

quant, la décision finale de la Cour est difficile à interpréter, car si elle considère que la directive s'applique, les implications de son application ne sont pas détaillées.

4

Interprétation des obligations découlant de la directive 98/34/CE²⁶

La Cour a clairement rappelé que les obligations de notification des mesures nationales ne courraient que si la mesure entrait dans le champ d'application de l'article 1^{er} de la directive 98/34/CE. Une question préjudicielle a été posée dans le cadre d'un litige opposant Intercommunale Interomane s.c.r.l. et la Fédération de l'industrie et du gaz, association sans but lucratif, à l'État belge au sujet d'une réglementation concernant les prescriptions minimales de sécurité de certaines anciennes installations électriques sur les lieux de travail. Cette question porte sur la nécessité de notifier en application de la directive 98/34/CE une telle réglementation. La Cour a considéré que des telles mesures ne pouvaient pas être qualifiées de règles techniques, ou de spécifications techniques, ou bien encore de mesures interdisant la fabrication, l'importation et la commercialisation ou l'utilisation du produit.

5

Conclusion générale

En conclusion, il apparaît que la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative continue à être étendue. En effet, les interprétations données par la Cour dans les affaires de cette année démontrent sa volonté d'inclure de donner à cette notion un champ d'application très vaste. De plus, les effets pervers des jurisprudences *Keck* et *Mithouard* continuent à être « corrigés » et la Cour recherche donc toujours la formule permettant de séparer le bon grain de l'ivraie.

Enfin, il faut noter le nombre de cas où la Cour se trouve en désaccord avec son avocat général²⁷. Cela peut s'expliquer de différentes manières, la principale étant la complexité grandissante du droit de l'Union qui permet le développement d'interprétations divergentes.

Rodolphe MUNOZ²⁸

(26) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, J.O. L 204 du 21 juillet 1998, pp. 37-48.

(27) En règle générale, les oppositions sont rares. En effet, normalement moins de 20% des affaires sont rendues avec des conclusions contraires. Voy., en ce sens, les statistiques judiciaires se trouvant sur le site de la Cour de justice : http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-03/ra09_stat_cour_final_fr.pdf.

(28) Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à munozrodolphe@hotmail.com.

Les marchés publics dans l'Union européenne^(*)

LA COUR S'EST PRONONCÉE EN 2010 à propos des relations entre les directives marchés publics et les conventions collectives de travail, les privatisations et créations de structures mixtes, les déchets et les exceptions prévues par les articles 51, 62 et 106, § 2, du T.F.U.E. La notion de contrat « à titre onéreux » a également été affinée, cette notion impliquant que le marché public « comporte un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur ». En matière de concessions, l'obligation de transparence qui préside à leur attribution et à leur condition d'octroi peut également jouer à l'égard du concessionnaire et à l'égard de certaines modifications qui interviennent en cours d'exécution du contrat. Enfin, l'année 2010 a été prolifique en ce qui concerne les relations entre les directives recours et les recours internes.

1

Champ d'application *ratione personæ*

1. — Absence d'autonomie décisionnelle. — Mettre en œuvre un choix prédéfini, en l'occurrence dans le cadre d'une convention collective de travail, ne dispense pas de la qualité de pouvoir adjudicateur. En effet, d'une part, les directives ne font pas de distinction, pour cet aspect, entre les marchés ayant trait à la satisfaction de besoins d'intérêt général et ceux qui y sont étrangers. D'autre part, il apparaît que ladite C.C.T. a été négociée notamment par des représentants des entités en cause, lesquels ont pu exercer une influence, à tout le moins indirecte, sur ladite décision¹.

2

Champ d'application *ratione materiæ*

A. — De nouvelles exclusions ?

2. — La Cour s'est prononcée à propos des relations entre les directives marchés publics et les conventions collectives de travail (1), les privatisations et créations de structures mixtes (2), les déchets (3) et l'exception prévue par l'article 106, § 1^{er}, du T.F.U.E. (4).

1. — Les conventions collectives de travail (C.C.T.)

3. — Principe. — Les contrats qui appliquent une décision figurant dans une C.C.T. — en l'occurrence, la gestion de l'assurance vieillesse complémentaire — échappent-ils, en raison

de leur nature et de leur objet (des droits sociaux négociés entre partenaires sociaux), à l'application des directives marchés publics? La Cour rejette la soustraction automatique de ces contrats tout comme elle le fait dans d'autres matières pour d'autres droits fondamentaux : « le caractère fondamental du droit de négociation collective et la finalité sociale [de la C.C.T.] ne sauraient, en tant que tels, impliquer la soustraction automatique des employeurs communaux au respect des exigences découlant des directives 92/50 et 2004/18 » ; en outre, à la différence de l'objectif poursuivi, « la désignation d'organismes et d'entreprises dans une convention collective ne touche pas à l'essence du droit de négociation collective »².

Ne pourrait-on toutefois tirer argument de la jurisprudence *Albany* (C-67/96) et *Van der Woude* (C-222/98) qui exonère du droit de la concurrence un régime de pension complémentaire créé par une C.C.T.? La comparaison n'est pas de mise, car « la circonstance qu'un accord ou une activité sont soustraits au champ d'application des dispositions du Traité relatives à la concurrence n'a pas pour conséquence automatique que cet accord ou cette activité sont également soustraits au respect [...] de ces directives, dès lors que ces dispositions respectives répondent, les unes et les autres, à des conditions d'application propres »³. Les directives marchés publics doivent donc être respectées lors de l'attribution de contrats qui procèdent de l'application d'une C.C.T.

4. — Compatibilité. — Il convient ensuite d'examiner si les exigences découlant de ces directives se concilient avec les objectifs sociaux poursuivis par une C.C.T., ce qui implique de vérifier si « un juste équilibre a été observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence, à savoir l'amélioration du niveau des pensions de retraite des travailleurs concernés, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part »⁴, ce qui n'est pas le cas en l'espèce dès lors que la disposition en cause écarte complètement et pour

(*) Année 2010.

(1) Arrêt du 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08, points 71 et 73-74.

(2) *Ibidem*, points 41, 47 et 49 à 50.

(3) *Ibidem*, points 45, 46 et 48.

(4) *Ibidem*, points 51 et 52.

une durée indéterminée les directives marchés publics.

D'autres arguments de non-applicabilité des directives sont écartés :

— la C.C.T. permettrait de prendre en compte les intérêts respectifs de ses signataires, les employeurs comme les travailleurs, alors qu'ils ne seraient pas impliqués dans le choix de l'assureur par chaque employeur communal dans le cadre d'une procédure de passation de marché. Or il est possible de garantir la participation, au sein des employeurs communaux, des travailleurs à la prise de décision portant sur le choix des assureurs; en outre, l'appel d'offres peut prescrire aux soumissionnaires intéressés des conditions reflétant les intérêts des travailleurs concernés (points 54 à 56);

— la C.C.T. reposerait sur le principe de solidarité et de mutualisation des risques et ne prévoirait aucune forme de sélection des candidats fondée sur des critères médicaux. La préservation de ces éléments n'est pas, par nature, incompatible avec une procédure de passation de marché, l'appel d'offres pouvant préciser les conditions à respecter par les soumissionnaires pour éviter ou encadrer la sélection, au plan médical, des travailleurs intéressés (points 57 et 58);

— quant à l'expérience et la solidité financière des organismes retenus par la C.C.T., les directives marchés publics comportent des règles relatives à la capacité professionnelle et financière des soumissionnaires; en outre, les sociétés d'assurance sont soumises à des règles de contrôle prudentiel coordonnées au niveau de l'Union, qui visent, notamment, à garantir leur solidité financière (points 59 à 63);

— l'exception prévue, respectivement, à l'article 1^{er}, a, viii, de la directive 92/50 en faveur des marchés de l'emploi et à l'article 16, e, de la directive 2004/18 en faveur des contrats d'emploi ne s'étend-elle pas à toute prestation de services dont le fondement réside dans un contrat de cette nature ou dans une C.C.T. qui en fait partie intégrante, et qui, par son objet, relève du droit du travail? Cette exception, qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte, ne peut s'étendre à des prestations de services qui, comme en l'espèce, sont fondées non pas sur un contrat d'emploi, mais sur un contrat souscrit entre un employeur et une entreprise d'assurance (points 81 et 82).

Le respect des directives marchés publics ne s'avère donc pas incompatible avec la réalisation de l'objectif social poursuivi par une C.C.T. Cet arrêt démontre à nouveau que la reconnaissance d'un droit fondamental ne l'exonère pas par principe de l'applicabilité du droit économique de l'Union et qu'il est requis de se placer plutôt sur le terrain de la conciliation entre ces deux droits.

2. — Les privatisations et créations de structures mixtes

5. — « La cession d'actions à un soumissionnaire dans le cadre d'une opération de privatisation d'une entreprise publique ne relève pas des directives en matière de marchés publics »⁵. De même, « la constitution, par un

pouvoir adjudicateur et un opérateur économique privé, d'une entreprise commune ne relève pas, en tant que telle, de la directive 2004/18 »⁶.

Cette affirmation est assortie d'une réserve importante : une telle opération en capital ne peut masquer, en réalité, l'attribution à un partenaire privé de contrats pouvant être qualifiés de marchés publics ou de concessions⁷. Ainsi, le fait qu'une entité privée et une entité adjudicatrice coopèrent dans le cadre d'une entité mixte ne peut justifier le non-respect des directives lors de l'attribution d'un tel marché à cette entité privée ou à cette entité mixte. Deux hypothèses peuvent se présenter :

1^o Si les différents volets de l'opération forment un tout indivisible, celle-ci doit être qualifiée de manière unitaire et appréciée au regard des règles qui régissent le volet qui en constitue l'objet principal ou prépondérant⁸. Échappe ainsi aux directives marchés publics un contrat mixte dont l'objet principal est la vente, au mieux-disant, de 49% du capital d'une entreprise publique et dont l'objet accessoire, indissociablement lié à cet objet principal, porte sur la fourniture de services (gestion de l'entreprise publique) et l'exécution de travaux (aménagement des locaux et des espaces environnants de l'entreprise). Un tel contrat doit toutefois observer les règles fondamentales et les principes généraux du Traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux⁹;

2^o Si le volet qui relève en principe des directives marchés publics est détachable de l'opération en capital, l'attribution de ce volet doit alors y être soumise. Tel est le cas de la création d'une entreprise commune entre un partenaire privé et une ville dont l'activité consiste à fournir des services de santé et de bien-être au travail et envers laquelle la ville a pris l'engagement d'acquiescer les services de santé dont elle doit faire bénéficier ses employés dès lors que l'acquisition de ces services est jugée comme étant détachable de la création de l'entreprise commune¹⁰.

3. — Les déchets

6. — Pour certains, le droit des marchés publics irait à l'encontre de certains principes régissant le droit des déchets, tels que le principe selon lequel les déchets doivent être traités et éliminés aussi près que possible du lieu de leur production, en vue de limiter leur transport autant que faire se peut. Toutefois, les directives marchés publics ne font pas, par elle-même, obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur contracte avec des soumissionnaires capables de traiter les déchets aussi près que possible du lieu de leur production¹¹.

4. — L'article 106, § 2, du T.F.U.E.

7. — **Les services d'intérêt économique général.** — Les directives marchés publics pourraient-elles être tenues en échec par la dérogation prévue par l'article 106, § 2, du TFUE en faveur des services d'intérêt économique général? En l'espèce, la Cour de justice s'est contentée de relever que la deuxième condition d'application de l'article 106, § 2, n'était pas réunie, l'Allemagne ne démontrant pas que l'obligation de publier les résultats de l'attribution du marché concerné serait de nature à faire échec à l'accomplissement de la mission d'intérêt économique général¹². En amont, se pose toutefois la question de savoir si cette dérogation qui a trait au droit de la concurrence est applicable aux directives marchés publics, soit à des règles de droit dérivé relatives au marché intérieur. Pour notre part, nous avons soutenu que tel n'était pas le cas¹³. La Cour ne nous paraît pas avoir tranché la question en l'espèce. Bien plus, suivant sa jurisprudence récente, la circonstance qu'une activité soit exclue du champ d'application des règles de concurrence ne signifie pas nécessairement qu'elle l'est également du champ d'application des règles sur la libre circulation dès lors que ces dispositions respectives répondent à des conditions d'application propres¹⁴.

B. — Contrats à titre onéreux

8. — **Contrat.** — « La notion de contrat est essentielle dans le cadre de la définition du champ d'application de la directive 2004/18 »¹⁵, ce qui a pour effet d'exclure du droit des marchés publics d'autres catégories d'activités incombant aux autorités publiques comme certains actes unilatéraux. Par ailleurs, la circonstance selon laquelle les contrats en cause relèvent du droit public n'est pas de nature à occulter l'élément contractuel, mais milite, au contraire, en faveur de son existence¹⁶. Enfin, de simples intentions ne constituent pas des obligations contraignantes et ne peuvent satisfaire à la condition de contrat écrit¹⁷.

9. — **À titre onéreux.** — La Cour affine cette condition. Le caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur reçoive une prestation moyennant une contrepartie, ce qui revient — élément nouveau — à exiger et à vérifier que le marché public « comporte un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur », sans toutefois que la prestation prenne la forme de l'acquisition d'un objet ma-

(12) Arrêt du 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, C-160/08, points 125 à 130 (à propos de services de transport sanitaire).

(13) P. Nihoul, « Les services publics locaux à l'épreuve du droit européen », in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, Kluwer, 2008, p. 116; « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'État et des marchés publics », in *Le paraétatisme*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 237 et 245.

(14) Arrêts du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, C-438/05, point 53, et du 18 juillet 2006, *Meca-Medina et Majcen c. Commission*, C-519/04 P, points 31 à 34; du 15 juillet 2010, précité, points 45, 46 et 48 à propos des relations entre C.C.T. et marchés publics.

(15) Arrêt 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 46.

(16) Arrêt du 29 avril 2010, précité, point 90.

(17) Arrêt *Helmut Müller*, précité, points 82 à 88.

(5) Arrêt du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE e.a.*, C-145/08 et C-149/08, point 59.

(6) Arrêt du 22 décembre 2010, *Mehiläinen Oy e.a.*, C-215/09, point 33.

(7) Arrêts *Club Hotel Loutraki AE*, précité, point 61; *Mehiläinen Oy e.a.*, précité, point 34.

(8) Arrêts *Club Hotel Loutraki AE*, précité, points 48 et 49; *Mehiläinen Oy e.a.*, point 36.

(9) Arrêt *Club Hotel Loutraki AE e.a.*, précité, points 58 à 63.

(10) Arrêt *Mehiläinen Oy e.a.*, précité, points 37 à 47.

(11) Arrêt du 21 janvier 2010, *Commission c. Allemagne*, C-17/09, points 15 à 18.

tériel ou physique. Cet intérêt économique direct peut en effet prendre plusieurs formes : soit le pouvoir adjudicateur devient propriétaire de la prestation; soit il en obtient un titre juridique qui lui en assure la disponibilité; soit il en retire des avantages économiques, comme l'utilisation ou la cession de la prestation, la participation financière à sa réalisation ou les risques qu'il assume en cas d'échec économique de la prestation¹⁸.

Tel n'est pas le cas de l'exercice par une autorité de ses compétences de régulation en matière d'urbanisme qui a pour objet d'apprécier si les travaux envisagés sont conformes à l'intérêt public¹⁹. Par contre, tel est le cas des employeurs publics qui concluent des contrats d'assurance groupe en exécution d'une C.C.T. : en effet, les services fournis par l'assureur permettent à l'employeur d'assumer son obligation de répondre de la correcte exécution de la C.C.T. et le déchargent également de la gestion de cette mesure; en contrepartie de ces services, l'employeur verse à l'assureur des primes. La circonstance que les bénéficiaires des prestations de retraite sont les travailleurs n'est pas de nature à remettre en cause le caractère onéreux d'un tel contrat²⁰.

C. — Les marchés de travaux

10. — Besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. — La notion de marché public de travaux comprend trois hypothèses, dont la dernière vise « la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ».

Préciser ses besoins requiert du pouvoir adjudicateur qu'il « ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, afin d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci ». Le simple fait, pour une autorité publique, dans l'exercice de ses compétences en matière de régulation urbanistique, d'examiner certains plans ou de prendre une décision dans cette matière ne répond pas à cette exigence²¹. On rappellera qu'il en va autrement lorsque l'opération en cause présente un lien plus direct entre la collectivité et les travaux, telle qu'une convention précisant l'urbanisation attendue et présentant un avantage économique pour le pouvoir adjudicateur²². Pour autant, il n'est pas requis que les travaux soient acquis physiquement ou matériellement par le pouvoir adjudicateur; ceux-ci doivent toutefois être exécutés dans l'intérêt économique direct de ce pouvoir et selon ses directives²³.

Cette notion exclut également du champ d'application des directives marchés publics les opérations immobilières *sensu stricto*. Tel est le cas de la vente par une autorité publique d'un terrain non bâti ou d'un terrain comprenant des bâtiments déjà existants. Outre l'exclusion indirecte de la vente du droit des marchés publics

par l'article 16, a, de la directive 2004/18/CE, deux arguments doivent être relevés : d'une part, dans la vente, il n'y a pas de réalisation de travaux; d'autre part, l'autorité publique se présente comme vendeur alors que dans un marché public, elle a la position de l'acquéreur²⁴.

11. — Adjudicataire. — La notion de marché de travaux exige aussi que l'adjudicataire s'engage à réaliser les travaux qui en font l'objet, peu importe qu'il exécute les travaux par ses propres moyens ou qu'il ait recours à des sous-traitants²⁵.

D. — Les marchés de services

12. — Exclusion sectorielle. — Pour la première fois, la Cour a admis le principe selon lequel des activités participant dans un État membre à l'exercice de l'autorité publique, exception prévue aux articles 51 et 62 du T.F.U.E., « échappent également au champ d'application des directives qui, telles les directives 92/50 et 2004/18, visent à mettre en œuvre les dispositions du Traité sur la liberté d'établissement et la libre prestation de services »²⁶.

Ne peuvent être qualifiés comme tels des services de transport sanitaire et ce, pour deux raisons : d'une part, ces activités n'impliquent pas un exercice suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition qui sont les critères habituels de cette dérogation; d'autre part, le droit de recourir à des instruments tels que le gyrophare ou la sirène ainsi que le droit de passage prioritaire reconnu par le code de la route traduisent, certes, l'importance prépondérante accordée à la santé publique par rapport aux règles générales de la circulation routière mais n'investissent pas pour autant les prestataires concernés des prérogatives précitées, le respect de ces droits relevant de la compétence des autorités policières et judiciaires (points 80 à 85).

Si, sur le fond, l'interprétation de la Cour quant au contenu de la dérogation des articles 51 et 62 du T.F.U.E. et l'application qu'elle en fait en l'espèce rejoignent sa jurisprudence désormais classique en la matière, laquelle traduit une conception étroite de ce concept, son application au droit dérivé des marchés publics constitue une première.

E. — Les concessions de travaux

13. — Qualification. — La concession de travaux, contrairement au marché de travaux, suppose un partage des risques entre le concessionnaire et le pouvoir adjudicateur. « L'essence de la concession réside dans le fait que le concessionnaire supporte lui-même le risque économique principal ou, en tout cas, substantiel lié à l'exploitation »²⁷. Tel est le cas de la construction et de l'entretien de tronçons d'autoroutes à péage²⁸.

Peut-on qualifier de concession de travaux le transfert du droit de propriété sur un bien? Une telle interprétation implique que la notion de concession n'exclut ni la durée indéterminée d'une concession ni la reconnaissance au concessionnaire, sur les biens concernés, d'un droit de jouissance allant jusqu'au droit de propriété. La Cour n'a pas retenu à juste titre une telle qualification pour trois raisons : tout d'abord, le pouvoir adjudicateur doit disposer du droit d'exploiter l'ouvrage pour pouvoir le transférer, ce qui est exclu aussi longtemps que l'opérateur jouit lui-même du droit d'exploiter l'ouvrage dont il est propriétaire; ensuite, le risque économique d'exploitation doit être lié à la relation contractuelle découlant de la concession et non, comme en l'espèce, à l'incertitude de l'entrepreneur quant à l'approbation ou non de ses plans par le service d'urbanisme de la collectivité concernée, le risque découlant des compétences de régulation en matière d'urbanisme; enfin, « des motifs sérieux, au nombre desquels figure notamment le maintien de la concurrence, incitent à considérer que l'attribution de concessions sans limitation de durée serait contraire à l'ordre juridique de l'Union »²⁹. La concession de travaux publics ne peut donc en principe comprendre la reconnaissance au concessionnaire d'un droit de propriété sur les ouvrages réalisés.

F. — Les concessions de service public

14. — Qualification. — Le critère de distinction résidant dans la prise en charge du risque lié à l'exploitation des services concernés, constituent des concessions de services le contrat d'exploitation de toilettes publiques à des fins publicitaires et moyennant la perception d'une redevance sur les usagers³⁰ ou le contrat d'exploitation d'établissements de jeux³¹.

15. — Régime juridique. — Ces concessions ne sont pas régies par les directives marchés publics mais sont soumises aux règles fondamentales du T.F.U.E., notamment les articles 49 et 56, ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, du moins lorsque la concession est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée³².

La Cour a été interrogée sur le caractère récent et prétoire de cette obligation de transparence à l'égard de contrats antérieurs ou contemporains au développement de sa jurisprudence en la matière. D'une part, elle a jugé qu'une telle circonstance ne constitue pas une justification de l'exonération de cette obligation au titre d'une mesure dérogatoire expressément prévue par le Traité (les articles 45 et 55) ou d'une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par la Cour³³. D'autre part, et surtout, la Cour invoque sans équivoque l'effet direct dans l'ordre juridique interne de l'obligation de transparence, laquelle prime dès lors toute disposition contraire du droit national, et l'obligation de

(18) Arrêt *Helmut Müller*, précité, points 48 à 54; du 15 juillet 2010, précité, point 75.

(19) Arrêt *Helmut Müller*, précité, points 55 à 58.

(20) Arrêt du 15 juillet 2010, précité, points 76 à 80.

(21) Arrêt *Helmut Müller*, précité, points 64 à 69.

(22) Voir les arrêts du 12 juillet 2001, *Ordine degli Archittetti delle Province di Milano e Lodi e.a.*, C-399/98; du 21 février 2008, *Commission c. Italie*, C-412/04; du 18 janvier 2007, *Auroux*, C-220/05.

(23) Arrêt *Helmut Müller*, précité, points 49 à 54.

(24) *Ibidem*, points 41 à 43.

(25) *Ibidem*, points 59 à 63.

(26) Arrêt du 29 avril 2010, précité, point 74.

(27) Arrêt *Helmut Müller*, précité, point 75.

(28) Arrêt du 22 avril 2010, *Commission c. Espagne*, C-423/07, point 52.

(29) Arrêt *Hemut Müller*, précité, points 70 à 80.

(30) Arrêt du 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08.

(31) Arrêt du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08.

(32) Arrêts *Wall AG*, précité, points 33 à 35; *Ernst Engelmann*, précité, point 49; du 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, C-203/08, points 39 à 41.

(33) Arrêt *Ernst Engelmann*, précité, point 57.

loyauté communautaire formulée à l'article 4, § 3, du T.U.E. (ex-article 10 CE) qui implique pour les juridictions nationales un devoir d'interprétation conforme du droit national aux exigences du droit de l'Union, permettant en particulier d'assurer le respect effectif de l'obligation de transparence³⁴.

16. — Conséquences.

1^o Sur la procédure d'octroi :

L'obligation de transparence, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, impose à l'autorité concédante de garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des concessions de services publics à la concurrence. L'attribution d'une concession, en dehors de toute transparence, est dès lors constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans un autre État membre, laquelle n'a dans ce cas aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite concession. Cette obligation de transparence joue d'ailleurs quel que soit le mode de sélection des opérateurs, et donc également à l'égard d'un régime d'autorisation, lequel doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance³⁵.

2^o Sur les conditions d'octroi :

— l'obligation faite aux concessionnaires de revêtir la forme juridique d'une société anonyme : elle constitue une restriction à la liberté d'établissement qui peut être admise au regard de certains objectifs. En effet, les obligations auxquelles sont tenues les sociétés anonymes, notamment en ce qui concerne leur organisation interne, la tenue de leurs comptes, les contrôles dont elles peuvent faire l'objet et les relations avec les tiers, pourraient, compte tenu des spécificités du secteur des jeux et des dangers qui y sont liés, justifier une telle obligation³⁶;

— l'obligation faite aux concessionnaires d'avoir leur siège sur le territoire national : cette restriction à la liberté d'établissement a un caractère discriminatoire, de sorte qu'elle n'est compatible avec le droit de l'Union que si elle relève d'une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 46 CE, à savoir l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique et que si elle répond véritablement au souci d'atteindre l'objectif invoqué d'une manière cohérente et systématique. L'exclusion des opérateurs ayant leur siège dans un autre État membre apparaît disproportionnée, car allant au-delà de ce qui est nécessaire pour combattre la criminalité, divers moyens existant pour contrôler les activités et les comptes de ces opérateurs³⁷;

— la limitation du nombre de concessions : cette entrave à la liberté d'établissement ainsi qu'à la libre prestation des services peut être admise dans le secteur concerné qui est celui des établissements de jeux dès lors qu'elle permet, de par sa nature même, de limiter les occasions de jeu et ainsi d'atteindre un objectif d'intérêt général reconnu par le droit de l'Union³⁸;

— la durée des concessions : l'octroi de concessions d'une durée pouvant aller jusqu'à quinze ans constitue une restriction à l'exercice des libertés garanties par les articles 49 et 56 du T.F.U.E. Cette durée apparaît justifiée eu égard, notamment, à la nécessité pour le concessionnaire de disposer d'un délai suffisamment long pour amortir les investissements exigés par la création d'un établissement de jeux³⁹.

3^o Sur le concessionnaire :

Celui-ci est-il lié pour sa part par l'obligation précitée de transparence lorsqu'il conclut un contrat relatif à des services entrant dans le champ d'application de la concession? La réponse à cette question dépend de la nature de la société concessionnaire. En effet, seules les autorités publiques sont tenues par cette obligation de transparence. En l'absence de disposition de droit dérivé définissant le champ d'application *ratione personae* de l'obligation de transparence, elle pourrait être étendue à des sociétés d'économie mixte pour autant qu'elles puissent être assimilées à une autorité publique. Pour ce faire, il y a lieu, pour la Cour⁴⁰, de s'inspirer de certains aspects de la définition de la notion de pouvoir adjudicateur figurant dans les directives marchés publics, dans la mesure où ces aspects répondent aux exigences posées par l'application aux concessions de services de l'obligation de transparence qui découle des articles 49 et 56 du T.F.U.E. À cet égard, il convient de vérifier si deux conditions sont réunies, à savoir, d'une part, que l'entreprise concernée est sous le contrôle effectif de l'État ou d'une autre autorité publique d'autre part, qu'elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché. Tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que bien que la société d'économie mixte concessionnaire appartienne à l'autorité concédante à hauteur de 51%, les décisions de gestion requièrent la majorité des trois quarts des voix de l'assemblée générale de cette entreprise, dès lors que celle-ci a un quart seulement des membres du conseil de surveillance, y compris le président de celui-ci, nommé par l'autorité concédante et dès lors que si cette entreprise concessionnaire tire plus de la moitié de son chiffre d'affaires de contrats relatifs au territoire de la collectivité territoriale concédante, elle tire aussi une partie substantielle de ses revenus d'activités avec des autorités publiques autres que cette collectivité et avec des entreprises privées agissant sur le marché.

3

Champ d'application *ratione summae*

17. — Pluralité de contrats. — Lorsqu'en vue de mettre en œuvre une décision, en l'occurrence souscrire une assurance vieillesse complémentaire au profit du personnel, une autorité conclut plusieurs contrats avec des entreprises distinctes, la valeur estimée du marché doit être calculée, non pas en fonction de chaque contrat d'assurance souscrit par l'autorité, mais,

eu égard à l'article 9, § 1^{er}, de la directive 2004/18, sur le « montant total » de ce marché en termes de primes. Un autre calcul conduirait à une scission artificielle de ce marché, susceptible de le soustraire à l'application de la réglementation relative aux marchés publics, et méconnaîtrait le principe de sécurité juridique, étant donné que, au moment de la conclusion de ces différents contrats, la valeur individuelle de ceux-ci ne peut même pas être estimée, compte tenu de l'impossibilité de prévoir dans quelle proportion le choix ultérieur de chaque salarié se portera sur chacune des entreprises concernées⁴¹.

4

Publicité

18. — Objet du contrat. — L'avis de marché occupe une place primordiale dans les règles de publicité. Doit y figurer notamment l'objet du contrat, soit, selon le modèle européen d'avis, « l'objet principal et les objets supplémentaires du contrat, la description et la localisation des travaux [...], ainsi que la quantité et l'étendue globale de ceux-ci ». Cette obligation offre la possibilité « à tout soumissionnaire potentiel, normalement avisé et expérimenté et raisonnablement diligent, de se faire une idée concrète des travaux à effectuer ainsi que de leur localisation, et de formuler en conséquence son offre ». En raison de l'espace limité du modèle d'avis, ces informations peuvent être explicitées dans le cahier des charges⁴².

Contrairement aux spécifications techniques ou à d'autres exigences, la Cour n'admet pas le renvoi à la législation nationale pour définir l'objet du contrat. S'agissant d'une obligation de transparence visant à garantir le respect du principe d'égalité de traitement, cette exigence doit être interprétée de manière stricte. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur doit faire coïncider l'objet du contrat et les prestations effectivement commandées et ne peut l'étendre *de facto* et *ex post* à des prestations supplémentaires. S'il est loisible à l'autorité, eu égard aux particularités éventuelles des prestations, de laisser une certaine marge à l'initiative des soumissionnaires quant à la formulation de leurs offres, le cahier des charges doit alors suffisamment préciser le cadre de ces alternatives, ce qui n'est pas le cas du caractère éventuellement notoire d'un problème existant au niveau national⁴³.

Par ailleurs, le concessionnaire de travaux ne saurait tirer argument, pour libérer l'autorité concédante de ses obligations, de ce qu'il a attribué à des tiers des travaux supplémentaires non prévus dans l'avis et le cahier des charges en respectant cette fois les exigences de publicité. En effet, la directive impose clairement, tant à l'autorité concédante qu'au concessionnaire, des obligations de publicité cumulatives et non alternatives⁴⁴.

(34) Arrêt *Wall AG*, précité, points 66 à 71.

(35) Arrêt *Ernst Engelmann*, précité, points 50 à 56.

(36) *Ibidem*, point 27 à 31.

(37) *Ibidem*, points 32 à 40.

(38) *Ibidem*, points 44 à 45.

(39) *Ibidem*, points 46 à 48.

(40) Arrêt *Wall AG*, précité, points 47 à 57.

(41) Arrêt du 15 juillet 2010, précité, points 90 à 95.

(42) Arrêt du 22 avril 2010, précité, points 55 à 60.

(43) *Ibidem*, points 62 à 74.

(44) *Ibidem*, point 76.

5

Choix de l'opérateur économique

A. — Sélection

19. — Causes d'exclusion. — L'article 24 de la directive 2004/18 prévoit de manière exhaustive 7 causes d'exclusion facultatives. Depuis l'arrêt *Michaniki* du 16 décembre 2008, la Cour souligne que ces causes tiennent uniquement aux qualités professionnelles du prestataire de sorte que les États membres ont la faculté de prévoir, en sus des sept causes d'exclusion, des règles matérielles « destinées à assurer le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence »⁴⁵.

Qu'en est-il de la réglementation belge qui impose à un entrepreneur établi dans un autre État membre l'obligation d'être titulaire, dans l'État belge, d'un enregistrement aux fins de l'attribution d'un marché en Belgique, nonobstant le fait que cet entrepreneur a produit les certificats délivrés par les autorités de son État d'établissement qui attestent, notamment, qu'il est en règle, dans ce dernier État, avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale ainsi que des impôts et des taxes⁴⁶?

Même si l'obligation d'enregistrement ne figure pas dans l'article 24 de la directive 2004/18, elle en relève, car son objectif est de vérifier les qualités professionnelles des entrepreneurs plus particulièrement quant à leur situation en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale, des impôts et des taxes. Est-elle dès lors conforme à cette disposition?

D'une part, prévoir une telle obligation également pour les entrepreneurs établis dans un autre État membre, même s'il a produit des certificats délivrés par cet État, n'est pas contraire au droit de l'Union. Il est en effet admissible que le pouvoir adjudicateur puisse s'assurer de la situation sociale et fiscale de l'entrepreneur dans l'État où se déroulera le marché public et dans les autres États. D'autre part, cette obligation d'enregistrement n'est pas une cause supplémentaire d'exclusion, mais est conçue comme une modalité de mise en œuvre de l'article 24 précité tendant uniquement à vérifier que l'entrepreneur ne relève pas de l'une des causes d'exclusion, notamment celles relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, des impôts et des taxes. La Cour émet toutefois deux réserves : *primo*, cette vérification doit se limiter aux qualités professionnelles des entrepreneurs; *secundo*, elle ne peut pas compliquer ni retarder la participation de l'entrepreneur à la passation du marché public ni engendrer des charges administratives excessives.

20. — Vérification des causes d'exclusion. — La vérification et la délivrance des certificats d'enregistrement est confiée à des commissions provinciales d'enregistrement. Sur le principe, la Cour fait preuve de souplesse en admettant que le droit national peut confier la vérification de l'absence de causes d'exclusion à une instance autre que le pouvoir adjudicateur compte

tenu des connaissances techniques insuffisantes et des capacités organisationnelles limitées de certains pouvoirs adjudicateurs. Cette souplesse trouve toutefois ses limites sur deux points. D'une part, la composition de l'instance qui doit être impartiale et neutre; tel n'est pas le cas dès lors que ces commissions sont composées majoritairement de personnes représentant des intérêts privés, lesquelles peuvent décider de bloquer l'accès au marché de futurs concurrents. D'autre part, les compétences de cette instance : celle-ci ne peut procéder à un contrôle quant au fond de la validité des certificats délivrés par un autre État membre, mais doit « se limiter à une vérification sommaire d'éléments formels », tels que l'authenticité du certificat, la date de délivrance et la compétence de l'autorité⁴⁷.

B. — Critères d'attribution

21. — Pondération relative. — L'article 53, § 2, de la directive 2004/18 impose désormais l'obligation d'indiquer la pondération de chaque critère d'attribution au stade de l'avis de marché. Préalablement à l'entrée en vigueur de cette disposition, la Cour avait jugé que « l'obligation d'informer au préalable les soumissionnaires des critères d'attribution et, si possible, de leur pondération relative vise à garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence »⁴⁸. Qu'en est-il à l'égard des marchés publics qui ne sont pas soumis aux directives comme les marchés portant sur des services prioritaires, mais qui restent régis par les principes découlant des articles 49 et 56 du T.F.U.E. dont l'obligation de transparence pour autant qu'ils présentent un intérêt frontalier certain? Deux hypothèses doivent être distinguées⁴⁹ :

1^o l'absence de détermination et de communication de la pondération préalablement à l'ouverture des offres : si ces garanties sont liées au respect de l'obligation de transparence, elles ne constituent pas pour autant une obligation pour les pouvoirs adjudicateurs, la Cour ayant employé l'expression « si possible » dans sa jurisprudence antérieure. Il reste toutefois à examiner concrètement si, dans le cas d'espèce, la pondération arrêtée concomitamment à l'ouverture des offres n'a pas discriminé un des concurrents; tel n'est pas le cas dès lors que la pondération n'a pas été fixée après l'ouverture des offres, n'a pas modifié les critères qui n'avaient pas été énumérés dans un ordre précis et n'a pu influencer de manière significative la préparation des offres (points 45 à 49);

2^o la modification de la pondération après un premier examen des offres : une telle modification revient à modifier les critères eux-mêmes ou du moins leur interprétation au cours de la procédure et ne respecte pas en soi l'obligation de transparence. Point n'est besoin ici d'examiner si cette modification a eu un effet discriminatoire vis-à-vis de l'un des soumissionnaires ou si elle a eu un effet sur le classement des offres (points 59 à 64).

(47) *Ibidem*, points 54 à 66.

(48) Arrêt du 12 décembre 2002, *Universale-Bau* e.a., C-470/99, point 98; du 24 novembre 2005, *ATI EAC e Viaggi di Maio* e.a., C-331/04, points 22 à 24.

(49) Arrêt du 18 novembre 2010, *Commission c. Irlande*, C-226/09, points 40 à 50 et 56 à 65.

6

Modification du contrat

22. — Modifications substantielles. — La Cour confirme que des modifications substantielles du marché initial peuvent nécessiter une nouvelle procédure de passation du marché. Tel est le cas lorsque l'autorité étend, en cours d'exécution, le marché, dans une mesure importante, à des prestations non initialement prévues⁵⁰.

Elle étend logiquement cette jurisprudence, qui est basée sur l'obligation de transparence et l'égalité de traitement des soumissionnaires, aux concessions de services, lesquelles sont en effet tenues au respect de ces principes généraux du droit de l'Union. Constitue une telle modification le changement du sous-traitant initial, même si la possibilité en est prévue dans le contrat, lorsque la sélection de ce dernier a constitué un élément déterminant de la conclusion du contrat⁵¹.

7

Contrôle du comportement des entités adjudicatrices

A. — Directive recours et recours internes

23. — Principes. — Les directives recours ne constituent qu'un cadre minimal, les modalités de recours relevant de l'autonomie procédurale des États membres, laquelle est toutefois encadrée par les principes d'effectivité, d'équivalence et de sécurité juridique.

24. — Contre quelles autorités? — La protection prévue par la directive recours ne concerne que les actes ou omissions des pouvoirs adjudicateurs. Les litiges concernant les décisions d'une autre autorité ne relèvent pas de ce système de recours. Toutefois, lorsque ces décisions sont susceptibles d'avoir une incidence sur le déroulement d'un marché public, elles doivent être confrontées aux principes généraux du droit de l'Union, dont le principe de protection juridictionnelle (voy. *infra*, n° 29)⁵².

25. — Titulaires des recours internes

Association momentanée

Le membre d'un groupement, agissant à titre individuel, peut-il introduire une voie de recours? On le sait, la Cour a admis, au nom de l'autonomie procédurale interne, que le droit national peut prévoir ou non que seuls tous les membres d'une association momentanée sont recevables à attaquer en annulation une décision d'attribution ayant privé du marché en cause le groupement soumissionnaire dans son ensemble. Par contre, le même raisonnement ne vaut

(45) Arrêt du 15 juillet 2010, *Bâtiments et Ponts Construction* s.a. e.a., C-74/09, point 43.

(46) *Ibidem*, points 37 à 53.

(50) Arrêt du 29 avril 2010, précité, points 98 à 101.

(51) Arrêt *Wall AG*, précité, points 37 à 43.

(52) Arrêt *Club Hotel Loutraki AE* e.a., précité, points 66 à 70.

pas pour l'action en réparation du préjudice qu'un membre du groupement aurait individuellement subi en raison d'une décision le concernant lui seul (existence d'une incompatibilité). La Cour juge en effet que cette modalité procédurale interne ne respecte pas les principes d'équivalence et d'effectivité. D'une part, il apparaît que dans la législation nationale en cause, une telle impossibilité n'existe pas dans d'autres domaines que les marchés publics. D'autre part, et cet argument est valable pour tous les droits internes, cette impossibilité d'agir à titre individuel en réparation du préjudice personnel subi prive ce soumissionnaire de la protection juridictionnelle effective des droits qu'il tire du droit de l'Union en la matière⁵³.

Pouvoirs adjudicateurs.

Les directives recours permettent aux États de mettre en place soit un système purement juridictionnel soit un système mixte comprenant des recours d'abord administratifs, et ensuite juridictionnels. Dans ce second cas, un pouvoir adjudicateur a-t-il le droit de saisir le juge en vue de reformer la décision prise au terme de la procédure administrative? Au terme d'une analyse minutieuse du texte et de la philosophie desdites directives, la Cour répond de manière ouverte en jugeant que celles-ci, qui visent à protéger les entreprises, n'exigent pas des États membres qu'ils prévoient une voie de recours juridictionnel en faveur des pouvoirs adjudicateurs mais n'empêchent pas non plus les États de l'instituer⁵⁴.

26. — Information et délai. — La possibilité d'exercer un recours effectif suppose que les candidats et les soumissionnaires soient informés en temps utile de la décision en cause, soit un certain temps avant la conclusion du contrat⁵⁵. Elle nécessite également une information suffisante, ce qui implique que le candidat ou le soumissionnaire ait été informé des motifs de son éviction; il s'ensuit que le délai ne peut commencer à courir qu'à partir de la date à laquelle le requérant a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée des dispositions applicables et non à la date de cette violation⁵⁶. Au regard de cette jurisprudence, l'article 65/4 nouveau de la loi belge du 24 décembre 1993, introduit par la loi du 23 décembre 2009, suscite des doutes qu'il appartient aux juridictions compétentes de lever en conformité avec le droit européen en raison de sa primauté⁵⁷.

Par ailleurs, le respect des exigences de la sécurité juridique et du principe d'effectivité crée pour les États membres l'obligation de mettre en place un régime de délais suffisamment précis, clair et prévisible pour permettre aux particuliers de connaître leurs droits et obligations. Ainsi, n'est pas admissible un délai de forclu-

sion dont la durée est laissée à la libre appréciation du juge compétent en ce qu'il n'est pas prévisible dans sa durée⁵⁸. Quant à la faculté accordée par le législateur national aux juridictions nationales de proroger les délais de recours pour des motifs d'équité, elle peut relever d'une bonne administration de la justice, voire même doit être utilisée par ces juridictions pour assurer une interprétation conforme du droit national aux directives recours, c'est-à-dire reconnaître au requérant un délai suffisant pour pouvoir contester en connaissance de cause les décisions qui lui font grief; toutefois, cette faculté n'est pas de nature à combler les imprécisions relatives au délai imparti pour former un recours⁵⁹.

27. — Décisions intermédiaires. — Les directives recours ne s'opposent pas à l'institution de délais de forclusion pour autant qu'ils ne soient pas de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que l'intéressé tire, le cas échéant, du droit de l'Union. Ce n'est dès lors que lorsqu'il ressort clairement de la législation nationale que même des actes préparatoires ou des décisions intermédiaires font courir un délai de forclusion que les candidats et les soumissionnaires sont à même d'introduire en temps utile les recours prévus, ce qui n'est pas le cas lorsque l'extension d'un délai de forclusion aux actes préparatoires ou intermédiaires résulte de la jurisprudence. Par ailleurs, si l'objectif de célérité poursuivi par les directives recours autorise les États membres à imposer des délais de forclusion en vue d'obliger les opérateurs à contester dans de brefs délais des mesures préparatoires ou des décisions intermédiaires, ledit objectif ne permet pas aux États membres de faire abstraction des principes d'effectivité et de la sécurité juridique, ce qui implique que les intéressés doivent être informés que ces délais s'appliquent auxdites décisions avec suffisamment de clarté et non en vertu d'une interprétation possible d'une juridiction nationale⁶⁰.

(58) Arrêts *Uniplex*, précité, points 39 à 43 à propos d'un recours qui doit être introduit « promptement »; du 28 janvier 2010, précité, points 74 à 77 à propos d'un délai qui doit être formé « dans les délais les plus brefs ».

(59) Arrêts *Uniplex*, précité, points 44 à 50; du 28 janvier 2010, précité, points 78 à 81.

(60) Arrêt du 28 janvier 2010, précité, points 51 à 66. Les arrêts d'assemblée générale du Conseil d'État du 2 décembre 2005 (s.a. *Labonorm*, n° 152.173 et s.a. *Amec Spie*, n° 152.174) nous paraissent être conformes à cette jurisprudence dès lors qu'ils autorisent de contester les décisions intermédiaires aussi bien au moment de leur adoption que lors de l'adoption de la décision finale d'attribution du marché et ne prévoient donc pas de délai prétorien de forclusion à l'égard de ces décisions.

28. — Action en dommages et intérêts. — Les directives recours s'opposent à une réglementation nationale subordonnant le droit d'obtenir des dommages et intérêts en raison d'une violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur à la démonstration du caractère fautif de cette violation, y compris lorsque l'application de cette réglementation repose sur une présomption de faute dudit pouvoir adjudicateur ainsi que sur l'impossibilité pour ce dernier d'invoquer l'absence de capacités individuelles et, partant, d'imputabilité subjective de la violation alléguée⁶¹. Voilà assurément un arrêt de nature à remettre en cause la jurisprudence relative à la responsabilité des pouvoirs publics en matière de marchés publics. Quant aux conditions de mise en cause de cette responsabilité, la Cour, se basant sur sa jurisprudence relative à la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union, a rappelé que « les particuliers lésés ont un droit à réparation dès lors que la règle du droit de l'Union violée a pour objet de leur conférer des droits, que la violation de cette règle est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi »⁶².

Pour ce qui est de l'évaluation du préjudice subi, en l'absence de dispositions du droit de l'Union en ce domaine, il appartient à chaque État membre de fixer les critères d'évaluation du dommage, pour autant que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés⁶³.

29. — Référés. — Si les directives recours prévoient l'octroi de mesures provisoires, elles laissent aux États membres le choix des garanties procédurales et les formalités y afférentes. Ainsi, elles ne s'opposent pas à un système dans lequel, afin d'obtenir, dans un bref délai, une décision juridictionnelle, la seule procédure disponible est celle qui prévoit que les avocats n'ont pas le droit d'échanger des conclusions, que les preuves ne peuvent, en principe, être administrées que par écrit, que les règles légales de la preuve ne sont pas d'application et que le jugement n'entraîne pas une fixation définitive des rapports juridiques. Pas plus qu'elles ne s'opposent à ce que le juge des référés, pour adopter une mesure provisoire, procède à une interprétation qui est, par la suite, qualifiée d'erronée par le juge du fond⁶⁴.

B. — Non-application des directives recours

30. — Principe. — Le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit de l'Union. Il s'ensuit qu'en l'absence d'une réglementation européenne en la matière, il appartient aux États membres de prévoir une telle protection, soit de prévoir les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Si leur autonomie organique et procédurale est d'autant plus grande, ils n'en doivent pas moins respecter les principes d'équivalence et d'effectivité⁶⁵. Plus particulièrement, ce prin-

(61) Arrêt du 30 septembre 2010, *Stadt Graz*, C-314/09.

(62) Arrêt du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie*, C-568/08, point 87.

(63) *Ibidem*, points 87 à 92.

(64) *Ibidem*, points 57 à 65 et 74 à 80.

(65) Arrêts *Club Hôtel Loutraki AE*, précité, points 73 et 74; *Wall AG*, précité, points 63 et 64.



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

www.larcier.com

(53) *Ibidem*, points 75 à 80.

(54) Arrêt du 21 octobre 2010, *Symvoulia Apochetefseon Lefkosias*, C-570/08.

(55) Arrêt du 28 janvier 2010, *Commission c. Irlande*, C-456/08, points 29 à 34.

(56) Arrêt du 28 janvier 2010, *Uniplex*, C-406/08, points 30 à 35.

(57) Cette disposition autorise le pouvoir adjudicateur d'établir a posteriori la motivation de la décision de recourir à la procédure négociée ainsi que la décision d'attribution dans certains cas. Voy. T. Bombois et B. Gors, « La motivation a posteriori dans le droit des marchés publics à l'épreuve des droits européen et constitutionnel », *J.T.*, 2010, pp. 693 à 697.

cipe n'impose pas aux autorités nationales de résilier un contrat ni aux juridictions nationales d'accorder une injonction en vue de prévenir ou de faire cesser une violation du droit de l'Union⁶⁶.

C. — Action en manquement

31. — Principe. — Dans le cadre de l'exercice des compétences qu'elle tient de l'article 258 du T.F.U.E., la Commission, dans l'intérêt général communautaire, a pour mission de veiller d'office à l'application, par les États membres, du Traité et des dispositions prises en vertu de celui-ci et de faire constater, en vue de leur cessation, l'existence de manquements éventuels aux obligations qui en dérivent. Eu égard à son rôle de gardienne du Traité, la Commission est dès lors seule compétente pour décider s'il est opportun d'agir en manquement, pour déterminer les dispositions violées, les agissements ou omissions imputables à l'État membre concerné ainsi que le moment de l'introduction de cette procédure. Les considérations qui déterminent ce choix ne peuvent affecter la recevabilité de l'action, la Cour n'ayant pas à se prononcer sur l'exercice par la Commission de son pouvoir d'appréciation⁶⁷.

32. — Plainte de tiers. — Le fait que l'action en manquement ait été engagée à la suite de plaintes émanant de tiers non soumissionnaires au marché concerné n'a pas d'incidence sur la recevabilité et sur le bien-fondé de cette action⁶⁸.

33. — Relation avec les recours internes. — Deux cas de figure ont été examinés. *Primo*, les recours internes ont été exercés et ont donné lieu à des décisions de rejet : l'exercice d'un recours interne et la décision de juridictions nationales « ne sauraient avoir une incidence sur la recevabilité ou sur le fond du recours en manquement », les deux actions poursuivant des buts et ayant des effets différents⁶⁹. *Secundo*, les délais de recours ont expiré en droit interne : une action en manquement de la Commission ne serait-elle pas contraire au principe de sécurité juridique, la fixation de délais raisonnables à peine de forclusion constituant une application d'un tel principe? Tout d'abord, la Cour confirme sa jurisprudence selon laquelle les directives recours n'ont pas d'incidence sur un recours en manquement, les deux procédures divergeant tant par les parties au litige que par leur finalité. Ensuite⁷⁰, le risque éventuel que les soumissionnaires évincés contournent les délais internes en saisissant la Commission d'une plainte n'est pas retenu dès lors qu'il appartient à la Commission seule de décider d'agir en manquement.

Pierre NIHOUL^(**)

(66) Arrêt *Wall AG*, précité, point 65 (en matière de concessions).

(67) Arrêts du 21 janvier 2010, précité, points 19 et 20; du 22 avril 2010, précité, point 78.

(68) Arrêt du 22 avril 2010, précité, points 77 et 78.

(69) *Ibidem*, points 79 et 80.

(70) Arrêt du 21 janvier 2010, précité, points 22 à 29.

(**) Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique, chargé de cours à la Faculté de droit de l'U.C.L. Les commentaires relatifs à la présente contribution peuvent être adressés à pierre.nihoul@const-court.be.

Aides d'État

Décision de ne pas soulever d'objections - Effet

Une décision de la Commission « de ne pas soulever d'objection » relativement à une mesure d'un État membre prise en application du règlement concernant les modalités d'application du contrôle des aides d'État est une décision qui concerne « directement et individuellement », au sens de l'article 230 CE, toute « partie intéressée » au sens du droit de l'Union sur les aides d'État. En effet, une telle décision ne donne pas lieu à une procédure formelle d'examen de la mesure à laquelle toute partie intéressée aurait pu participer en bénéficiant des garanties procédurales prévues à l'article 88 CE. Or la légalité d'une décision de ne pas soulever d'objection dépend de l'existence de doutes quant à la compatibilité de la mesure en cause avec le droit de l'Union. La partie qui conteste une telle mesure doit donc démontrer l'existence de tels « doutes », qui constituent une notion objective. Leur existence est donc à rechercher dans les circonstances de l'adoption de la décision, ainsi que dans les appréciations sur lesquelles s'est fondée la Commission (C.J., 22 septembre 2011, *Belgique c. Commission*, C-148/09 P).

Audiovisuel et médias

Droits d'auteur en cas de radiodiffusion de programmes par satellites

Les règles du droit de l'Union relatives aux droits d'auteur et droits voisins applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble imposent à un fournisseur de bouquet satellitaire d'obtenir une autorisation des titulaires de droits pour son intervention dans des transmissions directes et indirectes de programmes télévisés. Ladite autorisation ne doit pas être obtenue si ces titulaires ont convenu avec l'organisme de radiodiffusion ayant recours au fournisseur de bouquet satellitaire que les œuvres protégées seraient également communiquées au public par l'intermédiaire de ce fournisseur, à condition que, dans ce cas, l'intervention dudit fournisseur ne rende pas lesdites œuvres accessibles à un public nouveau (C.J., 13 octobre 2011, *Airfield e.a.*, aff. jointes C-431/09 et C-432/09).

Émissions télévisées incitant à la haine

En vertu de la directive dite « Télévision sans frontière », les États membres ne peuvent pas entraver la retransmission sur leur territoire des émissions diffusées par des organismes de radiodiffusion télévisuelle établis dans un autre État membre pour des raisons liées à l'incitation à la haine, car l'appréciation de cet élément est réservée à ce dernier État. La notion d'incitation à la haine au sens de cette directive recouvre notamment toute idéologie irrespectueuse des valeurs humaines, notamment des initiatives faisant l'apologie de la violence par des actes terroristes contre une communauté déterminée de personnes. Si les États membres ne peuvent entraver la retransmission sur leur territoire d'émissions en provenance d'un autre État membre, ils peuvent en revanche adopter des mesures poursuivant un objectif d'ordre public et qui ne portent pas spécifiquement sur la diffusion et la dis-

tribution des programmes, et notamment interdire les activités, sur leur territoire, d'une télévision ou d'une société de production, telles la production et la projection publique d'émissions, ou des activités de soutien de la télévision en question. Cependant, le juge national doit vérifier si les effets concrets de ces mesures n'empêchent pas de facto la retransmission de ces programmes sur le territoire en question (C.J., 22 septembre 2011, *Mesopotamia Broadcast*, aff. jointes C-244/10 et C-245/10).

Licence pour la retransmission de rencontres de football - Exclusivité territoriale par État membre

Un système de licences pour la retransmission des rencontres de football, qui accorde aux radiodiffuseurs une exclusivité territoriale par État membre et qui interdit aux téléspectateurs de regarder ces émissions avec une carte de décodeur dans un État membre autre que l'État membre de commercialisation et d'achat, est contraire au droit de l'Union. Ainsi, une législation nationale qui interdit d'importer, de vendre ou d'utiliser des cartes de décodeur étrangères est contraire à la libre prestation de services et ne peut être justifiée ni au regard de l'objectif de protection des droits de la propriété intellectuelle ni par l'objectif d'encourager la présence du public dans les stades de football. En outre, les clauses d'un contrat de licence exclusive conclu entre un titulaire de droits de propriété intellectuelle et un organisme de radiodiffusion constituent une restriction à la concurrence interdite par l'article 101 TFUE dès lors qu'elles imposent l'obligation à ce dernier organisme de ne pas fournir de dispositifs de décodage permettant l'accès aux objets protégés de ce titulaire en vue de leur utilisation à l'extérieur du territoire couvert par ce contrat de licence. Par ailleurs, selon la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, le droit de reproduction s'étend aux fragments transitoires des œuvres dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision, à condition que ces fragments contiennent des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre aux auteurs concernés, l'ensemble composé des fragments reproduits simultanément devant être examinés afin de vérifier s'il contient de tels éléments. Ainsi, les actes de reproduction qui sont effectués dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision, peuvent être réalisés sans l'autorisation des titulaires de droits d'auteur concernés. La notion de « communication au public » requérant l'autorisation de l'auteur des œuvres protégées (comme une séquence vidéo d'ouverture ou l'hymne d'une ligue de football), couvre la transmission des œuvres radiodiffusées au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, aux clients présents dans un café-restaurant (C.J., 4 octobre 2011, *Football Association and Premier League e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08).

Capitaux (Libre circulation des -)

Traitement fiscal des dividendes

Les articles 49 TFUE et 63 TFUE s'opposent à une législation d'un État membre ayant pour objet d'éliminer la double imposition économique des dividendes, qui permet à une société mère