

**CONTRATS PUBLICS TRANSNATIONAUX : UNE PERSPECTIVE
COMPLEXE**

Gabriella M. RACCA – Silvia PONZIO¹

INDEX

**1. DIFFERENTES DEFINITIONS DES "CONTRATS PUBLICS
TRANSNATIONAUX"**

**2. EFFETS TRANSNATIONAUX DES MARCHES PUBLICS ET DES
CONTRATS PUBLICS**

*2.1. Les contrats publics transnationaux et la promotion de l'intégration :
expériences pertinentes*

2.2. Groupement européen de coopération territoriale (GECT)

**3. LES MARCHES PUBLICS CONJOINTS ENTRE POUVOIRS
ADJUDICATEURS DE DIFFERENTS ÉTATS MEMBRES. LA CHAÎNE
D'APPROVISIONNEMENT TRANSNATIONALE**

4. CONCLUSIONS

¹ Gabriella M. Racca est Professeur titulaire de droit administratif à l'Université de Turin et Silvia Ponzio est Professeur associé de droit administratif à l'Université de Turin. L'article est le résultat de réflexions communes, cependant les paragraphes 1 et 3 sont de Gabriella M. Racca et les paragraphes 2 et 4 sont de Silvia Ponzio.

1. DIFFERENTES DEFINITIONS DES "CONTRATS PUBLICS TRANSNATIONAUX"

La perspective transnationale des marchés publics et des contrats publics permet de mettre en évidence différentes approches dans leur analyse. Il ne semble en effet pas possible de proposer une définition unique et générale du "contrat public transnational" pas plus que du "droit transnational", du "droit administratif transnational" et plus généralement des "situations administratives transnationales"². Si le terme "droit transnational" peut se référer à différents ordres juridiques ou systèmes de lois, il a également été qualifié de "méthodologie"³. Il semble impliquer une pluralité de sources, de sujets et de processus juridiques. Une approche juridique transnationale se réfère à "la manière dont les acteurs et

² Comme on le sait, en 1956, Philip Jessup (P. C. JESSUP, *Transnational Law*, 1956) a théorisé l'expression "droit transnational", l'utilisant pour désigner « tout droit qui régit des actions ou des événements qui transcendent les frontières nationales. Le droit international public et le droit international privé sont inclus, ainsi que d'autres règles qui n'entrent pas entièrement dans ces catégories standard ». Jessup a proposé que le "droit transnational" implique - et en même temps questionne - de multiples sources et acteurs juridiques au-delà des frontières et des régimes juridiques. Voy.: P. ZUMBANSEN, « Transnational Law », J.M. SMITS (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham, 2006, p. 738. C.f.: S. KALANTRY, R. HANCOCK, « Transnational law as a framework for law clinics », *Jindal Global Law Review* 11, 2020, pp. 251-270 ; L. BACKER, « The Emerging Normative Structures of Transnational Law: Non-State Enterprises in Polycentric Asymmetric Global Orders », *BYU Journal of Public Law*, 2016, Vol. 31 (1), pp. 1-53 ; M. AUDIT, S.W. SCHILL, « Transnational Law of Public Contracts: An Introduction », M. AUDIT et S.W. SCHILL (eds.), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 3-20 ; S. W. SCHILL, « Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization », *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1, 2014, pp. 1 ss ; S.W. SCHILL, « Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization », *NYU Law School Jean Monnet Working Paper JMWP*, 5, 2013.

³ Selon P. ZUMBANSEN, « Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism », 21 *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2012, pp. 305 et seq.: « Transnational law constitutes a methodological shift in legal theory—an attempt to bridge the experience of legal pluralism in the nation-state with that of the emerging transnational space« Transnational Law ».

les instruments contribuent à mettre de l'ordre dans les relations sociales dans des contextes administratifs"⁴.

Cette approche semble convenir lorsqu'on parle de "contrats transnationaux", dont le rôle et la notion couvrent un large éventail de phénomènes. Il a été noté que, contrairement aux contrats qui lient les parties au-delà de la juridiction d'un état, conventionnellement qualifiés de contrats "internationaux" et soumis au droit international privé et judiciaire, « les contrats transnationaux et leur droit s'abstraient des références nationales dans une mesure encore plus grande », ou nous pourrions dire plus exactement dans une mesure différente⁵.

Un effort transnational peut naître d'un projet d'harmonisation destiné à un usage transfrontalier, comme cela s'est produit, pour le droit privé et commercial, avec la Convention de Vienne sur la vente internationale⁶, les Principes d'UNIDROIT⁷ et les Principes du droit européen des contrats (PECL)⁸. La *lex mercatoria* a été considérée comme

⁴ S.W. SCHILL, « Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization », op. cit., p. 23.

⁵ K. HENDRIK ELLER, « *Transnational Contract Law* », P. ZUMBANSEN (eds.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, 2021, p. 519.

⁶ La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) a été adoptée par la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, tenue à Vienne du 10 mars au 11 avril 1980.

⁷ Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PCIC) constituent une codification non contraignante de la partie générale du droit international des contrats, adaptée aux exigences particulières de la pratique commerciale internationale moderne. La dernière édition des Principes d'UNIDROIT publiée en 2016 se compose de 211 articles répartis en 11 chapitres, couvrant les sujets suivants : Dispositions générales, Formation et pouvoir des agents, Validité, Interprétation, Contenu, Droits et conditions des tiers, Exécution, Inexécution, Cession de droits, Transfert d'obligations, Cession de contrats, Délais de prescription, Pluralité d'obligés et de bénéficiaires. Voy. : les [Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international \(2016\) Page web](#).

⁸ Les Principes du droit européen des contrats (PECL) ont été rédigés par une commission internationale présidée par Ole Lando, Voy. : O. LANDO, « European Contract Law », *American Journal of Comparative Law*, 31, 1983, p. 653.

le représentant le plus sophistiqué de ce développement "transnational"⁹, avec d'autres régimes qui ont récemment fait leur apparition, notamment la *lex sportiva*¹⁰, la *lex digitalis*¹¹ et la *lex finanziaria*¹².

Comme nous l'avons vu, l'étude des contrats transnationaux dans le cadre du droit administratif va plus loin que la définition classique du droit transnational, qui consiste à réglementer « les actions ou les événements qui transcendent les frontières nationales »¹³. La "transnationalisation" du droit administratif¹⁴, dans le sens d'une science largement régulatrice¹⁵, explique l'importance croissante de la coopération public-privé et des contrats publics comme forme de gouvernance globale¹⁶. L'examen du rôle des acteurs et des instruments du droit des contrats publics dans le cadre d'une approche juridique transnationale fournit un cadre permettant de comprendre comment ce domaine de la

⁹ K. Hendrik Eller, « Transnational Contract Law », op. cit., p. 520

¹⁰ A. DUVAL, « Lex Sportiva: a playground for transnational law », *European Law Journal*, 19, 2013, pp. 822-842.

¹¹ L. VIELLECHNER, « Responsive legal pluralism, the emergence of transnational conflicts law », *Transnational Legal Theory*, 6, 2015, 312-332.

¹² K. HENDRIK ELLER, « Transnational Contract Law », op. cit., pp. 513-530.

¹³ P.C. JESSUP, *Transnational Law*, op. cit., p. 2.

¹⁴ P. ZUMBANSEN, « Transnational Law », op. cit., p. 743.

¹⁵ Voy.: A. AMAN, *The Democracy Deficit*, New York University Press, 2004.

¹⁶ S.W. SCHILL, « Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization », op. cit., p. 24, selon lequel le droit transnational de la sphère administrative « does not only cover trans-border aspects of administrative relations, such as the involvement of foreign interests or foreign laws, but encompasses administrative law and administrative relations in an all-encompassing way, including where no trans-border element is obvious, but is present in how a specific domestic legal norm came about or is applied, for example, by borrowing from a foreign legal system ».

gouvernance administrative « se défait de ses liens domestiques et s'ouvre à des influences normatives dépassant les conceptions étatiques du droit public »¹⁷.

En outre, l'impact des accords commerciaux internationaux et les règles relatives aux marchés et contrats publics, ainsi que le droit interne des contrats, montrent comment les instruments et les règles non étatiques visent à surmonter les limites territoriales des marchés publics¹⁸. Ils ne se contentent pas d'"internationaliser" la phase de passation des marchés publics, mais jouent également un rôle important dans le renforcement de l'impact de ces règles et principes internationaux capables d'affecter à la fois « la phase d'exécution des marchés publics et les droits et procédures des parties aux marchés publics »¹⁹.

Deuxièmement, les engagements contraignants du droit international public ne sont pas les seuls à avoir un impact sur les marchés publics dans les marchés transnationaux. Les marchés publics semblent exposés à un nombre croissant d'instruments de droit souple, dont l'impact n'est pas moins transformateur que les engagements internationaux contraignants, tels que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou, dans une perspective différente, la loi type sur les marchés publics²⁰.

En ce qui concerne les marchés publics et le domaine des contrats publics, il est nécessaire de considérer l'impact des principes et des Directives de l'Union européenne sur les marchés publics ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, tous

¹⁷ M. AUDIT et S.W. SCHILL, « Transnational Law of Public Contracts: An Introduction », op. cit., p. 9.

¹⁸ L. FOLLIOT-LALLIOT, « From the Internationalization of Rules to the Internationalization of Public Contracts: How International Instruments Are Reshaping Domestic Procurement Systems », in M. AUDIT et S.W. SCHILL (eds.), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 23-44; J. I. SCHWARTZ, « International Protection of Foreign Bidders Under GATT/WTO Law: Plurilateral Liberalization of Trade in the Public Procurement Sector and Global Propagation of Best Procurement Practices », in M. AUDIT et S.W. SCHILL (eds.), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 79 – 106.

¹⁹ M. AUDIT et S.W. SCHILL, « Transnational Law of Public Contracts: An Introduction », op. cit., p. 10.

²⁰ *Ibid.*, p. 12.

poursuivant l'objectif de l'intégration européenne²¹. Comme déjà souligné, l'une des différences entre les système juridique européen des contrats publics et les autres réside, en effet, dans l'objectif poursuivi d'intégrer les marchés concernés²². Les marchés publics transfrontaliers (et transnationaux) conjoints dans l'Union européenne reçoivent le soutien des institutions européennes, car une telle coopération peut contribuer au développement du marché intérieur et à l'intégration des États membres européens - l'objectif ultime de la politique de l'UE²³. Aux États-Unis, en revanche, les achats coopératifs entre différents États se sont développés comme un moyen de réduire les coûts et d'améliorer les résultats des marchés publics ; il n'y a pratiquement aucun objectif global d'intégration de l'économie américaine par le biais des achats coopératifs²⁴. Dans tous les cas, des effets transnationaux peuvent se produire, induisant des traitements différents dans chaque système juridique.

En effet, tous les États membres de l'UE n'attribuent pas la même signification au terme "contrat public". Lorsque ce terme est utilisé comme synonyme de "contrat administratif" ou, plus largement, de "contrat de droit public", la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne peut servir à combler les lacunes et à guider l'interprétation aussi des contrats publics transfrontaliers²⁵.

²¹ M. RACCA et C. R. YUKINS (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders, Droit Administratif / Administrative Law Collection*, Bruylant, Bruxelles, 2019. Voy.: C. VAJDA, « Law as a Tool to Build Cross-Border Markets: The Experience of the Court of Justice of the EU in Opening Up Government Contracts », *Public Contract Law Journal*, 2018, vol 47(3), pp. 357 et s.

²² G.M. RACCA et C. R. YUKINS, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in G. M. RACCA et C. R. YUKINS (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders, Droit Administratif / Administrative Law Collection*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 1-27.

²³ Commission européenne, *Recommandation sur la professionnalisation des marchés publics : Construire une architecture pour la professionnalisation des marchés publics*, C(2017) 6654 final, octobre 2017.

²⁴ G.M. RACCA et C. R. YUKINS, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », op. cit., p. 17.

²⁵ Les difficultés à trouver une définition commune du "contrat public" sont examinées par M. AMILHAT, « Classification of public contracts in the context of national laws », *Ius Publicum Network Review*, 2/2019.

De plus, la notion de contrat administratif transnational exige d'être distinguée des traités internationaux et de ceux qui pourraient constituer des accords entre gouvernements. Les formes de coopération donnant lieu à des marchés publics ayant des effets transnationaux sont fondées sur des coopérations horizontales entre pouvoirs adjudicateurs ou au moins un organisme public et un organisme privé.

Un exemple de coopération où le pouvoir de l'opérateur économique privé a affecté le contenu du marché public en obtenant une dérogation à la réglementation semble intéressant.

En fait, normalement, les opérateurs économiques ne disposent pas d'un pouvoir de négociation suffisant pour imposer les conditions d'un marché public, si ce n'est pour exercer une influence sur le contenu des marchés publics par le biais d'activités de lobbying ou d'efforts des organisations sectorielles ou de l'élaboration de contrats types. Néanmoins, il existe également des situations dans lesquelles les parties privées peuvent être en mesure de persuader le pouvoir adjudicateur de faire des concessions avantageuses, qui ne seraient généralement pas conformes à la politique du gouvernement.

L'exemple pourrait être l'affaire concernant la capacité de l'État français et des entités publiques à conclure valablement une convention d'arbitrage avec la société américaine Walt Disney dans les contrats liés à la construction du parc Euro Disney. L'investisseur américain a demandé l'insertion d'une clause d'arbitrage dans le contrat afin d'éviter le risque d'avoir des litiges devant les tribunaux français. En conséquence, le Parlement français a promulgué une loi spécifique pour autoriser la clause d'arbitrage pour le projet d'investissement, malgré le principe français qui empêche les organismes publics de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, mais uniquement aux tribunaux nationaux. Il s'agit d'un exemple de contrat public transnational où la coopération concerne une autorité publique (l'État français) en relation avec une société privée ayant son siège social dans un autre pays (les États-Unis).

Les préoccupations liées à l'asymétrie entre les acteurs publics et les acteurs privés dans les contrats publics transnationaux ont une nouvelle fois émergé et remis en question

l'idée de "souveraineté technologique" par rapport aux investissements publics prévus par les plans de relance post-pandémie pour la numérisation des administrations publiques dans l'UE. Il est bien connu que les institutions publiques de l'UE dépendent encore largement de contrats non européens pour la fourniture de services numériques et d'infrastructures digitales, ce qui a un impact sur la possibilité pour l'Union de développer des infrastructures numériques autonomes et expose les citoyens au traitement et à l'utilisation de leurs données par une juridiction étrangère (par *exemple*, le Cloud Act aux États-Unis)²⁶. La participation de consortiums entre entreprises nationales et étrangères aux appels d'offres nationaux pour l'attribution de services cloud nationaux pourrait entraîner des critiques dans les marchés publics "transnationaux" qui en résultent, en raison de l'application éventuelle de réglementations non nationales pour la gestion et le contrôle des données, comme mentionné ci-dessus²⁷. Les défis liés à l'élaboration de stratégies d'autonomie numérique au niveau national dans une perspective transnationale pourraient être surmontés par l'autonomisation des initiatives européennes vers la convergence des modèles de gouvernance des données et du numérique afin de permettre la gestion, l'accès et le contrôle des données appartenant aux citoyens et aux entreprises de l'UE²⁸. Comme on le verra plus loin, un autre exemple de ces préoccupations est fourni par le rôle des contrats transnationaux dans les nouveaux modèles d'organisation de la chaîne d'approvisionnement pour fournir des services et des biens aux

²⁶ La loi sur la clarification de l'utilisation licite des données à l'étranger ou Cloud Act (HR 4943) est une loi fédérale américaine adoptée en 2018 avec l'approbation du Consolidated Appropriations Act, 2018, PL 115-141, Division.

²⁷ En Italie, il convient de noter les partenariats entre Tim et Google, entre Amazon et Fincantieri (contrôlée à 71,6 % par Cassa Depositi e Prestiti, une banque d'investissement italienne sous contrôle public) et entre Microsoft et Leonardo (détenue à 30 % par le ministère de l'Économie) pour la participation aux appels d'offres de services « cloud » mentionnés.

²⁸ La Commission européenne a récemment proposé la naissance d'une initiative européenne en matière de cloud computing dans le cadre du deuxième pilier de la stratégie "Une stratégie européenne pour les données", parmi laquelle le projet "Gaia-X". Voy. : Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une stratégie européenne pour les données*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

autorités publiques et à l'État, comme cela s'est produit dans les achats d'urgence liés à la pandémie de Covid-19.

Un autre contrat découlant d'un traité international peut être considéré comme une source d'obligations contractuelles affectant les positions juridiques transnationales. On peut se référer, par exemple, au cas du tunnel italo-autrichien du Brenner (BTT), du tunnel Euralpine Lyon-Turin (TELT) et du gazoduc Nord Stream 2. Le projet BTT, basé sur un accord international, a impliqué une procédure ouverte pour l'attribution d'un contrat à un opérateur économique unique (ou à un consortium) en utilisant des documents bilingues, italien et allemand. Rédigé en conformité avec la loi italienne sur les marchés publics, l'accord stipulait que les contestations devaient être déposées en vertu du droit italien²⁹.

Le projet TELT de construction de la section transfrontalière de la ligne de train à grande vitesse Turin-Lyon peut également être considéré comme un exemple de phénomène juridique transnational. La ligne est divisée en trois tronçons (correspondant à de territoires distincts), chacun attribué à un partenaire différent : le segment italien, de Turin à Suse, a été confié à RFI (la société publique italienne propriétaire des chemins de fer italiens) ; le segment français, reliant Lyon à Saint-Jean-de-Maurienne, a été attribué à la SNCF, son homologue français ; le tronçon transfrontalier, de Suse à Saint-Jean-de-Maurienne, a été attribué à TELT (Tunnel Euralpin Lyon Turin). TELT est le promoteur public binational en charge de réaliser et d'exploiter la section transfrontalière de la ligne ferroviaire mixte. Il s'agit d'une société de droit français détenue à 50% par l'état français et par le 50% par l'état italien (par le biais du groupe *Ferrovie dello Stato*). La procédure étant toujours en cours,

²⁹ La première phase (1999-2003) a consisté en un avant-projet et une évaluation ; dans la deuxième phase (2003-2010), le projet a été finalisé et l'EIE réalisée ; la deuxième partie de la phase II (2007-2013) était la partie exploratoire ; la phase de construction a commencé en 2011. Les travaux de construction et l'équipement ferroviaire du tunnel de base du Brenner devraient être achevés en 2025. Après cela, il y aura une année d'exploitation test. Le tunnel sera pleinement opérationnel en décembre 2026. Voy.: Commission de l'UE, *Étude visant à permettre et à faciliter la préparation des projets de réseau central RTE-T Annexe 4 - Études de cas*, septembre 2016, 19. Commission de l'UE, *Soutien de la politique du marché intérieur en faveur de la croissance : Étude de faisabilité concernant la mise en œuvre effective d'une procédure commune de passation de marchés transfrontaliers par des acheteurs publics de différents États membres*, décembre 2016, p. 62.

le projet TELT confirme les avantages possibles de la coopération public-privé entre acteurs transnationaux³⁰.

Dans les cas susmentionnés, la relation de négociation sous-jacente impliquait deux États membres de l'UE, mais pas l'UE en tant que partie contractante. Dans une autre situation concernant le gazoduc Nord Stream 2, la relation transnationale se situait entre l'Union européenne et des pays tiers, avec plusieurs questions juridiques relatives à l'application de règles européennes et non européennes en relation avec la section de l'infrastructure à construire. La complexité réside également dans le fait que la partie européenne et la partie non européenne du projet sont juridiquement liées et que la réglementation d'une partie influence l'autre : en cas d'absence d'un accord international réglant la question, la partie non européenne du gazoduc pourrait être soumise au droit communautaire par le biais d'une extension territoriale³¹.

Néanmoins, la présente analyse des "contrats publics transnationaux" se concentrera sur la coopération horizontale et laissera de côté les traités et les accords gouvernementaux, car ils soulèvent des questions différentes.

Il est possible de maintenir ces cas en dehors de la définition plus stricte des marchés publics transnationaux afin de se concentrer sur les "situations administratives transnationales" horizontales liées aux contrats qui impliquent différents systèmes juridiques et formes de coopération. Cette coopération peut impliquer différents acteurs et le choix ou

³⁰ Voir les informations disponibles sur <https://www.telt-sas.com/en/home-en/>.

³¹ Précisément, la partie européenne de l'infrastructure devrait suivre les règles du troisième paquet énergie et la partie non européenne du NS2 pourrait soit être soumise à la législation européenne par extension territoriale, soit être régie par un accord UE-Russie portant sur l'ensemble du pipeline. Ce dernier devrait être conforme aux traités de l'UE, qui imposent explicitement à l'UE l'obligation de garantir la sécurité de l'approvisionnement énergétique et le fonctionnement du marché de l'énergie. Voy.: J. DUDEK et A. PIEBALGS, *Nord Stream 2 and the EU Regulatory Framework. Challenges ahead*, European University Institute, 2017, pp. 12-15, available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/14831fef-f4f2-11e7-be11-01aa75ed71a1/language-en>.

la combinaison de différents types de sources réglementaires (contraignantes et non contraignantes).

Il y a de nombreuses années, le contrat public était un élément mineur dans le paysage du droit administratif dans de nombreux pays européens, qui n'avaient pas un régime juridique distinct pour ces contrats. Aujourd'hui, sous l'angle de l'"État contractant" moderne, il est possible de s'attarder sur le rôle des formes coopératives de l'action administrative au lieu des actes unilatéraux, où l'influence extérieure est depuis longtemps discutée sous le titre de l'internationalisation du droit administratif ou, plus précisément, de l'eupéanisation du droit administratif, en particulier dans le secteur des marchés publics, comme on l'a vu. Cette évolution contribue à définir la manière dont les contrats publics sont conclus, exécutés et contestés devant les tribunaux, européens et nationaux. Par conséquent, le droit transnational des contrats publics peut être considéré comme un modèle du processus de formation et d'information de la complexité des processus administratifs multicentriques autour de l'activité transnationale.

2. EFFETS TRANSNATIONAUX DES MARCHÉS PUBLICS ET DES CONTRATS PUBLICS

Une recherche sur les contrats publics transnationaux peut utilement mettre en lumière tous les aspects qui ne sont pas entièrement couverts par les dispositions des directives européennes sur les contrats publics³², ce qui laisse la place pour les états de

³² DIRECTIVE 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; 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 ; 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.

réglementer les effets juridiques transfrontaliers des contrats publics selon leurs préférences / choix.

Comme on le sait, une directive européenne nécessite 27 mises en œuvre différentes dans les États membres. Les différents modèles de mise en œuvre (« *copy paste* », « *gold plating* ») déterminent les différentes approches adoptées par les systèmes nationaux des contrats publics.

Les directives sur les marchés publics traitent principalement de la phase de passation des marchés, il est donc encore plus difficile de choisir ou de combiner différentes règles concernant la phase d'exécution des marchés publics³³. Dans certains systèmes juridiques, l'exécution des marchés publics est régie par le droit public, dans d'autres par le droit privé, et les juridictions compétentes pour connaître des litiges sont également différentes. Ainsi, l'analyse des effets transnationaux est encore plus complexe dans la phase d'exécution que dans la phase d'attribution des contrats publics.

Il ne fait aucun doute que les marchés publics et les contrats publics sont des secteurs où les effets transnationaux peuvent être fréquents, en particulier dans les questions transfrontalières, que ce soit dans la phase d'attribution ou d'exécution.

L'une des innovations les plus ambitieuses de la directive européenne sur les marchés publics de 2014 était la "passation conjointe de marchés", que ce soit à l'intérieur d'un pays (en surmontant le cas traditionnel de l'entité adjudicatrice qui achète pour elle-même) ou, ce qui est encore plus difficile, lorsqu'elle est transfrontalière ou transnational. Cela implique une coopération (souvent entre des organismes de droit publics ou des

³³ G. M. RACCA, « The role of third parties in the execution of public contracts », in L. FOLLIOU-LALLIOT et S. TORRICELLI (eds.), *Contrôle et contentieux des contrats publics - Oversight and remedies in public contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 415-448; G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN et G. L. ALBANO, « Competition in the execution phase of public procurement », *Public Contract Law Journal*, 2011, Vol. 41, n. 1, pp. 89 -108.

centrales d'achat) entre différents pays et les effets connexes dans différents systèmes juridiques.

Pourtant, une telle coopération transnationale avait déjà été envisagée, bien qu'implicitement, dans la directive 2004/18/CE sur les marchés publics et la Commission européenne avait financé quelques projets pilotes en ce domaine.

La directive sur les marchés publics de 2014 autorise explicitement les pouvoirs adjudicateurs de différents états membres à coopérer dans le cadre de marchés publics transfrontaliers (et transnationaux) communs et interdit aux États membres d'interdire cette possibilité. Elle stipule explicitement que « Un État membre n'interdit pas à ses pouvoirs adjudicateurs de recourir à des activités d'achat centralisées proposées par des centrales d'achat situées dans un autre État membre »³⁴, indiquant que des dispositions nationales en contradiction avec ces dispositions seraient en infraction avec la directive³⁵.

Les marchés publics transfrontaliers et transnationaux ne doivent pas être utilisés dans le but d'éviter l'application des dispositions nationales obligatoires de droit public³⁶. Cette disposition semble mettre en garde contre l'utilisation intentionnellement faussée des règles nationales qui mettent en œuvre la directive sur les marchés publics dans les différents États membres, mais elle peut présenter une limite à l'application possible de lois multiples dans la passation et l'exécution de marchés publics transnationaux.

³⁴ Art. 39, par. 2, 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.

³⁵ G.M. RACCA et C. R. YUKINS, « *Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement* » op. cit., pp. 1-27.

³⁶ A. SANCHEZ-GRAELLS, « Is joint cross-border public procurement legally feasible or simply commercially tolerated? A critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study », *E.P.P.P.L.R.*, 2017, p. 16. Voir art. 39, Directive 2014/24/UE, par. 1, II partie : « Les pouvoirs adjudicateurs ne recourent pas aux moyens prévus dans le présent article dans le but de se soustraire à l'application de dispositions obligatoires de droit public conformes au droit de l'Union auxquelles ils sont soumis dans leur État membre ».

Le choix des dispositions d'un État membre n'empêche pas d'ajouter d'autres dispositions régissant la sélection et l'attribution, en fonction du système juridique dans lequel le contrat sera exécuté (par exemple, le certificat *anti-mafia* qui n'est requis que par la législation italienne) pour éviter un détournement intentionnel de la coopération pour permettre la participation d'opérateurs économiques qui, autrement, ne pourraient pas participer en vertu des dispositions nationales³⁷. Les stratégies conjointes de coopération en matière de marchés publics pourraient définir des modèles comprenant des clauses conformes aux différentes dispositions nationales et assurant la transparence pour la traçabilité et l'efficacité des dépenses publiques.

Les achats publics transfrontaliers et transnationaux permettent de consolider la demande publique dans plusieurs États, ce qui permet aux organismes publics de fournir des biens et services innovants et de meilleure qualité à leurs citoyens³⁸. Ce domaine est considéré par la Commission européenne comme un outil stratégique pour renforcer le marché intérieur européen, promouvoir le renforcement des capacités des pouvoirs adjudicateurs et faire progresser les objectifs environnementaux et sociaux ainsi que la croissance des PME situées au-delà des frontières et dans différents États membres³⁹.

³⁷ Si tout cela devait être prouvé, il pourrait s'agir d'un cas d'évitement intentionnel de dispositions obligatoires de droit public et par conséquent de la nullité du contrat : R. CAVALLO PERIN et G. M. RACCA, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in G. M. RACCA et C. R. YUKINS (eds.), *Public contracting and innovation: lessons across borders*, Droit Administratif / Administrative Law Collection (eds.), Bruxelles, Bruxelles, 2019, pp. 93-131. V. art. 1418 du code civil italien..

³⁸ R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », op. cit., p. 119; G.M. RACCA et S. PONZIO, « La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici », *Dir. Amm.*, XXVII, 1, 2019, pp. 33-82.

³⁹ Commission de l'UE, *Recommandation sur la professionnalisation des marchés publics : Construire une architecture pour la professionnalisation des marchés publics*, C(2017) 6654 final, octobre 2017 ; G. M. RACCA, « Aggregate models of public procurements and secondary considerations », in R. CARANTA et M. TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2010, pp. 165-178.

L'un des principaux objectifs de l'Union, comme on l'a vu, est la promotion de son développement et récemment, dans la pandémie, il a été souligné l'importance d'une coopération entre états membres dans les achats du secteur sanitaire⁴⁰.

En particulier, l'Union vise à réduire les disparités entre les niveaux de développement des différentes zones et à améliorer les zones les moins favorisées, en accordant une attention particulière aux régions transfrontalières⁴¹. Bien que plusieurs mécanismes efficaces de coopération transfrontalière existent déjà au niveau intergouvernemental, régional et local, la Commission européenne considère que « les programmes peuvent difficilement venir à bout des obstacles juridiques (notamment ceux qui sont liés aux services de santé, à la réglementation du travail, à la fiscalité ou au développement des entreprises) et des obstacles liés aux différences entre les cultures administratives et les cadres juridiques nationaux, puisque ceux-ci exigent de prendre des décisions au-delà des programmes et des structures de gestion de projets »⁴².

Cela a été démontré dans la récente proposition de règlement sur un mécanisme de résolution des obstacles juridiques et administratifs dans un contexte transfrontalier,⁴³ qui a souligné, à titre d'exemple, que les directives sur les marchés publics de 2014 contiennent 19 cas où les directives européennes ne prévoient que des normes minimales (par exemple pour la fixation de délais spécifiques), laissant la possibilité aux États de prévoir des normes

⁴⁰ L. FOLLIOT LALLIOT, et C. R. YUKINS, « COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal? », *Concurrences*, 2020, 3, pp. 46-58

⁴¹ Article 174 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁴² Commission de l'UE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un mécanisme de résolution des obstacles juridiques et administratifs dans un contexte transfrontalier*", COM/2018/373 final - 2018/0198.

⁴³ Commission de l'UE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un mécanisme de résolution des obstacles juridiques et administratifs dans un contexte transfrontalier*", COM/2018/373 final - 2018/0198. Sur ces aspects voir le chapitre sur la coopération transnationale municipale par S VAN GARSSE et L. VAN DER AUWERMEULEN dans le présent ouvrage collectif.

différentes et créant ainsi 19 occasions potentielles où les marchés publics transfrontaliers peuvent être particulièrement difficiles, car certains États membres appliqueront des délais plus longs que d'autres. La coopération entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs de différents États membres pour la passation de marchés conjoints doit tenir en compte de ces aspects et réguler les effets avec le choix de la législation d'un pays ou réaliser une harmonisation qui combine deux réglementations en identifiant le plus petit dénominateur commun qui satisfait les deux.

La mise en œuvre différenciée des directives européennes dans chaque État membre est un exemple de barrières juridiques (qui peuvent avoir des effets sur les services de santé, la réglementation du travail, les taxes, le développement des entreprises) qui, avec les barrières liées aux différences de cultures administratives et de cadres juridiques nationaux, devraient être abordées. Une coopération systématique entre pouvoir adjudicateurs – notamment centrales d'achats - d'états membres différentes par le biais d'un réseau de compétences peuvent ouvrir la voie au développement de systèmes juridiques capables de surmonter le nationalisme administratif, en favorisant ainsi l'harmonisation au cas par cas⁴⁴. En effet, la coopération transfrontalière (et transnational) dans le domaine de la demande publique peut aider à surmonter les obstacles juridiques découlant des « conflits entre les dispositions des différents pays »⁴⁵, ainsi que les obstacles pratiques liés barrières linguistiques. .

Malgré un certain nombre de financements (principalement *Interreg*) et d'instruments juridiques (principalement les GECT) pour la coopération transfrontalière au

⁴⁴ R. CAVALLO PERIN et G. M. RACCA, *Plurality and Diversity of Integration Models: The Italian Unification of 1865 and the European Union Ongoing Integration Process*, in *The Changing Administrative Law* (D. Sorace et L. Ferrara eds.), Giappichelli, Springer, 2021, 5-22.

⁴⁵ Voir Directive 2014/24/EU, considérant numéro 73.

niveau intergouvernemental, régional et local, jusqu'à présent, ils n'ont pas été suffisants pour résoudre les obstacles juridiques frontaliers dans toute l'Union.

Pour réduire la complexité, la durée et les coûts de l'interaction transfrontalière, la Commission européenne a proposé un mécanisme permettant d'appliquer, pour une région transfrontalière commune (*par exemple*, la France et l'Espagne), dans un État membre donné, la loi de l'État membre voisin (*par exemple*, la loi française) si l'application de sa propre loi (*par exemple*, la loi espagnole) présente un obstacle juridique à la mise en œuvre d'un projet commun (qui peut être une infrastructure ou un service d'intérêt économique général)⁴⁶.

Bien que le champ d'application du règlement proposé ne couvre que les régions frontalières communes, sur la base des éléments recueillis dans le cadre de l'expérience des frontières terrestres, ce modèle pourrait également être appliqué à une plus grande échelle, couvrant toute coopération possible - également en termes de contrat transnational - entre les États membres situés dans différentes régions de l'UE.

L'expérimentation de la conclusion de contrats administratifs ayant des effets transnationaux, dans les projets soutenus par la commission européenne (comme par exemple le projet *Happi*⁴⁷), a pour effet de développer une procédure de sélection des contractants (et d'exécution des marches) compatible avec différents systèmes juridiques. Cela pourrait aussi favoriser le développement de plateformes numériques (pour l'*e-procurement*) qui intègrent ces normes et réglementent toutes les étapes au fin de simplifier la coopération et les marchés conjoints, notamment dans de secteurs stratégiques comme la santé.

⁴⁶ Commission de l'UE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un mécanisme de résolution des obstacles juridiques et administratifs dans un contexte transfrontalier*", COM/2018/373 final - 2018/0198.

⁴⁷ Voir le par. 2.1.

2.1. Les marchés publics transnationaux et la promotion de l'intégration : expériences pertinentes.

Comme on l'a vu, les effets transnationaux des marchés publics peuvent être notés surtout du point de vue de la coopération horizontale entre les organisations professionnelles, telles que les centrales d'achat (CPB), par le biais de marchés publics transnationaux. Ces organisations pourraient véritablement promouvoir la participation de soumissionnaires de différents pays et améliorer la qualité du processus de sélection et d'exécution des marchés publics transnationaux au profit des parties prenantes finales de tout système de passation de marchés, les citoyens.

Pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir le maximum d'avantages au niveau transfrontalier, la coopération transnationale pourrait nécessiter la définition d'un ensemble de clauses communes applicables dans chaque pays, par exemple sur les motifs d'exclusion obligatoires, ce qui permettrait de renforcer l'harmonisation et d'exiger des conditions plus strictes ou de trouver le dénominateur commun minimal.

Les documents de passation de marché doivent prévoir les clauses de sélection, mais aussi les obligations contractuelles en cas de marchés publics transfrontaliers/transnationaux.

Le rôle de la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs dans la conception de marchés publics transnationaux fonctionnels devient essentiel pour définir les responsabilités de chaque partie ainsi que les dispositions nationales pertinentes sur l'exécution des contrats et les lois européennes et/ou nationales applicables⁴⁸.

⁴⁸ Le considérant 73 de la directive sur les marchés publics indique que les règles prévues par cette même directive devraient déterminer les conditions d'utilisation transfrontalière des DPC (ceci est l'abréviation de quoi ? il serait utile de le préciser la première fois que le terme est utilisé svp) et désigner la législation applicable en matière de marchés publics, y compris la législation applicable en matière de recours, dans les cas de procédures conjointes transfrontalières, en complétant les règles de conflit de lois du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil (Rome I). Voy.: F. S. MENNITI, N. DIMITRI, L. GITTO, F. LICHERE et G. PIGA, « Joint Procurement and

Cette législation est complétée par les règles européennes de droit international privé sur les conflits de lois (Rome I) permettant le choix d'une loi différente à appliquer dans la phase d'exécution du contrat, ce qui dépasse le champ d'application des directives européennes⁴⁹. Néanmoins, lorsqu'ils envisagent des situations transfrontalières, les États membres doivent définir les effets des contrats transnationaux, tels que les effets de la cession de créances aux tiers. L'incertitude actuelle quant à la loi applicable crée un risque juridique plus élevé dans les contrats publics transnationaux et transfrontaliers, et récemment, le risque d'incohérence dans le choix du forum national pour le règlement des litiges a conduit à reconsidérer l'objectif de promouvoir l'intégration entre les systèmes juridiques par le biais d'une "concurrence" dans le choix de la loi nationale applicable⁵⁰.

La prise en compte de tous ces aspects pourrait permettre d'éviter la concurrence entre les différents cadres juridiques et favoriser l'intégration juridique en harmonisant les documents d'appel d'offres et les clauses contractuelles de manière à définir les "termes et

the EU Perspective », in G. PIGA et T. TATRAI (eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, 2018, pp. 121-122.

⁴⁹ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (le "règlement Rome I"). Voy.: R. CAVALLO PERIN et G. M. RACCA, « Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration », in F. MERLONI et A. PIOGGIA (eds.), *European Democratic Institutions and Administrations*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 265-296.

⁵⁰ Le règlement Rome I ne couvrant pas la question des effets de tiers de la cession de créances, la Commission européenne a publié le 12 mars 2018 une proposition de nouveau règlement en la matière qui vise à réduire l'insécurité juridique existante par l'adoption de règles de conflit de lois uniformes à l'échelle de l'UE. La proposition permettrait de résoudre la question de la cession des créances également en cas de marchés publics transfrontaliers/transnationaux : même si, conformément aux principes d'égalité de traitement et de transparence, l'adjudicataire ne peut pas - sans remettre le marché en concurrence - transférer le marché ni les droits judiciaires y afférents à un autre opérateur, les simples réorganisations internes de l'adjudicataire, telles que les prises de contrôle, les fusions et acquisitions ou l'insolvabilité, ne nécessitent pas automatiquement de rétrocéder le marché (Dir. 24/2014/UE du 26 février 2014, considérant 110 et art. 72, par.1, let. d) ii) et peuvent en réalité poser la question des effets de tiers de la cession des créances judiciaires à l'encontre du pouvoir adjudicateur. Malheureusement, la proposition est toujours en cours. Voy. : Commission de l'UE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux effets aux tiers des cessions de créances* Bruxelles, 12.3.2018, COM(2018) 96 final, 2018/0044 (COD), disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0096&from=EN>.

conditions" parallèlement à l'exécution du contrat conformément aux lois nationales, ainsi que de promouvoir l'efficacité, la transparence, la responsabilité et l'intégrité des marchés publics grâce à l'interopérabilité transfrontalière et à l'échange de données dans l'exécution des marchés publics transnationaux⁵¹.

Une expérience pertinente pour promouvoir l'agrégation de la demande dans différents États membres et les effets transnationaux d'un marché public commun transfrontalier a été fournie par le projet HAPPI (*Healthy Ageing - Public Procurement of Innovation Project* (HAPPI Project)⁵². Avant la mise en œuvre des directives européennes sur les marchés publics de 2014, le projet HAPPI (financé par la Commission Européen en 2011), un projet très innovant dans le secteur des soins de santé, a mis en œuvre et géré un accord de consortium entre des partenaires européens, des experts en marchés publics et des institutions universitaires, avec pour objectif de passer des marchés publics conjoints de l'UE portant sur des solutions innovantes pour les personnes vieillissantes actives et en bonne santé. Le choix du droit français pour le modèle organisationnel (le *Groupement de commandes*) a permis de surmonter la première difficulté de la coopération entre cinq pays. Le droit français a également été choisi pour la procédure d'attribution d'un accord-cadre avec différentes lots (avec un seul opérateur économique et toutes les conditions définies) et composé de différents lots. Le document contractuel prévoyait que le choix de la loi régissant l'exécution du contrat était laissé aux partenaires nationaux et chacun a décidé d'appliquer son propre système juridique national. Néanmoins, les effets de l'application d'un contrat attribué en vertu du droit français en Italie, par exemple, exigeaient de traiter les effets

⁵¹ G. M. RACCA, « The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers », in D. DRAGOS et R. CARANTA (eds.), *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty?*, *European Procurement Law Series*, Vol 4, Djøf Publishing, Copenhagen 2012, pp. 373-395.

⁵² Voir les informations détaillées à l'adresse : <http://www.masterseiic.it/happi/>; Partenariat européen pour l'innovation, projet HAPPI : Appels d'offres transnationaux conjoints de l'UE, à l'adresse : https://ec.europa.eu/eip/ageing/public-procurement-platform/aha-innovative-solutions/5-happi-project-joint-transnational-eu-tenders_en. Le projet HAPPI a été financé par la DG Entreprises et industrie de la Commission européenne dans le cadre du programme-cadre pour l'innovation et la compétitivité (CIP) - réf. Appel ENT/CIP/II/C/N02C011.

transnationaux pour éviter le risque de conflits de lois. Différentes situations ont dû être traitées : par exemple, l'obligation pour les soumissionnaires de se conformer aux différentes dispositions non obligatoires incluses dans les transpositions nationales des directives. Les dispositions françaises auraient pu conduire au choix d'un fournisseur non conforme aux règles italiennes. L'administration italienne aurait dû recevoir une fourniture d'un fournisseur non conforme selon la loi nationale.

On peut également remarquer que l'accord à la base de la passation de marché conjointe a pu indiquer le droit français comme droit applicable à la phase d'attribution du contrat (ainsi que aux recours) et les droits nationaux à la phase d'exécution du contrat. Cela a simplifié la procédure de passation mais a également fourni un grand effort d'harmonisation des dispositions nationales relatives à l'exécution.

De ce point de vue, le projet HAPPI pourrait être un exemple de "contrat public transnational", dans lequel la coopération administrative du côté de la demande et la collaboration public-privé du côté de l'offre font respecter et harmonisent les règles précontractuelles et contractuelles applicables au cas particulier, en prévoyant dans le droit français les clauses permettant de traiter les éventuels conflits de lois dans le choix de l'adjudicataire et dans l'exécution ultérieure⁵³. La directive de 2014 sur les marchés publics transnationaux rappellent le principe de l'application du règlement Rome I en matière d'exécution des marchés publics, bien que dans le cas de HAPPI il ait été décidé d'appliquer des règles territoriales pour l'exécution⁵⁴.

⁵³ Le projet a été référencé dans l'*Étude de faisabilité concernant la mise en œuvre effective d'une procédure commune de passation de marchés transfrontaliers par des acheteurs publics de différents États membres* préparée pour la Commission de l'UE par le BBG, Ski et la Commission de l'UE, *Making Public Procurement Work in and for Europe*, 3.10.2017, COM (2017) 572 final : « in the HAPPI project, innovative solutions for healthy ageing have been procured jointly by contracting authorities in several Member States », recalling that « more than 20 healthcare organisations from France, Italy, Luxembourg, Belgium or Netherlands purchased HAPPI solutions ».

⁵⁴ Considérant 73 de la directive sur les marchés publics 24/2014.

En ce qui concerne les marchés publics transnationaux dans l'UE, il semble également possible de faire référence à la possibilité qu'une entité publique participe – en poursuivant l'intérêt public confié et sans préjudice pour le principe de concurrence - en tant que fournisseur (opérateur économique) à un marché public d'une entité publique d'un autre pays⁵⁵. Dans cette cas les effets transnationaux peuvent être mis en évidence dans l'attribution et l'exécution du marché. Cette possibilité a été admise par la Cour de justice de l'Union européenne qui a permis la participation d'organismes publics aux appels d'offres⁵⁶. Par conséquent, comme l'objectif principal du droit européen de contrats public est d'ouvrir le marché autant que possible dans le respect du principe de concurrence loyale, les contrats conclus entre plusieurs administrations publiques, ainsi qu'entre différents États membres, sont également envisageables.

Par exemple, les effets transnationaux d'un accord-cadre passé en France ou en Pologne et des marchés subséquents conclus dans un hôpital italien devraient répondre à des problématiques différentes comme dans le choix du fournisseur, ce qui pourrait être fait conformément au droit national sans aucun effort d'harmonisation. Ainsi, chaque fois que cela est prévu, la possibilité d'un effet direct serait l'acceptation de l'intégralité des règles de sélection, par exemple de la Pologne, en ce qui concerne les motifs de sélection. Cette possibilité pourrait ouvrir à un autre exemple d'effets transnationaux des marchés publics.

⁵⁵ Comme reconnu au niveau national par le Conseil d'état : Conseil d'État, Assemblée, 30/12/2014, 355563, Publié au recueil Lebon,

⁵⁶ Le droit communautaire définit la notion d'opérateur économique comme suit : « toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché ». (Art. 2, par. 1, n° 10 de la directive Eu n° 24/2014). Toutes les entités, « les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de personnes morales en toutes circonstances ». (Considérant 14 de la directive européenne n° 24/2014).

Il serait possible pour une entité publique de participer à un appel d'offres d'un autre État membre pour fournir un service⁵⁷. Cette possibilité pourrait constituer un autre exemple de l'effet transnational d'un contrat public⁵⁸.

D'autres exemples d'effets transnationaux dans les marchés publics sont apparus dans d'autres projets et ont conduit à la mise en place d'une équipe d'évaluation transfrontalière commune pour la formulation de spécifications techniques communes et de critères d'attribution⁵⁹, mais sans aucun marché public transfrontalier commun. Dans certains

⁵⁷ Voir l'affaire CoNisma : CJCE, arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 23 décembre 2009, *Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche*, affaire C-305/08. L'affaire concernait l'exclusion d'un consortium interuniversitaire (formé par plusieurs universités et ministères italiens) de l'appel d'offres lancé par la Région des Marches pour l'attribution d'un service portant sur l'acquisition de relevés stratigraphiques de sismicité marine, l'exécution de carottages et le prélèvement d'échantillons en mer. La juridiction de renvoi a demandé à la CJCE si les entités sans but lucratif qui ne sont pas nécessairement présentes sur le marché de manière régulière (*par exemple*, les universités et les instituts de recherche), ainsi que leurs groupements (ou consortiums), peuvent participer aux marchés publics et si une interprétation de la législation nationale, qui prévoit l'exclusion de ces entités d'une telle participation, est contraire à l'UE sur les marchés publics. Sur ce point, la CJCE a confirmé que les règles européennes permettent aux organismes de droit public (y compris les consortiums entre universités), relevant de la notion d'opérateur économique énoncée dans la directive, de participer aux appels d'offres en vue d'offrir des services sur le marché. CJCE, arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, affaire C-84/03. Selon la Cour, il n'est pas correct d'exclure les accords conclus entre les autorités publiques et d'autres organismes publics du champ d'application des directives européennes sur les marchés publics. La CJCE a déclaré que pour qu'il y ait un marché public, il suffit que " le contrat ait été conclu entre une autorité locale et une personne juridiquement distincte de celle-ci ".

⁵⁸ Voir aussi : Conseil d'État, Assemblée, 30/12/2014, 355563, Publié au recueil Lebon, Concernant la possibilité pour les groupements de communes tels que, en droit français, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de participer et de se voir attribuer d'un marché public pour répondre aux besoins d'une autre personne publique (en l'espèce, le département de la Vendée) dès lors que le principe de concurrence est sauvegardé. En particulier, selon le Conseil d'État, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage résultant des ressources ou des moyens qui lui sont alloués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, le cas échéant, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

⁵⁹ Projet "Public Administration Procurement Innovation to Reach Ultimate Sustainability" (PAPIRUS). Voy.: P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, « The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions », in G. M. RACCA et C. R. YUKINS (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 133-169.

cas, un consortium a été mis en place avec les fournisseurs pour définir les solutions développées lors des marchés publics pré-commerciaux⁶⁰.

2.2 Groupement européen de coopération territoriale (GECT).

La possibilité de créer un Groupement européen de coopération territoriale (GECT)⁶¹ parmi les organismes de droit public pourrait s'adapter à la coopération administrative aux fins de la passation conjointe de marchés transfrontaliers et de contrats transnationaux. La coopération pourrait être encore plus difficile, non seulement entre les entités adjudicatrices traditionnelles, mais plutôt entre les centrales d'achat situées dans différents États membres, comme le prévoient les directives sur les marchés publics⁶². Ça pourrait être la forme juridique de l'établissement d'une centrale d'achat européenne qui attribue des accords-cadres pour les différents États membres qui y participent. En période d'urgence, une expérience telle qu'un CPB aurait été d'une grande utilité.

Les GECT favorisent la coopération d'administrations publiques situées dans différents pays afin de répondre à des "intérêts économiques communs" qui peuvent également impliquer des contrats transnationaux. Selon le droit de l'Union européenne, le

⁶⁰ Projet sur le "Distributed European Community Individual Patient Healthcare Electronic Record" (DECIPHER). Voy.: VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, « The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions », op. cit., pp. 133-169.

⁶¹ Art. 39, par. 5 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 ; voir aussi le 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.

⁶² R. CAVALLO PERIN et G. M. RACCA, « *European Joint Cross-border Procurement and Innovation* », op. cit., p. 110.

GECT est doté de la personnalité juridique, créé pour promouvoir la coopération transfrontalière à un niveau transnational ou interrégional. Dans ce cas, « les pouvoirs adjudicateurs participants conviennent, par une décision de l'organe compétent de l'entité conjointe, que les règles nationales en matière de passation de marchés qui s'appliquent sont celles de l'un des États membres suivants: a) soit les dispositions nationales de l'État membre dans lequel se trouve le siège social de l'entité conjointe; b) soit les dispositions nationales de l'État membre dans lequel l'entité conjointe exerce ses activités »⁶³.

Néanmoins, les défis territoriaux et linguistiques liés à la diffusion de ces modèles coopératifs ont conduit à la création de cadres nationaux et régionaux hétérogènes et le degré de détail des règles nationales de mise en œuvre diffère encore considérablement⁶⁴.

L'intégration administrative entre les niveaux territoriaux transnationaux a été entravée par la complexité du cadre juridique national relatif à la création et à l'adhésion au GECT, et par la tendance des États membres à conserver leur souveraineté sur les politiques territoriales, ce qui en a limité l'application⁶⁵.

Comme l'indique une analyse récente de la Commission européenne, certaines législations nationales incluent des orientations extrêmement techniques telles que des

⁶³ Art. 39(5), Dir. 2014/24/EU. Toutes les autorités d'approbation ont adopté le règlement initial sur le GECT (CE) 1082/2006/CE du 5 juillet 2006, mais seules 23 des 54 autorités d'approbation auront adopté le règlement sur le GECT tel que modifié par le règlement (UE) 1302/2013 d'ici décembre 2017. Depuis l'introduction du GECT en 2006, 69 GECT ont été fondés dans l'UE avec diverses autorités locales, régionales et nationales ainsi que d'autres membres. Il y a actuellement 68 GECT, car l'un d'entre eux a été fermé en 2017. Voy.: Commission de l'UE, *Évaluation de l'application du règlement sur les GECT*, Rapport final, avril 2018, 2 ; Commission de l'UE, *Coopération territoriale européenne. Construire des passerelles entre les peuples*, 2011.

⁶⁴ R. CAVALLO PERIN et G. M. RACCA, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », op. cit., p. 119.

⁶⁵ Parlement européen, *Groupe européen de coopération territoriale en tant qu'instrument de promotion et d'amélioration de la coopération territoriale en Europe*, juillet 2015 ; Comité des régions, *Conclusions du Comité des régions sur la consultation conjointe. La révision du règlement (CE) 1082/2006 relatif au groupement européen de coopération territoriale*, 2010.

descriptions de tâches, des procédures d'approbation et des dispositions relatives au personnel des GECT, ou des procédures d'enregistrement dans leurs États membres. D'autres dispositions se concentrent sur des critères sélectifs pour aider les GECT à s'installer sur le territoire de l'autorité d'approbation. Ainsi, bien que la modification du règlement initial sur les GECT ait considérablement facilité l'activité de ces derniers, il est encore possible de clarifier davantage ces règles et d'en assurer la sécurité juridique⁶⁶.

Concernant l'Accord de coopération sanitaire transfrontalière signé par la France et l'Espagne pour la constitution du Groupement européen de coopération territoriale relatif à l'Hôpital de la Cerdagne, il est précisé que le droit applicable également pour la passation des marchés est le droit espagnol et le droit de la communauté autonome de Catalogne ; les règles et principes du droit français sont également applicables, le cas échéant, en ce qui concerne l'objet et les entités concernées⁶⁷.

3. LES MARCHES PUBLICS CONJOINTS ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS DE DIFFERENTS ÉTATS MEMBRES. LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT TRANSNATIONALE.

⁶⁶ Commission européenne, *Évaluation de l'application du règlement GECT*, Rapport final, avril 2018, p. 10.

⁶⁷ Selon l'art. 9 de la convention relative à la coopération sanitaire transfrontalière et la constitution du groupement européen de coopération territoriale (GECT) de l'hôpital de Cerdagne: « Le droit applicable pour l'interprétation et l'application de la présente convention est le droit de l'État et de la communauté autonome espagnols , sans préjudice de l'interprétation herméneutique du droit communautaire applicable et du droit français quand son intégration est nécessaire en raison de la matière ou des sujets affectés ». Selon l'art. 1.3 des Statuts du GECT : « La passation des marchés publics de biens et de services est assujettie aux règles du droit espagnol qui réglementent la passation des marchés des groupements européens de coopération territoriale ainsi que , le cas échéant , aux règlements du droit communautaire ».

Les marchés publics conjoints transfrontaliers et transnationaux permettent aux acheteurs publics de diversifier leurs chaînes d'approvisionnement, ce qui réduit fortement le risque que ces chaînes d'approvisionnement s'effondrent - ou, concomitamment, que les prix deviennent incontrôlables - lorsque des urgences locales ou mondiales ou des catastrophes naturelles surviennent, comme cela arrive inévitablement⁶⁸. La propagation de la pandémie de Covid-19 a nécessité non seulement des efforts nationaux pour gérer les marchés publics, mais, comme elle exige une réponse mondiale, elle a également constitué un "test de résistance" pour les relations interétatiques et la gestion de la chaîne d'approvisionnement, notamment par les organisations internationales régionales et mondiales⁶⁹.

Pendant l'urgence liée à l'épidémie de Covid-19, la gestion de la chaîne d'approvisionnement en équipements de protection individuelle (EPI) et en médicaments par le biais de contrats publics transnationaux, grâce auxquels les produits de première nécessité étaient rendus accessibles aux citoyens afin de protéger le droit à la santé de la communauté, a échoué en raison d'interruptions continues de l'approvisionnement en lits, médicaments, dispositifs médicaux et ressources humaines, ainsi qu'en raison de la mauvaise coordination et de la concurrence entre les acheteurs publics aux niveaux national, régional et mondial.⁷⁰ Certains ont insisté sur le fait que les États devraient être peu enclins à prendre des risques lorsqu'ils font des choix susceptibles d'affecter la mortalité et la morbidité de la population;

⁶⁸ G.M. RACCA et C. R. YUKINS, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », op. cit., p. 15.

⁶⁹ S. VAN HECKE, H. FUHR et W. WOLFS, « The politics of crisis management by regional and international organizations in fighting against a global pandemic: the member states at a crossroads », *International Review of Administrative Sciences*, January 2021.

⁷⁰ L. FOLLIOU LALLIOT, et C. R. YUKINS, « COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal? », *Concurrentes*, 2020, 3, pp. 46-58; G. L. ALBANO, « *Homo homini lupus: on the consequences of buyers' miscoordination in emergency procurement for the COVID-19 crisis in Italy* », *Public Procurement Law Review*, 2, 2020, pp. 213-219.

au contraire, l'urgence de la pandémie en cours appelle des solutions coûteuses et directes qui ont mis au défi le niveau de responsabilité démocratique⁷¹.

La pandémie a mis en évidence les difficultés ainsi qu'une encore faible capacité de coopération entre états européens finalisé à la passation de marchés transnationaux conjoints. La première réaction à l'urgence avait été la fermeture des états et la concurrence entre eux, puis lentement dépassée par les institutions européennes⁷²

L'Union européenne, en collaboration avec les États membres, a pris des mesures pour lutter contre l'impact destructeur de la chaîne d'approvisionnement dans le secteur des soins de santé grâce à l'initiative de l'accord de passation conjointe de marchés (*Joint Procurement Agreement - JPA*)⁷³. Le JPA est un mécanisme de passation de marchés en collaboration entre la Commission européenne et les États membres pour l'achat conjoint de biens et d'équipements médicaux afin de répondre aux menaces sanitaires transfrontalières dans l'espace européen. Le JPA vise à éviter la duplication des procédures d'achat au niveau national et donc la concurrence entre les acheteurs pour l'approvisionnement en fournitures dont ils peuvent tous avoir besoin, mais en quantités différentes et à des moments différents. De tels mécanismes de coordination, correctement abordés et gérés par des équipes d'experts des centrales d'achat, permettent de faire face au dérèglement de la chaîne d'approvisionnement avec un approvisionnement public coordonné et des décisions

⁷¹ S. ROSE-ACKERMAN, « La décision publique, l'expertise et le droit III. Time and Virus », in www.chemins-publics.org, 19/07/2021.

⁷² L. FOLLIOU LALLIOT, et C. R. YUKINS, « COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal? », *Concurrences*, 2020, 3, pp. 46-58;

⁷³ Le JPA a été signé par l'Italie le 16 octobre 2014. Au 30 mars 2020, il a été signé par 27 pays de l'UE et le Royaume-Uni. Voy.: R. CAVALLO PERIN et G. M. RACCA, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », op. cit., p. 116; T. KOTSONIS, « EU procurement legislation in the time of COVID-19: fit for purpose? », *P.P.L.R.*, 2020, 4, pp. 199-212.

spécifiques au cas par cas par les autorités publiques sur la façon de distribuer les volumes pour ceux qui en ont le plus besoin, selon les principes de solidarité et de cohésion sociale⁷⁴.

L'accord n'est pas un traité international au sens de la Convention de Vienne⁷⁵, mais précisément un acte exécutif de prévisions budgétaires⁷⁶, en vue d'appliquer le droit de l'Union européenne et les principes communs aux États membres, en réservant tout litige à la compétence exclusive de la CJCE⁷⁷. Il convient de noter que les règles financières de l'UE, applicables au *Joint Procurement Agreement (JPA)*, ne sont pas les mêmes que celles des directives européennes sur les marchés publics mais partagent leur approche de garantie pour protéger les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination⁷⁸.

⁷⁴ Sur ce sujet voir: G. SDANGANELLI, « Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica », *DPCE online*, 2, 2020, pp. 2323-2346.

⁷⁵ La Convention de Vienne sur le droit des traités est un traité relatif au droit international applicable aux relations négociées entre États souverains. La convention a été adoptée le 22 mai 1969.

⁷⁶ L'accord est fondé sur le règlement délégué (UE) n° 1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux modalités d'application du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (désormais règlement (UE, Euratom) 2018/1046). Le JPA est un accord entre la Commission et les États membres participants qui met en œuvre une disposition d'un acte législatif, à savoir l'article 5 de la décision 1082/2013/UE.

⁷⁷ Les articles 272 et 273 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui prévoient explicitement la possibilité d'élire la juridiction de la Cour de justice pour les accords auxquels l'Union est partie ainsi que pour les litiges entre États membres concernant la matière des traités. Les principes du libre consentement et de la règle *pacta sunt servanda*, inclus dans le droit international coutumier, sont des sources du droit de l'Union et s'appliquent également dans l'ordre juridique européen. Ces principes incluent la liberté pour les parties à un accord de choisir une loi applicable et, comme le précise également la Convention de Vienne (art. 3), incluent la liberté pour les parties de conclure un accord non régi par le droit international et donc exclu du champ d'application de la Convention. Les États membres de l'Union ont donc la possibilité de choisir, dans le cadre d'un accord défini conventionnellement, la discipline matérielle et procédurale applicable, y compris la définition des règles de compétence. Sur ce point, voir : Commission de l'UE, *Considérations sur la base juridique et la nature juridique de l'accord de passation conjointe de marchés*, 10 avril 2014, disponible à l'adresse suivante :

https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/jpa_legal_nature_en.pdf.

⁷⁸ Article 160, règlement (UE, Euratom) 2018/1046. Il est exigé que les règles et principes applicables aux marchés publics passés par les institutions de l'Union, comme la Commission européenne dans le cas des

Pendant l'épidémie de coronavirus, la Commission européenne, au nom des États, a lancé plusieurs appels d'offres pour l'achat d'équipements et de fournitures médicales, même si la situation réelle concernant le calendrier, la quantité des achats et les résultats est encore incertaine⁷⁹. Bien que le mécanisme du JPA ait été adopté par les 27 États membres, ce modèle et, en général, les marchés publics d'urgence ont fait l'objet d'un examen approfondi pendant la crise de Covid-19. Dans cette optique, la Commission européenne a récemment proposé de modifier le JPA afin de garantir une meilleure préparation et une meilleure réponse aux crises futures. Cette proposition vise à introduire une "clause d'exclusivité" afin de réduire le risque de concurrence interne entre l'UE et les États membres pour l'achat d'un même médicament ou vaccin par le biais de procédures ou de négociations parallèles. Il s'agit d'un changement important par rapport au JPA actuel, qui n'empêche pas les pays participants de négocier bilatéralement en parallèle à l'initiative conjointe et qui permet à plusieurs pays de former des alliances plaçant les intérêts nationaux avant l'intérêt commun de l'UE dans

marchés publics le JPA soient conformes aux règles énoncées dans la directive 2014/23/UE (considérant 96 ; article 161).

⁷⁹ Les procédures ont été menées conformément aux conditions strictes énoncées dans le règlement (UE, Euratom) 2018/1046. Le premier appel d'offres conjoint pour les EPI dans le cadre de le JPA a échoué. Le 12 mars 2020, un avis sur TED a été publié indiquant que le lot n° 1 (protection oculaire) et le lot n° 2 (protection respiratoire) n'ont pas été attribués car « no tenders or requests to participate were received or all were rejected ». Six pays ont apparemment choisi de ne pas participer : Bulgarie, Danemark, France, Lituanie et Portugal. Finlande. Le 17 mars 2020, la Commission a lancé un appel d'offres pour des catégories supplémentaires d'équipements de protection individuelle pour la protection oculaire et respiratoire, auquel 25 États membres ont participé. Les producteurs ont fait des offres couvrantes et même dépassant les quantités demandées par les États membres qui participent à l'appel d'offres. Le 17 mars 2020, la Commission a lancé un appel d'offres pour les ventilateurs et les équipements respiratoires auquel 25 États membres ont participé, tandis que le 18 mars, la Commission a lancé un nouveau marché public pour les kits de test des équipements de laboratoire auquel 19 États membres ont participé. Le 8 avril 2020, la Commission, DG Santé et sécurité alimentaire, a annoncé son intention d'attribuer un marché pour la fourniture d'équipements de laboratoire pour le diagnostic contenant 6 lots sur des écouvillons de prélèvement d'échantillons, des boîtes de transport d'échantillons, des kits de détection/extraction, des réactifs, des machines de laboratoire et d'autres équipements. Voir les informations et données disponibles sur <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:119976-2020:HTML:IT:HTML&tabId=1&tabLang=en> et https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_523. Voy : S. SMITH, " COVID-19 and the EU joint procurement agreement on medical countermeasures ", *P.P.L.R.*, 4, 2020, pp. 124-128.

l'achat d'EPI et de médicaments. Quoiqu'il en soit, cette clause pourrait également être contre-productive, car elle pourrait décourager la participation de certains pays à l'APP, en particulier les pays ayant un pouvoir de levier élevé et la capacité d'obtenir des prix et des conditions avantageux sur le marché⁸⁰.

Le renforcement de la stratégie européenne en matière de vaccins Covid-19 a conduit à la conclusion d'accords d'achat anticipé (APA) entre la Commission européenne, au nom des États membres, et des entreprises de fabrication de vaccins de l'UE et de pays tiers qui, en tant qu'exemple de contrats publics transnationaux, devront permettre la réalisation effective des intérêts publics et privés des deux parties⁸¹. La question des effets de ces contrats dans les systèmes juridiques nationaux est encore en cours d'évaluation, notamment en ce qui concerne les limites de la possibilité de négociations parallèles en cas de pénurie de fournitures.

L'expérience transatlantique de Covid-19 a également mis en évidence les aspects critiques de la gestion de la chaîne d'approvisionnement mondiale. Aux États-Unis, les différents États ont réagi très différemment à la pandémie, en fonction notamment de leurs structures organisationnelles et de leurs préparatifs à la catastrophe. Pour aider les États à mieux se préparer, un "modèle de maturité" a été élaboré pour évaluer les systèmes d'approvisionnement des États, en prévision de futures catastrophes. Les résultats d'une étude récente suggèrent qu'une gouvernance et une coopération centralisées et accrues entre les

⁸⁰ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux menaces transfrontalières graves pour la santé et abrogeant la décision n° 1082/2013/UE*, Bruxelles, 11 novembre 2020 COM(2020) 727 final 2020/0322 (COD).

⁸¹ La "Stratégie européenne en matière de vaccins" a été lancée par la Commission européenne le 17 juin 2020. Voir https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1103. La Commission de l'UE supervise la gestion d'une procédure centrale unique de passation de marché au nom des États membres pour la signature d'accords préalables d'achat (Advance Purchase Agreements – APAs) avec les fabricants de vaccins retenus. Il est prévu que les APAs prévoient que l'accès aux doses de vaccin sera attribué aux États membres participants en fonction de la répartition de la population.

États fédéraux des États-Unis en matière d'achats pourraient permettre une meilleure réponse lors de futures perturbations de la chaîne d'approvisionnement. Les achats coopératifs, également dans les expériences passées, ont permis une coordination, une meilleure exploitation du volume du pouvoir d'achat de l'État et une application plus efficace de l'expertise en matière de passation de marchés dans une situation de marché difficile⁸².

La pandémie de Covid-19 a montré comment les chaînes d'approvisionnement à grande échelle et multi-structurées, créées par des organisations privées, acquièrent de plus en plus un rôle transnational, en particulier lorsqu'elles visent à produire des biens et des services d'intérêt "public" devant être achetés conjointement par des acheteurs nationaux et régionaux, par exemple la chaîne d'approvisionnement en EPI pour les soins de santé pendant la pandémie, ou encore dans le domaine des services TIC pour la sphère publique⁸³. Les

⁸² National Associations of State Procurement Officials (NASPO), *Assessing State PPE Procurement During COVID-19: A RESEARCH REPORT*, mars 2021, disponible sur : https://www.naspo.org/wp-content/uploads/2021/03/2021_COVIDReport_FINAL.pdf. Pour plus de détails sur le débat, voir : <https://publicprocurementinternational.com/2021/04/06/naspo-study-of-state-procurement-in-the-pandemic-key-lessons-learned/>. L'étude s'est appuyée sur plus de 100 heures d'entretiens menés par l'équipe de recherche académique parmi lesquels : Les professeurs Robert Handfield (North Carolina State University), Zhaohui Wu (Oregon State University), Andrea Patrucco (Florida International University), Christopher Yukins (George Washington University) et Thomas Kull (Arizona State University), le personnel chargé des achats, les fournisseurs et les représentants des États. Pour une analyse complète du modèle NASPO, voir J.B. KAUFMAN, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in G.M. Racca et C.R. Yukins (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in Droit Administratif/Administrative Law Collection (eds), Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 65–91.

⁸³ Aux États-Unis, les plateformes privées de commerce électronique comme Amazon.com ou Walmart.com entrent sur le marché des marchés publics de moindre valeur grâce à l'efficacité qu'elles assurent, même en période d'urgence. Voir : Précisément, le Congrès américain a inclus des dispositions pour permettre l'expérimentation d'une méthode d'achat innovante : l'"amendement Amazon" ou "Amazon.gov" ; la Section 846 de la « National Defense Authorization Act » (2018 NDAA) a établi des règles pour l'utilisation des portails électroniques pour l'achat d'articles commerciaux sur étagère (COTS) qui nécessitent un niveau avancé de personnalisation non disponible par le biais de solutions standard. Ils sont cependant évidents que les criticités liées à un tel choix. À cet égard, voir P. MCKEEN, « The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon », in G. M. RACCA et C. R. YUKINS (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders, Brussels*, 2019, pp. 373-386.

chaînes d'approvisionnement transnationales et transatlantiques pourraient faciliter les urgences futures et réduire les effets indésirables de crises sanitaires et/ou environnementales futures et plus graves.

Ces chaînes de nature privée rassemblent souvent de multiples fournisseurs dans des réseaux décentralisés administrés par la gouvernance contractuelle, qui constituent un paysage réglementaire qui ressemble presque à un ordre juridique⁸⁴. Sur le plan fonctionnel, la gouvernance privée dans les régimes de chaînes d'approvisionnement "combine des éléments de pouvoir législatif, administratif et juridictionnel", de sorte que la qualification de "privée" devient « trop réducteur, non seulement parce que les chaînes de valeur ont des répercussions dans la vie réelle ("publique"), mais aussi parce que le contrat sert de forum à des valeurs et des discours concurrents allant au-delà de l'efficacité (considérations sociales, environnementales et d'intégrité)»⁸⁵.

En effet, comme l'une des critiques de l'approche juridique transnationale est qu'elle qui a accéléré l'effondrement de la dichotomie privé/public en faveur du premier, les contrats publics transnationaux et la sphère publique pourraient retrouver leur rôle de régulation de la chaîne d'approvisionnement privée qui, autrement, se transformerait en "pratique d'auto-validation" et créerait sa propre structure et ses propres sources de légitimité⁸⁶.

L'expérience de l'urgence a révélé la nécessité de développer la coopération européenne en matière de marchés publics transfrontaliers et de définir des procédures de

⁸⁴ G. GEREFFI, *Global value Chains and Development. Redefining the Contours of 21st Century Capitalism*, Cambridge University Press, 2018.

⁸⁵ K. HENDRIK ELLER, « Transnational Contract Law », op. cit., p. 522; J.M. SMITH, « Private Law in a post-national Society. From ex post to ex ante governance », in M. MADURO, K. TUORI et S SANKARI (eds.), *Transnational Law, Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, 2014, pp. 307-320.

⁸⁶ K. HENDRIK ELLER, « Transnational Contract Law », op. cit., 522.

sélection communes ou sur la base du règlement financier de la Commission pour des contrats passés par les institutions européennes. Toutefois, le moyen le plus efficace serait peut-être d'envisager une coopération entre les centrales d'achat de différents états membres, qui mettraient en place une plateforme numérique commune avec des règles de sélection compatibles et transparentes et des règles simplifiées à mettre en œuvre dans les différents États membres (dans la phase d'exécution du contrat). Une telle plateforme numérique permettrait de faire face aux urgences et de faire participer de nombreuses entreprises européennes aux différents lots de fournitures de l'accord-cadre, dont les qualifications pourraient déjà être vérifiées à l'avance, évitant ainsi de fraudes de « fournisseurs improvisés » lorsqu'une urgence se présente.

4. CONCLUSIONS.

Bien que différentes catégories et types de contrats publics transnationaux puissent être reconnus, la difficulté d'enregistrer et d'acquérir systématiquement des effets transnationaux nouveaux et diversifiés peut représenter une limite à la possibilité même de dresser un inventaire exhaustif.

Elle est également utile pour souligner l'importance de la coopération horizontale entre les entités adjudicatrices de différents pays.

Les effets transnationaux peuvent être considérés entre les pays européens et non européens, comme cela sera bientôt défini dans les relations avec, par exemple, le Royaume-Uni post-Brexit.

Cependant, il semble très intéressant et d'actualité d'examiner les problèmes liés aux marchés publics entre pays européens en relation avec les effets transnationaux qu'ils peuvent avoir. En fait, on constate que la présence de directives européennes n'a pas résolu les problèmes car ce n'est que récemment que l'Union européenne a commencé à considérer et à encourager les achats groupés transnationaux comme une coopération publique horizontale

entre pouvoirs adjudicateurs, indépendamment des traités internationaux et des accords intergouvernementaux.

La perspective des effets transnationaux des contrats publics pour mettre en évidence les défis de l'intégration européen.

Le principe d'intégration de l'UE, tel qu'évoluant après l'urgence, pourrait devenir un levier pour augmenter les marchés publics et les contrats transnationaux conjoints pour l'Europe, passés par les institutions de l'UE, ou par un réseau d'entités adjudicatrices, principalement des CPB, qui pourraient connaître le marché et coordonner efficacement les activités d'achat, poursuivant également des objectifs communs de politique industrielle, au profit des citoyens.

***Abstract.** The complex regulatory perspective of transnational public contracts is discussed in this article. Drafting, negotiation and execution within European Member States as well as worldwide. The perspectives and criticalities of transnational public contracts will be highlighted by referring to the current state of the legal framework or to case studies. The article aims at highlighting how the transnational effects of public contracts, also after the pandemic, can be a further driver to address the challenges and opportunities of European integration.*