de police, cela relève de l'office du juge. Ce dernier est donc un acteur de la régulation en assurant le respect de ces "dispositions dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par

⁵³ Comprenant l'État ainsi que ses composantes et les entreprises au sens large.

⁵⁴ Comme l'illustre l'arrêt *Fosmax* ou l'arrêt *Villa Médicis* en matière administrative. CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, *Société Fosmax LNG* ; CE, 25 juin 2021, n° 438023 *Académie de France à Rome contre la société Mezzi et Fonderia*.

⁵⁵ En matière de conflits de lois.

⁵⁶ Expression "lois d'application immédiate" inventée par Phocion Francescakis, "Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leur rapports avec les règles de conflit de lois, Rev. crit. DIP, 1966. 1, spéc. p.13.

⁵⁷ Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1, Partie générale, 4ème édition, 2017, spéc. p.656.

⁵⁸ Elles ne sont donc pas réellement d'application immédiate puisqu'il est nécessaire de connaître la loi qui aurait été applicable en vertu de la règle de conflit de loi pour l'appliquer.

⁵⁹ Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL*, Aff. C-376/96, EU:C:1999:575.

ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement".⁶⁰ On peut entrevoir dans le droit administratif français une place pour les lois de police. Qualifier certaines dispositions du droit administratif français de loi de police assurerait au cocontractant privé l'application de la loi française en cas d'exécution du contrat dans un autre Etat. En matière de droit de la domanialité publique, les dispositions du Code général de la propriété publique tendent à devenir des dispositions impératives constitutives de lois de police⁶¹. Cependant, les dispositions européennes relatives aux marchés publics et aux concessions pourrait à leur tour être qualifiées de lois de police européennes vis-à-vis des lois des pays tiers à l'UE⁶². En conclusion, la régulation du droit des contrats administratifs en droit interne semble accessoire puisque l'Etat régule son droit interne par le prisme d'actions concertées dans la sphère internationale.

Une régulation par le droit international. Tout d'abord, l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) conclu en 1994 dans le cadre de l'OMC⁶³ a pour objectif d'ouvrir les marchés publics à la concurrence internationale, en faisant en sorte que les lois, réglementations, procédures et pratiques des États signataires⁶⁴ soient plus transparentes et qu'elles n'aient pas pour effet de protéger les produits ou fournisseurs nationaux ou d'entraîner une discrimination à l'encontre des produits ou fournisseurs étrangers. Suite à l'adhésion de l'UE à l'OMC, ces deux organisations favorisent les économies d'échelle et permettent aux pouvoirs adjudicateurs de mutualiser la gestion de l'achat public. Cette régulation internationale se concrétise par la transposition en droit interne des dispositions de l'AMP⁶⁵ désormais codifiées dans le code des marchés publics français⁶⁶. De plus, cet accord international oblige les Etats parties à respecter le principe du traitement national favorisant l'accès aux contrats de marché publics

⁶⁰ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), spéc. art. 9.

⁶¹ Il s'agit du raisonnement retenu par le juge d'appel dans l'affaire Villa Médicis, écarté par le Conseil d'Etat qu'il considère comme "surabondant".

⁶² Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 9 novembre 2000, Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc, Aff. C-381/98, EU:C:2000:605, spéc. cons. 21 et 22. La Cour a qualifié de lois de police européennes les articles 17 à 19 de la directive 86/653/CEE.

⁶³ L'article III, paragraphe 8, de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et l'article XIII de l'accord général sur le commerce des services excluent les acquisitions effectuées par des organes gouvernementaux pour les besoins des pouvoirs publics des principales disciplines multilatérales de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'adoption d'un accord propre aux marchés publics était nécessaire.

⁶⁴ Parties à l'AMP au 1er janvier 2015 : Arménie, Union européenne, Bulgarie, Roumanie, Canada, Croatie, Corée, Etats-Unis, Hong Kong, Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas pour ce qui est d'Aruba, Singapour, Suisse, Taipei chinois (Taïwan).

⁶⁵ Accord sur les marchés publics adopté en mars 2012 dans le cadre de l'OMC.

⁶⁶ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, spéc. art. L. 2153-1 du CMP.

pour tous les opérateurs intéressés présentant les qualités requises⁶⁷. De plus, il consacre à son article XX tous les principes fondamentaux relatifs à la passation des marchés publics. Ce texte compte actuellement vingt et une parties, dont l'UE et ses Etats membres comptant pour une⁶⁸. Plus l'AMP sera ratifié, plus la régulation sera effective. Également dans le cadre des politiques externes, l'Union européenne a adopté l'Instrument relatif aux marchés publics internationaux dit règlement "IMPI"⁶⁹ encourageant l'accès pour les opérateurs établis sur le territoire des Etats membres aux marchés publics et concessions des pays tiers. Ce règlement vise les Etats qui ne sont pas parties à l'AMP et à pour objectif de faciliter les procédures de passation avec les pays tiers. Il permet surtout à la Commission de limiter l'accès aux marchés publics de l'Union à certains opérateurs économiques sur le fondement de l'IMPI par le biais d'enquêtes⁷⁰ (*infra, Deuxième partie, Chap 1, II*).

Une régulation par le prisme du marché intérieur de l'Union. L'Acte unique signé par les États membres le 1^{er} juillet 1987, ayant conduit à la signature du Traité de Maastricht le 7 février 1992, a clairement posé l'ouverture des marchés publics nationaux comme un des objectifs majeurs de la Communauté européenne. L'article 120 du TFUE pose le principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre⁷¹. La transposition des directives rapproche des législations en matière de marchés publics et de concessions à l'échelle européenne⁷². Cette forme de régulation est plus souple que l'interventionnisme étatique puisque les institutions européennes privilégient le recours aux directives, laissant aux Etats une liberté quant aux moyens employés pour les mettre en œuvre. Ils sont soumis à une obligation de moyens et peuvent aller plus loin que les objectifs posés par les directives.

⁶⁷ L'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des Etats parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne.

⁶⁸ Depuis le premier janvier 1996 pour l'AMP de 1994 et depuis le 6 avril 2014 pour l'AMP de 2012.

⁶⁹ RÈGLEMENT (UE) 2022/1031 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL, du 23 juin 2022, concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers.

⁷⁰ Règlement IMPI, spéc. CHAPITRE II, Article 5, "Enquêtes et concertation".

⁷¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, spéc. art 120.

⁷² Dès l'arrêt de la Cour du 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, Aff. 41-74, EU:C:1974:133, le juge reconnaît aux directives, indépendamment de la transposition, un effet direct vertical ascendant si les dispositions visées sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises. Arrêt de la Cour du 5 avril 1979, *Procédure pénale contre Tullio Ratti*, Aff. 148/78, EU:C:1979:110. Cet arrêt est venu préciser que si la directive a été correctement mise en œuvre alors ses effets atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application prises par l'Etat concerné.

Si les prémices d'une régulation du droit des contrats administratifs à l'échelle européenne remontent à 1977⁷³. La première phase de régulation sectorielle a eu lieu en 2002. Le Conseil et le Parlement ont adopté un règlement relatif à l'adoption d'un vocabulaire commun pour les marchés publics⁷⁴. Puis en 2004, ils adoptent deux directives désormais abrogées. La directive de 2014/24⁷⁵ est venue réguler la passation des marchés publics entre et pour les Etats membres. Elle coordonne les procédures de passation de marchés des Etats membres par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics ou les concours dont la valeur dépasse un certain seuil. La directive 2014/25⁷⁶ sur la passation de marchés par des entités adjudicateurs exerçant des services en réseau, opère une régulation plus ciblée dans le cadre des marchés publics passés entre une entité adjudicatrice (*infra, Première partie, Chap I, III*) et un cocontractant privé. Ces directives ont pour objectif de rapprocher l'ensemble des procédures de passation des marchés publics notamment par le système de seuil, elles laissent la possibilité aux Etats d'adopter des moyens plus protecteurs pour les cocontractants. La détermination de ces seuils est directement en lien avec l'OMC puisque l'UE est partie à l'AMP. Depuis une directive de 2014 (Directive 2014/24) ces seuils sont révisés tous les 2 ans. Depuis le 1^{er} janvier 2022, ceux-ci sont en très légère hausse (0.6 % en moyenne). Ces nouveaux seuils seront en vigueur jusqu'au 31 décembre 2023⁷⁷. Les règles européennes s'appliquent lorsque ces seuils sont atteints ou dépassés. Dans le cas contraire, les Etats membres sont souverains. Les marchés publics ne dépassant pas 40 000€ peuvent être passés sans obligation de publicité ou de mise en concurrence. Alors le pouvoir adjudicateur doit

⁷³ Directives 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, publiée au JOUE n° L 185 du 16/08/1971 p. 0005 - 0014 et la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, publiée au JOUE n° L 013 , 15/01/1977 P. 0001 - 0014 , concernant les recours offerts aux opérateurs, directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, publiée au JOUE n° L 395 le 30/12/1989 p. 0033 - 0035 ; ainsi que directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 concernant l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (publiée au JOUE n° L 335 du 20.12.2007, p. 31–46), modifiant la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, publiée au JOUE n° L 076 le 23/03/1992 p. 0014 - 0020.

⁷⁴ Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), publié au JOUE n° L 340, 16.12.2002, p. 1–562

⁷⁵ Directive 2014/24/UE.

⁷⁶ Directive 2014/25/UE.

⁷⁷ *Pour les marchés publics de fournitures et de services de l'État, le seuil est fixé à 140 000€ HT (face à 139 000€ en 2020-2021). Pour les marchés publics de fournitures et de services des collectivités territoriales et pour les marchés publics de fournitures des autorités publiques centrales opérant dans le domaine de la défense, le seuil est fixé à 215 000€ HT (face à 214 000€ en 2020-2021). Pour les marchés publics de fournitures et de services des entités adjudicatrices, le seuil est fixé à 431 000€ HT (face à 428 000€ en 2020-2021). Pour les marchés publics de travaux et pour les contrats concessions, le seuil est fixé à 5 382 000€ HT (face à 5 350 000€ en 2020-2021).*

simplement veiller à gérer de manière rationnelle l'argent public engagé. Ce seuil a été élevé à 100 000€ suite à la pandémie de Covid-19 pour les marchés innovants jusqu'au 31 décembre 2022, ainsi que pour les marchés de travaux et contrats de concessions jusqu'au 31 décembre 2024. Ainsi, plus les seuils sont révisés régulièrement en fonction de la conjoncture économique, plus un niveau de concurrence effective est assuré. Enfin, la CJUE, a érigé les obligations s'imposant aux parties dans la procédure de passation en principes fondamentaux⁷⁸ de la commande publique⁷⁹. La doctrine parle aussi de principes juridiques universels ou de principe général du droit constituant un "droit global"⁸⁰. On peut mentionner un arrêt de 2021 de la CJCE dans laquelle elle interprète les dispositions de la directive 2014/24 sur l'obligation de confidentialité des données, à la lumière du principe d'égalité des candidats à une procédure d'appel d'offre lituanienne⁸¹.

Une régulation par la soft Law. La régulation des marchés publics s'opère aussi par le biais de mesures peu contraignantes tels que les actes dit de "*soft law*" composés surtout des communications et des lignes directrices de la Commission en matière de passation de marchés publics et de concurrence. La Commission n'hésite pas à adapter les règles du marché public pour faire face à des crises, notamment lorsque l'Union a dû faire face à une importante demande d'asile sur l'ensemble des territoires des Etats membres⁸², ou lors de la crise du covid pour protéger les PME⁸³. Rappelons que dans le cadre de la Stratégie Europe 2020, les Etats membres devaient parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. Ainsi les règles de passation des marchés publics ont été révisées et modernisées afin d'accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, et pour permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs⁸⁴. Dans ce cadre, la Commission a

⁷⁸ En locution, le principe de transparence, non discrimination, d'appel d'offre ouvert, préservation des deniers publics...

⁷⁹ Voir préc., directive 2014/24, sur les principes généraux de la commande publique, telle que la transparence, l'égalité, la proportionnalité, les nécessités environnementales et sociales, spéc. art 18. Dans le même sens pour les marchés publics des entités adjudicatrices, directive 2014/25, spéc. art 36.

⁸⁰ Aurélien Antoine, "Le Brexit et les règles relatives aux marchés publics", AJ contrat, 2010, spéc. p. 115.

⁸¹ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 7 septembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB*, Affaire C-927/19, EU:C:2021:700.

⁸² COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile du 9 septembre 2015.

⁸³ COMMUNICATION DE LA COMMISSION Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 du 1 avril 2020.

⁸⁴ COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive du 3 mars 2010.

récemment élaboré une communication visant directement les PME en matière de marchés publics “pour améliorer les dépenses publiques, stimuler l’élaboration de politiques fondées sur des données et faciliter l’accès des PME aux appels d’offres”⁸⁵ introduisant de nouvelles bases de données entièrement consacrées aux marchés publics pour favoriser l’information auprès des entreprises, et par l’introduction de formulaires électroniques. On voit en cette communication, une modernisation du droit européen des marchés publics sous l’angle du droit du numérique, des données et du droit de la concurrence.

L’enchevêtrement avec la politique européenne de concurrence. La vocation du droit européen liée à la suppression des entraves aux libertés de circulation, vise également à garantir l’accès aux différents marchés pour les opérateurs en évitant toute distorsion de concurrence⁸⁶. Le droit de la commande publique est un droit de mise en concurrence des opérateurs économiques et permet la création constante de nouveaux marchés⁸⁷: les contrats administratifs sont donc vecteurs de concurrence. Par le truchement du droit européen de la concurrence, l’Etat régule le droit de la commande publique. En ce sens, l’Avocat général Stix-Hackl soulignait que les directives, tout comme le droit communautaire en général, ont pour objet, les pratiques qui restreignent la concurrence, l’ouverture du marché d’approvisionnement à la concurrence. Il considère ainsi que le principe de libre concurrence est large et à vocation à protéger la concurrence en tant qu’institution⁸⁸. En posant des règles de publicité et de transparence, l’Union européenne, exclut le risque que le pouvoir adjudicateur donne la préférence à certains soumissionnaires et se laissent guider par des considérations autres qu’économiques. Les éléments essentiels du contrat doivent être portés à l’information des offrants. Cette rationalité économique est régulièrement réitérée dans la jurisprudence de la Cour⁸⁹. Cela permet la diffusion des informations importantes à propos des candidats et des soumissionnaires ainsi que sur les différentes étapes de la procédure. Le respect de ces obligations assure une concurrence effective entre les entreprises. A ce titre, la Cour de justice a été amenée à établir un “rapport systématique”⁹⁰ entre le droit des marchés

⁸⁵ COMMUNICATION DE LA COMMISSION Marchés publics: un espace de données pour améliorer les dépenses publiques, stimuler l’élaboration de politiques fondées sur des données et faciliter l’accès des PME aux appels d’offres, C 98 I/1 du 16 mars 2023.

⁸⁶ Rappelé dans la directive 2014/24 préc. art. 18 § 2.

⁸⁷ étant le fruit d’une rencontre entre une offre et une demande.

⁸⁸ Conclusions de l’Avocate générale Mme Christine Stix-Hackl dans l’affaire Sintesi Spa (C-247/02), présentées le 1er juillet 2004, Rec., p. I-9217.

⁸⁹ Voir les arrêts de la Cour du 1er novembre 1998, *BFI Holding*, Aff. C-360/96, EU:C:1998:525 et du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, Aff. C-380/98, EU:C:2000:529.

⁹⁰ Stéphane de La Rosa, *Droit européen de la commande publique*, Collection Droit de l’Union européenne, Bruylant, 2017, spéc. p.7.

publics et le droit des aides d'Etat (dans le cadre de la régulation des aides d'Etat liées à un contrat public). Dans un arrêt du 7 décembre 2000⁹¹, la Cour est venue rendre licite la participation, d'entreprises subventionnées par l'Etat, aux procédures de marchés publics. Par un arrêt *Altmark*⁹², elle a jugé, qu'en vertu des directives, les principes d'attribution d'une subvention permettent d'apprécier l'existence d'une compensation de service public et de qualifier cette dernière d'aide d'Etat au sens de l'article 107 du TFUE. Dans un arrêt de 2018⁹³, la CJUE a pu apprécier la validité d'une procédure de passation d'un marché public lituanien à la lumière du droit des pratiques anticoncurrentielles. Après avoir rappelé que les entreprises liées ne forment qu'une seule et même entreprise⁹⁴, elle jugé que le principe d'égalité de traitement des candidats serait violé en cas de présentation d'offres coordonnées ou concertées. Ainsi, il revient au pouvoir adjudicateur et au juge national d'apprécier le caractère autonome et indépendant des offres. Lorsque ces offres ne sont pas autonomes et indépendantes, la directive s'oppose à l'attribution du marché au soumissionnaire ayant présenté ces offres. La politique de concurrence s'avère être un moyen efficace de réguler la passation des marchés publics en évinçant directement les candidats parties à des pratiques illicites. En vertu de ce raisonnement, on peut se demander si le contrat administratif, une fois conclu, peut être le support d'une entente ou la mise en avant d'un abus de position dominante. En outre, l'impact économique d'un contrat administratif international ou transfrontalier pourrait satisfaire à la condition d'affectation du commerce entre États membres, nécessaire pour déclencher la compétence de la Commission. À d'autres égards, la concurrence est orchestrée par le principe de l'offre économique la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. Ce principe permet à l'acheteur de retenir l'offre la plus intéressante, en se fondant sur des critères économiques (qualité et prix) tout en conciliant ces derniers avec des objectifs environnementaux et sociaux liés avec l'objet du marché.

⁹¹ Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, Aff. C-94/99, EU:C:2000:677

⁹² Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, Aff. C-280/00, EU:C:2003:415, a propos d'une aide publique octroyée à un service public de transport urbain allemand.

⁹³ En vertu de l'art. 101 TFUE, Arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 17 mai 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras et Ecoservice projektai UAB*, Aff. C-531/16, EU:C:2018:324, spéc. pt. 29 à 33.

⁹⁴ Arrêt de la Cour du 4 mai 1988, *Corinne Bodson contre SA Pompes funèbres des régions libérées*, Aff. 30/87, EU:C:1988:225.

Une conciliation entre des politiques opposées. Ainsi en matière de marché public, la concurrence n'est plus le seul objectif. Les nécessités environnementales font naître de nouveaux critères d'attribution. Le vice-président du Conseil d'Etat, Jean marc sauvé déclarait lors des Entretiens du contentieux que “ *la régulation vise, sous le contrôle du juge, à maintenir un équilibre durable entre des principes parfois contradictoires*”⁹⁵. Désormais les directives de 2014⁹⁶, promeuvent le respect de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées⁹⁷. Les directives de 2014 illustrent, de la part de l'Union, la volonté de réguler le droit des marchés publics en imposant des standards à la fois économique⁹⁸ en incluant davantage les petits entrepreneurs tout en respectant un socle minimum de droit social pour l'ensemble des travailleurs participant à l'exécution de ces marchés. De cette manière, l'Union et ses États membres participent à la conciliation d'objectifs opposés dans le cadre d'une régulation sectorielle.

En conclusion, le processus de régulation est enclenché. On constate que les rôles d'opérateurs et de régulateur se complètent, légitimant l'ingérence de l'Etat dans l'économie. L'Etat régulateur se retire peu à peu, n'intervenant plus directement sur les marchés et laissant la place à d'autres personnes morales de droit public : abordons le rôle de ses composantes ci-après (B).

⁹⁵ Intervention de Jean-Marc Sauvé lors des Entretiens du contentieux le lundi 20 novembre 2017, *La régulation*, devant le Conseil d'État.

⁹⁶ notamment en ce qui concerne le choix des moyens de communication, les spécifications techniques, les critères d'attribution et les conditions d'exécution du marché.

⁹⁷ Approuvée par la décision 2010/48/CE du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées.

⁹⁸ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, abrogeant la directive 2004/18/CE, considérant 2 et 3.

II. L'accroissement du rôle des collectivités territoriales dans la sphère internationale.

L'émancipation des collectivités territoriales sur la scène internationale. Historiquement, la création des collectivités territoriales est liée au processus d'aménagement de l'Etat unitaire : la déconcentration⁹⁹. En vertu de l'article 1er de la Constitution de la Vème République¹⁰⁰, l'Etat choisit d'abandonner une partie de son pouvoir de décision au profit d'autorités locales élues mais ce n'est que dans les années quatre-vingt que le processus de décentralisation territoriale se concrétise¹⁰¹. La décentralisation présente deux atouts majeurs : l'efficacité de gestion locale et la proximité avec le citoyen. Depuis la deuxième moitié du XXème siècle, les collectivités infra étatiques tendent à développer la dimension internationale de leur action¹⁰². Les collectivités sont des personnes morales de droit public distinctes de l'Etat, à ce titre elles disposent de moyens humains, techniques et d'un budget leur permettant d'exercer leurs compétences tout en restant sous le contrôle de l'Etat¹⁰³. Limitées aux seules compétences attribuées par l'Etat, leur capacité d'agir sur la scène internationale a longtemps été restreinte afin de ne pas empiéter sur les engagements internationaux de l'Etat. Pour faire face au processus de globalisation, le législateur a procédé à un élargissement du champ matériel et spatial de leur action, elles ont désormais la faculté de projeter certaines compétences à l'extérieur du territoire national. A cet égard, Maxence Chambon parle d'extraterritorialité de leur action¹⁰⁴. En vertu du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales¹⁰⁵, elles ont la possibilité de coopérer avec des collectivités étrangères et de conclure des contrats avec des personnes étrangères. Cependant, le droit administratif, marque de la souveraineté de l'Etat et de la protection de ses intérêts, doit s'acclimater à la sphère internationale, la territorialité est-elle encore le principe ?

⁹⁹ La déconcentration a pour objectif d'implanter des autorités administratives représentant l'Etat dans des circonscriptions administratives locales, décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration.

¹⁰⁰ Article 1er de la Constitution de la Vème République "*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.*"

¹⁰¹ Acte I en 1980 et Acte II entre 2003 et 2005.

¹⁰² Qu'elles relèvent du droit commun ou qu'elles soient dotées d'un statut particulier (telles que Paris, Lyon, Marseille, communes d'Alsace Moselles).

¹⁰³ Notamment par l'intermédiaire du contrôle de légalité des actes qu'elles adoptent.

¹⁰⁴ Maxence Chambon, *Les collectivités territoriales, acteurs de la globalisation du droit administratif ?*, RFDA, 2019.

¹⁰⁵ Principe constitutionnel émanant du principe l'autonomie administrative des collectivités territoriales, en ce sens, décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

A) Les enjeux de la coopération décentralisée

Le concept. La coopération décentralisée consiste en une coopération transnationale au développement permettant à des collectivités étatiques de mener des actions conjointes dans un intérêt commun. Elle a pour objectif de renforcer la capacité des collectivités afin de répondre aux besoins locaux. Pour en saisir les contours et la substance, il faut en retracer l'évolution juridique¹⁰⁶.

L'action extérieure des collectivités territoriales : une consécration législative. Tout d'abord, le titre IV, « *De la coopération décentralisée* » de la loi du 6 février 1992 dite Administration Territoriale de la République dite "ATR", a consacré une autorisation générale au profit des collectivités territoriales et de leurs groupements à conclure des conventions avec leurs homologues étrangères dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France¹⁰⁷. Elle confirme l'admission par l'ordre juridique français de la faculté pour les collectivités de mener spontanément des actions de coopération transnationale régies par un droit national et peuvent intervenir spontanément à l'extérieur des frontières nationales sans que leur qualité de sujet de droit interne s'efface. La Loi dite "Thiollière" de 2007¹⁰⁸, conforte et élargit la loi de 1992, faisant de la coopération décentralisée une compétence à part entière des collectivités territoriales et permet une grande liberté d'initiative, y compris dans les cas d'urgence. En 2008¹⁰⁹, le législateur leur reconnaît la faculté d'adhérer à un organisme public de droit étranger ou de participer au capital d'une personne morale de droit étranger auquel adhère ou participe au moins une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales d'un État européen frontalier, si l'objet de cette personne est l'exploitation d'un service public ou la réalisation d'un équipement local.¹¹⁰ Ainsi, rien ne s'oppose à ce que les collectivités puissent

¹⁰⁶ En ce sens, Olivier Gohin, Jean-Gabriel Sorbara, *Institution administratives*, Manuel, LGDJ, Lextenso, 7^{ème} édition, 2016, p.92.

¹⁰⁷ Loi n° 92-125 relative à l'administration territoriale de la République, spéc. art. 131, codifié aux articles L. 1115-1 du CGCT.

¹⁰⁸ Loi n° 2007-147 relative à l'action extérieure des collectivités territoriales et de leurs groupements, " les collectivités territoriales et leurs regroupements peuvent, dans le respect des engagements internationaux de la France, conclure des conventions avec des autorités locales étrangères pour mener des actions de coopération ou d'aide au développement. Ces conventions précisent l'objet des actions envisagées et le montant prévisionnel des engagements financiers... En outre, si l'urgence le justifie, les collectivités territoriales et leurs regroupements peuvent mettre en oeuvre ou financer des actions à caractère humanitaire »

¹⁰⁹ Loi n° 2008-352 du 16 avril 2008 visant à renforcer la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale par la mise en conformité du code général des collectivités territoriales avec le règlement communautaire relatif à un groupement européen de coopération territoriale.

¹¹⁰ voir spéc. art. L. 1115-4 CGCT.

être parties à la passation d'un marché public avec une personne publique étrangère. La loi encourage l'utilisation du procédé contractuel afin d'encadrer la relation avec les autres collectivités infra étatiques. La loi du 7 juillet 2014¹¹¹ a consacré l'expression "*action extérieure*" qui permet d'englober toutes pratiques internationales, dont la coopération décentralisée. Cette loi a également approfondi la sécurisation de l'action extérieure des collectivités territoriales en étendant le champ de cette présomption de légalité à toute action, qu'elle repose ou non sur une convention. Cette loi renforce l'idée d'une véritable coopération formalisée par le recours au contrat ou le procédé unilatéral (l'octroi d'une subvention). De plus, la nouvelle rédaction de l'article L. 1115 -1 du CGCT fait référence non plus aux « *collectivités territoriales étrangères* » mais aux « *autorités locales étrangères* », une expression plus générale qui permet d'englober davantage de collectivités infra étatiques. Les collectivités territoriales disposent désormais d'une réelle compétence en matière d'action extérieure.

L'adaptation du juge. Cette évolution n'est pas sans conséquence pour le juge administratif qui doit adapter son raisonnement et rejeter les recours fondés sur des interprétations restrictives de " l'intérêt local" d'une action internationale¹¹². La loi du 7 juillet 2014 précitée soumet les délibérations autorisant la conclusion d'une convention ou l'octroi d'une subvention au déféré préfectoral à un contrôle de légalité administrative au même titre que les actes internes des collectivités. De plus, le juge administratif se chargera du respect de ces actes administratifs conformément aux engagements internationaux de la France. Il veillera surtout à contrôler l'absence de détournement de pouvoir par l'appréciation de l'intérêt public. Cette évolution législative en faveur de l'action des collectivités dans la sphère internationale montre que le droit administratif est capable de s'adapter. Ainsi le juge administratif se met au diapason en reconnaissant la portée extraterritoriale de l'action des collectivités. Saisi de la question de la régularité d'une délibération du conseil régional de la région Rhône-Alpes approuvant un projet de convention conclue entre des collectivités françaises et algériennes ayant pour objet la restauration de la Basilique d'Annaba, le Conseil d'État n'a pas suivi son rapporteur public, lequel estimait que la loi du 9 décembre 1905 était

¹¹¹ Loi n° 2014-773 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale

¹¹² Tribunal administratif de Poitiers, 18 novembre 2004, n°0400561, *Charbonneau*, le tribunal administratif de Poitiers a annulé deux délibérations du conseil général des Deux-Sèvres, concernant respectivement la construction d'un collège au Burkina-Faso et l'assistance technique à un service d'incendie à Madagascar, au motif que ces opérations, prévues par une convention de coopération, ne pouvaient être regardées comme « répondant à des besoins de la population deux-sévrienne.

inapplicable en l'espèce en raison de sa portée strictement territoriale. Or, en étendant au contraire au cas d'espèce sa jurisprudence traditionnelle en la matière précisant la mise en oeuvre de l'interdiction de subventionner les cultes¹¹³, le Conseil d'État confirme que le droit public n'est pas pourvu de limites spatiales et a vocation à régir l'activité administrative indépendamment du lieu où elle s'exécute¹¹⁴. Le principe de territorialité du droit administratif n'est donc pas absolu.

La mise en œuvre des accords internationaux par les collectivités territoriales. Ces accords internationaux posent un cadre juridique pour la réalisation des coopérations décentralisées¹¹⁵. On peut mentionner à cet égard la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales du 21 mai 1980¹¹⁶ ou encore la Convention de Karlsruhe du 23 janvier 1996¹¹⁷. La première, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, contient exclusivement des modèles d'accords interétatiques et d'accords à conclure entre collectivités territoriales. En vertu de cet accord, les collectivités peuvent conclure des accords transfrontaliers dans leur domaine de compétence sans l'accord de leur gouvernement respectif¹¹⁸. La seconde vise à renforcer la coopération décentralisée entre les parties, les stipulations s'appliquent expressément aux parties concernées.

Le rôle du maire dans la sphère internationale. En tant que représentant de l'Etat (dans le cadre de la déconcentration française) et agent exécutif élu (dans le cadre de la décentralisation), le maire est un acteur majeur de l'action des villes et des communes sur la scène internationale. Il participe à l'intégration des villes et des communes dans la sphère internationale en portant à une échelle pertinente des projets répondant à des besoins spécifiques. Grâce à la coopération décentralisée, les maires intègrent dans leurs programmes de plus en plus de projets internationaux leur permettant de surmonter la crise énergétique, sanitaire et de renforcer l'économie par l'ouverture à l'international des marchés locaux. La

¹¹³ Ainsi qu'une association diocésaine de droit privé, CE, 17 févr. 2016, n° 368342, 368343, 368344 et 368352, Région Rhône-Alpes, Lebon p. 41 ; AJDA 2016. 343 ; ibid. 712, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; AJCT 2016. 340, obs. Y. Gounin.

¹¹⁴ CE, ass., n° 308544, 19 juill. 2011, *Commune de Trélazé*.

¹¹⁵ Olivier Gohin, Jean-Gabriel Sorbara, *Institutions administratives*, 7ème édition, 2016, LGDJ, Lextenso, spéc. p. 93.

¹¹⁶ Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales du 21 mai 1980, entrée en vigueur le 22 décembre 1981.

¹¹⁷ L'accord de Karlsruhe, signé le 23 janvier 1996, vise à renforcer la coopération transfrontalières entre l'Allemagne, la France, le Luxembourg et la Suisse, il est entré en vigueur le 24 mai 1997.

¹¹⁸ Décret n° 84-432 du 4 juin 1984 portant publication de la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales ouverte à la signature à Madrid le 21 mai 1980.

coopération peut aussi prendre la forme d'une aide financière permettant de financer un ouvrage public. A titre d'exemple, la collectivité territoriale de Guyane utilise le Fond Européen de Développement Régional (FEDER) Amazonie¹¹⁹, dont elle est gestionnaire, afin de financer la construction d'un bac sur le fleuve Maroni avec le Suriname. En outre, les maires collaborent activement avec le secteur privé. Depuis 2011, l'association internationale des Maires francophones¹²⁰, la Fondation Veolia et le syndicat interdépartemental de l'Assainissement de l'agglomération parisienne coopèrent avec la commune de Bangangté (au Cameroun) afin d'améliorer le service public de la distribution et de l'assainissement de l'eau. L'objectif est de fournir à cette commune les moyens techniques, administratifs et financiers pour assurer la maîtrise d'ouvrage et développer des infrastructures afin de rendre l'eau potable. Une telle coopération se concrétise par la passation de contrats administratifs internationaux (*infra, Première partie, Chap. 2*) permettant aux collectivités et aux entreprises de construire les stations d'assainissement ou encore de réhabiliter les réseaux d'eau potable.

B) Le jumelage : une forme de coopération décentralisée

Le concept. Les collectivités territoriales sont aussi des acteurs de la globalisation par la mise en place des jumelages entre collectivités. Après la seconde guerre mondiale, le jumelage apparaît comme un instrument de paix, favorisant la réconciliation franco-allemande, et un moyen de venir en aide aux pays en voie de développement. À partir des années quatre-vingt, dans le cadre de la coopération décentralisée, les communes concluent des accords de jumelages avec des collectivités infra étatiques étrangères ayant un objet culturel, social ou économique. L'Allemagne a conclu près de 6500 jumelages, elle est aujourd'hui le pays européen après la France ayant le plus de villes jumelées¹²¹.

¹¹⁹ Site officiel de la région Guyane, Onglet FEDER, consultable en ligne <https://www.guyane.gouv.fr/Actions-de-l-Etat/Cooperation/Programme-de-cooperation-INTERREG-AMAZON-IE-PCIA>, consulté le 18/06/20123 à 15h01.

¹²⁰ Site officiel de l'association des maires francophones de France, consultable en ligne, <https://www.aimf.asso.fr/>, consulté le 30 mai à 14h25.

¹²¹ Site web de la banque des territoires qui recense le nombre de jumelages. Consultable en ligne, <https://www.banquedesterritoires.fr/les-jumelages-franco-allemands-en-quete-dune-nouvelle-jeunesse>, consulté le 20/ 05/2023 à 15h30.

Le jumelage fait partie des compétences externes des collectivités territoriales désormais offerte par l'article 1115-1 du CGCT¹²². Après un premier contact, une des deux collectivités concernées invite une délégation restreinte de la collectivité partenaire. Cette démarche, suivie d'une visite en retour de l'autre collectivité, permet d'appréhender le fonctionnement et les caractéristiques des deux communautés et de commencer à délimiter les bases de la future coopération, notamment quant à son objet, ses modalités et les organes impliqués. Un calendrier déterminé par les deux collectivités fixe les actions à venir, de la validation du projet aux cérémonies. Le jumelage est officialisé par la signature d'une charte de jumelage rédigée dans chacune des deux langues afin de s'assurer que l'objet de la coopération entre collectivités revêt le même sens pour les deux parties. Cette coopération se manifeste matériellement par la mise à disposition de locaux, d'équipements et de personnel, elle se manifeste aussi financièrement par la cotisation de membres (particuliers ou associations), et pas les subventions d'autres collectivités infra étatiques ou de l'Union européenne. Ainsi, se pose la question de la nature juridique de cette charte.

La nature juridique de la Charte. En 2018, le ministère de l'Intérieur et le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères ont adopté une circulaire relative au cadre juridique de l'action extérieure des collectivités territoriales et son contrôle¹²³. Ainsi les chartes d'amitié, les partenariats, les déclarations communes d'intention, les programmes d'actions ou de promotion, relèvent de plein droit de l'article L. 1115-1 du CGCT. À ce titre, ils dépendent du contrôle de légalité des préfets. Quelles que soient les conséquences des délibérations des collectivités territoriales concernées (qu'elles aient des effets juridiques ou non, comme les déclarations d'amitié), celles-ci peuvent faire l'objet d'un déféré préfectoral. Cette Charte, expression écrite de la volonté de deux parties, peut être considérée comme un contrat de l'administration dès lors qu'elle est soumise à un contrôle de légalité des autorités déconcentrées de l'Etat français. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que la Charte de jumelage puisse être considérée comme un contrat administratif international (*Première partie, Chap. 2*).

¹²² Art. L 1115-1 CGCT, " Dans le respect des engagements internationaux de la France, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre en œuvre ou soutenir toute action internationale annuelle ou pluriannuelle de coopération, d'aide au développement ou à caractère humanitaire. A cette fin, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, le cas échéant, conclure des conventions avec des autorités locales étrangères. Ces conventions précisent l'objet des actions envisagées et le montant prévisionnel des engagements financiers ".

¹²³ Circulaire NOR/INTB1513713C du 2 juillet 2015 relative au rappel du cadre juridique de la coopération décentralisée et de l'action extérieure des collectivités territoriales.

Des domaines d'interventions encore trop limités. Bien que fréquent dans le domaine de l'aide sociale et humanitaire, le volet économique reste encore à approfondir. Dans le cadre de cet article L. 1115-1 du CGCT, la coopération décentralisée présente des limites en matière économique, les conventions de coopération décentralisée ne peuvent pas être signées avec des personnes morales de droit privé¹²⁴, ni une association ni une société de droit privé ne peut être partie à un tel accord. Ce manque de coopération économique s'explique aisément par la volonté des collectivités de réserver ce champ aux seuls marchés publics et aux concessions. Pourtant on en trouve une parfaite illustration dans la création de la nouvelle école communale de Saint-Sulpice le Guérétois. Un jumelage a été mis en place entre cette commune et la commune italienne. L'objectif était d'utiliser la pierre et le savoir-faire de la région Torreano¹²⁵. Cinq entreprises locales de Torreano, spécialisées dans la pierre, ont participé à la construction de l'école. Suite à ce projet, le maire de la commune creusoise a proposé à des maîtres d'œuvres locaux de se déplacer en Italie pour découvrir les possibilités offertes par cette pierre pour développer à long terme une filière économique de la pierre.

En conclusion, l'expression selon laquelle la territorialité est la règle et l'extraterritorialité l'exception est à relativiser. L'action extérieure des collectivités territoriales doit être considérée comme une compétence à part entière et non plus comme une exception. Ainsi, les collectivités infra étatiques s'émancipent de l'Etat et s'affranchissent des frontières étatiques pour coopérer avec d'autres collectivités mais aussi avec des entreprises (C).

III. L'Entreprise : une rencontre entre acteurs publics et acteurs privés

Un contrat à caractère administratif est généralement conclu entre une personne morale de droit public et un opérateur public ou une entreprise de droit privé. Communément, une entreprise privée est une organisation économique ayant vocation à produire des biens et des services, destinées à intervenir sur un marché. Elle se distingue des administrations publiques ayant pour objectif la recherche de l'intérêt général, et des associations, qui regroupent des personnes dans un but commun non lucratif. Pourtant la qualification d'entreprise publique est établie. Il s'agit d'une entreprise sur laquelle l'État peut exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété ou de la participation

¹²⁴ Tribunal administratif de Lyon, n°1007858, 5 avril 2012.

¹²⁵ Journal local La Montagne, consultable en ligne, https://www.lamontagne.fr/saint-sulpice-le-gueretois-23000/actualites/les-liens-continuent-de-se-tisser-avec-torreano_1456990/, consulté le 24/05/2023 à 10h43.

financière, en disposant soit de la majorité du capital, soit de la majorité des voix attachées aux parts émises. En général, ces entreprises publiques exercent des missions d'intérêt général déployées sous forme de réseau sur l'ensemble du territoire de l'Etat. L'impact économique des activités qu'elles assurent participe au rayonnement de l'Etat à l'échelle internationale. Le développement des entreprises publiques illustre d'une part la diversité des acteurs publics dans ce processus de globalisation et d'autre part, les rapports qu'ils entretiennent.

A) L'appropriation de l'Entreprise par le secteur public

Entreprise et rôle de l'Etat. Ce terme d'entreprise publique interroge sur la manière et sur les raisons qui ont poussé le secteur public¹²⁶ à s'accaparer la structure de l'entreprise initialement réservée aux activités relevant du droit privé. La publicisation de l'entreprise permet de défendre des intérêts qui transcendent les besoins d'une seule filière ou d'un secteur. Considérée avant tout comme une personne morale de droit privée, elle dispose d'un degré d'autonomie à l'égard des autorités publiques, elle a également pour objectif de produire ou vendre des biens ou des services sur un marché et fonctionne d'une manière plus ou moins proche d'une entreprise privée, elles sont par ailleurs soumises au régime des sociétés commerciales de droit privé (organes de direction, prise de décision...). La diversité des formes de l'entreprise publique reflète les missions de l'Etat au sein d'une économie globalisée, l'objectif est le suivant : moins d'Etat mais mieux d'Etat. L'Etat intervient pour *“préserver les fondements de notre souveraineté économique, actionner de nouveaux leviers de croissance et d'innovation et promouvoir la compétitivité de nos entreprises”*¹²⁷, il est tantôt régulateur tantôt opérateur (*supra*, Première partie, I, A). Ainsi, il doit veiller à l'usage rationnel des deniers publics pour garantir la compétitivité et l'attractivité économique de son marché national à l'échelle internationale : cela se manifeste, entre autres, par l'actionnariat public.

Processus de nationalisation et privatisation. En France, trois grandes périodes de nationalisation de l'économie ont engendré la création d'entreprises publiques¹²⁸. L'Etat

¹²⁶ Le secteur public se définit organiquement par l'ensemble des opérateurs publics qui le compose.

¹²⁷ Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, “ Les entreprises publiques”, Discours d'ouverture du colloque du 10 juin 2016

¹²⁸ Sophie Nicinski, Droit public des affaires, Précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso, 8 me édition, 2021, spéc. p. 389-391.

administre une entreprise, un groupe d'entreprise ou un secteur économique dont la gestion relevait auparavant de personnes privées. Le processus de privatisation a laissé sous le contrôle de l'Etat de nombreuses entreprises assurant des missions de service public tels que l'illustre la transformation d'EPIC (France Telecom en 1996, Aéroport de Paris en 2005, La Poste en 2010,...) en sociétés anonymes. Ces processus ont amené à la création de sociétés locales caractérisées par une participation au capitale majoritairement publique (Sociétés publiques locales, Sociétés publiques locales d'aménagements, Société d'économie mixte locale). Actuellement, les plus grandes entreprises publiques françaises assurent majoritairement la gestion des services publics en réseaux dans le secteur de l'énergie, du transport et des communications. L'actionnariat public permet aux entreprises relevant de filières importantes pour la croissance économique d'accompagner les entreprises dans leur expansion internationale. L'Etat accorde aussi des prêts ou procède au sauvetage d'entreprises dont la faillite auraient de lourdes conséquences sur l'économie nationale ou européenne. Des organismes de l'Etat tels que l'Agence des participations de l'Etat¹²⁹ ou la Banque publique d'investissement¹³⁰ viennent en aide aux entreprises en encourageant l'actionnariat public minoritaire pour les PME leur permettant d'atteindre un niveau de rentabilité et de croissance. La volonté d'augmenter la part de capital public s'est intensifiée ces cinq dernières années, notamment suite à la crise sanitaire et aux difficultés économiques rencontrées par les entreprises. Il s'agit également d'un instrument de "néo-interventionnisme" ou de régulation permettant à l'Etat de conserver un moyen d'action sur le secteur privé : il existe une véritable corrélation entre l'Etat régulateur et l'actionnariat public (*supra, Première Partie, Chapitre 1, I*).

Entreprise publique au sens européen. Au sens européen, l'entreprise publique n'est pas définie par le pourcentage de capital détenu par une personne publique mais plutôt par sa finalité : l'objet social qui a motivé sa création ou la spécialité du service public qu'elle assure. L'Union retient le critère de l'influence dominante d'une autorité publique et non la propriété publique, critère majoritairement retenu par les Etats membres. La propriété publique peut être un indice de détermination de l'influence déterminante. Cette dernière se traduit par exemple par le pouvoir de nommer les principaux dirigeants de l'entreprise, par la capacité à contrôler les décisions par l'intermédiaire de droit spéciaux des représentants de l'autorité publique. Le droit de l'Union distingue généralement les sociétés d'Etat, soumises

¹²⁹ instituée en 2004.

¹³⁰ instituée en 2012.

au droit commun (le droit commercial) dont le personnel est soumis au droit du travail, des entreprises publiques soumises à un droit spécial tel que le droit public (par exemple les Établissements publics, les entreprises d'Etat)¹³¹. À ce titre, ces dernières ont la capacité de conclure des contrats administratifs afin d'assurer la gestion de ces services publics. Dans ce cadre, le droit de l'Union soumet au même titre que les entreprises privées, les entreprises publiques au contrôle des pratiques anticoncurrentielles au contrôle des concentrations et des aides d'Etats. Rappelons que la notion d'entreprise en droit de la concurrence s'applique à toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, qu'il soit privé ou public. Compte tenu de leur spécificité, des aménagements tenant l'intérêt général ont été accordés en matière d'aides d'État, de droits exclusifs¹³² ou s'agissant des compensation pour des charges de service public¹³³.

B) Les activités économiques de l'entreprise publique.

La notion d'entité adjudicatrice. En matière de marché public, la directive 2014/25 ouvre la qualité de pouvoir adjudicateur aux entreprises publiques qui exercent des services en réseau, on parle d'entités adjudicatrices¹³⁴. Dans le cadre d'une concession, l'autorité concédante peut être un Etat, une collectivité territoriale ou une entreprise publique¹³⁵. Une entité adjudicatrice est considérée comme telle si un pouvoir adjudicateur exerce sur elles un contrôle déterminant¹³⁶. En conséquence, la notion d'entreprise est au cœur du contrat administratif, qu'elle soit privée (opérateur économique) ou publique (pouvoir adjudicateur). L'entreprise publique se présente aujourd'hui comme un véritable acteur public agissant dans une économie globalisée à la fois par l'envergure des activités dont elle a la charge,

¹³¹ Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, publiée au JOUE, n° L 318, 17.11.2006, p. 17–25.

¹³² Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Aff. C-393/92, EU:C:1994:171.

¹³³ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, Aff. C-280/00, EU:C:2003:415, a propos d'une aide publique octroyée à un service public de transport urbain allemand.

¹³⁴ Directive 2014/25, spéc. art 4.

¹³⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant l'attribution de contrats de concession, modifiée, en vigueur depuis le 1/01/2022, publiée au JOUE, n° L 94 du 28.3.2014, p. I-64 spéc. art. 7 §1, b.

¹³⁶ Art L. 1212-2 du Code de la commande publique "est une entreprise publique au sens du présent code tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété de l'entreprise, de la participation financière ou des règles qui la régissent."

également pas les répercussions économiques des contrats administratifs conclus par ces dernières sur les marchés de l'énergie, de l'eau, des transports et des services postaux, justifiant l'application de règles spécifiques.

L'entreprise publique et l'établissement public. En droit français, la Constitution de 1958, n'a pas attribué de compétence générale au législateur pour la création d'entreprises publiques, ainsi leur création peut relever de plusieurs procédés tels que la prise de capital majoritaire d'une société privée, une nationalisation ou la création d'un établissement public.¹³⁷ Les qualités d'entreprises publiques et d'établissement public ne sont donc pas exclues l'une de l'autre. Le droit de l'UE n'utilise pas le terme d'établissement public mais retient la notion plus englobante d'organisme de droit public pour qualifier une personne morale de pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, la CJUE retient une conception restreinte de l'organisme de droit public par l'application de critères jurisprudentiels cumulatifs. Elle doit avoir la personnalité juridique, être créée pour répondre à un besoin d'intérêt général pas uniquement industriel et commercial, et conservant des liens étroits avec un organisme soumis aux droit européen des marché publics (par son financement et la composition des organes de direction exerçant une influence déterminante sur les décisions de l'organisme contrôlé)¹³⁸. Les établissements publics mixtes sont considérés à certains égards comme des entreprises publiques. Ils exercent tantôt des activités administratives tantôt industrielles et commerciales et sont donc soumis à la fois au droit privé, à la fois au droit public. Cette forme d'établissement est utilisée dans le domaine de la recherche, on peut ainsi mentionner le commissariat à l'énergie atomique¹³⁹. Également, la RATP ou la RTF¹⁴⁰, sont à la fois des entreprises publiques et des établissements publics assurant l'exercice d'une activité industrielle et commerciale, celle du transport.

Les implications de la SEM dans la sphère internationale. Les SEM sont généralement des personnes morales de droit privé¹⁴¹, comportant une association de capitaux publics et

¹³⁷ Dans le cadre de la décentralisation technique, on distingue l'établissement public industriel et commercial ayant vocation à intervenir sur un marché offrant un service ou un bien à une demande, de l'établissement public administratif qui ont une vocation sociale.

¹³⁸ Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strohalm Rotationsdruck GesmbH*, Affaire C-44/96, EU:C:1998:4, spéc. points 20 et 24.

¹³⁹ CE 24 nov. 1978, *Synd. national du personnel de l'énergie atomique CFDT et autres*, AJDA mars 1979, p. 42.

¹⁴⁰ Régie autonome des transports parisiens et Radiodiffusion-télévision français.

¹⁴¹ TC 8 juill. 1963, *Entreprise Peyrot c/ Sté autoroute Esterel-Côte-d'Azur*, D. 1963. 534, concl. Lasry.

privés, une participation financière publique minimale est indispensable¹⁴². Même lorsque le capital est détenu en minorité par une personne publique, les statuts de ces sociétés prévoient des dérogations au droit commun afin d'assurer un rôle prépondérant dans la gestion à la personne publique : actions à vote plural, droit de représentation des administrateurs représentant le capital privé, contrôle du choix des coassociés, règles relatives à la modification du capital social assurant le maintien du contrôle de la collectivité publique. Sont considérées comme des entreprises publiques les SEM dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent la majorité du capital social¹⁴³. L'activité des SEM conforte la place des acteurs publics dans la sphère internationale puisque ces sociétés participent à la construction de projets d'envergure et concluent des contrats administratifs. A cet égard on peut mentionner la construction du Tunnel du Mont blanc : un projet franco-italien. La société Autoroutes et Tunnel du Mont blanc, titulaire du contrat de concession, est une entreprise détenue à 91,3% par l'Etat et les collectivités territoriales, la France lui a confié jusqu'en 2050 l'entretien et la gestion des routes à l'intérieur du tunnel. Elle assure avec son homologue italien le fonctionnement du GEIE, tunnel du mont blanc pour l'exploitation et l'entretien du Tunnel du Mont Blanc¹⁴⁴.

À la lumière de ce qui précède, il apparaît que les frontières entre secteur public et secteur privé ne sont plus hermétiques. Le contrat administratif encourage la collaboration entre les opérateurs privés et opérateurs publics. Ainsi, le droit privé et le droit public entretiennent des rapports au service de l'économie. Néanmoins, ce manque de clarté entre sphère public et sphère privée en droit interne ne s'oppose en rien à un vacillement sur le plan transnational dû au développement des activités transfrontières des acteurs publics. Dans ce cadre, le droit tente d'appréhender la présence d'un élément d'extranéité dans les contrats administratifs, ce sera l'objet d'étude de la partie subséquente (II).

¹⁴² CE 19 avr. 1940, *Sté des moteurs Gnome et Rhône*, DP 1940. 3. 17, concl. Josse.

¹⁴³ Depuis la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, les communes, les départements, les régions et leurs groupements, lorsqu'ils créent des SEM, doivent détenir, séparément ou ensemble, plus de la moitié de leur capital et disposer de la majorité des voix dans leurs organes délibérants.

¹⁴⁴ Sur le statut et la gouvernance des entreprises concessionnaires du tunnel du mont blanc, <https://www.atmb.com/connaitre-atmb/gouvernance-et-statut/>, consulté le 13/06/2023 à 15h22.

Chapitre II . Le contrat administratif : un support de libéralisation des échanges

L'ingénierie contractuelle permet de conquérir l'économie des autres Etats membres en externalisant des tâches sans créer une nouvelle forme sociétaire dans l'Etat d'accueil de l'activité économique. Certes, reconnaître l'internationalité d'un contrat administratif peut sembler paradoxal en vertu des principes de territorialité propre au droit administratif (*supra, Introduction*). Cependant, les acteurs publics exerçant de plus en plus leurs activités au-delà des frontières nationales, les personnes privées ne sont plus les seules personnes à conclure des contrats internationaux. Par suite, on ne peut éluder l'existence de contrats internationaux d'une autre nature.

Une première partie s'attachera à l'analyse du raisonnement du juge administratif dans des litiges présentant des éléments d'extranéité (I), une deuxième partie portera sur la notion de contrat administratif international (II), enfin nous nous focaliserons sur certains procédés contractuels intégrés dans la sphère internationale (III).

I. La prise en considération de l'internationalité du contrat administratif par le juge.

Administrativité et Internationalité : une difficile conciliation. La juridiction administrative et la doctrine française de droit public se sont forgées autour du principe de souveraineté et n'imaginaient le juge administratif français faire application d'un droit étranger. Le réflexe du publiciste était de faire application du droit public français de manière automatique et de saisir le juge administratif français dès lors que le litige mettait en jeu les intérêts de l'Etat et de la société. Selon Jean-Marc Sauvé, vice-président du conseil d'Etat « *historiquement, la territorialité est la règle, l'extraterritorialité l'exception* ». Également le commissaire du gouvernement Barbet en 1952 affirmait que « *pour un juge, il n'existe qu'une seule loi, la loi en vigueur dans le pays où il exerce sa juridiction* »¹⁴⁵. Cependant la globalisation économique semble rendre cette pratique illicite, niant l'éventuelle compétence d'un juge étranger ou l'application d'une loi étrangère. Dès 1932, la Cour de cassation¹⁴⁶ a

¹⁴⁵ Conclusion, Barbet, CE 11 janv. 1952, Sieur Habib Bechara, Revue juridique et politique de l'Union française, avr.-juin 1952, n° 2, p. 292.

¹⁴⁶ Civ 1ère. 31 mai 1932, *Etat c/ Veuve Carathéodory*, Rev. crit. DIP 1934. 909, note J.-P. Niboyet.

jugé que “*les principes de détermination du droit applicable aux contrats internationaux de droit privé, s’appliquent aux contrats conclus entre un Etat et un ressortissant étranger lorsque ces contrats, tant par leur nature que par la forme en laquelle ils ont été passés, entrent dans la catégorie des conventions de droit privé, assimilable à celles intervenues entre particuliers*”. Cependant la spécificité du droit des contrats de la commande publique (la procédure d’appel d’offre, la notion de pouvoir adjudicateur, d’ouvrage public...) démontre qu’il ne peut en aucun cas être considéré comme une convention de droit privé assimilable à celles que concluent les personnes privées. Durant la première moitié du XXème siècle, le Conseil d’Etat admettait sa compétence pour connaître des contrats internationaux de l’administration sans justification particulière et procédait à l’application du droit étranger pour régler des questions relatives aux contrats publics de manière ponctuelle. Au milieu du XXème siècle, *a contrario*, la nature administrative du contrat et la compétence administrative ont entraîné l’éviction du droit étranger¹⁴⁷. Puis, le Conseil d’Etat a admis sa compétence pour connaître des litiges nés de contrats administratifs internationaux, tout en acceptant de les soumettre au droit étranger désigné¹⁴⁸. Cela amenait à une situation étrange : la compétence du juge administratif pour connaître d’un contrat administratif soumis au seul droit étranger.

L’affaire Tegos : un tournant pour le juge. Ce n’est que depuis l’arrêt Tegos du Conseil d’Etat¹⁴⁹, qu’on constate une réelle avancée. Cet arrêt met fin à une jurisprudence qui faisait primer l’administrativité du contrat sur son internationalité. Dans cet arrêt, le juge administratif examine en premier lieu, au regard du droit français, qu’il s’agit bien d’un contrat administratif aux regards des faisceaux d’indices mis en place par la jurisprudence. De cette nature dépendra donc sa soumission au droit français en tant que droit régissant le contrat, soit même à seulement quelques règles ponctuelles de droit public français. Afin de déterminer l’applicabilité du droit français ou de certaines de ses règles, le juge administratif regarde s’il existe un choix de la loi par les parties, en l’absence de choix, il s’appuie sur une loi désignée par le jeu d’une règle de conflit de lois ou raisonne par la détermination unilatérale du domaine d’application de certaines règles de droit (public) français. Ainsi la soumission d’un contrat de l’administration à un droit étranger serait contraire à l’implication

¹⁴⁷ Conclusion Barbet sur l’arrêt du Conseil d’Etat, 11 janvier 1952, Rev. jur. et pol. de l’Union française 1952. 292, spéc. p. 294) ; Malik Laazouzi, “La nature des contrats administratifs internationaux”, Dalloz, AJDA 2012. 2420.

¹⁴⁸ CE 28 janv. 1983, n°15093, *M^{me} Johnston*,.

¹⁴⁹ Conseil d’Etat, Section, 19 novembre 1999, n°183648, *Tegos*; François Brenet, « Contrat administratif international et droit international privé », Dalloz, AJDA, 2014, p. 1144.

de la puissance publique. Le juge administratif a utilisé la méthode conflictuelle, non pas pour déterminer le droit applicable et trancher le litige au fond, mais pour déterminer si le contrat litigieux devait être qualifié d'administratif et relever de la compétence du juge administratif. Le juge administratif reconnaît une limite à sa compétence lorsque la situation présente un élément d'extranéité, cependant, le Conseil d'Etat se cantonne à la question de l'application des règles du droit international privés aux contrats juridictionnellement administratifs. Il n'a fait que répondre à la problématique spécifique des contrats dont le contentieux relevait du juge administratif alors qu'ils étaient intégralement soumis à un droit étranger. Néanmoins, cette jurisprudence a fait réagir le législateur qui est venu encadrer le recrutement d'agent contractuel à l'étranger, et a permis à l'administration, sur la base de considérations objectives liées au service public, de soumettre ces contrats au droit local¹⁵⁰.

Les suites de l'affaire Tegos. Tout d'abord, dans l'arrêt Société Colas Djibouti rendu le 4 juillet 2008¹⁵¹, le Conseil d'Etat a jugé inapplicable le code des marchés publics à un contrat « *conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français* ». Quant au tribunal des conflits, il a approfondi le raisonnement mené dans l'arrêt Tegos. Dans l'affaire *Polynésie française*¹⁵², le contentieux portait sur un contrat de recrutement d'un agent de l'administration française à Bruxelles. Son contrat n'ayant pas été renouvelé, il décide de saisir les juridictions judiciaires qui se déclarent incompétentes. Le tribunal de Polynésie française, saisi par les juridictions judiciaires, se déclare à son tour incompétent et renvoi le litige devant le tribunal des conflits. Ainsi, il sera soumis au régime des contrats de droit public français sous la compétence du juge administratif. Il rappelle tout, tout d'abord, la solution issue du célèbre arrêt *Berkani*¹⁵³ selon laquelle « *sauf dispositions législatives contraires, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'une personne publique gérant un service public administratif sont soumis à un régime de droit public, quel que soit leur emploi* ». Au terme d'un raisonnement qui combine le jeu des principes du droit administratif et un raisonnement lié au caractère international du contrat, le Tribunal des

¹⁵⁰ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000, spéc. art 34.

¹⁵¹ Conseil d'Etat, 4 juillet 2008, n° 316028, *Société Colas Djibouti*.

¹⁵² Tribunal des conflits, 5 mars 2012, *Polynésie Française*, n°12-03.807, sur le raisonnement mêlant principe du droit administratif et méthodes de droit international privé « *Considérant que le juge administratif, juge d'attribution en matière de contrat international de travail, n'est pas compétent pour connaître des litiges nés de l'exécution et de la rupture de contrats qui ne sont pas régis par la loi française et dont la connaissance appartient au seul juge judiciaire en vertu des règles de conflits de lois et de compétence juridictionnelle ; qu'en revanche, il est compétent pour connaître de tels litiges afférents à des relations de droit public régies par la loi française* ».

¹⁵³ Tribunal des conflits, 25 mars 1996, n° 03000, *Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani)*.

conflits considèrera que le requérant exerçait sa profession à Bruxelles, donc la loi invoquée n'était pas applicable¹⁵⁴. On constate d'une part, qu'il transpose dans l'ordre international ses propres faisceaux d'indices de détermination de la nature du contrat, d'autre part, le juge regarde d'abord la loi applicable au contrat, ensuite il qualifie le contrat en vertu de cette loi pour en déterminer la compétence du juge. Certes, il s'inspire des raisonnements internationalistes mais il fait toujours primer l'adage selon lequel la compétence suit le fond. En conclusion, depuis la jurisprudence Tegos, le juge raisonne par le prisme de la qualification du contrat. Il reconnaît l'internationalité des contrats administratifs mais fait primer le raisonnement administrativiste, toutefois cette tendance tend à s'inverser (*infra*, *Deuxième partie, Chap I, I*).

Cette réticence de la part du juge s'explique aisément : la soumission de l'administration à un droit étranger conduit à sa rupture avec l'ordre juridique qui l'a institué et avec sa raison d'être. Pourtant, la reconnaissance de l'internationalité d'un contrat administratif implique une évolution notionnelle (II).

II. Le contrat administratif et le marché international

La qualification de “contrat administratif international”. Le contrat administratif et le contrat international : deux qualifications dont la rencontre était inattendue. Confrontées à la multiplication des acteurs publics et de leurs activités dans un processus de globalisation, la doctrine et la jurisprudence se sont accordées sur l'existence d'une nouvelle catégorie de contrats afin de pallier le vide juridique dû à l'internationalité du contrat public et à la publicisation des relations internationales¹⁵⁵. Pierre Mayer a défendu ce concept en affirmant que “*le chapitre le plus susceptible de présenter un aspect international est celui des contrats administratifs...*”¹⁵⁶, Sophie Lemaire et Marion Ubaud Bergeron admettent également l'existence de contrats administratifs internationaux¹⁵⁷. Le tribunal des conflits a intégré cette

¹⁵⁴ En l'espèce, la loi 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française soumettait toutes les salariés exerçant leur activité en Polynésie à un régime de droit privé.

¹⁵⁵ Rita Waked, “La notion de contrat administratif international”, Petites affiches - n° 250 - p.6, paru le 14 décembre 2021, n° PA201225002.

¹⁵⁶ Pierre Mayer, Préface à l'ouvrage de Malik Laazouzi, *Les contrats administratifs à caractère international*, thèse soutenue en 2007 sous la direction de Pierre Mayer.

¹⁵⁷ Sophie Lemaire, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, thèse de doctorat en droit privé sous la direction de Pierre Mayer, soutenue en 1999 à Paris I.

terminologie dans le droit positif français dans un arrêt du 17 mai 2010¹⁵⁸. Il admet qu'un contrat administratif puisse constituer une opération du commerce international, de ce fait, le régime du contrat administratif et du contrat international ne sont plus indépendants. En pratique, le droit international emprunte depuis plusieurs décennies des techniques contractuelles propres au contrat administratif telles que la clause de hardship, qui n'est qu'une consécration, à l'échelle internationale, de la théorie administrative de l'imprévision¹⁵⁹. En parallèle, le régime du contrat administratif s'adapte à son caractère international (*Infra, Deuxième Partie, I, C*), on peut mentionner le respect des seuils et des obligations de publicités sur différents supports électroniques permettant d'atteindre des opérateurs établis sur d'autres Etats membres.

Les critères de détermination d'un contrat administratif international. Après l'arrêt du Tribunal des conflits de 2010 précité, se pose la question de la manière dont le contrat administratif met en jeu les intérêts du commerce international. Il faut alors identifier d'une part les éléments qui caractérisent l'internationalité, cela renvoie à l'idée de localiser le rapport de droit, et d'autre part déterminer la commercialité de ce rapport, son essence économique. Concernant l'aspect commercial du rapport de droit, la jurisprudence emprunte à la doctrine sa définition, il s'agit généralement d'une transaction commerciale impliquant un mouvement de flux et de reflux de biens, de services ou d'un paiement, par-dessus les frontières¹⁶⁰. Cette conception neutre et propre au droit des affaires peut sans difficulté être employée par le juge administratif dès lors que le contrat administratif implique la réalisation d'un ouvrage, la prestation d'un service par-delà les frontières. Concernant l'internationalité, comme précédemment évoqué (*supra, Introduction*), le contrat administratif peut s'ancrer dans une situation objectivement ou subjectivement internationale¹⁶¹. La nationalité des parties n'est pas le seul critère pertinent permettant d'intégrer le contrat administratif dans la sphère internationale, généralement c'est le lieu d'exécution du contrat qui pose le plus de difficultés : une exécution dans un autre Etat que celui où est établi le pouvoir adjudicateur, plus largement l'administration.

¹⁵⁸ Tribunal des conflits, n° 3754, 17 mai 2010.

¹⁵⁹ CE, 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*.

¹⁶⁰ Expression utilisée par procureur général Matter dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour de cassation, civ. 17 mai 1927, DP 1928. 1.25, note Capitant.

¹⁶¹ Notions définies à la note 31.

Dans cette dynamique, une autre qualification a été développée par le droit de l'Union européenne, confortant ainsi l'existence de concessions ou de marchés publics transfrontaliers.

Les marchés publics et les concessions face à leur intérêt transfrontalier certain. À l'échelle européenne, le contrat de marché public et la concession sont des outils de pénétration des marchés économiques encourageant la libre circulation des marchandises, des travailleurs et des services, ainsi que des capitaux. Le contrat administratif à intérêt transfrontalier certain apparaît comme une catégorie de contrat administratif international mais circonscrit à un cadre géographique précis : entre des parties situées dans des États européens transfrontaliers. Si cette notion comble un vide notionnel, aucun régime propre n'a encore été établi. En vertu du principe de primauté¹⁶², les autorités étatiques se sont emparées de cette notion. À présent, la commande publique des États ouvre la passation des contrats à des personnes privées ou publiques étrangères pour réaliser une opération économique¹⁶³. Les acheteurs peuvent obtenir des prestations et un savoir-faire qu'ils ne trouvent pas dans un cadre strictement national. La Commission a emprunté à la notion de contrat international, les critères de détermination de l'internationalité ou plutôt de la transfrontaliarité. Au-delà des seuils européens, l'intérêt transfrontalier certain est présumé, les parties au contrat doivent se conformer tant aux exigences européennes que nationales. En deçà des seuils communautaires, un marché public à un intérêt transfrontalier certain s'il est susceptible d'attirer des opérateurs économiques potentiels situés dans d'autres États membres. Cependant l'intérêt transfrontalier n'est pas uniquement lié à la localisation de l'exécution d'un marché à la proximité de la frontière d'un autre État membre. Pour répondre à ces questionnements, la Commission européenne est venue poser, dans sa communication interprétative du 23 juin 2006, les critères de détermination d'un tel contrat. Ainsi, Il revient au pouvoir adjudicateur d'identifier si l'attribution d'un marché présente ou non un intérêt transfrontalier pour les opérateurs économiques étrangers. Il doit se fonder sur une évaluation des circonstances spécifiques de l'espèce, telles que l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur en cause (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.) ainsi que du lieu géographique d'exécution du marché¹⁶⁴. La Cour de

¹⁶² Arrêt de la Cour du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre ENEL*, Aff. 6-64, EU:C:1964:66.

¹⁶³ Fiche technique du Ministère de l'Économie française sur l'intérêt transfrontalier certain, <https://www.economie.gouv.fr/daj/interet-transfrontalier-certain>

¹⁶⁴ Communication de la Commission européenne "Mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre" du 28 juin 2006.

justice de l'Union européenne (CJUE) précise que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention, du lieu de son exécution ou encore de ses caractéristiques techniques. Dans l'arrêt "*SECAP*"¹⁶⁵, elle indique que : "*De tels critères pourraient être, notamment, le montant d'une certaine importance du marché en cause, en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux. Il serait également possible d'exclure l'existence d'un tel intérêt dans le cas, par exemple, d'un enjeu économique très réduit du marché en cause*". Dans le même arrêt, la Cour évoque la situation très particulière où un marché de faible valeur présentait quand même un intérêt transfrontalier certain, parce que "*les frontières traversent des agglomérations situées sur le territoire d'Etats membres différents*". La Cour vient exclure du champ d'application des directives les marchés n'ayant pas d'incidence sur le marché intérieur. Pour autant, la Cour a jugé que la passation des marchés publics exclus du champ d'application des directives "*Marchés*"¹⁶⁶ est soumise au respect des règles fondamentales du Traité, du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et d'une obligation de transparence dans la procédure de passation. Le corpus européen en matière de marché public garantit un niveau de concurrence loyale entre les opérateurs économiques européens. Ainsi le droit de la concurrence est au cœur de la notion de contrat de marché public. La CJUE à l'occasion d'une affaire franco-italienne a rendu un arrêt¹⁶⁷ dans laquelle elle vient préciser l'étendue de son office. Cantonnée au contrôle du respect des normes dérivées des Traités, la Cour de justice ne peut en principe avoir connaissance que des cas où la valeur du marché dépasse les seuils européens. Elle a toutefois étendu son contrôle aux marchés publics de travaux d'une valeur inférieure aux seuils, qui présentent un intérêt transfrontalier certain. L'aspect transfrontalier d'un contrat administratif est étroitement lié à la nécessité d'assurer des services publics entre deux communes transfrontalières. Suite à la crise sanitaire, ayant révélé l'interdépendance des économies et des régions, la Commission européenne a rendu un rapport consacrant la notion de "services publics transfrontaliers" et souhaite développer "des services publics transfrontaliers plus nombreux et de meilleure qualité"¹⁶⁸. En 2018, la Commission avait initié la mise en place d'un mécanisme transfrontalier européen (ECBM) offrant un cadre juridique aux régions pour lever les obstacles dans un contexte transfrontalier en l'absence d'un accord entre les deux Etats.

¹⁶⁵ Arrêt de la Cour du 15 mai 2008 "*SECAP SpA contre Comune di Torino*" Aff. C0147/07, EU:C:2008:277.

¹⁶⁶ Directive 2014/24/UE.

¹⁶⁷ Arrêt de la Cour du 6 octobre 2016, "*Tecnoedi Costruzioni Srl*", aff. C-318/15, EU:C:2016:747.

¹⁶⁸ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Les régions frontalières de l'UE: des laboratoires vivants de l'intégration européenne*, 27 juillet 2022.

En conséquence, certains procédés contractuels participent à la libéralisation des échanges dans l'espace économique européen (III) .

III. Les procédés contractuels intégrés dans une économie libérale.

La concession de l'Eurotunnel - La conception du tunnel sous la Manche est dû à une coopération entre la France et le Royaume-Uni. Ces deux Etats ont décidé de confier au secteur privé¹⁶⁹(le groupe Eurotunnel concessionnaire jusqu'en 2086) la réalisation de cet ouvrage par concession de service public établie le 14 mars 1983. Ce projet, inauguré en 1994 reste l'un des ouvrages les plus importants construits dans le cadre d'une concession internationale. Ce contrat de concession particulier est caractérisé par le droit qui lui est applicable. Au regard de son ampleur, les parties ont élaboré un traité bilatéral mélangeant à la fois du droit français, anglais et international, technique que nous évoquerons infra (*Deuxième partie, Chap. II, C*). Cette concession répond parfaitement aux critères du contrat administratif transfrontalier et montre que les contrats administratifs sont de véritables instruments juridiques au service de l'économie des Etats, participant au rayonnement mondial de leur économie. Dans un contexte pré-Brexit, cette concession a largement contribué à l'augmentation des flux de marchandises et des personnes entre les deux pays : il assure aujourd'hui vingt-six pourcents des échanges commerciaux¹⁷⁰.

Le partenariat public-privé au-delà des frontières (PPP). Le PPP est un instrument permettant de rapprocher des organismes publics et des entreprises ou associations de droit privé afin de lutter contre la transmission transfrontalière des maladies touchant les animaux. L'Organisation Mondiale de la Santé animale (OMSA)¹⁷¹ encourage ses membres à conclure des PPP afin de renforcer durablement les services vétérinaires dans des pays en développement. Notamment, les autorités kényanes concluent des PPP avec des vétérinaires du secteur privé afin de vacciner l'ensemble des troupeaux et élevages ruminants. En 2019, l'OMSA a organisé un atelier entre ses membres et les partenaires afin d'échanger sur les bonnes pratiques et sur les avantages que présente une collaboration entre le secteur privé et public dans ce domaine.

¹⁶⁹ Société née de la fusion entre France-Manche (société française) et Channel Tunnel (société anglaise).

¹⁷⁰ Jacqueline Morand-Devillier, "Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche", Petites affiches - n°113, 20 sept. 1995, p. 4.

¹⁷¹ Article "L'Eradication des maladies", consultable sur le site officiel de l'OMSA, consulté le 31 mai 2023 à 15h10, <https://www.woah.org/fr/ce-que-nous-faisons/initiatives-mondiales/eradication-des-maladies/> .

Les marchés publics dématérialisés. Désormais, le processus de dématérialisation des marchés publics et des concessions s'étend de la création de l'acte à sa signature¹⁷². La communication par voie électronique¹⁷³ facilite la procédure de passation de marché public, de surcroît lorsqu'ils ont un intérêt transfrontalier certain. Tout d'abord, la mise à disposition des informations par voie électronique se justifie par un souci de simplifier l'accès à l'information et répond à l'impératif de transparence et de publicité¹⁷⁴. Le pouvoir adjudicateur doit garantir aux opérateurs la possibilité de se procurer les supports en cause ou alors permettre l'accès à l'information sous une autre forme. S'agissant de la transmission des informations requises du soumissionnaire pour candidater à un marché public, il existe le service dématérialisé DUME : document unique de marché européen¹⁷⁵. Le DUME est une déclaration sur l'honneur permettant à l'opérateur économique de prouver de manière simplifiée qu'il remplit les critères de sélection d'une offre et qu'il n'entre pas dans un cas prévu par les interdictions de soumissionner. La procédure est donc ainsi allégée par un document structuré conçu sur la base d'un standard européen de candidature afin de favoriser l'accès des PME aux marchés publics européens. La plateforme e-Certis, développée par la Commission européenne, est interconnectée avec le DUME. Cette plateforme facilite l'accès à l'information puisqu'elle regroupe une base de données de certificats pouvant être demandés lors d'une procédure de passation d'un marché public dans n'importe quel Etat membre de l'Union européenne. Depuis le 1^{er} octobre 2018, la procédure est toujours dématérialisée pour tous les marchés publics supérieurs à 25 000€¹⁷⁶, sous peine d'une possible annulation. La dématérialisation des appels d'offres en ligne permet la transition progressive vers la passation électronique des marchés publics (par des accords-cadres, des systèmes d'acquisition dynamiques, des enchères électroniques, etc.), il s'agit d'une avancée majeure en termes de simplification, d'accès et de renforcement de la place des PME. Ainsi, la dématérialisation des procédures facilite la passation d'un contrat avec un cocontractant étranger. Cependant l'absence de dispositions concernant la forme que doit prendre cette signature électronique pose des difficultés d'insécurité juridique pour les cocontractants. Il conviendrait pour le législateur européen ou la CJUE de se prononcer sur la validité des

¹⁷² Dans cette perspective, directive 2014/24, spéc. considérant 52.

¹⁷³ Directive 2014/24, article 53, prévoit la mise à disposition des documents de marché par voie électronique.

¹⁷⁴ En ce sens, directive 2014/24, spéc. considérant 52.

¹⁷⁵ Institué par les directives de 2014, il figure à l'article R. 2143-4 du Code de la commande publique français ; les acheteurs ont l'obligation de recevoir un DUME transmis par voie électronique (eDUME) indépendamment du montant du marché concerné (les autres modes de candidature demeurant malgré tout utilisables).

¹⁷⁶ Il s'agit d'une faculté pour les marchés publics tenant à la défense ou la sécurité.

signatures scannées et apposées sur le contrat¹⁷⁷. Malgré tout, l'uniformisation des procédures de passation par le numérique contribue à la suppression des frontières et à l'achèvement du marché intérieur.

La coopération contractuelle transfrontalière: le *Groupement Européen de Coopération Territoriale (GECT)*. L'objectif du GECT est de promouvoir la coopération entre ses membres, dans le but de renforcer la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union. Issu d'un règlement européen¹⁷⁸, le GECT est institué par une Convention et des statuts. Cet instrument a pour objectif de faciliter la coopération transfrontière dans un secteur précis. Les GECT peuvent être créés par des partenaires établis dans au moins deux États membres (ou un État membre et un ou plusieurs pays tiers) et relevant d'une ou de plusieurs catégories telles que les États membres, collectivités régionales ou locales, entreprises publiques, les organismes de droit public ou encore entreprises chargées de l'exploitation de services d'intérêt économique général. Ainsi, la convention à l'origine de sa création peut dès lors être considérée comme un contrat administratif international. Afin de concrétiser l'objet sur lequel repose sa création, le GECT est amené à conclure des contrats fournitures, de personnels ou de services et devient alors un pouvoir adjudicateur, doté de la personnalité morale et de la capacité juridique la plus large est reconnue par le droit interne de l'État où il a son siège. Nous étudierons les enjeux de droit applicable *infra (Deuxième partie, II, B)*. Parmi ses activités figurent la gestion d'infrastructures de transport ou d'hôpitaux transfrontaliers. L'Hôpital transfrontalier de Puigcerdà, créé le 26 avril 2010 est le premier hôpital géré dès sa construction de manière transfrontalière. En mutualisant des ressources, cette coopération a permis de mettre à la disposition des populations locales les meilleurs médecins spécialistes, de construire des infrastructures incluant les plus hautes technologies afin de répondre à des objectifs d'intérêt général. Le GECT met à la disposition des opérateurs privés, une plateforme internet permettant la publication des offres et des caractéristiques du marché en cause et conclut des marchés publics afin de se fournir en médicaments, produits pharmaceutiques et en matériel de haute technologie pour la réalisation d'exams médicaux (Annexe 2).

¹⁷⁷ Carinne Vaysse, "Flou sur la signature numérique des marchés publics, entre dématérialisation des procédures et pragmatisme jurisprudentiel", *La Semaine Juridique*, Administrations et Collectivités territoriales n°21, 30 Mai 2023, 2170.

¹⁷⁸ RÈGLEMENT (UE) No 1302/2013 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) no 1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de groupements de ce type.

En conséquence, l'existence de contrats administratifs internationaux implique de déterminer le juge compétent et le droit applicable à ce dernier. Malgré tout, certains rapports contractuels présentent des liens plus étroits avec un ordre juridique, ce qui légitime aux yeux des parties l'application d'un droit. Dans le cadre d'un contrat passé entre une personne morale de droit public et un cocontractant étranger mais exécuté dans l'Etat du pouvoir adjudicateur, bien souvent le juge de l'Etat de ce dernier sera saisi et soumettra le contrat au droit de cet Etat. Les difficultés surgissent lorsque le contrat est exécuté à l'étranger, a fortiori lorsque le cocontractant est étranger à la personne morale de droit public. La personne morale étrangère à une meilleure connaissance de son droit, elle est généralement conseillée par un spécialiste du droit local et revendique l'application de ce dernier. La reconnaissance de contrats administratifs internationaux, mettant en jeu les intérêts du commerce international, implique de confronter ces contrats au droit international privé qui est avant tout “ *un instrument de gestion de la diversité des droits*”¹⁷⁹. Une adaptation des méthodes du droit international privé est cependant nécessaire : ce sera l'objet de la deuxième partie de cette étude.

¹⁷⁹ Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1- Partie générale, 5ème édition, Thémis droit, puf, 2021. spéc. p.1.

Deuxième Partie - Le contrat administratif entre exclusion ou inclusion des méthodes de droit international privé.

Le droit international privé : un champ d'application dépassé. Historiquement, le droit international privé régit exclusivement les rapports transfrontières de droit privé, par principe, le droit public ainsi que l'ensemble des personnes morales de droit public sont exclus de son champ d'application. Jusqu'au début du XXème siècle, seul l'individu bénéficiait du commerce et de la mobilité, par conséquent seul le droit privé bénéficiait de l'extraterritorialité. Pourtant, les personnes privées et les personnes publiques se livrent à des activités similaires à l'échelle nationale et internationale, ainsi cette stricte *summa divisio* entre droit privé/ droit public n'est plus pertinente (*supra*, Première partie). Une remise en question du champ d'application du droit international privé est nécessaire afin de s'adapter au processus de globalisation.

Une adaptation des méthodes nécessaires. Comment raisonner face à une situation objectivement internationale alors que le corpus juridique de droit international privé n'intègre pas expressément le contrat administratif. En vertu du raisonnement internationaliste, le contrat administratif serait susceptible d'intégrer la catégorie autonome des obligations contractuelles telle que définies par la jurisprudence de la CJUE afin de bénéficier de l'application des textes européens de droit international privé¹⁸⁰. Par le mécanisme du renvoi préjudiciel¹⁸¹, le juge de l'Union tente d'élaborer une feuille de route pour les juges nationaux (juges de droit commun) en leur explicitant le champ d'application des règles européennes de droit international privé¹⁸². D'autres difficultés surgissent dès lors que la relation contractuelle dépasse l'Union européenne et que ces textes ne sont plus

¹⁸⁰ Concernant la catégorie autonome des obligations contractuelles, en ce sens, Arrêt de la Cour du 22 mars 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH contre Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, aff. 34/82, EU:C:1983:87. Un contrat est un engagement librement assumé d'une partie envers une autre, en ce sens voir Arrêt de la Cour du 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH contre Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, EU:C:1992:268.

¹⁸¹ Sur le mécanisme du renvoi préjudiciel, art. 267 TFUE.

¹⁸² Concernant l'interprétation et l'articulation de la matière civile et commerciale avec la matière administrative, voir l'arrêt préjudiciel de la Cour du 16 décembre 1980, État néerlandais contre Reinhold Rüffer, Affaire 814/79, EU:C:1980:291, la Convention de Bruxelles ne saurait être interprétée en fonction de la répartition des compétences entre les différents ordres juridictionnels des États membres, son champ d'application est déterminé en raison des éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques en cause et l'objet du litige. En l'espèce, la matière civile et commerciale, n'englobe pas les litiges engagés par le gestionnaire des voies d'eau publiques contre la personne légalement responsable en vue du recouvrement des frais exposés pour l'enlèvement d'une épave, que le gestionnaire a effectué dans l'exercice de la puissance publique.

applicables. Les parties peuvent se faire une conception divergente du contrat et de son administrativité. L'exemple le plus éloquent est celui du Brexit dans lequel le droit international est intervenu afin de protéger les opérateurs économiques et d'encadrer les relations contractuelles futures pour éviter toute confrontation avec le système juridique de Common law.

Deux matières fondées sur des raisonnements inversés . Sous l'angle du droit international privé français, il conviendrait de faire primer le raisonnement internationaliste sur le raisonnement administrativiste¹⁸³. Le conflit de juridictions permettant d'ancrer un litige dans un système de droit international privé¹⁸⁴, on devrait en premier lieu résoudre la problématique du conflit de juridictions et terminer par la résolution du conflit de lois. Si ce raisonnement fonctionne dans le cadre de rapports juridiques de droit privé, est-il transposable aux rapports de droit public ? À l'inverse, selon la conception française du droit des contrats administratifs "*la compétence suit le fond*"¹⁸⁵ : c'est seulement après l'identification de la nature du contrat par un faisceau d'indices déterminant un régime de droit privé ou de droit public que l'on peut savoir quel juge sera compétent. Ainsi, déterminer le droit applicable est primordial puisqu'il permet de qualifier le contrat en question pour l'intégrer dans une catégorie et vérifier l'applicabilité matérielle d'un texte supranational pour résoudre le litige au fond. Articuler ces deux matières semble difficile puisque cela reviendrait à remettre en cause la philosophie de l'une d'entre elles : commencer par le conflit de juridictions n'est pas pertinent puisque à ce stade l'administrativité du contrat est incertaine, à l'inverse commencer par le conflit de lois est une véritable entorse à la primauté du droit international sur les lois et la jurisprudence administrative française. La problématique à solutionner est évidente : celle de l'articulation entre administrativité et internationalité du contrat.

Il paraît alors adéquat d'inverser le raisonnement internationaliste pour l'adapter à la matière administrative et régler, en premier lieu la question du conflit de lois (I) puis celle de la résolution juridictionnelle du litige (II).

¹⁸³ En respectant la hiérarchie des normes de Kelsen, voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 1999, traduit par Charles Eisenmann ; et l'article 55 de la Constitution de la Vème république consacrant la primauté des traités internationaux sur les lois françaises.

¹⁸⁴ Une fois le litige ramené devant un juge étatique, il est légitime de revendiquer l'application du droit de l'État dans lequel est situé ce juge. L'application par le juge d'un droit étranger s'avère toujours plus complexe.

¹⁸⁵ Charles Eisenmann, "Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz-Sirey 1960, p. 379 et s.

Chapitre I. Les Enjeux de droits applicables

Par analogie, l'existence de contrats administratifs internationaux implique d'utiliser les méthodes de droit international privé applicables aux contrats de droit privé pour déterminer le droit auquel ces contrats seront soumis. La coordination des procédures de passation des contrats de la commande publique conduit l'Union européenne et les droits nationaux à emprunter aux méthodes de droit international privé. Plusieurs phénomènes se constatent : d'une part, une application par le juge de la méthode conflictuelle, d'autre part, une harmonisation du droit des contrats administratifs par l'élaboration d'un droit substantiel applicable tant aux contrats internes qu'aux contrats transfrontaliers voire internationaux (*supra Première Partie, I, Etat opérateur et Etat régulateur*).

Une première partie s'attachera à déceler l'influence du raisonnement conflictualiste sur le droit des contrats administratifs internationaux (I), dans une deuxième partie, nous étudierons les textes qui tendent vers une substantialisation du droit de la commande publique (II).

I. Une méthode conflictuelle en cours d'adaptation.

Le droit administratif étant essentiellement territorial, peut-il exister des conflits de droits publics¹⁸⁶? Il convient de répondre par l'affirmative dans la mesure où un contrat administratif international présente des points de contacts avec différents droits étatiques. Il est donc légitime de confronter le droit des contrats administratifs à la méthode classique de résolution du conflit de lois.

Une méthode adaptée. La méthode conflictuelle¹⁸⁷ est généralement opposée à la méthode statutaire, dans laquelle est recherchée l'application prioritaire d'un droit étatique. Une loi applicable, après vérification de son champ d'application, sera directement appliquée par le juge du contrat. Toutefois, cette méthode présente une limite tenant à l'absence de

¹⁸⁶ Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1- Partie générale, puf, Thémis, 5ème édition, 2021.

¹⁸⁷ Développée par Savigny dans "System des heutigen romischen Rechts", *Traité de droit romain*, t. VIII, 1849, trad. Guenoux, 1856. La méthode conflictuelle crée un lien entre une catégorie et un facteur de rattachement, il faut localiser le rapport de droit pour procéder ensuite, "*en considération des besoins spécifiques induits de cette nature, à sa localisation selon son élément le plus caractéristique*", Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1- Partie générale, puf, Thémis droit, 5ème édition, 2021. spéc. p. 426.

dispositions relatives au champ d'application spatial du droit administratif français. À titre d'exemple, le Code de la commande publique reste silencieux¹⁸⁸. La neutralité de la méthode conflictuelle paraît plus adaptée puisqu'elle met sur un pied d'égalité à la fois la loi française et les lois étrangères. Elle établit un lien entre une catégorie juridique et un facteur de rattachement afin de désigner un droit approprié. Cette méthode est donc respectueuse du principe de territorialité du droit administratif. En pratique, il arrive au juge de cumuler ces deux méthodes, après application de la méthode conflictuelle, il regarde si la loi française n'écarte pas ce droit étranger avant de décliner sa compétence¹⁸⁹. Cependant l'adage selon lequel "*la compétence suit le fond*"¹⁹⁰ fait surgir des difficultés dans l'application de cette méthode.

A) Le système de Rome

Le strict champ d'application du règlement Rome 1. Comme évoqué pour l'arrêt Tegos, le juge puise dans les textes européens portant sur la loi applicable aux obligations contractuelles, pour raisonner face à un contrat administratif transfrontalier ou international exécuté à l'étranger. Le règlement Rome I est pour le moment, le texte général applicable afin de déterminer la loi applicable par le juge. Si le champ d'application spatial et temporel ne pose pas de difficulté, tel n'est pas le cas du champ matériel. À l'instar du règlement Bruxelles I bis¹⁹¹, l'article 2 du règlement Rome I¹⁹² exclut explicitement la matière administrative. Cette exclusion ne fait que renforcer l'existence de contrats administratifs internationaux et illustre la volonté des rédacteurs de restreindre les méthodes de droit international privé aux seuls rapports contractuels privés. L'ouverture du champ d'application matériel de Rome I à la matière administrative bouleverserait les fondements mêmes de la matière, cependant ne vaut-il mieux pas sécuriser les relations juridiques en prévoyant des règles de conflits de lois propres aux contrats administratifs plutôt que de laisser les juges internes interpréter les règlements européens ?

¹⁸⁸ Marie-Elodie Ancel, Pascale Deumier, Malik Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Dalloz, 2ème édition, 2019.

¹⁸⁹ CE, 5 juillet 2013, n°348050.

¹⁹⁰ Charles Eisenmann, "Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz-Sirey 1960, p. 379 et s.

¹⁹¹ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, publié au JOUE n° L 351, le 20/12/2012, spéc. p.1.

¹⁹² Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), publié au JOUE n° L 177, le 4/07/2008, spéc. p.8.

Les solutions identifiées par la doctrine. Malgré tout, plusieurs solutions convaincantes ont été apportées. Tout d’abord, Sophie Lemaire a proposé, dans le cadre d’un contrat administratif international ou transfrontalier de faire application de la Convention de Rome¹⁹³ dans la mesure où elle est toujours en vigueur et n’exclut pas de son champ d’application la matière administrative. Par ailleurs, elle trouve toujours à s’appliquer aux contrats conclus avec l’entrée en vigueur du règlement Rome I. Dans l’arrêt Tegos, le Conseil d’Etat vise la Convention de Rome mais ne l’applique pas pour déterminer la loi applicable au contrat administratif puisqu’à ce stade le juge n’a pas encore déterminé l’administrativité du contrat. Ainsi lorsqu’il qualifie le contrat d’administratif, “*le mécanisme conflictuel a déjà épuisé ses effets*”¹⁹⁴. Toutefois, le juge détourne la Convention de Rome de son utilisation principale et remet en cause la fonction des règles de conflits de lois, peut-on parler de détournement de méthode ? Une autre solution a été apportée par le Professeur Malik Laazouzi¹⁹⁵. En premier lieu, il propose de qualifier le contrat conclu par les personnes morales de droit public françaises en fonction des critères usuels des contrats administratifs, sans tenir compte du droit applicable, puis de soumettre les contrats en cause au droit administratif français en s’interrogeant sur l’application de dispositions impératives étrangères (éventuellement des lois de police). Une autre possibilité serait de transposer l’interprétation qui est faite par la CJUE en matière de conflits de juridictions aux conflits de lois¹⁹⁶. Puis, à l’image du raisonnement du juge en matière de conflit de juridiction, contourner les jurisprudences *Eurocontrol* et *Préservatrice foncière*¹⁹⁷ en considérant que le contrat en cause n’implique pas que la personne morale de droit public agisse dans l’exercice de la puissance publique, pour faire application du Règlement Rome I.

L’affaire Villa Medicis : un revirement à l’arrêt TEGOS. Cet arrêt est pour le juge une nouvelle manière d’appréhender l’internationalité des contrats administratifs. En l’espèce, l’Académie de France à Rome, qui exerce ses missions au sein de la Villa Médicis, avait

¹⁹³ Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, publiée au JOUE n° C 027 du 26/01/1998, spéc. p.34; Sophie Lemaire, “ Le règlement Rome I du 17 juin 2008 et les contrats internationaux de l’administration, Dalloz, AJDA n°37, novembre 2008.

¹⁹⁴ Marie-Elodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Dalloz, 2ème édition, spéc. p.747.

¹⁹⁵ Les contrats administratifs à caractère international, thèse de doctorat soutenue par Malik Laazouzi en 2007 sous la direction de Pierre Mayer, Recherche Juridique, Economica, 2008

¹⁹⁶ En ce sens, Tristan Azzi, “Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire”, recueil Dalloz, 2009, 1621.

¹⁹⁷ Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD SA contre Staat der Nederlanden*, Aff. C-266/01, EU:C:2003:282. spéc. pt. 36.

concédié à la société Mezzi & Fonderia l'exploitation du service de cafétéria et de restauration dans le jardin historique. Les parties avaient choisi de donner compétence au juge français en faisant application de la loi italienne. Pour faute du cocontractant, l'Académie décide de résilier unilatéralement le contrat de concession transnational. Afin d'obtenir la reprise des relations contractuelles, les parties ont saisi le Conseil d'Etat. Cet arrêt est un tournant pour le juge¹⁹⁸: pour la première fois depuis l'arrêt *Tegos*, il fait application du système de Rome à la matière administrative en réglant la question du conflit de juridictions avant la question du conflit de lois et inverse ainsi le raisonnement mené dans l'arrêt *Tegos*. Tout d'abord le juge vise le Règlement Bruxelles I bis sans en faire une application concrète. Il légitime sa compétence par le fait que la Villa médicis¹⁹⁹, appartient au domaine public français, justifiant ainsi l'extraterritorialité du code général de la propriété des personnes publiques, s'appliquant tant à des biens situés à l'étrangers qu'à des biens situés en France. Ensuite, le juge ajoute que dans l'hypothèse où les parties auraient décidé de faire application du droit italien pour régir la relation contractuelle, il peut faire application du droit étranger sous réserve des règles d'ordre public prévue par le CGPPP "*en vue de garantir la protection et l'intégrité du domaine public*". Ainsi, il écarte implicitement le régime de la licéité des clauses attributives de juridiction issus du règlement Bruxelles I bis. Concernant le droit applicable, le juge fera application de l'article 3 du Règlement Rome I à un contrat emportant occupation du domaine public. La loi italienne sera donc utilisée par le juge pour apprécier les manquements contractuels et la régularité de la décision de résiliation unilatérale de l'Académie. Cet arrêt renforce "l'intangibilité du lien"²⁰⁰ entre la matière litigieuse, le droit applicable et la compétence du juge : c'est parce que la domanialité publique emporte l'application de règles de droit administratif français que le Conseil d'Etat, a priori, accepte de faire respecter la volonté des parties²⁰¹. Certes le raisonnement est sinueux, cependant le juge cherche à trouver un équilibre entre la transnationalité du rapport contractuel, sa nature et le principe de l'exorbitance en droit administratif. En conséquence, la protection du domaine public justifie l'application des dispositions du CGPPP et légitime la compétence du juge administratif français mais n'interdit pas que la prestation de service soit soumise au droit étranger. Cela nourrit une véritable discussion liée à l'exorbitance du droit administratif

¹⁹⁸ CE, 25 juin 2021, N° 438023, *Académie de France à Rome contre la société Mezzi et Fonderia*.

¹⁹⁹ La Villa Médicis est un établissement public national à caractère administratif sous tutelle du Ministère de la Culture français, chargée d'une mission de service public en vertu de l'article 2 d'un décret du 21 décembre 1971.

²⁰⁰ Maxence Chambon, "La Villa Médicis, domaine public de l'Etat", note sous CE, 25 juin 2021, N° 438023, *Académie de France à Rome contre la société Mezzi et Fonderia*, Dalloz, RFDA, 2021, p. 893.

²⁰¹ Maxence Chambon, "La Villa Médicis, domaine public de l'Etat", préc.

dans la sphère internationale : est-elle à relativiser ou doit-elle se concevoir différemment ? Si l'on peut penser, a priori, que le juge fait primer le raisonnement internationaliste, le contournement du règlement Bruxelles I bis sème pourtant le doute et rend compte de la difficulté rencontrée par le juge pour faire usage des règles de conflits de juridictions européennes (supra, Deuxième partie, Chap. II, I). *In fine*, le raisonnement administrativiste n'a-t-il pas l'ascendant sur le raisonnement internationaliste ?

Le pouvoir des parties. Le choix du droit applicable par les parties est possible et le Conseil d'Etat l'a rappelé dans l'arrêt Villa Médicis. Par la technique du dépeçage du contrat, fondée sur l'autonomie de la volonté, les parties peuvent choisir d'insérer une clause de droit applicable dans le contrat et revendiquer l'application d'un droit différent à différentes parties du contrat. Cela implique de renoncer à la désignation d'un seul droit administratif pour régir l'intégralité du contrat. Puis la thèse du cumul, qui consiste, à l'inverse, à faire application de plusieurs droits pour un même contrat, sans les départager. Si le cumul semble complexe d'un point de vue pratique, cette technique permettrait de cumuler les dispositions impératives des droits en cause et limiterait le contentieux puisque le contrat serait valable dans chaque ordre juridique²⁰². Si cette méthode se présente comme une véritable solution aux conflits de lois applicables, choisir un droit administratif c'est avant tout s'affranchir des dispositions impératives du droit d'un Etat. Le droit administratif se caractérise par une "*densification du tissu des règles d'ordre public*"²⁰³, ainsi la possibilité pour les parties de choisir le droit administratif pour régir leur contrat serait une forme de law shopping.

En conséquence, l'application de la méthode conflictuelle au contrat administratif doit encore être approfondie par les juges étatiques. En outre, l'Union européenne, dans une dynamique de coordination des procédures de passation des marchés publics et des concessions, s'est intéressée à la question du droit applicable.

²⁰² Maxence Chambon, "*Les collectivités territoriales, acteurs de la globalisation du droit administratif ?*" Dalloz, RFDA 2019. spéc. p.994

²⁰³ Benoît Plessix, "*Transaction et droit administratif*" Blandine Mallet-Bricourt, Cyril Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, 2006, p. 133, spéc. p. 139.

B) Le droit européen des marchés et des concessions.

Dans l'arrêt Société Colas Djibouti précité²⁰⁴, le Conseil d'Etat jugeait inapplicable le code des marchés publics à un contrat « *conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français* ». Pourtant, le Conseil d'Etat suppléait sa défaillance par l'affirmation d'une extraterritorialité des grands principes de la commande publique²⁰⁵ lié au rapprochement des législations opéré par les directives de 2004²⁰⁶. Il faut tout de même spécifier que ces directives, étant dénuées d'effet direct, elles ne peuvent produire d'effet qu'au travers de leurs normes de transpositions²⁰⁷. La directive 2014/24 a implicitement intégré la notion de marché public transfrontalier en consacrant un article 39 aux marchés publics passés entre des pouvoirs adjudicateurs de différents Etats membres. Idem pour la directive 2014/25 qui dédie son article 57 aux marchés auxquels participent des entités adjudicatrices de différents Etats membres. Cependant, ces directives envisagent, dans leur aspect transfrontalier, seulement les contrats conclus entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs situés sur des États différents sans prendre en considération la localisation du cocontractant privé dont le siège social est situé sur le territoire d'un autre Etat membre ou lorsque le marché est exécuté dans un autre Etat.

L'immixtion des méthodes de droit international privé dans les marchés publics.

Contrairement aux directives de 2004, les directives de 2014 contiennent des dispositions intéressant le droit applicable. Ces deux directives prévoient de manière générale que les parties peuvent conclure un accord afin de choisir la loi applicable et de déterminer les responsabilités de chaque partie. Ainsi ces directives reconnaissent les clauses d'*electio juris* dans les domaines qu'elles couvrent, elles sont donc licites. Cependant, offrir aux parties la possibilité de choisir le droit applicable semble contraire aux spécificités dont sont dotés les contrats de marchés publics et de concession. Comme évoqué précédemment (*supra*, *Deuxième partie, Chap. I, I, A*) choisir sa loi c'est avant tout s'affranchir librement des privilèges et des contraintes propres au droit administratif, à son exorbitance, en effet, pourquoi la commande

²⁰⁴ Conseil d'Etat, 4 juillet 2008, n° 316028, *Société Colas Djibouti*.

²⁰⁵ principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et de la règle de transparence des procédures qui en découle.

²⁰⁶ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, publiée au JOUE n° L 134 du 31/03/2004, Abrogée depuis le 18/04/2016.

²⁰⁷ En France, elles ont été transposées dans le Code de la commande publique. Sur l'absence d'effet direct des directives, Arrêt de la Cour du 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, Aff. 41-74, EU:C:1974:133, spéc. §11 et 12.

publique voudrait-elle choisir une loi plus favorable pour régir le rapport de droit qu'elle a créé. D'autre part, pourquoi ne pas respecter la volonté des parties ayant appréhendé l'internationalité du contrat administratif ?

Les entités communes transnationales et le conflit de lois. Plus spécifiquement la directive 2014/25 s'intéresse aux activités d'achat centralisées proposées par une centrale d'achat située dans un autre État membre que celui de l'entité adjudicatrice et permettent au droit national de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat de s'appliquer à la passation d'un marché en vertu d'un système d'acquisition dynamique et à la remise en concurrence en application d'un accord cadre²⁰⁸. Cependant, le code de la commande public tempère ce principe en disposant que la règle ne s'applique que lorsque le choix de la centrale d'achat dans un autre État membre *“n'a pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public”*²⁰⁹. On remarque à la lecture de ces dispositions, une réelle influence du droit international privé par la résurgence de l'ordre public international dans le cadre d'un raisonnement conflictuel. L'ordre public international, vient bloquer non pas le raisonnement conflictuel mais l'application du droit désigné par la règle de conflit de loi. Ces directives ont aussi pris en considération les marchés conclus dans le cadre d'un GECT ou GLCT²¹⁰. Est applicable, soit la loi de l'État membre où se trouve le siège social de l'entité conjointe; soit les dispositions nationales de l'État membre où l'entité conjointe exerce ses activités. Peut-on y voir un rattachement alternatif en faveur de l'application d'un droit national au contrat approprié ?

Si les directives de 2014 ou la Convention de Rome offrent aux parties la possibilité de choisir le droit applicable au contrat administratif international, se pose la question d'un point de vue du droit français, de l'attractivité de ce dernier (C).

²⁰⁸ Directive 2014/25, spéc. art. 57 §3.

²⁰⁹ Code de la commande publique, spéc. art. L. 2113-5.

²¹⁰ Lorsque l'entité conjointe est créée par des pouvoirs adjudicateurs voir la directive 2014/24, spéc. art. 39§5. Lorsque l'entité conjointe est créée par des entités adjudicatrices, voir la directive 2014/25, spéc. art. 57 § 5.

C) Désigner le droit français : un droit avantageux pour le cocontractant de l'administration.

La jurisprudence administrative et la loi française²¹¹ laissent la possibilité à l'administration de résilier unilatéralement le contrat. Généralement, il faut se référer au cahier des charges et/ou aux cahiers des clauses administratives générales qui précisent les hypothèses de résiliation ainsi que la procédure à suivre pour mettre fin au marché. Afin de déterminer le montant des indemnités il faut principalement se référer à la jurisprudence administrative : mentionnons quelques cas de figure.

La résiliation de plein droit. La résiliation de plein droit est ouverte dans le cas où le titulaire du marché se trouve dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution (cas de force majeure ou de disparition du titulaire du marché). En cas de force majeure²¹², le titulaire peut se voir indemnisé des pertes subies imputables à l'évènement constitutif de force majeure²¹³.

La fin anticipée du contrat. La personne publique peut provoquer une fin anticipée du contrat dans l'intérêt général ou pour sanctionner une faute du titulaire. La personne publique dispose toujours du droit de résilier unilatéralement le marché public ou le contrat de concession pour un motif d'intérêt général et ce, même en l'absence de clause contractuelle en ce sens. La personne publique peut aussi résilier le contrat dans l'intérêt du service public suite à des difficultés rencontrées en cours d'exécution impliquant un abandon du projet. La contrepartie à ce droit est l'entière indemnisation du titulaire qui, par définition, n'a commis aucune faute²¹⁴. Elle prend en compte les dépenses engagées²¹⁵ ainsi que le manque à gagner du titulaire²¹⁶. Dans certains cas, le juge du contrat peut, selon la gravité des vices constatés, annuler une résiliation²¹⁷ et ordonner la reprise des relations contractuelles ou octroyer une indemnité²¹⁸. Idem, dans le cadre d'un contrat de concession, l'autorité concédante doit

²¹¹ Directive 2014/24/UE, spéc. art 73, transposée par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. La jurisprudence et la loi françaises constituent le droit français tel que désigné par la règle de conflit de lois.

²¹² CE, 7 août 1926, *Bouxin*, Rec. p.891.

²¹³ CE, 8 janvier 1925, *Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire*, Rec. p. 28

²¹⁴ CE, 6 février 1925, *Gouverneur général d'Algérie c/ Demouchy*, Rec. p.121.

²¹⁵ Sur le caractère certain des pertes subies, CE, 18 novembre 1988, n° 61871, Ville d'Amiens

²¹⁶ Sur le manque à gagner du titulaire, CE, 16 février 1996, n° 82880, *Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers*.

²¹⁷ CE, 23 mai 2011, n° 323468, *société d'aménagement d'Isola 2000*.

²¹⁸ CE, 1er octobre 2013, n° 349099, *société Espace Habitat Construction*.

indemniser le concessionnaire du montant des investissements non amortis ainsi que du manque à gagner qui s'apprécie à compter de la date de résiliation du contrat de concession²¹⁹.

Le droit des marchés publics français se présente aujourd'hui comme un droit attractif pour les entreprises privées étrangères. Cet encadrement juridique du contentieux contractuel offre une prévisibilité et une sécurité juridique au cocontractant de l'administration, la jurisprudence en la matière est foisonnante. Ces garanties financières sont attirantes pour les opérateurs économiques situés au-delà des frontières étatiques.

En conclusion, la méthode conflictuelle n'est pas encore satisfaisante pour résoudre la problématique du droit applicable au contrat administratif international. Le droit administratif s'adapte à l'extraterritorialité des activités de l'administration en même temps que la méthode conflictuelle s'adapte à la matière administrative. Néanmoins, des procédés alternatifs se développent et concurrencent la méthode conflictuelle. La globalisation et l'évolution du rôle de l'Etat favorise l'affranchissement à l'égard des ordres juridiques nationaux, il est donc naturel d'espérer l'avènement d'un "*ordre territorial global venant chapeauter ces flux transfrontières*"²²⁰ (II).

II. Vers une substantialisation du droit des contrats administratifs.

Dans une dynamique de libéralisation des échanges commerciaux, l'essor des règles matérielles facilite les échanges entre les pays et les opérateurs économiques. Si les droits nationaux élaborent des règles matérielles propres à des rapports de droit internationaux²²¹, les conventions internationales en constituent la source privilégiée.

La méthode des règles matérielles. Considérées auparavant comme d'application exceptionnelle, elles accèdent petit à petit à "un statut méthodologique paritaire"²²². Les règles matérielles sont édictées spécifiquement pour régir les rapports internationaux en

²¹⁹ CE, 23 mai 1962, n° 41178, *Ministre des Finances*, Rec. p. 342.

²²⁰ Maxence Chambon, "Les collectivités territoriales, acteurs de la globalisation du droit administratif ?", Dalloz, RFDA, 2019.

²²¹ Bruno Oppetit, "Le développement des règles matérielles", *Travaux du Comité français de droit international privé*, Journée du cinquantenaire, Edition du CNRS, 1988, p. 121-139.

²²² Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1 - Partie générale, puf, Thémis, 5ème édition, 2021, spéc. p. 671.

énonçant directement la solution applicable au fond²²³. Adopter de telles règles permet de réguler un secteur par l'édification d'un régime spécifique à une activité économique. On illustre généralement cette méthode par l'exemple de la Convention de Vienne sur la Vente internationale de marchandise²²⁴. Ainsi, face au nombre croissant de litiges relatifs aux conflits de lois et aux difficultés rencontrées par les juges pour appliquer la méthode conflictuelle à un contrat administratif, l'élaboration de règles matérielles spécifiquement rédigées pour les contrats administratifs internationaux permettrait aux parties de s'affranchir du raisonnement conflictualiste²²⁵. Une telle méthode respecterait la volonté des parties tout en assurant une sécurité et une prévisibilité juridique pour le cocontractant de l'administration. La crainte de l'administration de voir appliquer un droit national étranger serait résolue et les parties pourraient revendiquer, en insérant une clause de droit applicable, l'application de ces règles pour résoudre leur litige au fond. De plus, le juge ne serait plus confronté à l'interprétation des champs d'application du règlement Rome 1 et à la Convention de Rome, il n'aurait plus besoin de poser de question préjudicielle en interprétation pour connaître de ce qui relève de la matière administrative ou non.

Pour autant, en matière de contrat administratif, existe-t-il de véritables règles matérielles, il convient d'étudier les textes internationaux relatifs aux contrats administratifs et d'en examiner la portée.

A) L'apport du nouvel Instrument relatif aux Marchés Publics Internationaux (IMPI).

Entré en vigueur le 29 août 2022, le règlement IMPI parachève la politique commerciale commune dans le cadre de l'action extérieure de l'Union européenne²²⁶. Ce règlement à vocation à s'appliquer aux marchés publics et aux concessions conclus entre opérateurs économiques non parties aux accords préexistants tel que l'accord plurilatéral sur

²²³ Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1, Partie générale, puf, Thémis, 4ème édition, 2017, spéc. p.624.

²²⁴ Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise, date d'adoption: 11 avril 1980, Entrée en vigueur: 1er janvier 1988.

²²⁵ Bien que les règles matérielles ne permettent pas de se détacher complètement du raisonnement conflictuel puisque leur application peut dépendre de leur désignation par le biais d'une règle de conflit de lois. En ce sens, Cour de Cassation, civ. 1ère, 23 mars 1994, note Dominique Bureau, *Rev. crit. DIP*, 1994, 545.

²²⁶ RÈGLEMENT (UE) 2022/1031 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL, du 23 juin 2022, concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux - IMPI).

les marchés publics. Il illustre la volonté de l'UE d'élargir ses marchés, d'accroître le nombre d'offres et de créer de la concurrence à l'échelle mondiale.

Une règle matérielle ? En vertu de la définition d'une règle matérielle, l'IMPI n'en est assurément pas une. Cependant, on décèle dans la philosophie de ce règlement une volonté de réguler et d'élaborer un texte propre aux contrats administratifs dans la sphère internationale. Tout d'abord, l'UE, partie à l'OMC, promeut dans ses relations bilatérales, une "*ouverture ambitieuse*" des marchés publics et des concessions avec des pays tiers à l'Union. La substantialisation qu'opère cet instrument se limite seulement à la procédure de passation du contrat avec des opérateurs situés sur des Etats tiers. L'IMPI a pour objectif de rendre attractif les marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs situés sur le territoire des Etats membres de l'UE en offrant un cadre juridique facilitant les négociations avec les opérateurs. On peut tout de même souligner la précision du règlement sur la définition d'un opérateur économique et sur son origine, qui n'est que la marque de la reconnaissance de contrats administratifs internationaux²²⁷. Son champ d'application est d'autant plus limité qu'il ne cible que les marchés de travaux et les concessions dont la valeur est d'au moins quinze millions d'euros hors taxe, et aux marchés publics de services et de fournitures dont la valeur est supérieure à cinq millions d'euros hors taxe. En outre, il est rare qu'un marché public d'un faible montant soit international, généralement l'enjeu financier du contrat légitime son internationalité. Toutefois, le règlement ne s'intéresse aucunement à l'exécution du marché, il opère de nombreux renvois, non pas aux droits nationaux, mais à l'ensemble du corpus juridique européen en matière de marché public et de concession. L'IMPI complète ainsi les directives et opère une substantialisation du droit par l'extension du champ d'application spatial des directives²²⁸. Le champ d'application matériel du texte montre qu'il s'applique aux marchés et concessions relevant des trois directives de 2014, ce qui implique notamment l'application des exigences environnementales et sociales dans les contrats avec des opérateurs issus de pays tiers. L'IMPI renvoie à l'application des directives sur les voies de recours offertes dans la passation des marchés publics et concessions²²⁹. Afin d'attirer les opérateurs économiques de pays tiers, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices doivent respecter de nombreuses obligations prévues par l'IMPI : l'article 8 et celles contenues dans les directives de 2014. D'autre part, ce règlement est original en ce

²²⁷Règlement "IMPI", spéc. art. 3.

²²⁸Règlement "IMPI", spéc. Chap I, Art. 1, § 2.

²²⁹Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 et la Directive 92/13/CEE modifiées par la Directive 2007/66/UE.

qu'il contient des dispositions ayant vocation à lutter contre les droits des Etats tiers qui seraient contraires aux objectifs de l'Union²³⁰: faciliter les échanges en éliminant les entraves commerciales. Ainsi, le règlement confie à la Commission européenne une compétence d'exécution dans un véritable objectif de régulation du droit des contrats administratifs à l'échelle européenne. La Commission peut contrôler de son initiative ou à la suite d'une plainte d'une partie intéressée ou d'un Etat membre, par le biais d'enquête ou par concertation, l'existence de mesures ou de pratiques étatiques qui seraient contraire à la libéralisation des échanges et défavorables aux opérateurs économiques, à la circulation des biens et des services. Selon les conclusions tirées de l'enquête, et en cas d'échec des négociations avec l'Etat mettant en place des mesures restrictives récurrentes quant à l'accès à ses marchés, la Commission pourra prendre des mesures limitant l'accès aux marchés publics proportionnées à l'espèce, tels que des pénalités appliquées à la notation des offres présentées par les opérateurs économiques, ou l'exclusion aux offres de commande publique²³¹. Le règlement confie à la Commission le soin de veiller à son application uniforme et effective par les autorités administratives et juridictionnelles des Etats membres, et de compléter son contenu par l'adoption d'actes de soft law pour répondre aux besoins spécifiques des opérateurs économiques.

À la lumière de ce qui précède, il apparaît que cet instrument renforce l'idée selon laquelle l'UE participe à une substantialisation du droit des contrats administratifs à l'échelle internationale et plus spécifiquement au droit des contrats de la commande publique. Si aucune norme européenne peut actuellement être qualifiée de règle matérielle traitant tous les aspects d'une relation publique internationale, le développement du corpus juridique (*règlements, directives, soft law*) permettrait d'évincer peu à peu le raisonnement conflictuel et l'application des droits nationaux dans le cadre de contrats administratifs internationaux ou transfrontaliers.

Outre le cadre européen, les accords internationaux dans ce domaine doivent à présent être étudiés (B).

²³⁰ Règlement "IMPI", spéc. chapitre II.

²³¹ Règlement "IMPI", spéc. considérant 28, faisant référence au règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, publié au JOUE n° L55 du 28.2.2011, p. 13.

B) Les rapports entre l'Union et le Common Law

Les enjeux d'une communauté de droit. Au sein de l'Union européenne les Etats membres forment une “*communauté de droit*”²³² regroupant en majorité des pays de système juridique romano-civiliste, devant, en vertu du principe de primauté, respecter le corpus juridique en matière de marchés publics et de concessions mais également les textes européens de droit international privé. Cependant, lorsque le contrat administratif est conclu entre des personnes établies sur le territoire d'Etats tiers à l'Union européenne, les directives et règlements européens n'ont plus vocation à s'appliquer. Des risques tenant au droit applicable au contrat surgissent dès lors que les systèmes juridiques n'ont pas tous la même conception du contrat ou de la phase précontractuelle. Dans ce cadre, l'élaboration de règles substantielles s'avère nécessaire afin d'encadrer et de réguler les activités commerciales avec des Etats tiers à l'UE.

Le contrat administratif international post BREXIT. Des difficultés juridiques ont surgi suite au Brexit. Tout d'abord, la “*EU retained law*”²³³ ayant abrogé la loi sur les Communautés européennes de 1972 a aussi pour objectif de préserver les relations juridiques établies. Les normes relatives à la commande publique²³⁴ issues du droit de l'UE intégrées au droit anglais continuent de produire des effets. Pour éviter toute discontinuité juridique, le Royaume Uni a entrepris, dès 2018, de longues discussions avec l'OMC. Afin d'encadrer les futures relations commerciales, le Royaume-Uni a adressé, le 1er juin 2018, une demande d'adhésion à l'Accord sur les marchés publics de 2012²³⁵ conclue entre l'UE et dix huit Etats, ouvert à la signature d'Etats tiers²³⁶. Avec le soutien de l'UE, le Royaume-Uni a obtenu le 27 février 2019, l'autorisation de rejoindre l'AMP de son propre chef après avoir quitté l'UE. Le 24 décembre 2020, l'Union européenne (UE) et le Royaume-Uni ont conclu le “*EU-UK Trade and Cooperation agreement*” (TCA)²³⁷. Le TCA, qui, sous conditions, est entré en vigueur le 1er janvier 2021, consacre un chapitre distinct à la relation entre l'UE et le

²³² Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1- Partie générale, puf, Thémis, 5ème édition, 2021, spéc. p. 430.

²³³ Le Withdrawal Act (loi de retrait de l'Union) de 2018 maintient le droit de l'UE jusqu'à ce que de nouvelles normes soient souverainement adoptées par le Royaume Uni.

²³⁴ Les anglo-saxons utilisent le terme de “*Procurement act*” pour désigner le droit de la commande publique.

²³⁵ Accord sur les marchés publics adopté en mars 2012 dans le cadre de l'OMC, entrée en vigueur le 6 avril 2014.

²³⁶ Dans le cadre de la politique externe de l'Union européenne.

²³⁷ Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, publié au JOUE L 149 du 30.4.2021, p. 10–2539.

Royaume-Uni dans le domaine des marchés publics. Le Royaume-Uni et l'UE ont voulu approfondir les dispositions existantes de l'AMP. Il s'agit pour les deux parties de permettre aux fournisseurs de travaux, de marchandises et de services de l'autre, l'accès mutuel à ses propres marchés publics, toutefois assorti des restrictions nécessaires.

Une résurgence de l'AMP. Au-delà du principe général de transparence dans la passation des marchés, l'AMP détaille la procédure d'appel d'offres ouverte, sélective ou limitée. Il détermine également les conditions de recours à la négociation. Ainsi, le TCA a incorporé les dispositions de l'AMP tout en remédiant à ces imperfections. Il a incorporé le principe du traitement mutuel, plaçant sur un pied d'égalité des fournisseurs de travaux, de marchandises et de services de chaque Etat partie. Pour les marchés inférieurs aux seuils inscrits dans l'AMP (et donc de moindre valeur), et lorsque les soumissionnaires sont établis sur le territoire de l'autre partie, une disposition de non-discrimination est également prévue. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas imposer que l'expérience des candidats se rapporte à leur propre territoire (par exemple au sein de l'UE ou du Royaume-Uni). Les soumissionnaires sont tenus de rapporter la preuve qu'ils ne se trouvent pas dans une situation d'exclusion si cela est nécessaire pour garantir le bon déroulement de la procédure de passation du marché. Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre sélective, le nombre de candidats invités à soumettre une offre doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle. Si une offre anormalement basse est faite, le pouvoir adjudicateur peut contrôler l'existence d'une subvention. Également, les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir tenir compte de considérations environnementales, sociales et d'emploi, à condition qu'elles soient mentionnées dans l'avis de marché ou l'appel d'offres. Le TCA consacre également les principes d'indépendance et d'impartialité des instances devant lesquelles sont portées les recours. La passation des marchés couverts par le TCA par voie électronique est encouragée pour la publication de l'appel d'offre, du candidat retenu mais aussi le déroulement ultérieur de la procédure. À cet égard, le Royaume-Uni a déjà mis en place une nouvelle plateforme électronique, nommée "Find a Tender".

Cette résurgence du droit de l'OMC dans le cadre du Brexit nous montre que le contenu de l'AMP est actuellement le droit le plus substantiel en vigueur en matière de contrat administratif. Il peut donc s'appliquer aussi bien aux contrats administratifs qu'aux contrats administratifs internationaux. Cependant, le rapprochement avec le concept de règles matérielles est partiellement envisageable. Certes, l'AMP est ouvert à l'adhésion, par ailleurs,

plus il est ratifié par les Etats, plus cet accord participe à l'élaboration d'un droit global du marché public. Toutefois, il est avant tout un accord de libéralisation des échanges traitant exclusivement du marché public et n'apporte pas suffisamment de solutions sur le fond. De plus, il n'est pas invocable directement devant les juridictions, ainsi, l'AMP n'est effectif qu'au travers des normes internes de transposition. En conclusion les règles matérielles ne constituent pas aujourd'hui une méthode satisfaisante permettant d'appliquer un droit propre aux contrats administratifs. Le retour à la méthode conflictuelle est inévitable pour désigner un droit national applicable au fond. Toutefois, d'autres procédés, plus éloignés des méthodes propres au droit international privé, ont été envisagées (C).

III. La création d'un traité : une méthode à approfondir

La construction du Tunnel sous la manche : le traité de Cantorbery et la concession. La construction du tunnel sous la manche est le fruit d'un montage contractuel novateur entre la France et le Royaume Uni²³⁸. À l'origine du projet, deux conceptions s'opposaient, les britanniques (système de common law) imposaient une mise en concurrence des opérateurs et souhaitaient confier en totalité la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage au secteur privé, ils ne voyaient que l'aspect économique et libéral du projet. En revanche, l'Etat français (système romano-civiliste) davantage interventionniste, soutenaient qu'un tel projet, de portée internationale, avait vocation à répondre à un besoin d'intérêt général et impliquait la responsabilité des pouvoirs publics. Afin d'éviter tout conflit de droit applicable au contrat de concession et aux contrats subséquents, un cadre juridique a été mis en place par l'élaboration d'un traité international²³⁹. Les parties se sont accordées sur le droit applicable en intégrant au traité des dispositions de droit français, de droit anglais et de droit international²⁴⁰ pour régir l'ensemble des relations contractuelles. Sur la nature de la coopération les parties ont trouvé un compromis : les parties ont recours au contrat de concession, respectant le principe de concurrence entre opérateurs, confiant la réalisation de l'ouvrage à des sociétés privées concessionnaires, excluant tout financement public permettant aux concessionnaires de jouir de droits spéciaux et exclusifs. Conclu en 1986, l'adoption de ce traité a permis aux Etats de

²³⁸ Jacqueline Morand-Deville, "*Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche*", Petites affiches - n°113, 20 sept. 1995, p. 4.

²³⁹ Treaty between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic concerning the Construction and Operation by Private Concessionaires of a Channel, Canterbury, 12 February 1986.

²⁴⁰ Notamment de la coutume internationale.

respecter leur droit en s'engageant réciproquement à la réalisation de la ligne ferroviaire. Le traité renvoie au contrat pour l'ensemble des stipulations techniques. Les parties ont, dans le respect de leur système juridique, procédé à la ratification du traité international et intégré l'acte par l'intermédiaire d'une norme de transposition. Les Etats ont l'obligation de créer des conditions favorables à l'exécution de leurs obligations par les concessionnaires et doivent être des acteurs actifs de la construction du tunnel et mettant à disposition des concessionnaires les moyens nécessaires à la construction²⁴¹.

Une technique pertinente. Certes, la création d'un traité n'est pas une pure méthode de droit international privé, malgré tout rien ne s'oppose à l'élaboration d'une convention pour régir une relation commerciale internationale. Cette méthode présente de nombreux avantages. Les parties sont placées sur un pied d'égalité et peuvent inclure des règles françaises et y intégrer des règles jugées impératives²⁴². Le règlement du litige au fond ne dépend pas d'un droit étatique favorisant une partie, mais il est le fruit d'un compromis. Cette technique aboutit à la création d'un droit propre à la réalisation d'un projet spécifique. De plus, la réalisation d'un tel traité permet aux parties de réfléchir sur les spécificités et les difficultés juridiques qu'un tel contrat peut poser lors de son exécution et leur assure une prévisibilité et une sécurité juridique. Toutefois, la création d'un traité reste limitée aux contrats impliquant les États eux-mêmes et n'est pas permise dans le cadre de contrats administratifs passés par des collectivités ou des établissements publics : l'ampleur de l'ouvrage doit justifier le recours au traité. Par ailleurs, un traité reste un accord entre parties et peut tout de même inspirer les parties. Ces dernières peuvent, dès la formation du contrat, s'accorder sur l'ensemble du droit applicable à leur relation contractuelle en procédant à un cumul ou à un dépeçage du contrat²⁴³.

En conclusion, il convient de souligner que les méthodes de droit international privé se complètent, se concurrencent afin d'éviter tout vide juridique. La substantialisation du droit des contrats administratifs est insuffisante pour parler de règles matérielles. Le droit international n'appréhende que certains aspects des contrats de la commande publique et n'a

²⁴¹ La France a adopté un décret le 6 mai 1987, portant déclaration d'utilité public et d'urgence des travaux pour la construction d'une zone d'aménagement concertée à l'emplacement du terminal, dont l'aménagement a été concédée à Eurotunnel. Concernant le Royaume Uni, le ministre Britannique des transports (Secretary of the State) a eu recours à l'expropriation.

²⁴² comme des lois de police.

²⁴³ Maxence Chambon, "*Les collectivités territoriales, acteurs de la globalisation du droit administratif ?*" ,Dalloz, RFDA 2019. spéc. p.994.

pas vocation à régir l'ensemble du droit administratif. De plus, la diversité des conceptions de l'administration implique une diversité de contrats administratifs et constitue un véritable frein à l'élaboration de règles matérielles à l'image de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise. La méthode conflictuelle se présente non pas comme une méthode par défaut²⁴⁴ mais comme le droit commun.

Après l'étude du droit applicable, il convient d'achever cette étude en se consacrant à la résolution juridictionnelle des litiges.

²⁴⁴ Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1- Partie générale, puf, Thémis, 5ème édition, 2021, spéc. p. 402.

Chapitre II. La résolution juridictionnelle des litiges

La problématique de l'immunité juridictionnelle. Juger un cocontractant n'est pas aisé lorsqu'il s'agit d'un État, de l'une de ses composantes ou d'un établissement public créé pour satisfaire un besoin d'intérêt général. Un État souverain ne peut être assujéti à personne ni soumis à l'ordre juridique de l'un de ses pairs²⁴⁵. En effet la coutume internationale de l'immunité juridictionnelle interdit, dans le cadre d'un litige international, au juge étatique de juger un autre Etat²⁴⁶. Cette immunité exempte l'État de l'application des lois qui régissent dans un pays la compétence des tribunaux, en rendant irrecevables, à raison de la qualité du défendeur, des actions dont ils auraient dû normalement connaître par application des règles de droit international privé²⁴⁷.

Le concept d'immunité restreinte. Le bénéfice du privilège doit s'adapter à l'activité exercée par l'Etat. Lorsqu'il agit en tant qu'opérateur sur les marchés, il se comporte comme un acteur privé en usant de modes de gestion similaires aux opérateurs privés. Par conséquent, ni l'Etat ni ses composantes ou les entreprises qu'il détient peuvent bénéficier de cette immunité, dès lors qu'ils agissent selon le droit des simples particuliers (*jure gestionis*), alors même que la nature de l'activité litigieuse comporte l'usage de prérogatives de puissance publique. Dès lors qu'un Etat, ou ses démembrements concluent un contrat qualifié d'administratif pour répondre à un besoin d'intérêt général ou assurer un service public, elles bénéficient de l'immunité de juridiction, ce principe a été consacré par la Cour de cassation en 1969 dans un arrêt Société Levant²⁴⁸. Par ailleurs, il s'agit du raisonnement retenu dans l'affaire Villa Médicis, par la Cour de cassation italienne. Cette dernière avait refusé d'accorder l'immunité de juridiction à l'Académie de France à Rome en raison de la nature du contrat en cause qui n'impliquait pas l'usage de pouvoirs de souveraineté²⁴⁹.

²⁴⁵ Le souveraineté dans l'ordre international renvoie à l'idée "qu'on ne trouve au-dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d'une puissance légale", Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, précis Domat, Droit public, 12ème édition, LGDJ, Lextenso, spéc. p.238.

²⁴⁶ Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, résolution 59/38, spéc. art. 5 et 6. Le considérant premier de l'annexe considère "que les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier".

²⁴⁷ Le souveraineté dans l'ordre international renvoie à l'idée "qu'on ne trouve au-dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d'une puissance légale", Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, précis Domat, Droit public, 12ème édition, LGDJ, Lextenso, 2020, spéc. p.239.

²⁴⁸ Cour de cassation, civ 1ère, 25 février 1969, *Société Levant Express Transport c. Chemins de fer du Gouvernement iranien*.

²⁴⁹ Maxence Chambon, "La Villa Médicis, domaine public de l'Etat", note sous CE, 25 juin 2021, N° 438023, *Académie de France à Rome contre la société Mezzi et Fonderia*, Dalloz, RFDA, 2021, p. 893

En revanche, les collectivités territoriales et les Etats fédérés ne bénéficient pas de l'immunité de juridiction puisqu'ils agissent pour leur compte propre, dès lors, l'accroissement du rôle des collectivités territoriales dans la sphère internationale se justifie. Ainsi, la spécificité des contrats administratifs exige que les cocontractants (publics ou privés) puissent exercer une voie de recours à l'encontre de la personne morale de droit public, par suite la possibilité d'agir à l'encontre d'un pouvoir adjudicateur a été admis par des directives européennes.

Le droit au recours du cocontractant de l'administration. Le droit européen de la commande publique a institué un système juridictionnel empêchant le pouvoir adjudicateur de l'emporter sur le soumissionnaire²⁵⁰, ce droit au recours direct pour le soumissionnaire, constitue un "*véritable catalyseur de la libéralisation des échanges*"²⁵¹. Malgré la reconnaissance de l'exercice de voies de recours, il est nécessaire de déterminer le juge interne qui sera compétent pour en connaître. Dès lors que le contrat administratif est international, il présente des points de contact avec différents ordres juridiques nationaux, face à cette concurrence, il faut déterminer le juge compétent, ainsi vont s'immiscer les méthodes tenant à la détermination du tribunal compétent²⁵² ou l'arbitrage international.

Si l'approche du juge administratif pour déterminer le tribunal compétent reste ambiguë (I), nous verrons que l'arbitrage se présente comme une solution efficace (II).

²⁵⁰ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, publiée au JOUE n° L 335 du 20.12.2007, p. 31-46.

²⁵¹ Christine Bréchon Moulènes, Répertoire de droit international, "Marchés publics, Règlement des différends", décembre 1998 (actualisation : Mars 2009).

²⁵² En droit international et européen ou en droit commun.

I. Un juge en difficulté face aux conflits de juridictions

Face à l'internationalité de certains contrats publics, le juge administratif a dû adapter son raisonnement en s'inspirant de son homologue judiciaire pour s'assurer de sa compétence.

Un juge compétent en vertu du droit applicable : un raisonnement inversé ? L'arrêt Société Pro 2C du Conseil d'Etat avait confirmé le raisonnement mené par le juge administratif dans l'arrêt Tegos²⁵³ : face à un contrat qui semble administratif, le juge passe par le relai de la méthode conflictuelle afin d'en déterminer la nature et établir ou non sa compétence. Cependant ce raisonnement semble remis en cause dans l'arrêt Villa médicis (*supra*, Deuxième partie, Chap. 2, I). Pour autant, le raisonnement selon lequel le juge établissant en premier lieu sa compétence pour ensuite déterminer le droit applicable n'est pas définitif. D'ailleurs, ce raisonnement internationaliste mené par le juge administratif s'explique aisément dans l'affaire Villa Médicis. En affirmant la portée extraterritoriale du droit administratif français, la compétence des tribunaux français était, a priori, assurée (*supra*, Deuxième partie, Chap I, A). Autrement dit, la nature du litige se prêtait à un raisonnement internationaliste.

La matière administrative dans le règlement Bruxelles 1 bis. Le juge passe par le relais du règlement européen applicable en vertu de la nature du litige et regarde si ce texte contient des dispositions relatives aux conflits de juridictions. Dans cette dynamique, il a tenté de faire application du règlement Bruxelles I bis²⁵⁴(il pourrait aussi faire application de la Convention de Lugano II)²⁵⁵. Le règlement Bruxelles I bis, cantonne son domaine à la matière civile et commerciale à l'exclusion des matières administratives et de la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique. L'arrêt de la CJUE "Eurocontrol" de 1976²⁵⁶ vient définir ce qui ne relève pas de la matière civile et commerciale. La CJUE retient une conception restreinte de la matière administrative, ce n'est que lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique qu'elle intervient en matière administrative. Ainsi, les contrats privés de l'administration rentrent dans le champ d'application de Bruxelles I bis. Quid lorsque l'administration conclut des marchés

²⁵³ Conseil d'Etat, 29/06/2012, n°357976, Société Pro 2C, spéc. Considérant 4.

²⁵⁴ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)

²⁵⁵ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, publiée au JOUE n°L 339, 21.12.2007, p. 3-41

²⁵⁶ Arrêt de la Cour du 14 octobre 1976, LTU Luftransportunternehmen GmbH & Co. KG contre Eurocontrol, Aff. 29-76, ECLI:EU:C:1976:137.

publics avec un fournisseur étranger ? Conclut-elle en tant que puissance publique ? Selon la Cour, certains litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé peuvent entrer dans le champ d'application de la convention. La CJUE semble retenir deux critères : Le premier est le critère organique, il faut que le contrat soit conclu par une personne publique. Il ne semble pour autant pas suffire puisque la Cour complète le critère organique par une donnée d'ordre matériel tirée des “*éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties ou l'objet de celui-ci*”. Concernant ce second critère, la Cour détermine la nature administrative du contrat en cause par le prisme du droit applicable et identifie le rapport juridique existant entre les parties au litige²⁵⁷ ainsi que la base de la prétention. Enfin, elle cherche une manifestation de la puissance publique par des pouvoirs exorbitants en opposition aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers²⁵⁸.

Le règlement Bruxelles 1 bis et le juge de droit commun. Cette jurisprudence interprétative de la CJUE n'a pas empêché la cour administrative d'appel de Douai²⁵⁹, de faire application du règlement Bruxelles I. Le juge administratif a décliné sa compétence, car une clause attributive de compétence au profit du juge belge avait été stipulée dans le contrat de marché public. Il a considéré qu'un marché public de prestation de services, qui était administratif par détermination de la loi, ne relevait pas de la matière administrative au sens du règlement Bruxelles I, au motif qu'il n'avait pas été conclu par le centre hospitalier de Lens agissant dans l'exercice de la puissance publique. Ainsi, le juge administratif décide de contourner le champ d'application négatif du règlement et légitime son application.

Une interprétation incongrue de Bruxelles 1 bis ? Tout récemment, le juge administratif a approfondi ce raisonnement à propos d'un accord cadre conclu entre la Commission (mandatée par les Etats membres) et des entreprises pharmaceutiques lors de la crise sanitaire²⁶⁰. L'Agence nationale de Santé, représentant la France, a signé un bon de commande auprès de ces entreprises pour se fournir en vaccin. Ce contrat, signé en Belgique, contenait une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux belges et une clause d'irresponsabilité au profit des entreprises. Une association assigne ces entreprises, et demande au juge l'annulation de ces clauses. Le juge administratif d'appel considérera que

²⁵⁷ En ce sens, Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD SA contre Staat der Nederlanden*, Aff. C-266/01, EU:C:2003:282. spéc. pt. 36.

²⁵⁸ En ce sens, Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 1er octobre 2002, *Verein für Konsumenteninformation contre Karl Heinz Henkel*, Aff. C-167/00, EU:C:2002:555.

²⁵⁹ Cour administrative de Douai, 29 mai 2012, n° 10DA01035, *Société Mammoet Stoof Vof*.

²⁶⁰ CAA de PARIS, 27 janvier 2023, *Association bon sens contre sociétés Pfizer et BioNTech*, n°22PA02057.

dans le cadre de ce bon de commande, l'ANS n'agit pas dans l'exercice de la puissance publique et par conséquent fera application du règlement Bruxelles I bis pour déterminer la juridiction compétente. Pour apprécier ce critère, elle se fonde sur l'absence de clause exorbitante du droit commun. Le juge conclut que la clause attributive de juridiction est valable en application du règlement Bruxelles I bis et respecte la volonté des parties. Elle ne fait pas droit à la demande de la requérante selon laquelle *“pour arguer de la nullité de la convention attributive de compétence aux juridictions belges, que le bon de commande n'aurait pas la nature d'un contrat international en ce qu'il est exécuté en France mais devrait être qualifié de marché public de fourniture médicale régi par la loi française.”* En conséquence, l'accord cadre, qui est marché public subséquent, n'est pas toujours conclu par un pouvoir adjudicateur agissant *“dans l'exercice de la puissance publique”*. Le juge dans cet arrêt ouvre la porte à l'application du règlement Bruxelles I bis aux contrats de marchés publics transfrontaliers dès lors que le pouvoir adjudicateur n'agit pas *“dans l'exercice de la puissance publique”*. Cet arrêt surprend sur plusieurs points, rendu par la Cour administrative d'appel de Paris, cet arrêt porte sur un contrat de nature administrative, cependant le juge estime que le pouvoir adjudicateur n'a pas agi dans l'exercice de la puissance publique. En vertu de ce raisonnement, dès lors qu'un établissement public de l'Etat à caractère administratif²⁶¹ conclut un contrat administratif (relevant de la compétence du juge administratif) afin de se fournir en produit pharmaceutique et répondre à un objectif d'intérêt général, il n'agit pas dans l'exercice de la puissance publique : on peut légitimement douter de ce raisonnement.

Les compétences limitées de l'Union. L'idée que la CJUE se prononce sur ce qui relève ou non de l'exercice, par l'Etat, de la puissance publique serait à la fois une entorse à sa souveraineté et surtout un détournement de procédure. On imagine difficilement que la Cour estime recevable une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'exercice de la puissance publique puisque cela ne relève d'aucune compétence attribuée à l'Union. D'autre part, en vertu du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale²⁶², le droit de l'Union est mis en œuvre dans l'ordre juridique des Etats membres par les organes compétents et selon

²⁶¹ Concernant le statut juridique de l'Agence nationale de santé publique voir art.L 1413-1 du Code de la santé publique.

²⁶² Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale a été dégagé par la doctrine (J Rideau, “Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire”, AFDI, XVIII, 1972) puis consacré par la jurisprudence, en ce sens voir l'arrêt de la Cour du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Aff. 33-76.EU:C:1976:188. Il repose aujourd'hui sur la combinaison de l'article 4 et l'article 19 du Traité sur l'Union européenne.

les procédures applicables en vertu du droit national. L'autonomie procédurale n'excluant pas toute considération de droit substantiel, dès lors que le droit de l'Union ne livre pas tous les moyens de sa mise en œuvre, il s'en remet aux différents droits nationaux. Ainsi, l'appréciation de ce qui relève de l'exercice de la puissance publique revient aux Etats membres. En conclusion, la Cour ne s'est jamais prononcée sur ce qui relevait de l'exercice de la puissance publique mais elle examine le "*droit national pertinent*"²⁶³ afin d'en déduire la nature du contrat. Ainsi, il reste pour la CJUE difficile de concilier l'internationalité et l'administrativité d'un contrat : la matière administrative limite son pouvoir d'interprétation.

L'inapplicabilité des règles supranationales. À l'image du raisonnement de la Cour de cassation dans les arrêts Pelassa et Scheffle²⁶⁴, il est légitime de s'interroger sur l'usage éventuel, par le juge administratif, de la méthode de la transposition dans l'ordre international des règles de compétence territoriale interne lorsqu'aucun texte supranational a vocation à s'appliquer. Si cela n'est encore qu'une supposition, dès lors que le juge admet l'existence de contrat administratif mettant en jeu les intérêts du commerce international, plus rien ne s'oppose à ce qu'il transpose dans la sphère internationale les articles R. 312 et suivant du code de justice administrative.

Pour conclure, le juge semble aujourd'hui "*au milieu du gué*"²⁶⁵ face aux conflits de juridictions. Le recours à la justice privée se présente donc comme une alternative pour les parties. Nous aborderons dans une dernière partie l'arbitrage international des litiges impliquant un contrat administratif (B).

²⁶³ C'est notamment le raisonnement qu'elle a tenu dans l'Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 14 novembre 2002, *Gemeente Steenberghe contre Luc Baten*, Aff. C-271/00, EU:C:2002:656.

²⁶⁴ Cour de cassation, civ. 1ère, *Pelassa*, 10 octobre 1959, D. 60.37 note G.Holleaux, Cour de cassation, civ. 1ère, 30 octobre 1962, Scheffel.

²⁶⁵ François Brenet, "Contrat administratif international et droit international privé", Dalloz, ADJA 2015, spéc. p.1144.

II. L'arbitrage international : une solution à développer

La place des personnes publiques dans l'arbitrage international. Dans un contrat administratif international, chaque partie “*entretient une méfiance naturelle*”²⁶⁶ envers les tribunaux étatiques de l'autre. L'arbitrage international pourrait-il être le droit commun pour la résolution de tels litiges ? Tout d'abord, l'arbitrage international est celui qui met en jeu les intérêts du commerce international²⁶⁷. Une règle matérielle fut posée par la Cour de cassation dans l'arrêt Galakis de 1966, selon laquelle la capacité à compromettre des personnes morales de droit public, dans le cadre de litiges relatifs à des contrats commerciaux internationaux de droit privé conclus avec des sociétés étrangères, est reconnue. Ainsi, les personnes morales de droit public peuvent compromettre uniquement dans le cadre d'un contrat de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire²⁶⁸. Pourtant les contrats de droit privé ne sont pas les seuls à mettre en jeu les intérêts du commerce international (*supra*, Première partie, Chap. 2, I).

L'exclusion des contrats administratifs de l'arbitrage international. Si le Conseil d'Etat n'exclut pas les contrats de droit public de l'arbitrage interne²⁶⁹, il les exclut explicitement de l'arbitrage international depuis un avis du 6 mars 1986²⁷⁰ et s'aligne sur l'esprit de l'article 2060 du Code civil²⁷¹. Par conséquent, l'arbitrabilité du contrat administratif international ou transfrontalier va dépendre des critères retenus par le droit applicable au contrat en cause pour qualifier le contrat de droit public ou de droit privé²⁷². Selon l'avis du Conseil d'Etat précité, le recours à l'arbitrage international par les personnes morales de droit public, dans le cadre d'un contrat de droit public ne peut se faire qu'en application d'un traité. On peut

²⁶⁶ Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, puf, Thémis droit, 1ère édition, 2016, spéc. p.82.

²⁶⁷ Art. 1504 du code de procédure civile.

²⁶⁸ En vertu du principe “*la compétence suit le fond*”, sur ce principe, V. not. Ch. Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, Mélanges offerts à Jacques Maury, t. II, Dalloz, Sirey 1960, p. 379

²⁶⁹ notamment ceux visés par l'article L 311-6 du Code de justice administrative.

²⁷⁰ CE avis n°339710 du 6 mars 1986, *EDCE 1987*, n°38, p. 178 : « *il résulte des principes généraux du droit public français, (...), que les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties* »

²⁷¹ Art. 2060 code civ. “*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.*

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre”

²⁷² Pour le droit français, cela fait référence aux critères de qualification organiques et fonctionnels.

mentionner la convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961. Elle reconnaît aux personnes morales de droit public la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage. Les parties à un contrat administratif peuvent anticiper l'usage de ce procédé en insérant une clause compromissoire dans leur contrat ou une fois le litige né elles peuvent se mettre d'accord par un compromis d'arbitrage. Les parties peuvent soit choisir une institution remplissant habituellement des fonctions d'arbitre, possédant un règlement d'arbitrage, soit désigner un ou des arbitres en décidant elles-mêmes des règles applicables à la procédure d'arbitrage (comme l'obligation de trancher le litige dans un délai raisonnable). Dérogeant à la prohibition de l'arbitrage internationale pour les personnes morales de droit public, cette Convention de Genève a été ratifiée par la France²⁷³. Regrettablement, cette convention n'a pas été ratifiée par les plus grandes puissances économiques et rejetée par beaucoup d'États européens. À l'échelle européenne, le règlement Bruxelles I bis exclut l'arbitrage de son champ d'application et les directives européennes de 2014 sur les marchés publics et les concessions n'en traitent aucunement.

Une alternative aux conflits de juridictions. Pourtant, face aux difficultés rencontrées par le juge dans l'application des méthodes pour résoudre le conflit de juridictions, l'arbitrage international semble être une solution. Il présente des avantages pour la résolution des différends relatifs aux contrats administratifs transfrontaliers ou internationaux. L'arbitrage est souple et s'adapte aux spécificités du marché en cause. Plus libéral que l'arbitrage interne, l'arbitrage international développerait une culture du contrat administratif international adaptée au contexte de globalisation des marchés. L'arbitrage est plus rapide qu'un recours administratif devant le juge étatique, les parties informent l'arbitre du délai imparti pour rendre sa sentence, et s'assurent du respect des composantes du droit au procès équitable²⁷⁴. La célérité de la procédure est un avantage pour les cocontractants privés dont la situation financière dépend bien souvent de leur participation aux marchés publics. Certes, l'arbitrage est onéreux, mais son coût peut être compensé par l'importance du montant du marché ou de la concession aussi bien pour le cocontractant que pour le pouvoir adjudicateur. Également, le choix de l'arbitre est un atout, il permet de résoudre un litige par l'intermédiaire d'une personne expérimentée connaissant les usages du secteur en cause. En revanche, des

²⁷³ Convention européenne sur l'arbitrage commercial international Genève signée le 21 avril 1961.

²⁷⁴ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, spéc. art. 6§1. Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, aff. 773/03, 5ème section, Regent Company c. Ukraine.

divergences existent dans les finalités de l'un et de l'autre. La procédure arbitrale est caractérisée par la confidentialité, or, les principes de publicité et de transparence sont fondamentaux dans le cadre des contrats de la commande publique. Dans ce cadre, le tribunal des conflits s'est prononcé implicitement en faveur de l'arbitrage international des litiges portant sur un contrat administratif international. Dans une décision du 17 mai 2010 précitée, il a fait référence à la jurisprudence Galakis alors que le litige portait sur un contrat administratif exécuté en France.

La nécessité de réformer l'arbitrage international. Au-delà d'une simple réforme, il faut concevoir un droit de l'arbitrage international spécialement pour les personnes publiques.²⁷⁵ La conception de l'arbitrage international doit évoluer et intégrer la place grandissante des personnes morales de droit public dans la globalisation. Cependant, l'arbitrage doit s'adapter aux spécificités de l'action de l'Etat lorsqu'il agit dans l'intérêt général et pour le bon fonctionnement du service public. L'arbitre doit garantir le respect des principes fondamentaux (tel que le principe de continuité du service public). La sentence doit être accessible à tous les citoyens et la rémunération des arbitres raisonnable pour une bonne gestion des deniers publics. Concernant le régime de validité des clauses compromissoires, on pourrait étendre le régime développé par la Cour de cassation dans ses arrêts, Gosset, et Dalico²⁷⁶. Une telle réforme s'inscrirait dans la continuité de la réforme de 2011 qui avait pour objectif de rendre le droit français de l'arbitrage attractif dans la sphère internationale²⁷⁷.

Les raisonnements possibles. Pour le moment, plusieurs raisonnements sont envisageables pour admettre l'arbitrabilité d'un contrat administratif international. Soit l'Etat a ratifié une convention internationale relative à l'arbitrage international et le litige est arbitral en vertu de l'acte de ratification. Soit, en vertu de la jurisprudence du tribunal des conflits on considère que le contrat administratif international ou transfrontalier est une catégorie autonome au contrat administratif de droit interne et qu'en l'absence d'une exclusion

²⁷⁵ “*L'arbitrage et les personnes morales de droit public*”, discours de Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, prononcé à l'ouverture du colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre nationale pour l'Arbitrage privé et public.

²⁷⁶ Sur l'autonomie de la clause compromissoire, voir Cour de cassation, Civ 1ère, Gosset, 7 mai 1963 ; Cour de cassation, Civ 2ème, Dalico, 20 décembre 1993.

²⁷⁷ Présentation du projet de réforme de l'arbitrage français par J-L. Dévolvé, par le Comité français de l'arbitrage, Rev. arb. 499 s. Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, publié au JORF n°0011 du 14 janvier 2011.

explicite de l'arbitrage international par le droit européen²⁷⁸, le recours à ce dernier est possible. Malgré tout, il existe des liens entre contrat administratif et arbitrage international.

L'ordre public international : le lien entre matière administrative et arbitrage. La régulation du droit des contrats administratifs peut s'opérer par le filtre de l'ordre public international : lors d'un recours en annulation formé contre une sentence arbitrale (rendue en France dans le cadre d'un arbitrage international) devant le juge administratif pour en vérifier la légalité ou lors de la réception de la sentence arbitrale étrangère dans l'ordre juridique français. Comme le souligne la Professeure Marie-Anne Frison Roche *“l'ordre public n'est pas un obstacle pour que les arbitres s'avancent dans une branche du droit”*²⁷⁹. Dans le cadre d'un recours en annulation formé contre une sentence arbitrale, le juge exerce un contrôle de légalité. Le tribunal des conflits a jugé que le juge administratif était compétent pour contrôler la conformité d'une sentence arbitrale étrangère rendue dans le cadre d'un arbitrage international aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public²⁸⁰ ou à la commande publique²⁸¹. Le Conseil d'État a encadré avec davantage de fermeté le recours par les personnes publiques à l'arbitrage commercial international dans le but d'assurer le respect de l'ordre public français. Il exerce un contrôle restreint limité à l'arbitrabilité du litige (en vertu des dispositions législatives précitées), à la compétence du tribunal arbitral, à la présence d'un vice d'une particulière gravité, et la conformité de la sentence à l'Ordre public. Ainsi, elle ne doit pas faire obstacle à l'interdiction des libéralités, à l'interdiction d'aliéner le domaine public, à l'interdiction de renoncer à certaines prérogatives de puissance publique, ou encore des règles d'ordre public du droit de l'Union européenne²⁸². Concernant l'exequatur des sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage international²⁸³, le tribunal des conflits a admis une exception à la compétence du juge

²⁷⁸ Ici il est fait référence au droit des marchés et des concessions harmonisé.

²⁷⁹ Marie-Anne Frison-Roche, “Arbitrage et droit de la régulation”, *Droit et économie de la régulation*, spéc. p; 223 à 240, 2005, Cairn.

²⁸⁰ L'appartenance des dispositions du CGPPP a par ailleurs été confirmée dans l'arrêt Villa Médicis.

²⁸¹ TC, 11 avril 2016, n°4043, *Société Fosmax LNG*.

²⁸² CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, *Société Fosmax LNG*, Lebon p. 466, concl. G. Pelissier.

²⁸³ TC, 24 avr. 2017, n° 4075, spéc. deuxième cons. *“Considérant que lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, il appartient en principe à la juridiction judiciaire, statuant dans les conditions prévues au titre II du livre IV du code de procédure civile, d'une part, de connaître d'un recours formé contre la sentence si elle a été rendue en France et, d'autre part, de se prononcer sur une demande tendant à ce que la sentence, rendue en France ou à l'étranger, soit revêtue de l'exequatur ; que, toutefois, dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles*

judiciaire en matière d'exequatur des sentences arbitrales internationales pour les contrats touchant à la commande publique ou au domaine public mettant en jeu les intérêts du commerce international. Ces jurisprudences ne font que renforcer l'idée selon laquelle le droit administratif se caractérise par une “*densification du tissu des règles d'ordre public*”²⁸⁴. Cet ordre public comprend à la fois des dispositions du droit de la commande du droit du domaine public à l'ordre public international, et traduit la volonté du juge administratif de préserver les intérêts de l'Etat dans la sphère internationale.

La prohibition de l'arbitrage international des contrats administratifs est dépassée. Admettre l'arbitrabilité des litiges impliquant un contrat administratif international conforte l'existence de tels contrats.

qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative”.

²⁸⁴ Benoît Plessix, “Transaction et droit administratif” Blandine Mallet-Bricourt, Cyril Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, 2006, p. 133, spéc. p. 139.

CONCLUSION

Des matières conciliables. Ce sujet confronte deux matières qui ne devaient pas se rencontrer, pourtant la globalisation en a décidé autrement. Si à l'origine, le contrat administratif est un instrument de coopération avec le secteur privé, il est aujourd'hui le principal support des activités transnationales des personnes privées et publiques. Il y a lieu d'affirmer que le droit international privé peut inclure et doit inclure le développement du contrat administratif dans la sphère internationale. Englobant le droit du commerce international, le droit international privé a déjà appréhendé le développement du contrat administratif au travers du droit de l'OMC et de l'Union européenne. L'internationalité et l'administrativité du contrat administratif peuvent se concilier, cependant le raisonnement internationaliste mené par le juge reste à affiner afin de l'adapter à la spécificité qui caractérise le contrat administratif.

La spécificité des contrats administratifs internationaux. Les contrats administratifs internationaux doivent faire l'objet d'une catégorie à part entière, distincte des contrats dont les effets ne dépassent pas les frontières étatiques. Ce sont avant tout des instruments juridiques permettant aux administrations de pénétrer les marchés internationaux et doivent donc relever d'un régime propre, incluant des méthodes de droit international privé.

Le problème de la compétence administrative. On constate une puissante pénétration des méthodes inspirées du droit international privé au sein des méthodes de raisonnement des juridictions administratives. Malgré tout, la matière administrative relève de la compétence des Etats, étant souverains, ils sont les seuls à décider de transférer ou non certaines compétences. L'enjeu est de parvenir à un raisonnement équilibré respectant à la fois le droit administratif des Etats et la nécessité de faire application des méthodes de droit international privé. Cet équilibre pourrait être atteint par une nouvelle conception de l'exorbitance en droit public étroitement liée au concept d'ordre public international.

Les perspectives. Des solutions sont envisageables mais ne peuvent qu'émaner des ordres juridiques nationaux. Les juges et les législateurs nationaux pourraient élaborer un droit international privé adapté aux contrats administratifs internationaux en s'alignant sur le raisonnement mené par le juge judiciaire : respectant ainsi la philosophie du droit administratif et du droit international privé.

Bibliographie

1) Ouvrages

Jacques PETIT, Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif*, précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso, 16^{ème} édition, 2022-2023.

Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1 –Partie générale, Thémis droit, Presse universitaire de France, 5^{ème} édition mise à jour, 2021.

Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso. 12^{ème} édition, 2020.

Marion UBAUD BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Manuel, LexisNexis, 3^{ème} édition, 2022.

Charles-André DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Thémis droit, Presse universitaire de France, 2^{ème} édition mise à jour, 2022.

Olivier GOHIN, Jean-Gabriel SORBARA, *Institutions administratives*, Manuel, LGDJ, Lextenso, 7^{ème} édition, 2016.

Marie Elodie ANCEL, Pascale DEUMIER, Malik LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, Sirey, 2^{ème} édition, 2019.

Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, précis Domat, Droit public, LGDJ, Lextenso 7^{ème} édition, 2019.

Francesco MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Hypercours, Dalloz, 3^{ème} édition, 2021.

Stéphane DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017.

Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, puf, Thémis droit, 1^{ère} édition, 2016,

Jacques Chevallier, *Le droit saisi par la mondialisation*, 1^{ère} édition , Bruylant, 2001.

Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Droit et économie de la régulation*, Presse de Sciences Po, Dalloz, 2004.

2) Thèses de doctorats

Elodie SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, thèse de doctorat en droit public, soutenue en 2009 sous la direction de Fabrice MELLERAY à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2011.

Estelle CHAMBAS, *L'acte administratif unilatéral transnational*, thèse de doctorat en droit public soutenue le 23 juin 2022 sous la direction de Thomas PERROUD à l'Université de Paris-Panthéon-Assas.

Malik LAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, thèse de doctorat en droit privé, soutenue en 2007 sous la direction de Pierre MAYER à l'Université Paris 1, Recherche Juridique, Economica, 2008.

Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, thèse de doctorat en droit privé, soutenue en 1999 sous la direction de Pierre MAYER à l'Université Paris 1, LGDJ, 2005.

3) Articles juridiques

Maxence CHAMBON, “Les collectivités territoriales, acteurs de la globalisation du droit administratif ?” Dalloz, RFDA, 2019, p. 994.

Malik LAAZOUZI, “La nature des contrats administratifs internationaux”, Dalloz, AJDA, 2012, p. 2420.

François BRENET, “ Contrat administratif international et droit international privé”, Dalloz, AJDA, 2014, p. 1144.

Aurélien ANTOINE, “Le Brexit et les règles relatives aux marchés publics”, Dalloz, AJ contrat, 2019, p.115.

Etienne PICARD, “Droit international : rapports avec le droit”, Répertoire du contentieux administratif, version actualisée, octobre 2010.

Sophie LEMAIRE, “Le règlement Rome I du 17 juin 2002 et les contrats internationaux de l’administration “, Dalloz, AJDA, 2008, p. 2042.

Maxence CHAMBON, “La Villa Médicis, domaine public de l’Etat”, Dalloz, RFDA, 2021, p. 893.

Carinne VAYSSE, “Flou sur la signature numérique des marchés publics, entre dématérialisation des procédures et pragmatisme jurisprudentiel” , *La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales* n°21, 30 Mai 2023.

Jacqueline MORAND-DEVILLIER, “Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche”, *Petites affiches* - n°113, 20 sept. 1995.

Christine BRECHON-MOULENES, “Marchés publics, Règlement des différends”, *Répertoire de droit international*, décembre 1998 (actualisation : Mars 2009).

Rita WAKED, “La notion de contrat administratif international”, *Petites affiches*, n° 250, paru le 14 décembre 2021, p.6.

Elvira TALAPINA, “Les services publics en Russie : quelles perspectives ?”, *Revue internationale de droit comparé*, 2013

Tristan AZZI, “Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire”, recueil Dalloz, 2009, 1621

Webographie

Dalloz en ligne, Recueil :

<https://www-dalloz-fr.ezproxy.normandie-univ.fr/documentation/Document>

La base Lextenso : <https://www-labase-lextenso-fr.ezproxy.normandie-univ.fr/>

Lexbase : <https://www-lexbase-fr.ezproxy.normandie-univ.fr/>

Ministère de l'économie, Fiche technique sur la résiliation unilatérale des contrats administratifs:

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/resiliation-2016.pdf

Ministère de l'économie, Fiche technique sur le marché public à intérêt transfrontalier certain:

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/interet-transfrontalier-certain-2019.pdf?v=1569425054.

Site officiel du journal France 24 :

<https://www.france24.com/fr/20200327-avec-le-coronavirus-le-retour-des-nationalisations-en-france>

Site officiel de l’Autoroute et du Tunnel du Mont blanc :

<https://www.atmb.com/connaitre-atmb/gouvernance-et-statut/>.

Site de l’Organisation Mondiale du Commerce,

https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.pdf.

Site de l’Organisation Mondiale de la Santé Animale,

<https://www.woah.org/fr/accueil/>

Site officiel de l’Association des Maires de France :

<https://www.amf.asso.fr/>

Corpus juridique international

Conventions internationales

- Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales du 21 mai 1980, entrée en vigueur le 22 décembre 1981.
- L’accord de Karlsruhe, signé le 23 janvier 1996, vise à renforcer la coopération transfrontalières entre l’Allemagne, la France, le Luxembourg et la Suisse, il est entré en vigueur le 24 mai 1997.
- Convention des Nations Unies sur l’immunité juridictionnelle des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, résolution 59/38.
- Treaty between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic concerning the Construction and Operation by Private Concessionaires of a Channel Fixed Link, 12 February 1986.
- Accord de commerce et de coopération entre l’Union européenne et la Communauté européenne de l’énergie atomique, d’une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, d’autre part, publié au JOUE L 149 du 30.4.2021, p. 10–2539.

Règlements européens

- Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), publié au JOUE n° L 177 le 4/7/2008, p. 6–16.
- Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil, du 23 juin 2022, concernant l’accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l’Union et établissant des procédures visant à faciliter

les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers, publié au JOUE n° L 173 du 30/6/2022, p. 1–16.

- Règlement (UE) 1302/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) no 1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de groupements de ce type, publié au JOUE n° L 347 du 20/12/2013, p. 303–319.
- Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, publié au JOUE n° L 351, le 20/12/2012, p. 1–32.
- Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), publié au JOUE n° L 340, 16/12/2002, p. 1–562.

Directives européennes

- Directives 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, publiée au JOUE n° L 185 du 16/08/1971, p. 0005 - 0014.
- Directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, publiée au JOUE n° L 013, 15/01/1977, p. 0001 - 0014.
- Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, publiée au JOUE n° L 395 le 30/12/1989 p. 0033 - 0035.
- Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, publiée au JOUE n° L 076 le 23/03/1992, p. 0014 - 0020.
- Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, publiée au JOUE, n° L 318, 17/11/2006, p. 17–25.
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant l'attribution de contrats de concession (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, modifiée, en vigueur depuis le 1/01/2022, publiée au JOUE, n° L 94 du 28/3/2014, p. 1–64.
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, publiée au JOUE, le n°L 94/658 le 2/3/2014, p. 65–242.
- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 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 abrogeant la directive 2004/17/CE, publiée au JOUE n° L 94/243 le 28/03/2014, p. 243–374.

- Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, publiée au JOUE n° L 335 du 20/12/2007, p. 31–46.

Décision

- Décision 94/800/CE: Décision du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), publiée au JOUE n°L 336, 23/12/1994, p. 1–2.

Soft Law

- COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile du 9 septembre 2015.
- COMMUNICATION DE LA COMMISSION Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19, C 108 I/01 du 1 avril 2020.
- COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive du 3 mars 2010.
- COMMUNICATION DE LA COMMISSION Marchés publics: un espace de données pour améliorer les dépenses publiques, stimuler l'élaboration de politiques fondées sur des données et faciliter l'accès des PME aux appels d'offres, C 98 I/1 du 16 mars 2023.

Table des jurisprudences

Cour de Justice des Communautés européennes / Union européenne.

Arrêt de la Cour du 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, Aff. 41-74, EU:C:1974:133.

Arrêt de la Cour du 14 octobre 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contre Eurocontrol*, Aff. 29-76, EU:C:1976:137.

Arrêt de la Cour du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Aff. 33-76, EU:C:1976:188.

Arrêt de la Cour du 16 décembre 1980, *État néerlandais contre Reinhold Rüffer*, Affaire 814/79, EU:C:1980:291.

Arrêt de la Cour du 22 mars 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH contre Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, aff. 34/82, EU:C:1983:87.

Arrêt de la Cour du 4 mai 1988, *Corinne Bodson contre SA Pompes funèbres des régions libérées*, Aff. 30/87, EU:C:1988:225.

Un contrat est un engagement librement assumé d'une partie envers une autre, en ce sens voir Arrêt de la Cour du 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH contre Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, EU:C:1992:268.

Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Aff. C-393/92, EU:C:1994:171.

Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strohal Rotationsdruck GesmbH*, Affaire C-44/96, EU:C:1998:4.

Arrêts de la Cour du 1er novembre 1998, *BFI Holding*, Aff. C-360/96, EU:C:1998:525 et du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, Aff. C-380/98, EU:C:2000:529.

Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL*, Aff. C-369/96 ; *Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL*, Aff. C-376/96, EU:C:1999:575.

Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc*, Aff. C-381/98, EU:C:2000:605.

Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, Aff. C-94/99, EU:C:2000:677.

Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 1er octobre 2002, *Verein für Konsumenteninformation contre Karl Heinz Henkel*, Aff. C-167/00, EU:C:2002:555.

Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 14 novembre 2002, *Gemeente Steenberghe contre Luc Baten*, Aff. C-271/00, EU:C:2002:656.

Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD SA contre Staat der Nederlanden*, Aff. C-266/01, EU:C:2003:282.

Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, Aff. C-280/00, EU:C:2003:415.

Arrêt de la Cour du 15 mai 2008 “*SECAP SpA contre Comune di Torino*” Aff. C-0147/07, EU:C:2008:277.

Arrêt de la Cour du 6 octobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni Srl*, Aff. C-318/15, EU:C:2016:747.

Arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 17 mai 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras et Ecoservice projektai UAB*, Aff. C-531/16, EU:C:2018:324.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 7 septembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB*, Aff. C-927/19, EU:C:2021:700.

Cour de cassation

Civ 1ère. 31 mai 1932, *Etat c/ Veuve Carathéodory*.

Civ 1ère, 19 octobre 1959, *Pelassa*.

Civ 1ère, 30 octobre 1962, *Scheffle*.

Civ 1ère, 25 février 1969, *Société Levant Express Transport c. Chemins de fer du Gouvernement iranien*.

Civ 1ère, 7 mai 1963, *Gosset*.

Civ 2ème, 20 décembre 1993, *Dalico*.

Conseil d’Etat

CE, 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux*.

CE, 8 janvier 1925, *Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire*, Rec. p. 28.

CE, 6 février 1925, *Gouverneur général d’Algérie c/ Demouchy*, Rec. p.121.

CE, 7 août 1926, *Bouxin*, Rec. p.891.

CE 19 avr. 1940, *Sté des moteurs Gnome et Rhône*, DP 1940. 3. 17, concl. Josse.

CE, 13 octobre 1961, *Ets Compagnon-Rey*.

CE, 23 mai 1962, n° 41178, *Ministre des Finances*.

CE 24 novembre 1978, *Synd. national du personnel de l’énergie atomique CFDT et autres*

CE 28 janvier 1983, n°15093, *M^{me} Johnston*.

CE, 18 novembre 1988, n° 61871, *Ville d’Amiens*.

CE, 16 février 1996, n° 82880, *Syndicat intercommunal de l’arrondissement de Pithiviers*.

CE, Sect., n°183648, 19 novembre 1999, *Tegos*.

CE, 4 juillet 2008, n° 316028, *Société Colas Djibouti*.

CE, 23 mai 2011, n° 323468, *Société d’aménagement d’Isola 2000*.

CE, ass., 19 juillet 2011, n° 308544, *Commune de Trélazé*.

CE, 29 juin 2012, n°357976, *Société Pro 2C*.

CE, 5 juillet 2013, n°348050, *Région Alsace*.

CE, 1er octobre 2013, n° 349099, *Société Espace Habitat Construction*.

CE, 17 févr. 2016, n° 368342, *Région Rhône Alpes*.

CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, *Société Fosmax LNG*.

CE, 25 juin 2021, n° 438023 *Académie de France à Rome contre la société Mezzi et Fonderia*.

Cour administrative d'appel

CAA de Marseille, 6ème chambre, 4 avril 2004, n° 19MA03085.

CAA de Douai, 29 mai 2012, n° 10DA01035, *Société Mammoet Stoof Vof*.

CAA de Paris, 27 janvier 2023, n°22PA02057, *Association bon sens contre sociétés Pfizer et BioNTech*.

Tribunal administratif

Tribunal administratif de Poitiers, 18 novembre 2004, n°0400561, *Charbonneau*.

Tribunal administratif de Lyon, 5 avril 2012, n°1007858, *Association libre pensée et d'action sociale du Rhône*.

Tribunal des conflits

TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*.

TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*.

TC 8 juill. 1963, n° 1804, *Entreprise Peyrot c/ Sté autoroute Esterel-Côte-d'Azur*.

TC, 25 mars 1996, n° 03000, *Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani)*.

TC, 5 juillet 1999, n°03142.

TC, 17 mai 2010, n° 3754.

TC, 5 mars 2012, *Polynésie Française*.

TC, 11 avril 2016, n°4043, *Société Fosmax LNG*.

TC, 24 avr. 2017, n° 4075.

Table des annexes

Annexe 1 : Tableaux de l'Observatoire économique, recensement annuel des contrats de la commande publique, année 2022.....p.86.

Annexe 2 : GECT, Hôpital de Cerdagne, Tableau prévisionnel du budget 2023 par contrats conclus.....p.87.

Annexe 1

c) Répartition par catégorie d'entreprise titulaire

Contrats initiaux*	2019		2020		2021		2021 (hors marchés non récurrents)**	
	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M€)
PME	62,0%	32,3%	57,8%	29,6%	59,0%	24,5%	59,0%	29,1%
ETI	19,8%	24,4%	21,8%	26,3%	21,4%	25,4%	21,4%	27,4%
GE	18,2%	43,3%	20,4%	44,1%	19,6%	50,1%	19,6%	43,5%

***Données hors avenants et actes de sous-traitance** Montants des marchés supérieurs ou égaux à 25 000€ HT, sauf pour les collectivités territoriales
Calculs et retraitements statistiques OECP
Source : Fichier SIRENE – Insee
 22/11/2022

a) Recensement annuel des marchés publics

Contrats initiaux*	2019		2020		2021		2021 (hors marchés non récurrents)	
	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M€)
Etat et secteur hospitalier	27 878	34 170	24 139	35 276	20 988	48 673	20 974	30 835
Collectivités territoriales**	110 075	38 843	115 865	41 611	126 110	47 808	126 110	47 808
« Autres »***	32 811	37 803	29 056	34 512	38 668	55 312	38 662	49 550
Total	170 764	110 816	169 060	111 399	185 766	151 793	185 746	128 193

* Données hors avenants et actes de sous-traitance.

** Calculs et retraitements statistiques OECP

*** Entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc. ...

Annexe 2

Les dades facilitades són una mera previsió i no vinculen l'entitat que les proporciona. Per aquesta raó poden haver-hi variacions entre la previsió i la contractació real final.
 Les dades informades inclouen el conjunt de contractes previstos pels Departaments i Ens per l'any en curs, excloent la seva

PREVISIONS DE POSSIBLES LICITACIONS DELS DEPARTAMENTS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA I DE LES ENTITATS DEL SEU SECTOR PÚBLIC.						
Trimestre de licitació previst - Trieu-ne un del llistat -	Departament/Ens	Categoria del contracte - Trieu-ne un del llistat -	Objecte del contracte	Tipus de contracte - Trieu-ne un del llistat -	Procediment - Trieu-ne un del llistat -	Estimació import VEC
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Servei de manteniment d'edifici i instal·lacions	Serveis	Obert	979 575,35
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Manteniment preventiu Equipament + Lot GE - Lot STEPHANIX	Serveis	Obert	725 000,00
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Manteniment integral equips de radiologia STEPHANIX	Serveis	Obert	149 094,00
4t Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Serveis de manteniment integral d'equips de radiologia GE - Lot IBERMANSA	Serveis	Obert	808 988,50
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Articles mèdics	Subministrament de grèteus de maluc	Subministraments	Basat en acord marc	350 000,00
4t Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Articles mèdics	Subministrament de gasos medicinals	Subministraments	Obert	366 949,31
2n Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Articles mèdics	Subministrament de reactius de biologia molecular	Subministraments	Obert	162 000,00
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Servei de manteniment ascensors i portes automàtiques	Serveis	Obert	54 030,00
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Servei de manteniment d'equips diversos per a la producció d'aigua osmòtica	Serveis	Obert	79 500,00
3r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Servei de manteniment Silicon	Serveis	Restringit	
2n Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Servei de manteniment correctiu i evolutiu del sistema econòmic financer	Serveis	Obert	
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Reparació i manteniment	Servei de manteniment integral dels equips d'esterilització	Serveis	Obert	124 738,53
1r Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Serveis d'empreses (jurídic, màrqueting, assessoria, traducció, etc)	Servei de traducció	Serveis	Obert	25 000,00
2n Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Serveis d'empreses (jurídic, màrqueting, assessoria, traducció, etc)	Serveis d'auditoria financera	Serveis	Obert	45 000,00
4t Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Serveis d'empreses (jurídic, màrqueting, assessoria, traducció, etc)	Redacció del projecte d'execució i direcció de l'obra	Serveis	Obert	150 000,00
4t Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Serveis d'empreses (jurídic, màrqueting, assessoria, traducció, etc)	Direcció de l'execució material de l'obra	Serveis	Obert	250 000,00
4t Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Serveis d'empreses (jurídic, màrqueting, assessoria, traducció, etc)	Coordinació de seguretat i salut	Serveis	Obert	100 000,00
4t Trim	AECT-Hospital de Cerdanya	Treballs, materials i estructures de construcció	Contracte d'obres d'execució del projecte	Obres	Obert	2 500 000 000,00

Table des matières

Introduction	p.8.
Première Partie - La place de l'administration dans une économie globalisée	p.18.
<u>Chapitre premier - Une diversité d'acteurs publics dans la sphère internationale</u>	p.19.
I- Le rôle de l'Etat opérateur et régulateur	p.19.
II-L'accroissement du rôle des collectivités territoriales dans la sphère internationale...	p.29.
A) Les enjeux de la coopération décentralisée	p.30.
B) Le jumelage : une forme de coopération décentralisée	p.33.
III- L'Entreprise : une rencontre entre acteurs publics et privés	p.35.
A) L'appropriation de l'entreprise par le secteur public	p.36.
B) Les activités économiques de l'entreprise publique.....	p.38.
<u>Chapitre deux - Le contrat administratif support de la libéralisation des échanges</u>	p.41.
I- La prise en considération de l'internationalité du contrat administratif par le juge..	p.41.
II- Le contrat administratif et le marché international	p.44.
III- Les procédés contractuels intégrés dans une économie libérale	p.48.
Deuxième Partie - Le contrat administratif entre exclusion ou inclusion des méthodes de droit international privé	p.52.
<u>Chapitre premier - Les enjeux de droits applicables</u>	p.54.
I - Une méthode conflictuelle en cours d'adaptation.....	p.54.
A) Le système de Rome.....	p.55.
B) Le droit européen des marchés et des concessions	p.59.
C) Désigner le droit français : un droit avantageux pour le cocontractant de l'administration.....	p.61.
II - Vers une substantialisation du droit des contrats administratifs	p.62.
A) L'apport du nouvel Instrument sur les marchés publics internationaux (IMPI).....	p.63
B) Les rapports l'UE et le Common law.....	p.66.
III - La création d'un traité : une méthode à approfondir.....	p.68.

<u>Chapitre deux - La résolution juridictionnelle des litiges</u>	p.71.
I- Un juge en difficulté face aux conflits de juridictions.....	p.73.
II- L'arbitrage international : une solution à développer.....	p.77.
Conclusion	p.82.
Bibliographie	p.83.

Résumé

Dans le cadre de la globalisation économique, l'ensemble des acteurs et opérateurs publics exercent leurs activités au-delà des frontières en concluant des contrats administratifs internationaux afin de pénétrer les marchés transnationaux. Reconnaître l'existence de tels contrats implique de confronter deux pans du droit fondés sur des raisonnements opposés : la matière administrative et le droit international privé.

Abstract

In an era of economic globalization, all public actors and operators work beyond borders by entering international administrative contracts in order to integrate transnational markets. Recognizing the existence of such contracts implies confronting two parts of the law based on opposing reasonings : administrative law and international private law.