



### DOSSIER

## Les marchés publics dans l'Union européenne (1995 - 2000)

1

### Droit primaire (Traité européens)

**1. — Introduction.** — La période passée en revue se caractérise essentiellement par un contentieux mettant en cause l'application des directives de la deuxième génération en matière de marchés publics. Or, ces directives ont un contenu plus étoffé et plus détaillé que celles de la première génération de sorte que les arrêts prononcés par les organes juridictionnels européens au cours de la période écoulée font plus souvent application de ce droit dérivé que lors de la précédente chronique (1). Toutefois, le juge européen n'hésite pas à faire appel au droit communautaire primaire que ce soit pour asseoir une règle énoncée par une directive ou une interprétation qu'il donne d'une de ces règles ou pour combler une éventuelle lacune du droit dérivé ou pallier à la non-application de celui-ci.

**2. — A l'appui des directives.** — En ce qui concerne le premier objectif, la Cour a ainsi considéré qu'en introduisant dans un cahier spécial des charges une prescription technique définie par référence à un produit d'une marque déterminée — le système Unix — sans que cette indication ne soit accompagnée de la mention « ou équivalent », le pouvoir adjudicateur « a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 77/62/C.E.E. du Conseil, du 21 décembre 1976 (...) ainsi que de l'article 30 du Traité C.E.E. » au motif que « le fait de ne pas ajouter la mention "ou équivalent" après le terme Unix peut non seulement dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à Unix de soumissionner à l'appel d'offres, mais peut aussi entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire, contrairement à l'article 30 du Traité, en réservant le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le système spécifiquement indiqué » (2).

En ce qui concerne les conditions qui doivent être remplies par les soumissionnaires, la Cour a considéré qu'en imposant, dans un marché ouvert à la concurrence européenne, des qualifications professionnelles définies par référence à des classifications d'organismes professionnels français, et alors même que les entreprises des autres Etats membres peuvent faire valoir des qualifications équivalentes, l'accès au marché concerné est rendu plus difficile pour ces entreprises dans la mesure où elles doivent d'abord s'informer auprès des pouvoirs adjudicateurs en cause sur l'objet et le contenu de ces références. Une telle prescription qui « est susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des soumissionnaires non nationaux, constitue de ce fait une discrimination indirecte et, donc, une restriction à la libre prestation des services, au sens de l'article 49 (ex-59) du Traité » (3). Dans ses conclusions, M. Alber, avocat général, observant que la Commission se fondait uniquement sur l'article 59 du Traité C.E., alors que l'article 26 de la directive 71/305 régleme expressément la preuve des capacités techniques d'une entreprise, posait la question de savoir dans quelle mesure une réglementation de ce domaine par la directive peut être fondée sur les dispositions de droit primaire inscrites dans le Traité. Après avoir rappelé que « l'article 26 de la directive 71/305 comporte une énumération des documents pouvant servir à justifier les capacités techniques d'une entreprise » et que « le pouvoir adjudicateur est en droit de choisir lesquels de ces documents doivent lui être présentés », il n'en reste pas moins, selon M. Alber, que « la détermination de certaines spécifications techniques est régleme en toute hypothèse de manière indirecte par l'article 26 de la directive 71/305 qui doit en outre, comme toute disposition d'une directive, être interprétée au regard du Traité. S'agissant de spécifications techniques ayant des effets discriminatoires, il y a par conséquent tout à fait la place pour l'utilisation de l'article 59 du Traité C.E. » (pts 75 et 76). La Cour a également retenu la violation de l'article 49 (ex-59) du Traité C.E. au motif que « selon la jurispru-

### SOMMAIRE

#### Dossier :

Les marchés publics dans l'Union européenne (1995-2000), par P. Nihoul . . . **161**

#### Chronique :

Liberté d'établissement et libre prestation des services (1<sup>er</sup> janvier 1996 – 31 décembre 2000), par L. Defalque . . . **180**

#### Sites Internet :

L'euro, par C. Laurant . . . **185**

#### Jurisprudence :

Demande de saisie-arrest entre les mains de la Commission. — Somme due au titre d'une politique communautaire. — Rejet de la demande. (C.J.C.E., 29 mai 2001, *Cotecna Inspection c. Commission*) **187**

Publications . . . **187**

Actualités . . . **188**

dence de la Cour, le principe d'égalité de traitement, dont l'article 59 du Traité est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » (pt 80).

Viole également l'article 49 (ex-59) du Traité C.E. l'exigence, comme condition minimale de participation, d'un justificatif d'inscription du concepteur à l'Ordre français des architectes, laquelle « ne peut que favoriser la prestation des services par les architectes français, ce qui constitue une discrimination par rapport aux architectes communautaires et, partant, une restriction à la libre prestation des services de ceux-ci » (4).

Par contre, les articles 49 (ex-59) et suivants du Traité ne s'opposent pas à une mesure par laquelle un « pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public les services d'organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires qui ne bénéficient

(1) La chronique précédente (1987-1994), due aux bons soins de Ph. Flamme, a été publiée au *J.T.D.E.*, 1994, pp. 193 à 198.

(2) C.J.C.E., 24 janv. 1995, *Commission c. Pays-Bas*, C-359/93, *Rec.*, p. I-157, pt 28.

(3) C.J.C.E., 26 sept. 2000, *Commission c. France*, C-225/98, pt 83, *A.J.D.A.*, 2000, pp. 1055 et s., note Ch. Lambert.

(4) *Ibidem*, pt 87.

pas de telles subventions » (5), et ce même si ces entités ont toutes la nationalité de l'Etat membre dans lequel le pouvoir adjudicateur a son siège et leur siège sur le territoire de cet Etat membre, lorsqu'il n'a été fixé aucune condition tenant à la nationalité des opérateurs, au lieu de leur établissement ou à l'origine des subventions dont, le cas échéant, ils bénéficient. Une telle mesure ne constitue en effet ni une discrimination déguisée ni une restriction contraires à l'article 49 (ex-59) du Traité C.E.

**3. — Le droit communautaire primaire est également invoqué pour consolider une interprétation des notions contenues dans les directives.** — Ainsi, à propos de la notion de pouvoir adjudicateur, la Cour en retient une interprétation large et fonctionnelle pour garantir l'effet pratique des principes de libre circulation des marchandises et des prestations de services : « la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un Etat membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre Etat membre » (6).

**4. — Lacune ou non-application des directives.** — A peine de commettre un déni de justice, la Cour est tenue de statuer même en cas de lacune des directives. A cet effet, la Cour s'en remet au droit originaire qui constitue la base juridique fondamentale de l'action de la Communauté dans le domaine de la passation des marchés publics.

La Cour fait ainsi appel au *principe général de sécurité juridique*, lequel « exige qu'une règle communautaire soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés » (7). Les domaines d'application sont nombreux.

Tout d'abord, en ce qui concerne la détermination du mode de financement d'un organisme en vue de sa qualification comme organisme de droit public, laquelle requiert « l'utilisation de critères objectifs et transparents » : « Il convient de relever d'emblée que, en l'absence d'une disposition expresse à cet égard dans les directives 92/50, 93/36 et 93/37, la réponse à apporter doit tenir compte des impératifs de la sécurité juridique (...). S'il importe en effet, pour déterminer si une entité peut être qualifiée de "pouvoir adjudicateur" par rapport à une passation de marché déterminée, de tenir compte de la situation financière exacte de cette entité, il y a lieu toutefois d'assurer également un certain degré de prévisibilité à la procédure en cause, le financement d'une entité telle que l'université pouvant varier d'une année à l'autre ». Après avoir envisagé les différentes possibilités à l'aune de ce critère, la Cour (8) juge

que « dans ces conditions, les impératifs de la sécurité juridique et de la transparence exigent que tant l'université concernée que les tiers intéressés sachent, dès le début de l'exercice budgétaire, si les marchés envisagés au cours de cet exercice relèvent du champ d'application des directives 92/50, 93/36 et 93/37. Il s'ensuit que, aux fins de la qualification d'une université de "pouvoir adjudicateur", le calcul de son mode de financement doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle ». De même, « il résulte tant de cette exigence que des impératifs liés à la protection des intérêts des soumissionnaires qu'un organisme qui, à la date à laquelle une procédure de passation de marché est lancée, constitue un "pouvoir adjudicateur" au sens des directives 92/50, 93/36 et 93/37 demeure, pour ce marché, soumis aux exigences de ces directives jusqu'à la clôture de la procédure concernée ».

Ensuite, le même principe s'oppose à ce que les termes « organisme créé pour satisfaire *spécifiquement* des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » contenus dans les trois directives pour définir la notion d'organisme de droit public soient interprétés de telle manière que « son application varierait en fonction de la part relative, plus ou moins étendue, de l'activité exercée en vue de satisfaire des besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » (9).

Enfin, en ce qui concerne l'applicabilité d'une directive à la décision du pouvoir adjudicateur relative au type de procédure de passation de marché, la Cour estime, en l'absence de dispositions précises dans la directive concernée, qu'« il suffit de constater qu'il serait contraire au principe de sécurité juridique de déterminer le droit applicable par référence à la date d'attribution du marché, dans la mesure où cette date marque la fin de la procédure tandis que la décision du pouvoir adjudicateur de procéder avec ou sans mise en concurrence préalable est normalement prise au stade initial de celle-ci » (10).

La Cour se réfère également au *principe d'égalité de traitement*. Ainsi, à propos des concessions de service public qui sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, la Cour a relevé que « les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». En d'autres termes, les autorités concédantes sont soumises au cadre normatif communautaire de base : elles doivent de ce fait veiller à ce qu'aucune condition ne soit imposée au soumissionnaire qui constituerait en tant que telle une violation, par exemple, de l'article 28 (ex-30) du Traité C.E.; en outre, ajoute la Cour, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires « implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté » (11). Et la Cour de préciser que « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel,

un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (12), sans cependant que cela n'implique que l'entité adjudicatrice applique par analogie les dispositions les plus pertinentes des directives communautaires en matière de marchés publics.

## 2

## Directives

**5. — Objectifs des directives.** — En ce qui concerne les directives proprement dites, la Cour s'est attachée, dans l'interprétation ou dans l'application qu'elle fait de leurs dispositions, à dégager les objectifs poursuivis par l'harmonisation des règles communautaires que ces directives ont réalisée dans le domaine des marchés publics.

Comme on le sait, l'adoption des directives de la deuxième génération s'inscrit dans le cadre de l'*accélération de la réalisation du marché intérieur*. On ne s'étonnera dès lors pas de voir la Cour affirmer à plusieurs reprises que « la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un Etat membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre Etat membre » (13). Il s'ensuit que « l'objectif des directives est d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques » (14). En d'autres termes, il s'agit de « garantir que des entreprises d'autres Etats membres seront en mesure de soumissionner des marchés ou des ensembles de marchés susceptibles de présenter un intérêt pour des raisons objectives tenant à leur valeur » (15).

Il suit fort logiquement de la considération selon laquelle les directives visent à garantir l'effectivité des droits reconnus par le Traité dans le secteur des marchés publics que les dérogations à de telles règles « doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement » (16).

(5) C.J.C.E., 7 déc. 2000, *ARGE Gewässerschutz*, C-94/99, pts 33 à 38.

(6) C.J.C.E., 15 janv. 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, C-44/96, *Rec.*, p. I-73, pt 33; 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding*, C-360/96, *Rec.*, p. I-6821, pt 62; 17 déc. 1998, *Commission c. Irlande*, C-353/96, *Rec.*, p. I-8656, pt 35; 17 déc. 1998, *Connemara Machine Turf*, C-306/97, *Rec.*, p. I-8761, pts 30-31; 3 oct. 2000, *The University of Cambridge*, C-380/98, *J.T.*, 2001, p. 231, pt 16.

(7) C.J.C.E., 15 janv. 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, précité, pt 34; 3 oct. 2000, *The University of Cambridge*, précité, pt 16; 5 oct. 2000, *Commission c. France*, C-337/98, pt 40.

(8) Arrêt 3 oct. 2000, *The University of Cambridge*, précité, pts 38-44.

(9) Arrêt 15 janv. 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, précité, pt 34.

(10) Arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 40.

(11) C.J.C.E., 18 nov. 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, *Rec.*, p. I-8291, pt 31; 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH e.a.*, C-324/98, pts 60 à 63.

(12) Arrêt 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH e.a.*, précité, pt 62.

(13) C.J.C.E., 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding*, précité, pt 41; 2 déc. 1999, *Holst Italia*, C-176/98, *Rec.*, p. I-8607, pt 23; 3 oct. 2000, *The University of Cambridge*, précité, pt 16. Ord. 17 juill. 1998, *Sateba c. Commission*, *Rec.*, p. I-4913, pt 24.

(14) Arrêts 15 janv. 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.* précité, pt 33; 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding*, précité, pts 42 et 43; 3 oct. 2000, *The University of Cambridge*, précité, pt 17.

(15) Arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 44.

(16) C.J.C.E., 3 mai 1994, *Commission c. Espagne*, C-328/92, *Rec.*, p. I-1569, pt 14; 28 mars 1995, *Evans Medical et Macfarlan Smith*, C-324/93, *Rec.*, p. I-563,

En lien avec cet objectif de base, la Cour a également mis en exergue les objectifs liés aux principes d'égalité et de transparence.

Le principe d'égalité est désormais inscrit dans le texte même des directives, lesquels prévoient que « les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services » (17). Ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur de respecter le principe de l'égalité de traitement non seulement entre les adjudicataires, mais également entre les soumissionnaires, y compris les soumissionnaires potentiels. En effet, « le principe de non-discrimination qui y est énoncé s'applique à toutes les phases de la procédure de passation d'un marché, et non pas seulement à partir du moment où un entrepreneur a présenté une offre. Cette interprétation est conforme à la finalité de la directive qui vise à ouvrir les marchés auxquels elle s'applique à la concurrence communautaire. En effet, il serait porté atteinte à cette finalité si une entité adjudicatrice pouvait organiser une procédure de passation de telle manière que les entrepreneurs des Etats membres autres que celui dans lequel les marchés sont passés seraient dissuadés de soumissionner » (18). Par la suite, la procédure de comparaison des offres doit respecter, « à tous ses stades », le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires (19).

La réglementation communautaire est également marquée du souci d'assurer la transparence de toutes les opérations et procédures permettant l'approvisionnement des entités adjudicatrices, laquelle est en effet considérée comme « l'un des instruments les plus efficaces pour ouvrir l'accès aux marchés publics » et pour assurer « l'application effective de la réglementation communautaire (qui) ne peut, dans bien des cas, être garantie que si les violations de celle-ci suscitent une réaction en temps utile » (20). Ce principe de transparence permet à tous les soumissionnaires de disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres (21).

**6. — Transposition des directives.** — Comme par le passé, la Commission a poursuivi le contrôle de la transposition des directives dans les droits nationaux et a pu faire constater, sur le fondement de l'article 169 du Traité, divers manquements des Etats membres à leurs obligations (22).

Certains Etats membres ont invoqué, comme cause de justification, le fait qu'une fois expiré le délai de transposition, une directive est susceptible de produire un effet direct en l'absence de mesures de transposition et peut dès lors être opposée par une entreprise à l'encontre d'un pouvoir adjudicateur d'un Etat membre. Pour la Cour, l'effet direct d'une directive ne dispense pas pour autant un Etat membre de son obligation d'adopter, en temps utile, de telles dispositions en vertu de l'article 189, alinéa 3, du Traité : « l'effet direct, lorsqu'il intervient, est simplement une conséquence de la défaillance des Etats membres à cet égard et ne garantit pas que la directive soit transposée pleinement et, conformément au principe de la sécurité juridique, au moyen de dispositions nationales contraignantes » (23).

En ce qui concerne les mesures nationales de transposition, la Cour a rappelé que « les dispositions pertinentes de la directive doivent être mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requises afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique » (24). Toutefois, « la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique et peut, en fonction de son contenu, se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, afin que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales » (25). Ne remplissent pas ces critères, en ce qu'ils ne confèrent pas de droit subjectif, une pratique administrative obligatoire ou l'édiction de règles purement administratives comme des circulaires, lesquelles sont « par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate » (26), ou encore la simple publication d'une directive dans une revue professionnelle (27). Tel n'est pas non plus le cas « lorsqu'une jurisprudence interprète dans un Etat membre une législation nationale conformément aux dispositions d'une directive alors qu'une telle législation ne transpose pas correctement les exigences de cette directive » (28).

**7. — Effet direct.** — Comme on le sait, l'absence de transposition d'une directive ou sa transposition incorrecte ne font pas obstacle à son applicabilité aux marchés publics concernés en vertu de l'effet direct de ses dispositions, c'est-à-dire du droit pour une entreprise de s'en prévaloir devant les juridictions nationales à l'encontre d'un pouvoir adjudicateur, dans tous les cas où celles-ci apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises.

En ce qui concerne la directive 92/50, la Cour (29) a reconnu un tel effet aux dispositions du titre I, concernant le champ d'application matériel et personnel de la directive, et du titre II, relatif aux procédures applicables aux marchés ayant pour objet des services figurant aux annexes I A et I B (pt 44), de même qu'aux dispositions des titres III à VI « dans la mesure où il ressort de l'examen individuel de leur libellé qu'elles sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises » : « en effet, les dispositions détaillées des titres III à VI de la directive, qui concernent le choix des procédures de passation et les règles applicables aux concours, les règles communes dans le domaine technique et de publicité, ainsi que celles relatives aux critères de participation, de sélection et d'attribution, sont, sous réserve d'exceptions et de nuances qui ressortent de leur libellé, inconditionnelles et suffisamment claires et précises pour être invoquées par les prestataires devant les juridictions nationales » (pts 46-47). Il en va de même de l'article 18, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37 selon laquelle l'attribution d'un marché de travaux se fait sur la base des critères prévus au chapitre 3, compte tenu des dispositions de l'article 19 et après vérification de l'aptitude des entrepreneurs non exclus en vertu de l'article 24, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères de capacité économique, financière et technique visés aux articles 26 à 29 : « aucune mesure particulière de mise en œuvre n'étant nécessaire pour le respect des exigences énumérées à l'article 18, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37, les obligations qui en résultent pour les Etats membres sont inconditionnelles et suffisamment précises, de sorte que ledit article peut être invoqué par un particulier devant les juridictions nationales » (30).

En raison des dispositions visées dans ces arrêts, un effet direct semble pouvoir être reconnu à toutes les dispositions de droit matériel contenues dans les directives marchés.

Toutefois, la reconnaissance d'un tel effet suppose que la directive concernée puisse s'appliquer *rationae temporis* à la décision querellée.

Il en va certainement ainsi lorsque le délai de transposition d'une directive a expiré à une date qui est antérieure au déroulement de la procédure de passation des marchés concernés (31).

Qu'en est-il lorsque le contrat est conclu avant l'expiration du délai de transposition d'une directive et qu'il produit principalement ses

pt 48; 4 mai 1995, *Commission c. Grèce*, précité, pt 16; 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94, *Rec.*, p. I-1249, pt 23; 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, C-318/94, *Rec.*, p. I-1949, pt 13.

(17) Dir. 92/50, art. 3, § 2; Dir. 93/36, 93/37 et 93/38, art. 4, § 2.

(18) Arrêts 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 107 à 109; 7 déc. 2000, *ARGE Gewässer-schutz*, précité, pt 24.

(19) C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, C-87/94, *Rec.*, p. I-2043, pts 51-52.

(20) Concl. av. gén. Tesauro, sous C.J.C.E., 24 janv. 1995, *Commission c. Pays-Bas*, précité, pt 20.

(21) Arrêt 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, précité, pts 53-54 et 88.

(22) Pour la directive 89/665, C.J.C.E., 19 sept. 1996, *Commission c. Grèce*, C-236/95, *Rec.*, p. I-4459. Pour la directive 92/13, C.J.C.E., 19 mai 1999, *Commission c. France*, C-225/97, *Rec.*, p. I-3011. Pour la directive 92/50, C.J.C.E., 2 mai 1996, *Commission c. France*, C-234/95, *Rec.*, p. I-2417; 2 mai 1996, *Commission c. Allemagne*, C-253/95, *Rec.*,

p. I-2423; 2 mai 1996, *Commission c. Grèce*, C-311/95, *Rec.*, p. I-2433. Pour la directive 93/36, C.J.C.E., 29 mai 1997, *Commission c. France*, C-312/96, *Rec.*, p. I-2947; 17 juill. 1997, *Commission c. Italie*, C-43/97, *Rec.*, p. I-4671; 16 déc. 1997, *Commission c. Allemagne*, C-341/96, *Rec.*, p. I-7271. Pour la directive 93/38, C.J.C.E., 29 mai 1997, *Commission c. France*, C-311/96, *Rec.*, p. I-2939. Pour la directive 90/531, C.J.C.E., 26 mars 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, *Rec.*, p. I-1631.

(23) Concl. av. gén. Fennelly, pt 6, sous C.J.C.E., 16 déc. 1997, *Commission c. Allemagne*, précité. Voy. en ce sens C.J.C.E., 11 août 1995, *Commission c. Allemagne*, C-433/93, *Rec.*, p. I-2303, pt 24; 2 mai 1996, *Commission c. Allemagne*, précité, pt 13.

(24) Arrêts 19 sept. 1996, *Commission c. Grèce*, précité, pt 13; 19 mai 1999, *Commission c. France*, précité, pt 36.

(25) Arrêt 11 août 1995 *Commission c. Allemagne*, précité, pt 18.

(26) Arrêts 11 août 1995, *Commission c. Allemagne*, précité, pt 20; *Commission c. Grèce*, 2 mai 1996, précité, pt 7.

(27) Arrêt 19 mai 1999, *Commission c. France*, précité, pts 37 et 39.

(28) Arrêt 19 sept. 1996, *Commission c. Grèce*, précité, pt 14.

(29) C.J.C.E., 24 sept. 1998, *Tögel*, C-76/97, *Rec.*, p. I-5357, pts 44-47; 4 mars 1999, *HI*, C-258/97, *Rec.*, p. I-1405, pts 35-39.

(30) C.J.C.E., 16 sept. 1999, *Fracasso et Leitschutz*, C-27/98, *Rec.*, p. I-5697, pts 36-37.

(31) Arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 23 et 24.

effets après l'expiration de ce délai? Pour la Cour, « le droit communautaire n'impose pas à un pouvoir adjudicataire d'un Etat membre d'intervenir, à la demande d'un particulier, dans des rapports juridiques existants, qui ont été établis pour une durée indéterminée ou pour plusieurs années, dès lors que ces rapports ont été établis avant l'expiration du délai de transposition de la directive » (32).

Plus délicate est l'hypothèse d'une procédure de passation de marché public qui a été lancée avant la date d'expiration du délai de transposition d'une directive et qui ne s'est conclue qu'après l'expiration du délai de transposition et ce, en l'absence de dispositions transitoires concernant les procédures déjà engagées et toujours en cours à cette date. En l'espèce, la décision du pouvoir adjudicataire de recourir à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, de même que le début des négociations étaient antérieurs au 1<sup>er</sup> juillet 1994, date d'expiration du délai de transposition de la directive 93/38, mais n'ont débouché sur la conclusion du contrat qu'en novembre 1996. La Commission estimait pour sa part que la date à laquelle il convient de se placer pour déterminer l'applicabilité de la directive concernée dans le temps est celle de l'attribution du marché. La Cour a considéré que cette argumentation est contraire au principe de sécurité juridique « dans la mesure où cette date (la date d'attribution du marché) marque la fin de la procédure tandis que la décision du pouvoir adjudicateur de procéder avec ou sans mise en concurrence préalable est normalement prise au stade initial de celle-ci ». Pour déterminer le droit applicable *rationae temporis* à cette procédure, la Cour a jugé que le principe général énoncé ci-dessus « peut s'appliquer à toutes les phases d'une procédure d'adjudication d'un marché qui ont été accomplies avant la date d'expiration du délai de transposition d'une directive mais font partie d'une procédure qui a été achevée après cette date » (33). Dès lors, pour apprécier si une directive est applicable à telle phase de la procédure de passation d'un marché et, donc, pour déterminer quelles sont les obligations du pouvoir adjudicateur découlant du droit communautaire à cet égard, il convient, en principe, de prendre en considération le moment auquel la dite décision a été adoptée. L'accent est ainsi mis sur la stabilité des relations juridiques et sur la prévisibilité du droit qui sont des dérivés du principe général de la sécurité juridique.

L'application d'un tel principe est toutefois conditionnée par le fait que la décision mise en cause constitue une phase distincte de la procédure; en l'occurrence, la Cour a ainsi pris soin de relever que « la décision d'un pouvoir adjudicateur relative au type de procédure à suivre et à la nécessité ou non de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public constitue une phase distincte de la procédure, phase au cours de laquelle sont définies les caractéristiques essentielles du déroulement de cette procédure et qui, normalement, ne peut qu'avoir lieu au stade du lancement de celle-ci » (34). Il suppose également que la décision litigieuse soit définitive; tel ne serait pas le cas en l'espèce de nou-

velles négociations qui, entamées après le 1<sup>er</sup> juillet 1994, présenteraient des caractéristiques substantiellement différentes par rapport à celles déjà menées et seraient, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat, en sorte que l'application des dispositions de la directive 93/38 pourrait être justifiée.

**8. — Situation purement interne.** — Dès lors que les conditions d'application d'une directive « marchés publics » sont remplies, ne peut-on pour autant être dispensé du respect de ses dispositions du fait que le marché ne concernerait qu'une situation purement interne, tous les soumissionnaires ayant la nationalité de l'entité adjudicatrice? Pour la Cour, « la procédure prévue par la directive (applicable) doit être respectée indépendamment de la nationalité ou du lieu d'établissement des soumissionnaires » et ce, d'autant plus qu'« il est toujours possible que des entreprises établies dans d'autres Etats membres soient concernées, directement ou indirectement, par l'attribution d'un marché » (35).

## 3

### Champ d'application *rationae personae*

#### A. — Notion d'Etat

**9. — Pouvoir législatif.** — La question du champ d'application *rationae personae* des directives concerne, dans la jurisprudence communautaire, principalement des organismes décentralisés et des institutions subordonnées. Toutefois, la Cour a eu à se prononcer sur l'assujettissement aux directives d'une assemblée législative.

Pour rappel, aux termes des différentes directives, « sont considérées comme " pouvoirs adjudicateurs ", l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public ». Pour qualifier un organe législatif, en l'espèce le Vlaamse Raad, de pouvoir adjudicateur, la Cour (36) se base sur deux considérations. Tout d'abord, « la notion d'Etat à laquelle se réfère cette disposition recouvre nécessairement tous les organes qui exercent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Il en est de même des organes qui, dans un Etat à structure fédérale, exercent ces pouvoirs au niveau des entités fédérées ». Ensuite, après avoir rappelé que dans son arrêt *Beentjes* du 20 septembre 1988 (C-31/87, *Rec.*, p. 4635, pts 11 à 13), elle avait déclaré que la notion d'Etat devait recevoir une interprétation fonctionnelle et qu'elle avait considéré comme en relevant une commission locale de remembrement, nonobstant le fait que cet organisme n'était pas formellement intégré à l'administration de l'Etat, elle conclut qu'« il serait incohérent de nier qu'un organe législatif relève de la notion d'Etat au sens des directives communautaires en matière de marchés publics de travaux, lorsqu'a été considéré comme relevant de cette notion, aux fins de l'application d'une

de ces directives, un organisme non formellement intégré dans l'administration étatique ».

On relèvera que la Cour ne distingue pas dans ses attendus selon que le Vlaamse Raad agisse dans le cadre de sa fonction législative ou, comme en l'espèce, dans le cadre de son activité d'administration, de sorte qu'une assemblée législative doit être considérée comme soumise aux prescriptions des directives marchés, quelle que soit l'activité exercée.

#### B. — Notion d'organisme de droit public

**10. — Lignes de force.** — La Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur le concept d'organisme de droit public. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, b, deuxième alinéa, des directives 92/50, 93/36 et 93/37, un organisme de droit public est un organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (première condition), doté de la personnalité juridique (deuxième condition) et dépendant étroitement de l'Etat, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public (troisième condition).

A titre préliminaire, la Cour a souligné qu'il ressort du texte des directives que ces trois conditions ont un caractère cumulatif (37). Il ne suffit donc pas qu'une entreprise ait été créée par un pouvoir adjudicateur ou que ses activités soient financées par des moyens financiers découlant des activités exercées par un pouvoir adjudicateur pour qu'elle soit elle-même considérée comme un pouvoir adjudicateur. Encore faut-il qu'elle remplisse la condition selon laquelle il doit s'agir d'un organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. A défaut de remplir cette condition, une entreprise ne saurait être considérée comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, b, précité. La Cour a dès lors dit pour droit, en réponse à deux questions préjudicielles, qu'« une entreprise qui exerce des activités commerciales et dont un pouvoir adjudicateur détient la majorité des parts ne doit pas être considérée comme un organisme de droit public au sens de l'article 1<sup>er</sup>, b, de la directive 93/37 et, partant, comme un pouvoir adjudicateur au sens de cette disposition, au seul motif que cette entreprise aurait été créée par le pouvoir adjudicateur ou que ce dernier lui transférerait des moyens financiers découlant des activités qu'il exerce en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial » (38). En conséquence, pas plus que la domination économique d'une entreprise par un pouvoir adjudicateur, l'apport à cette entreprise de moyens financiers par le pouvoir adjudicateur ne la soumet au régime de la législation communautaire sur les marchés publics, dès lors que son activité reste purement commerciale ou industrielle.

D'autre part, comme on l'a vu (cf. *supra*, n° 3), la Cour retient en la matière une interprétation large et fonctionnelle pour garantir l'effet pratique et utile des principes de libre circulation des marchandises et des prestations de services.

**11. — Première condition.** — L'entité considérée doit donc avoir été créée, en vertu de la législation y relative, pour satisfaire spécifi-

(32) Arrêts 24 sept. 1998, *Tögel*, précité, pt 54; 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 38.

(33) Arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 39.

(34) *Ibidem*, pt 36.

(35) C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, C-87/94, *Rec.*, p. I-2043, pt 33.

(36) C.J.C.E., 17 sept. 1998, *Commission c. Belgique*, C-323/96, *Rec.*, p. I-5063, pts 25 à 29.

(37) Arrêt 15 janv. 1998, *Mannesmann*, précité, pt 21.

(38) *Ibidem*, pts 39 à 41.

quement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

Ont été qualifiés comme tels par la Cour :

— la production assurée à titre exclusif par une société publique d'imprimerie de documents administratifs officiels dont certains sont soumis au secret ou au respect de normes de sécurité, comme les passeports, les permis de conduire et les cartes d'identité, tandis que d'autres sont destinés à la diffusion de textes législatifs, réglementaires et administratifs de l'Etat. En effet, « les documents dont la production doit être assurée par l'Ö.S. sont étroitement liés à l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'Etat, exigeant une garantie d'approvisionnement et des conditions de production qui assurent le respect de normes de confidentialité et de sécurité » (39);

— l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères : « le degré de satisfaction de ce besoin jugé nécessaire pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement pouvant ne pas être atteint par l'offre de services d'enlèvement totalement ou partiellement faite aux particuliers par des opérateurs économiques privés, cette activité fait partie de celles dont un Etat peut décider qu'elles doivent être exercées par des autorités publiques ou à l'égard desquelles il entend conserver une influence déterminante » (40);

— la réalisation de tous les travaux de planification nécessaires à la transformation de Sankt-Pölten en capitale du *Land* de Basse-Autriche (41);

— l'enseignement de niveau universitaire (42).

Comment la Cour procède-t-elle pour déterminer la nature de ces besoins?

Tout d'abord, la Cour relève que ces besoins « sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché, comme l'illustre l'énumération des organismes de droit public contenue à l'annexe I (des directives) ». En effet, sans être exhaustive, cette liste est néanmoins destinée à être aussi complète que possible. Or, poursuit la Cour, « l'analyse de cette énumération démontre qu'il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante » (43).

Ensuite, la Cour précise les relations entre les termes « besoins d'intérêt général » et les termes « ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » (44) et ce, dans deux directions :

1) Cette dernière expression vise-t-elle à limiter la notion de besoins d'intérêt général à ceux ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou, au contraire, signifie-t-elle que tous les besoins d'intérêt général ont un caractère autre qu'industriel ou commercial? La Cour a déduit du libellé de l'article 1<sup>er</sup>, b, deuxième alinéa, précité que « le caractère autre qu'in-

dustriel ou commercial est un critère qui vise à préciser la notion des besoins d'intérêt général au sens de cette disposition ». En effet, si le législateur communautaire avait estimé que tous les besoins d'intérêt général ont un caractère autre qu'industriel ou commercial, il ne l'aurait pas spécifié puisque, dans cette perspective, ce second élément de la définition n'aurait aucune utilité. La disposition précitée doit donc être interprétée en ce sens que « le législateur a opéré une distinction entre, d'une part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, d'autre part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial ».

2) Cette notion exclut-elle des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées? Dès lors que des entreprises privées peuvent exercer les mêmes activités, activités qui se prêtent donc au jeu de la concurrence, ne peut-on soutenir qu'il s'agirait d'un marché commercial de sorte que les organismes actifs sur ce marché ne constitueraient pas des organismes de droit public. La Cour a répondu négativement à cette question. Tout d'abord, sur la base d'un argument de texte : « l'article 1<sup>er</sup>, b, deuxième alinéa, premier tiret, précité ne se réfère qu'aux besoins que l'organisme doit satisfaire et ne fait nullement référence à la circonstance que ces besoins puissent ou non être également satisfaits par des entreprises privées ». Ensuite, en invoquant l'objectif des directives : « le fait qu'il existe une concurrence ne suffit pas pour exclure la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques. Ainsi, par exemple, un tel organisme pourrait être conduit à subir des pertes financières afin de poursuivre une certaine politique d'achat de l'entité dont il dépend étroitement ». Enfin, en recherchant l'effet utile des directives : « étant donné qu'il est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées, la condition qu'il n'y ait pas d'entreprises privées qui puissent satisfaire les besoins pour lesquels l'organisme concerné a été créé risquerait de vider de sa substance la notion d'organisme de droit public ». En conclusion, cette disposition peut s'appliquer à un organisme déterminé même si des entreprises privées satisfont ou pourraient satisfaire les mêmes besoins que lui; l'absence de concurrence n'est pas une condition nécessaire aux fins de la définition d'un organisme de droit public. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que l'existence de la concurrence est dépourvue de toute pertinence pour résoudre la question de savoir si un besoin d'intérêt général a un caractère autre qu'industriel ou commercial. La Cour admet en effet que « l'existence d'une concurrence développée, et en particulier le fait que l'organisme concerné agit en situation de concurrence sur le marché, peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

Elle s'interroge aussi sur la portée du terme « spécifique »? Tout d'abord, « spécifiquement » ne veut pas dire « exclusivement ». En d'autres termes, cette condition n'implique pas que l'organisme en question soit uniquement chargé de satisfaire de tels besoins; le fait qu'il puisse exercer d'autres activités ne lui permet pas pour autant d'échapper à la qualification d'organisme de droit public : « il est indifférent que, outre sa mis-

sion de satisfaire des besoins d'intérêt général, une entité soit libre d'accomplir d'autres activités » (45). Ensuite, « spécifiquement » ne veut pas dire « majoritairement » : « Le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités réellement entreprises par une entité est, lui aussi, sans pertinence, dès lors qu'elle continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire » (46). Outre le fait que les directives ne font pas de distinction entre les marchés publics passés par un pouvoir adjudicateur pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et ceux qui n'ont pas de rapport avec cette mission, la Cour relève également que faire varier l'application de la notion d'organisme de droit public en fonction de la part relative, plus ou moins étendue, de l'activité exercée en vue de satisfaire des besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial est contraire au principe de la sécurité juridique. Dès lors qu'une entité doit être considérée comme un organisme de droit public au sens de l'article 1<sup>er</sup>, b, deuxième alinéa, des directives et, partant, comme un pouvoir adjudicateur au sens du premier alinéa de cette disposition, tous les marchés publics passés par cette entité, quelle que soit leur nature, sont soumis aux prescriptions des directives. Enfin, étant donné que la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné, « il est à plus forte raison indifférent que des activités commerciales soient exercées par une personne morale distincte qui fait partie du même groupe ou *concern* que lui (...). Inversement, le fait qu'il y a parmi eux un organisme de droit public ne suffit pas pour que toutes les entreprises membres d'un groupe ou *concern* soient considérées comme des pouvoirs adjudicateurs » (47).

Le raisonnement tenu par la Cour conduit certes à appliquer par extension la législation communautaire en matière de marchés publics à des activités purement industrielles ou commerciales. Toutefois, dès lors que, dans cette matière, l'objectif assigné à la création de l'organisme détermine le régime juridique applicable aux marchés qu'il sera amené à conclure, il revient à l'autorité publique, si elle veut éviter l'application de ce régime jugé trop contraignant à des activités qui n'en relèvent pas comme telles, de limiter l'objet social de l'organisme ou de le faire évoluer.

Enfin, quelle est l'incidence de l'intervention d'un tiers qui n'a pas la qualité de pouvoir adjudicateur au sens des directives, telle qu'une filiale d'un pouvoir adjudicateur, sur l'application de ces directives à un projet de marché public entamé par un pouvoir adjudicateur? Tel peut être le cas lorsque, avant l'achèvement de l'ouvrage, le pouvoir adjudicateur transfère les droits et obligations qui lui incombent dans le cadre d'un appel d'offres à une entreprise qui n'est pas, quant à elle, un pouvoir adjudicateur. La réponse à cette question dépend des circonstances exactes de l'apparition du tiers dans l'exécution du projet. Peu encline à rentrer dans des cas concrets, la Cour retient la ligne de démarcation générale suivante : « un contrat

(45) Arrêts 15 janv. 1998, *Mannesmann*, précité, pt 25; 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding B.V.*, précité, pt 55.  
(46) *Ibidem*.

(47) Arrêt 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding B.V.*, précité, pts 56 et 57.

(39) *Ibidem*, pts 22 à 24.

(40) Arrêt 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding B.V.*, précité, pt 52.

(41) C.J.C.E., 28 oct. 1999, *Commission c. Autriche*, C-328/96, *Rec.*, p.I-7479, pt 74, qui renvoie aux concl. av. gén. Alber, pts 63 à 66.

(42) Arrêt 3 oct. 2000, *The University of Cambridge*, précité, pt 19.

(43) Arrêt 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding B.V.*, précité, pts 50 et 51.

(44) *Ibidem*, pts 31 à 47.

(...) ne saurait perdre son caractère de marché public de travaux lorsque les droits et les obligations du pouvoir adjudicateur sont transférés à une entreprise qui ne constitue pas un tel pouvoir. Il n'en irait autrement que dans le cas où il serait établi que, dès l'origine, le projet en cause relevait, dans son intégralité, de l'objet social de l'entreprise concernée et que les marchés de travaux relatifs à ce projet étaient passés par le pouvoir adjudicateur pour le compte de cette entreprise » (48). La formule est assez large afin de laisser une certaine souplesse dans la recherche et le contrôle de la fraude à la loi que peut constituer le recours à un tiers pour échapper à la législation communautaire des marchés publics. Il appartiendra en fait au juge saisi du litige de contrôler la réalité des motifs invoqués à l'origine de la création de l'organisme qui conclut le marché litigieux. Le juge sera ainsi conduit à vérifier qu'il existe bien un lien entre les travaux envisagés et l'objet social de l'entreprise, maître de l'ouvrage. Une entreprise qui conclut un marché dont l'objet ne contribue pas à sa propre activité doit être présumée agir pour le compte d'autrui; dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur peut être identifié comme étant ce bénéficiaire, les dispositions communautaires relatives aux marchés publics trouveront logiquement à s'appliquer.

## 12. — Deuxième condition. — L'organisme doit avoir la personnalité juridique.

Cette condition n'a pas donné lieu à de longs développements jurisprudentiels. Interrogé sur les conséquences qu'il convient de tirer du fait que les dispositions créant un organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire ont un caractère législatif, réglementaire, administratif ou autre, la Cour a répondu sans ambages que la forme juridique des dispositions dans lesquelles de tels besoins sont exprimés est, à cet égard, indifférente aux motifs que « le libellé de l'article 1<sup>er</sup>, b, deuxième alinéa, précité ne contient aucune référence au fondement juridique des activités de l'organisme concerné » et que la nécessité de donner à la notion de pouvoir adjudicateur une interprétation fonctionnelle « s'oppose à ce qu'une distinction soit faite selon la forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire » (49).

Pour le surplus, on peut relever que la Cour a dénié la qualification d'Etat ou de collectivité territoriale à l'Office irlandais des forêts au motif que, « contrairement à l'organisme concerné dans l'arrêt *Beentjes*, l'Office des forêts est doté de la personnalité juridique » et qu'« il est par ailleurs constant qu'il ne passe pas de marchés publics pour le compte de l'Etat ou d'une collectivité territoriale » (50).

## 13. — Troisième condition. — L'organisme doit enfin dépendre étroitement de l'Etat, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les directives 92/50, 93/36 et 93/37 énoncent, en leur article 1<sup>er</sup>, b, deuxième alinéa, troisième tiret, trois conditions alternatives qui reflètent

chacune une variante de la dépendance étroite d'un organisme vis-à-vis d'un autre pouvoir adjudicateur. Pour rappel, soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par ces mêmes pouvoirs ou organismes.

Ainsi, en ce qui concerne les deux dernières variantes, la Cour a qualifié d'organisme de droit public :

— l'imprimerie d'Etat autrichienne aux motifs que le directeur général de l'Ö.S. est nommé par un organe composé en majorité des membres nommés par la Chancellerie fédérale ou différents ministères, que cette entité est soumise au contrôle de la Cour des comptes, qu'un office de contrôle étatique est chargé de veiller aux imprimés soumis à un régime de sécurité et que la majorité des actions de l'Ö.S. restent dans les mains de l'Etat autrichien (51);

— une société de droit privé (la NÖ Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH [NÖ-PLAN]) constituée pour la réalisation de tous les travaux de planification nécessaires à la transformation de Sankt-Pölten en capitale du Land de Basse-Autriche en raison du fait qu'elle est détenue à 51% par le Land de Basse-Autriche, à 10% par la ville de Sankt-Pölten et à 39% par la NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH, que la passation de marchés d'un montant supérieur à deux millions de schillings doit obligatoirement être approuvée par une commission des marchés publics, dont les membres sont désignés par le gouvernement régional de Basse-Autriche, et que les membres des autres instances de la NÖPLAN (conseil d'administration, assemblée générale et comité financier) sont nommés par les propriétaires (52);

— une société de droit privé, l'Office irlandais des forêts, créée par l'Etat qui lui a confié des missions déterminées, qui consistent principalement à entretenir les forêts nationales ainsi qu'une industrie forestière, mais également à aménager diverses installations dans l'intérêt général, et dont le pouvoir de nomination des principaux dirigeants est détenu par l'Etat. En outre, la faculté du ministre d'adresser à l'Office des forêts des instructions, notamment afin de l'obliger à respecter les grandes lignes de la politique de l'Etat sur les activités forestières ou à aménager des services ou des installations déterminés, ainsi que les pouvoirs conférés à ce ministre et au ministre des Finances en matière financière donnent à l'Etat la possibilité de contrôler l'activité économique de l'Office des forêts et, dès lors, de manière indirecte sur la passation des marchés publics de fournitures par l'Office des forêts (53).

Plus fondamentalement, la Cour a été saisie de quatre questions préjudicielles relatives à l'in-

terprétation de la première variante dans le cadre d'un litige mettant en cause la qualification des universités anglaises comme organisme de droit public au sens des directives « marchés publics » (54).

Que ce soit en Angleterre ou dans d'autres Etats membres, les moyens financiers mis à la disposition des universités proviennent de différentes sources et sont versés en vue d'objectifs et pour des motifs différents. La première question a conduit la Cour à déterminer quels fonds doivent être compris dans l'expression « financée ... par [un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs] ». Plutôt que de s'en tenir à l'origine publique des transferts financiers effectués au profit des universités, la Cour a préféré adopter un autre critère qui tient compte de « la nature véritable de chacune des formes de financement » : « tous les versements effectués par un pouvoir adjudicateur n'ont pas pour effet de créer ou d'approfondir un lien spécifique de subordination ou de dépendance. Seules les prestations qui financent ou soutiennent, au moyen d'une aide financière versée sans contre-prestation spécifique, les activités de l'entité concernée peuvent être qualifiées de "financement public" ». Ainsi, la rémunération versée par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs en contrepartie de prestations contractuelles de l'université, telles que des travaux de recherche déterminée, une expertise ou l'organisation de séminaires et conférences, ne relève pas de la notion de « financement public », peu importe, à cet égard, que ces activités à caractère commercial se confondent, le cas échéant, avec les activités d'enseignement et de recherche de l'université. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur a un intérêt économique à l'accomplissement de la prestation et la dépendance éventuelle de l'organisme concerné par rapport au pouvoir adjudicateur ne se différencie pas de celle existant dans les relations commerciales normales, qui se développent dans le cadre de contrats à caractère synallagmatique librement négociés entre les cocontractants. Par contre, les transferts qui résultent d'une simple prestation de soutien, telles que les bourses ou les subventions accordées aux fins de promouvoir les travaux de recherche en général, et ce même si le bénéficiaire d'un tel financement ne devait pas être l'université elle-même, mais une personne qui en fait partie en tant que prestataire de services, ou les bourses couvrant les frais de scolarité de certains étudiants, doivent être considérés comme un financement public au sens des directives « marchés publics » dans la mesure où aucune contrepartie contractuelle n'est liée à ces versements.

La seconde question porte sur le caractère majoritaire du financement public ainsi délimité. Le terme « majoritairement » correspond-il à un pourcentage déterminé ou revêt-il une autre signification? A cet égard, la Cour rejette tout d'abord la thèse selon laquelle ce terme doit être interprété de manière qualitative, à savoir qu'il ne saurait être tenu compte que des prestations qui donnent à celui qui les verse le contrôle sur l'attribution des marchés. Elle retient l'interprétation quantitative du terme « majoritairement » selon laquelle il s'agit d'un financement public supérieur à 50%, en raison d'une part de la « signification usuelle du terme "majoritairement" qui, dans le langage courant, signifie tou-

(48) Arrêt 15 janv. 1998, *Mannesmann*, précité, pts 42 à 46.

(49) Arrêt 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding B.V.*, précité, pts 59 à 63.

(50) Arrêts 17 déc. 1998, *Commission c. Irlande*, précité, pts 32-33; 17 déc. 1998, *Connemara Machine Turf*, précité, pts 27-29.

(51) Arrêt 15 janv. 1998, *Mannesmann*, précité, pt 28.

(52) Arrêt 28 oct. 1999, *Commission c. Autriche*, précité, pt 74, qui renvoie aux concl. av. gén. Alber, pts 63 à 66.

(53) Arrêts 17 déc. 1998, *Commission c. Irlande*, précité, pts 33 à 41, et *Connemara Machine Turf*, précité, pts 32-36. Dans ces affaires, il était question, non pas comme tel de la notion d'organisme de droit public, mais d'un concept antérieur figurant dans la directive 77/62, à savoir « une autorité publique dont les marchés publics de fournitures sont soumis au contrôle de l'Etat ».

(54) Arrêt 3 oct. 2000, *The University of Cambridge*, précité.

jours « plus de la moitié », sans que la prédominance ou la prépondérance d'un groupe par rapport à un autre soit nécessaire » et d'autre part de certaines autres dispositions des directives (l'article 1<sup>er</sup>, pt 2, de la directive 93/38/C.E.E. et l'article 1<sup>er</sup>, b, deuxième alinéa, troisième tiret, des directives 92/50, 93/36 et 93/37).

La troisième question a trait à la composition de la base de calcul du financement majoritaire. Celle-ci doit-elle ne tenir compte que des sources de financement des activités universitaires ou connexes ou doit-elle également inclure les fonds qui proviennent des activités commerciales? Pour parvenir à une appréciation correcte du pourcentage de financement public d'un organisme donné, il y a lieu de tenir compte, pour la Cour, de « l'ensemble des revenus dont il bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale ». Il en résulte qu'un organisme peut être partiellement financé d'une autre manière, sans perdre pour autant sa qualité de pouvoir adjudicateur.

Enfin, en raison du caractère évolutif du financement public, la quatrième question tend à faire préciser, au regard d'un marché déterminé, d'une part, quelle est la période à prendre en considération pour le calcul du financement et, d'autre part, de quelle manière il convient de prendre en compte les modifications qui peuvent survenir au cours de la procédure concernée. En l'absence d'une disposition expresse à cet égard dans les directives, la Cour se réfère aux impératifs de sécurité juridique (degré de prévisibilité de la procédure en cause) et de transparence, lesquels exigent que tant l'université concernée que les tiers intéressés sachent, dès le début de l'exercice budgétaire, si les marchés envisagés au cours de cet exercice relèvent du champ d'application des directives 92/50, 93/36 et 93/37. Elle estime sur cette base que « la qualification d'un organisme tel que l'université de "pouvoir adjudicateur" doit être effectuée sur une base annuelle et que l'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché déterminé est lancée doit être considéré comme la période la plus appropriée pour le calcul du mode de financement de cet organisme, étant entendu que ce calcul doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle ». Au nom des mêmes principes et des impératifs liés à la protection des intérêts des soumissionnaires, la Cour précise ensuite qu'« un organisme qui, à la date à laquelle une procédure de passation de marché est lancée, constitue un "pouvoir adjudicateur" au sens des directives 92/50, 93/36 et 93/37 demeure, pour ce marché, soumis aux exigences de ces directives jusqu'à la clôture de la procédure concernée ».

Cet arrêt de principe permet d'appréhender, au regard de la qualification d'organisme de droit public au sens des directives « marchés publics », une série de personnes morales dont les ressources financières proviennent pour une large part des interventions publiques (55).

#### C. — Extension de la notion de pouvoir adjudicateur

**14. — Délégation de missions de service public.** — Dans certains cas, les pouvoirs publics préfèrent déléguer certaines de leurs missions à

des entités privées. Ces dernières, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs en raison du fait qu'elles ne sont pas sous la dépendance étroite d'un pouvoir adjudicateur, ne sont-elles pas, vu cette délégation, soumises aux directives marchés? La question s'est posée à propos de l'apposition sur les porcins d'une marque auriculaire destinée à déterminer leur provenance en exécution de la directive 92/102/C.E.E. du Conseil, du 27 novembre 1992, concernant l'identification et l'enregistrement des animaux. La réglementation danoise transposant cette directive prévoit que, après leur agrément par la direction vétérinaire relevant du ministère, les marques sont fournies par les abattoirs danois (ci-après les « D.S. »), qui sont des entreprises privées. Ces dernières ont conclu des contrats de fournitures, lesquels sont contestés par des producteurs évincés de marques auriculaires pour porcins au motif que les D.S. servent un intérêt public et agissent en réalité pour le compte du ministère, en sorte qu'ils devraient être assimilés à un pouvoir adjudicateur.

La Cour (56) a tout d'abord jugé que les D.S. n'étant pas un pouvoir adjudicateur, l'obligation, prévue à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/36, d'appliquer les procédures d'adjudication définies à l'article 1<sup>er</sup>, d, e et f, de cette directive ne leur incombe pas en tant que telle.

Ensuite, la Cour rappelle que s'agissant d'un marché public de fournitures, la directive 93/36 ne contient pas de disposition comparable à l'article 3, § 3, de la directive 92/50 (services) ou à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37 (travaux), qui oblige les pouvoirs adjudicateurs à faire respecter les dispositions de ces directives dans le cas de certains marchés passés par des entités autres que des pouvoirs adjudicateurs.

Toutefois, l'article 2, § 2, de la directive 93/36 prévoit que « Lorsqu'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, point b, octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur, quel que soit son statut juridique, des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé stipule que l'entité concernée doit respecter, pour les marchés publics de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ». Cette disposition n'impose-t-elle pas que les fournitures dont la valeur dépasse le seuil européen doivent faire l'objet d'une des procédures d'adjudication prévues par la directive 93/36? Tel n'est pas le cas. Lorsqu'en vertu de l'article 2, § 2, de la directive 93/36, une entité autre qu'un pouvoir adjudicateur se voit octroyer, par un pouvoir adjudicateur, des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, « il est uniquement exigé que l'acte par lequel ce droit est octroyé stipule que ladite entité doit respecter, pour les marchés publics de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité » (57), lequel comme on l'a vu ne saurait être interprété restrictivement et implique notamment des obligations de transparence. Si le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu, dans de telles circonstances, d'exiger de l'entité en question qu'elle respecte les procédures d'adjudication prévues par la directive 93/36, elle dispose toutefois de la faculté d'imposer un tel respect.

#### D. — Secteurs spéciaux

**15. — Notion d'entreprise publique.** — L'article 2, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de la directive 93/38 dispose qu'elle « s'applique aux entités adjudicatrices : a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2 (...) ». Pour sa part, l'article 1<sup>er</sup>, point 2, de la même directive définit l'« entreprise publique » comme « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise : détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise (...) ». Appliquant cette disposition, la Cour a qualifié d'entreprise publique Telekom Austria qui est une société anonyme dont l'ensemble des actions est détenue par la république d'Autriche (58).

4

#### Champ d'application rationae materiae

**16. — Notion de marché mixte.** — Si un marché public a pour objet à la fois des produits au sens de la directive 93/36 et des services au sens de la directive 92/50, l'article 2 de la directive 92/50 précise que ce marché relève de cette dernière directive si la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché. La Cour en déduit fort logiquement qu'« il résulte, *a contrario*, de l'article 2 de la directive 92/50 qu'un (tel) marché public (...) relève de la directive 93/36 lorsque la valeur des produits incorporés dans le marché est supérieure à celle des services » (59). Comme le relève l'avocat général Cosmas, « cette disposition vise à éviter que des marchés mixtes (comportant aussi bien des services que des fournitures) soient soumis à deux réglementations différentes et signifie donc que l'attribution du marché global s'effectue conformément à l'une seulement des réglementations. Elle fait du critère de la valeur économique l'élément déterminant le choix de la législation applicable » (60).

**17. — Marchés de services.** — Contrairement aux directives 93/36 (fournitures) et 93/37 (travaux), la directive 92/50 (services) n'est applicable qu'à certains types de marchés publics de services, à savoir ceux énumérés par les annexes de cette directive. Ainsi, les articles 8 et 9 renvoient respectivement à l'annexe I A et à l'annexe I B de cette directive, annexes qui font référence à la nomenclature C.P.C. (classification commune des produits) des Nations unies dans l'attente d'une nomenclature communautaire. Aux termes de l'article 10 de la même directive, les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe I A et des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI lorsque la valeur des services figurant à l'annexe I A dépasse celle des services figurant à

(55) Voy. à cet égard, D. De Roy, « L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées », *J.T.*, 2001, pp. 225 à 230.

(56) Arrêt 18 nov. 1999, *Unitron Scandinavia A/S* et al., précité, pts 26 et 27.

(57) *Ibidem*, pt 29.

(58) Arrêt 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH* et al., précité, pt 36.

(59) Arrêt 18 nov. 1999, *Teckal Srl*, précité, pt 38.

(60) Concl. sous C.J.C.E., 18 nov. 1999, *Teckal Srl*, précité, pt 43.

l'annexe I B; dans les autres cas, le marché est passé conformément aux articles 14 et 16.

La Cour a tout d'abord souligné qu'« il ressort du septième considérant de la directive 92/50 que la référence dans les annexes I A et I B à la nomenclature C.P.C. a un caractère contraignant » (61). Il s'ensuit que les désignations des services figurant aux annexes I A et I B ne sauraient être interprétées à la lumière d'autres nomenclatures, telles que la classification du C.P.A. qui, selon l'article 1<sup>er</sup>, § 3, du règlement n° 3696/93, doit être utilisée à des fins statistiques, ni celle du C.P.V. qui, selon le point 1 de la recommandation 96/527, n'est destinée qu'à la rédaction des avis et autres communications publiés dans le domaine de la passation des marchés publics.

Pour le surplus, la Cour a été amenée à se prononcer sur la classification de certains services au regard des dispositions qui précèdent. Ainsi,

- les services de transport de blessés et de malades en présence d'un infirmier relèvent à la fois de l'annexe I A, catégorie 2, et de l'annexe I B, catégorie 25, de la directive 92/50, de sorte que le marché qui a pour objet de tels services est visé par l'article 10 de ladite directive (62);

- des prestations de services qui portent sur une série de services d'ingénierie, comprenant des activités de planification, de conseil et d'étude pour différentes installations médicales et qui concernent des travaux relatifs à l'élaboration et à l'exécution de projets pour la construction d'une clinique pédiatrique dans un hôpital et des installations médicales correspondantes, relèvent de l'annexe I A, catégorie 12, de la directive 92/50 (63).

**18. — Collaboration entre personnes de droit public.** — Comme on l'a déjà vu, les directives visent essentiellement à assurer le développement d'une concurrence effective en matière de marchés publics. Un tel objectif présuppose que le cocontractant du pouvoir adjudicateur soit une personne distincte de celui-ci. En effet, le droit communautaire n'oblige pas les pouvoirs adjudicateurs à respecter de telles procédures dans le cas où ces derniers souhaitent se charger eux-mêmes des prestations dont ils ont besoin. Cet élément est renforcé par le texte des directives qui définissent les marchés publics de travaux, de fournitures ou de services comme des « contrats conclus à titre onéreux » entre un pouvoir adjudicateur et soit un entrepreneur, soit un fournisseur, soit un prestataire de services, ce qui suppose un concours de volontés entre deux personnes différentes.

Qu'en est-il dès lors des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur avec certains organismes publics ayant des liens avec lui? Ce type de contrats rentre-t-il dans l'exception dite « *In House Providing* » qui fait obstacle à l'application du droit communautaire en matière de passation des marchés publics?

La question a été soulevée à trois reprises devant la Cour, laquelle n'y a apporté de réponse que dans un seul des trois cas mais sous la forme d'un arrêt qui a valeur d'arrêt de principe.

Le cas d'espèce concerne le fait pour une collectivité territoriale de confier, dans le domaine de l'énergie, la fourniture de produits et la presta-

tion de services à un groupement auquel elle participe. Ce genre de collaboration, fréquent au niveau des communes, prend généralement la forme bien connue de l'intercommunale.

La Cour (64) rappelle que s'agissant de l'existence d'un contrat, le juge national doit vérifier s'il y a eu une convention entre deux personnes distinctes. Toutefois, elle relève qu'« il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ». Elle en conclut que les directives « marchés publics » sont applicables « lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux (...), que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ».

Les conclusions de l'avocat général Cosmas précédant cet arrêt permettent d'apercevoir plus concrètement les indices auxquels il y a lieu d'avoir égard pour vérifier si les critères théoriques ainsi dégagés par la Cour sont d'application. Celui-ci relève entre autres que :

- le groupement de communes, conformément à la législation nationale, est doté de la personnalité juridique et jouit de l'autonomie de gestion;
- ce groupement doit exercer les fonctions que lui confient les communes participant au groupement et il est soumis au contrôle de ces dernières;
- d'après les statuts du groupement qui est créé par 45 communes, le pourcentage selon lequel la commune de Viano participe à l'assemblée du groupement, c'est-à-dire, en réalité, à son administration, mais aussi aux bénéfices et aux pertes du groupement, s'élève à 0,9%, ce qui rend improbable que la commune de Viano exerce sur le groupement un contrôle analogue à celui qu'exerce une entité sur un organe interne;
- enfin, en vertu de ses statuts, le groupement peut assurer la prestation de certains services à des communes, des particuliers ou des organismes publics qui ne participent pas au groupement.

Sur la base de ces différentes constatations, l'avocat général conclut : « nous ne pensons pas qu'il soit établi que la commune exerce un contrôle hiérarchique sur l'A.G.A.C. ni que les relations entre la commune et l'A.G.A.C. ne consistent pas dans l'attribution d'un marché au motif que les deux parties contractantes n'ont pas, en fait, la qualité de tiers l'une par rapport à l'autre ».

**19. — Suite.** — Il importe de préciser qu'en ce qui concerne les marchés publics de services, l'article 6 de la directive 92/50 exclut de son champ d'application les marchés publics attribués, dans certaines conditions, à des pouvoirs adjudicateurs sans que pour autant ces derniers ne soient dispensés de l'obligation d'appliquer à leur tour les procédures d'adjudication prévues par les directives concernées. Par contre, les directives 93/36 et 93/37 ne contiennent pas de disposition comparable, de sorte qu'il n'est pas déterminant pour les marchés publics de travaux et de fournitures que l'entrepreneur ou

le fournisseur sélectionné soit ou non un pouvoir adjudicateur alors que tel est le cas pour les marchés de services.

Ainsi, saisie antérieurement à l'arrêt *Teckal* précité d'un litige opposant deux communes néerlandaises à une société privée (B.F.I.), laquelle affirmait que l'attribution d'un marché de services portant sur la collecte de déchets à une société anonyme (A.R.A.) que les communes en question avaient constituée à cette fin devait être soumise à la procédure prévue par la directive 92/50, la Cour (65) s'est contentée, en raison de l'exception prévue à l'article 6 de la directive 92/50, d'examiner si l'organisme en question pouvait être qualifié d'organisme de droit public sans se prononcer sur la nature des relations entre les deux communes et A.R.A. L'avocat général M. La Pergola, dans ses conclusions, a pour sa part analysé ces relations pour conclure que « A.R.A. n'a pas la nature d'un tiers par rapport aux deux communes, c'est-à-dire qu'elle ne s'en distingue pas en substance. Nous sommes face à une forme de délégation interorganique qui ne sort pas de la sphère administrative des communes, lesquelles en conférant à A.R.A. les activités en question n'ont en aucune façon eu l'intention de privatiser les fonctions qu'elles assumaient auparavant dans ce secteur (...). En définitive, selon nous, le rapport qui lie des communes et A.R.A. ne peut pas être considéré comme un marché au sens de la directive » (pt 38).

Enfin, dans le cadre d'une troisième affaire relative également à des marchés de services (dont l'objet est le prélèvement et l'analyse d'échantillons d'eau) mais mettant cette fois en jeu des organismes (des centres de recherche et d'essais semi-publics et subventionnés) qui appartiennent exclusivement ou au moins principalement aux pouvoirs publics et qui exécutent leurs prestations exclusivement ou au moins principalement pour des pouvoirs publics, la Cour s'est contentée de relever qu'elle avait examiné une question semblable dans son arrêt du 18 novembre 1999 (66).

En conclusion, il peut être inféré de ces différents éléments que si la relation entre un pouvoir adjudicateur et son cocontractant, qu'il soit lui-même un pouvoir adjudicateur ou non, sous réserve de l'exception prévue par l'article 6 de la directive 92/50, se situe dans le cadre d'une délégation interne à ses services, qui ne sort pas du cadre de ses structures administratives propres, celle-ci ne peut être considérée comme un marché public au sens des directives « marchés publics ». Par contre, si, sur la base des constatations auxquelles il doit procéder, le juge national conclut que ces relations sont le résultat du concours de deux volontés autonomes qui représentent des intérêts légitimes distincts, conformément à la forme habituelle de relations qui caractérise les relations contractuelles de deux sujets distincts, cette conclusion se déduisant aussi de l'analyse des conditions contractuelles, l'attribution de cette prestation entre dans le champ d'application de ces directives.

**20. — Secteurs spéciaux.** — Pour déterminer si un marché public relève d'une des directives « secteurs classiques » ou de la directive 93/38 « secteurs spéciaux », il convient d'examiner si le contrat en cause au principal est susceptible d'être visé, en raison des personnes contractan-

(61) Arrêt 24 sept. 1998, *Tögel*, précité, pts 35-37.

(62) *Ibidem*, pts 38-40.

(63) C.J.C.E. 4 mars 1999, *HI*, C-258/97, *Rec.*, p. I-1405, pts 30-32.

(64) Arrêt 18 nov. 1999, *Teckal Srl*, précité, pts 49 à 51.

(65) Arrêt 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding*, précité.

(66) Arrêt 7 déc. 2000, *ARGE*, précité, pts 39 et 40.

tes et de son objet spécifique, par la directive 93/38. En effet, comme le souligne la Cour en se référant au dix-septième considérant de la directive 92/50, « lorsqu'un marché est visé par la directive 93/38 régissant un secteur spécifique de services, les dispositions de la directive 92/50, qui ont vocation à s'appliquer aux services en général, ne sont pas applicables » (67).

Ainsi, pour déterminer si un contrat qui porte sur la fabrication et la publication des annuaires téléphoniques entre dans le champ d'application matériel de la directive 93/38, la Cour (68) vérifie si les prestations dudit contrat sont directement liées à une activité relative à la fourniture de services publics de télécommunications visées à l'article 2, § 2, d, de la directive 93/38. Tel est le cas dès lors que les prestations susvisées comportent :

— la collecte, le traitement et l'organisation des données relatives aux abonnés, afin de les rendre techniquement exploitables, opérations qui exigent des saisies de données, des traitements sur ordinateur, des services des banques de données, lesquels sont rattachés à la catégorie 7, intitulée « Services informatiques et services connexes », de l'annexe XVI A de la directive 93/38;

— l'impression même des annuaires téléphoniques, laquelle relève de la catégorie 15 de l'annexe XVI A de ladite directive, cette catégorie visant les « services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle »;

— les services de publicité qui relèvent de la catégorie 13 de l'annexe XVI A de la directive 93/38.

Dans le même secteur des télécommunications, la Cour a été conduite à interpréter l'article 8, § 1<sup>er</sup>, de la directive 90/531, laquelle soustrait de son champ d'application les marchés passés par une entité adjudicatrice pour ses achats « destinés exclusivement à lui permettre d'assurer un ou plusieurs services de télécommunications lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques ».

D'une part, qui, des Etats membres ou des entités adjudicatrices, peut définir et identifier les services de télécommunications ainsi exclus du champ d'application de la directive 90/531? Au terme d'une analyse exégétique de cette directive, la Cour a jugé qu'« un Etat membre ne peut pas, lorsqu'il transpose la directive 90/531, déterminer les services de télécommunications (précités), cette prérogative appartenant aux entités adjudicatrices elles-mêmes » (69).

D'autre part, la condition posée par l'article 8, § 1<sup>er</sup>, précité est-elle remplie dès lors que des dispositions réglementaires ou législatives garantissent en droit la libre concurrence dans le secteur concerné, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si une telle concurrence existe effectivement? La Cour a très clairement répondu qu'« au vu de son libellé et de son objectif, (cette) condition doit être vérifiée en droit et en fait, compte tenu notamment de toutes les caractéristiques des services concernés, de l'existence de services de substitution, des conditions de prix, de la position dominante de

l'entité adjudicatrice sur le marché ainsi que d'éventuelles contraintes légales » (70). Concrètement, la décision d'exclure certains services de télécommunications du champ d'application de la directive doit être prise au cas par cas en tenant compte des critères d'appréciation, énoncés par la Cour, du caractère effectivement concurrentielle de la situation du marché des télécommunications.

**21. — Les concessions de service public.** — Comme tel, les directives 92/50 et 93/38 se réfèrent à la notion de contrats à titre onéreux conclus par écrit, sans que soient expressément visées les concessions de service public, mais sans que soit non plus opérée une quelconque distinction entre les contrats dont la contrepartie est fixe et ceux dont la contrepartie consiste en un droit d'exploitation. Quel est dès lors au regard de ce flou normatif le sort des concessions de services?

Dans un premier arrêt, la Cour a, de manière incidente et lapidaire, écarté la qualification de concession de services à propos d'une convention entre deux communes et une intercommunale portant sur la collecte et le transport des immondices au motif que « la rémunération versée consiste uniquement dans un prix (payé par l'autorité publique) et non pas dans le droit d'exploiter le service » (71). Dans un arrêt plus récent, la Cour a été plus explicite : après avoir retracé l'historique des directives pertinentes et l'évolution du champ d'application des directives en matière de marchés publics de travaux pour ce qui est des concessions de travaux publics, la Cour conclut que bien que la prestation de services en cause (la fabrication et la publication des annuaires téléphoniques) soit visée par la directive 93/38 (cf. *supra*, n° 20), « un tel contrat est exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de cette dernière, en raison du fait notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation » (72). Le critère retenu par la Cour pour distinguer un marché de services d'une concession de services a donc trait au mode de rémunération du prestataire de services. Elle confirme de la sorte que l'élément clef qui permet de rattacher le rapport contractuel portant sur des services au régime de la concession est le fait, pour le prestataire, d'assumer le risque lié à la gestion du service. Dans sa communication interprétative du 4 mai 2000 sur les concessions en droit communautaire (73), la Commission s'est ralliée à cette analyse.

Toutefois, comme nous l'avons déjà vu, nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application des directives 92/50 et 93/38, la Cour a souligné que les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe

au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (74).

5

## Champ d'application rationae summae

**22. — Scission d'un ouvrage unique.** — Les directives prévoient des seuils d'application qui sont fonction de la valeur estimée des marchés. Pour les secteurs spéciaux, la directive 93/38 précise à ce propos, en son article 14, § 10, premier alinéa, que « le calcul de la valeur d'un marché de travaux aux fins de l'application du paragraphe 1<sup>er</sup> doit être fondé sur la valeur totale de l'ouvrage. On entend par ouvrage le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique ». En outre, l'article 14, § 13, de cette même directive précise que « les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application de la présente directive en scindant les marchés ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur des marchés ». Pour la Cour, « cette disposition exprime de manière concrète les obligations qui découlent pour les entités adjudicatrices de l'article 14, § 10, premier alinéa, de la directive et doit, dès lors, être prise en considération conjointement avec ce dernier en vue de statuer sur l'existence d'une scission d'ouvrage » (75).

Dans le même arrêt (76), la Cour a précisé les critères au regard desquels doit être appréciée l'existence ou non d'un ouvrage unique en vue de vérifier si le seuil d'application de la directive 93/38 est atteint : « il résulte de la définition de l'ouvrage figurant à l'article 14, § 10, premier alinéa, seconde phrase, précité que l'existence d'un ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique et technique du résultat des travaux concernés ». En outre, précise la Cour, il n'y a pas lieu d'avoir égard à d'autres conditions pour qu'une série de marchés puisse être considérée comme tendant à la réalisation d'un ouvrage unique, telles que, comme soutenu par la Commission, l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice ou l'existence entre eux d'un lien tel qu'une entreprise de la Communauté pourra les considérer comme une même opération économique et se porter candidate pour la réalisation de l'ensemble. Considérant que « la définition de la notion d'ouvrage ne subordonne pas l'existence d'un ouvrage au concours d'éléments tels que le nombre d'entités adjudicatrices ou la possibilité de réalisation de l'ensemble des travaux par une seule entreprise », le juge européen en déduit que si de tels éléments « peuvent, selon les circonstances, constituer des indices corroborant l'existence d'un ouvrage au sens de la directive, ils ne sauraient, en revanche, constituer des critères déterminants à cet égard ». En d'autres termes, la pluralité d'entités adjudicatri-

2001

169

(67) Arrêt 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, précité, pt 33.

(68) *Ibidem*, pts 38-40.

(69) Arrêt 26 mars 1996, *British Telecommunications*, précité, pts 19 à 29.

(70) *Ibidem*, pts 32-35.

(71) Arrêt 10 nov. 1998, *B.F.I. Holding*, précité, pt 25.

(72) Arrêt 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, précité, pts 41 à 58.

(73) A.P.T., 2000/1, pp. 69-80.

(74) Arrêts 18 nov. 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, précité, pt 31; 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH e.a.*, pts 60 à 63.

(75) Arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 31.

(76) *Ibidem*, pts 35 à 48.

ces et l'impossibilité de réalisation de l'ensemble des travaux concernés par une seule entreprise ne sont pas de nature à remettre en cause l'existence d'un ouvrage lorsque cette conclusion s'impose en application des critères fonctionnels définis à l'article 14, § 10, premier alinéa, seconde phrase, de la directive.

La Cour fait ensuite application de ces critères aux marchés considérés qui portent sur une série de travaux [37] ponctuels d'entretien et d'extension des réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public existants dans un département français, à propos desquels la Commission reproche à la République française la scission de l'ouvrage concerné à la fois sur une base technique (marchés distincts en matière d'électrification et d'éclairage public) et sur une base géographique (marchés distincts au niveau de chaque syndicat intercommunal). Selon le principe dégagé par la Cour, l'existence d'un ouvrage unique doit être appréciée par rapport à la fonction économique et technique que remplissent les réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public en question.

En ce qui concerne tout d'abord la scission de l'ouvrage entre travaux d'électrification et travaux d'éclairage public, la Cour, au terme d'une analyse des deux réseaux, estime qu'un réseau de distribution d'électricité et un réseau d'éclairage public ont une fonction économique et technique différente, cette différence de fonction restant la même, que l'on se situe au niveau départemental ou au niveau intercommunal, de sorte que les travaux portant sur les réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public ne sauraient être considérés comme constituant des lots d'un ouvrage unique scindé artificiellement.

En ce qui concerne la scission des travaux d'électrification sur un plan territorial, la Cour se base sur le fait que, même si, pour des raisons d'ordre administratif, les syndicats intercommunaux de la Vendée ont la responsabilité des réseaux de distribution d'électricité à basse tension sur le territoire des communes qui en font partie, cet élément ne saurait être déterminant, dès lors que ces réseaux sont interconnectables et que, considérés dans leur ensemble, ils remplissent une même fonction économique et technique, qui consiste en l'acheminement et la vente aux consommateurs du département de la Vendée de l'énergie électrique produite et fournie par l'Electricité de France. En outre, après avoir affirmé que « chaque cas de passation d'un marché doit être apprécié en fonction de son contexte et de ses propres particularités », la Cour relève qu'en l'espèce, il existe des éléments importants, tels que la simultanéité de lancement des marchés litigieux, la similitude des avis de marché, l'unité du cadre géographique à l'intérieur duquel ces marchés ont été lancés et la coordination assurée par le Sydev, organisme regroupant les syndicats intercommunaux d'électrification au niveau départemental, qui plaident pour le regroupement desdits marchés à ce niveau. Dès lors, les marchés en matière d'électrification font partie d'un ouvrage unique qui a été scindé artificiellement.

Enfin, quant à la scission territoriale des travaux d'éclairage public, s'il faut admettre que la fonction économique et technique de chaque réseau d'éclairage public est la même que celle de tous les autres à l'intérieur du département de la Vendée, il n'est pas possible pour autant de considérer que tous ces réseaux forment un ensemble ayant une fonction économique et technique unique au niveau départemental, en

raison du fait que, à la différence d'un réseau de distribution d'électricité, les réseaux d'éclairage public ne sont pas, d'un point de vue technique, nécessairement interdépendants et que, sur le plan économique, il est possible que les entités locales concernées supportent chacune la charge financière qui résulte de l'exploitation d'un tel réseau, de sorte que ce grief de la Commission doit être rejeté.

**23. — Contrat-cadre.** — Un ministère grec avait conclu avec six firmes textiles grecques un accord-cadre pour la fourniture exclusive de gaze à l'usage des hôpitaux et de l'armée sans qu'aucune procédure de marché public n'ait été lancée pour de telles fournitures. Rejetant l'argument de la Grèce selon lequel l'accord-cadre ne constitue qu'une structure à l'intérieur de laquelle sont passés de nombreux marchés de fournitures, lesquels pris individuellement n'excèdent pas le seuil européen d'application de la directive 77/62, la Cour souligne au contraire que « l'accord-cadre confère une unité aux divers marchés qu'il régit (...). Toute autre interprétation de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, a, premier tiret, de la directive permettrait aux opérateurs de contourner les obligations qu'elle établit » (77). En présence d'un accord-cadre, il conviendra donc de se fonder, en vue de déterminer la valeur du marché, sur la totalité des fournitures et non pas sur les différentes fournitures prises individuellement.

**24. — Dérogation à la règle du cumul des lots.** — Pour les marchés publics de travaux, l'article 6, § 3, de la directive 93/37 et l'article 14, § 10, second alinéa, de la directive 93/38, pour ce qui concerne les lots d'un ouvrage, tout en imposant de cumuler la valeur de tous les lots, permet de déroger à l'application de ces directives pour les lots dont la valeur estimée hors t.v.a. est inférieure à 1.000.000 écus, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur de l'ensemble des lots. Les pouvoirs adjudicateurs doivent dès lors appliquer les directives à tous les lots composant le marché de travaux, hormis ceux dont la valeur unitaire estimée hors t.v.a. est inférieure au seuil de 1.000.000 écus, pour autant que leur montant cumulé n'excède pas 20% de la valeur totale de l'ensemble des lots (78).

**25. — Calcul de la valeur du marché.** — Pour le surplus, la Cour (79) a rappelé que si elle était compétente pour indiquer au juge national quelle méthode de calcul du montant du marché est prévue par la réglementation communautaire, l'application de ces dispositions au cas d'espèce incombe au juge national : « S'il est vrai que la méthode de calcul du montant du marché est définie dans des dispositions communautaires sur l'interprétation desquelles le juge national peut, le cas échéant, poser des questions préjudicielles, il appartient néanmoins à celui-ci, dans la répartition des tâches établie par l'article 177 du Traité, d'appliquer les règles de droit communautaire à un cas concret. En effet, une telle application ne peut être effectuée sans une appréciation des faits de l'affaire dans leur ensemble ». Il s'ensuit que la Cour ne saurait

substituer son appréciation quant au calcul de la valeur du marché à celle de la juridiction de renvoi pour conclure à l'irrecevabilité de la demande préjudicielle; elle doit s'en tenir au cadre factuel tel que le juge national le décrit et aux évaluations auxquelles il a procédé.

## 6

## Procédures de passation

**26. — Phase distincte de la procédure.** — La Cour a insisté sur le fait que « la décision d'un pouvoir adjudicateur relative au type de procédure à suivre et à la nécessité ou non de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public constitue une phase distincte de la procédure, phase au cours de laquelle sont définies les caractéristiques essentielles du déroulement de cette procédure et qui, normalement, ne peut qu'avoir lieu au stade du lancement de celle-ci » (80). Dès lors, l'appréciation de la légalité communautaire de cette décision doit se faire au regard de la législation applicable au moment auquel ladite décision a été adoptée et non, comme le soutenait la Commission, en fonction de la directive applicable à la date de l'attribution du marché, ce qui serait contraire au principe de la sécurité juridique (cf. *supra*, n° 7).

**27. — Conséquences du choix d'une procédure.** — La Cour a rappelé, si besoin en était, que, « s'il est vrai que les entités adjudicatrices qui sont tenues d'appliquer les procédures (de passation de marchés), ont un certain choix en ce qui concerne la procédure à appliquer à un marché, elles sont obligées, dès qu'elles ont lancé un appel d'offres selon une procédure particulière, de respecter les règles qui y sont applicables jusqu'à l'attribution définitive du marché » (81). L'argument selon lequel l'entité adjudicatrice n'était pas obligée d'attribuer le marché selon une procédure ouverte mais aurait pu choisir une procédure négociée à laquelle son comportement, à savoir des négociations entamées avec un des soumissionnaires, aurait été dans ce cas conforme, ne peut donc être retenu.

**28. — Procédure négociée.** — En raison du fait qu'il ne peut être recouru à la procédure négociée que dans des hypothèses limitativement énumérées et que cette procédure déroge au principe de la concurrence, la Cour a confirmé, comme lors de la période précédente, que ces circonstances devaient faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement (82).

Plus spécifiquement, les directives 93/36 et 93/37 prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée sans concurrence préalable pour les travaux ou les

(80) Arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 36.

(81) Arrêt 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, précité, pt 35.

(82) C.J.C.E., 3 mai 1994, *Commission c. Espagne*, C-328/92, *Rec.*, p. I-1569, pt 14; 28 mars 1995, *Evans Medical et Macfarlan Smith*, C-324/93, *Rec.*, p. I-563, pt 48; 4 mai 1995, *Commission c. Grèce*, précité, pt 16; 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, précité, pt 23; 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, C-318/94, *Rec.*, p. I-1949, pt 13.

(77) C.J.C.E., 4 mai 1995, *Commission c. Grèce*, C-79/94, *Rec.*, p. I-1071, pt 15.

(78) Arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 74 à 80. Voy. aussi concl. av. gén. Alber sous arrêt 28 oct. 1999, *Commission c. Autriche*, précité, pts 60 à 62.

(79) Arrêt 18 nov. 1999, *Teckal Srl*, précité, pts 29 à 32.

fournitures dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant de la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur ou à un fournisseur déterminé. Pour justifier le recours à cette procédure, l'Etat membre « doit, dans ce cas, non seulement établir l'existence de raisons techniques, mais encore prouver que ces raisons techniques rendent absolument nécessaire l'attribution du marché litigieux à une entreprise déterminée » (83). Tel n'est pas le cas :

— lorsque, dans le cadre de l'attribution d'un marché relatif aux onzième et douzième prolongations d'une route à circulation rapide, le gouvernement ne démontre pas de façon convaincante que les difficultés découlant d'interférences techniques entre les travaux en cours et les travaux litigieux n'auraient pas pu être surmontées si les travaux litigieux avaient été attribués à une entreprise autre que celle déjà chargée des travaux en cours. Dans un tel cas d'espèce, la Cour encourage les parties à recourir à des experts indépendants en vue d'étayer leur thèse (84);

— lorsque la justification avancée consiste à soutenir que les fournisseurs retenus sont les seuls intéressés à contracter (85);

— lorsque, pour les fournitures de produits et de spécialités pharmaceutiques destinés aux établissements relevant de la sécurité sociale, l'Etat membre se contente d'invoquer que les produits et spécialités pharmaceutiques sont protégés par des droits d'exclusivité : encore faut-il qu'ils ne puissent être fabriqués ou livrés que par un fournisseur déterminé, cette condition n'étant remplie que pour ceux des produits et spécialités pour lesquels il n'y a pas de concurrence sur le marché (86).

Une autre possibilité d'écarter les procédures ouvertes ou restreintes pour recourir à la procédure négociée revient à invoquer l'urgence impérieuse résultant de la survenance d'un événement imprévisible. La Cour a rappelé que cette dérogation est subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives : « elle suppose l'existence d'un événement imprévisible, d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et, enfin, d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte » (87). L'une de ces conditions n'est pas remplie dans les cas suivants :

— ne constitue pas un événement imprévisible le fait qu'une entité d'un Etat membre qui doit donner, dans le cadre de la procédure d'approbation des projets de travaux publics prévue par la législation nationale, son accord à un projet donné soulève, avant la date limite prévue à cet effet, des objections pour des raisons qu'elle est en droit de faire valoir (88);

— le fait qu'il n'est pas exclu que, compte tenu de la liberté de prescription médicale, un besoin urgent d'une spécialité pharmaceutique déterminée se manifeste dans le département phar-

maceutique d'un hôpital, ne saurait pour autant justifier le recours systématique à la procédure de gré à gré pour toutes les fournitures de produits et spécialités pharmaceutiques aux hôpitaux. En toute hypothèse, même lorsque dans un cas donné l'urgence est établie, il ne peut être recouru à la dérogation prévue par cette disposition que si toutes les conditions qu'elle fixe sont réunies de manière cumulative (89).

**29. — Renonciation à une procédure.** — La Cour (90) a confirmé, à propos de l'article 18, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37, que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'attribuer un marché public au seul soumissionnaire jugé apte à y participer aux motifs que non seulement la directive ne comporte aucune disposition imposant expressément au pouvoir adjudicateur qui a procédé à un appel d'offres d'attribuer le marché à ce seul soumissionnaire, mais encore que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mener à son terme une procédure d'attribution d'un marché public de travaux. Dans cet arrêt, la Cour ne se contente pas du seul texte, pourtant suffisamment clair, de la directive. Elle appuie également sa réponse sur l'esprit de celle-ci, à savoir développer une concurrence effective dans le domaine des marchés publics. A cet effet, constate le juge européen, « la directive 93/37 tend à organiser l'attribution des marchés, de telle sorte que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de comparer différentes offres et de retenir la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs tels que ceux énumérés à titre d'exemple en son article 30, § 1<sup>er</sup>. Or, lorsque, à l'issue d'une des procédures de passation des marchés publics de travaux définies par la directive 93/37, il ne reste plus qu'une seule offre, le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de comparer entre les prix ou entre les autres caractéristiques de différentes offres afin d'attribuer le marché conformément aux critères visés au titre IV, chapitre 3, de la directive 93/37 » (pts 31-32).

Dans le même arrêt, la Cour relève que « la faculté du pouvoir adjudicateur de renoncer à passer un marché mis en concurrence ou de recommencer la procédure d'adjudication, implicitement admise par la directive 93/37, n'est pas soumise par celle-ci à la condition de l'existence de circonstances graves ou exceptionnelles » (pts 23-25).

## 7

## Transparence

**30. — Généralités.** — Un des objectifs poursuivis par les directives marchés publics est de garantir un niveau minimal de transparence dans l'attribution des marchés auxquels elles s'appliquent. Cette obligation de transparence est rattachée par la Cour au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Ainsi, le juge européen relève que « les règles de participation et de publicité des directives (...) ont pour but de protéger le soumissionnaire contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur » (91) et que « la procédure de comparaison des offres

doit respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres » (92). De même, les règles de publicité « visent à promouvoir le développement, au plan communautaire, d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics (...), en assurant que les soumissionnaires potentiels provenant des autres Etats membres soient en mesure de répondre aux différentes offres dans des conditions comparables à celles des soumissionnaires nationaux » (93). Enfin, ajoute la Cour, « ce principe ne saurait être interprété restrictivement. Il implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté » (94). Et la Cour de préciser que « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (95) et ce, même à l'égard des contrats qui ne sont pas visés par les directives, comme les concessions de service public, sans cependant que cela n'implique que l'entité adjudicatrice applique par analogie les dispositions les plus pertinentes des directives communautaires en matière d'adjudications.

**31. — Procédure de préinformation.** — Selon l'article 11, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37, les pouvoirs adjudicateurs font connaître, au moyen d'un avis indicatif, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'ils entendent passer. D'autre part, il résulte des dispositions des articles 12, §§ 1<sup>er</sup> et 2, et 13, §§ 3 et 4, de la même directive que, en règle générale, les délais de réception des offres ne peuvent être inférieurs à 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché pour les procédures ouvertes et à 40 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation écrite pour les procédures restreintes, mais qu'ils peuvent être réduits respectivement à 36 et 26 jours uniquement si les pouvoirs adjudicateurs ont publié l'avis de préinformation. La question s'est posée de savoir si cette procédure de préinformation est obligatoire ou facultative?

Constatant que le caractère obligatoire ou facultatif de l'avis de préinformation ne résulte pas explicitement du libellé de ces dispositions, la Cour (96) a estimé qu'il fallait prendre en considération le système que la directive 93/37 a voulu instaurer dans son ensemble et, par conséquent, qu'il fallait examiner l'article 11 à la lumière des articles 12 et 13 précités afin d'aboutir à une interprétation et une application cohérentes de cette directive. « La finalité des règles de publicité, dont la publication de l'avis de préinformation fait partie, est d'informer en temps utile tous les soumissionnaires potentiels au niveau communautaire sur les points essen-

(83) Arrêt 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, précité, pt 24.

(84) *Ibidem*, pts 25 à 27.

(85) Arrêt 4 mai 1995, *Commission c. Grèce*, précité, pt 16.

(86) Arrêt 3 mai 1994, *Commission c. Espagne*, précité, pts 15 à 18.

(87) Arrêt 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, précité, pt 14.

(88) Arrêt 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, précité, pts 17-20.

(89) Arrêt 3 mai 1994, *Commission c. Espagne*, précité, pts 15-18.

(90) Arrêt 16 sept. 1999, *Fracasso et Leitschutz*, précité, pts 21-34.

(91) Arrêt 11 août 1995, *Commission c. Allemagne*, précité, pt 19.

(92) Arrêt 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, précité, pt 54.

(93) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 34.

(94) C.J.C.E., 18 nov. 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, précité, pt 31; 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH e.a.*, précité, pts 60 à 63.

(95) Arrêt 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH e.a.*, précité.

(96) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 33 à 41.

tiels d'un marché afin qu'ils puissent présenter leur offre dans les délais. Cette finalité indique que le caractère obligatoire ou non de l'avis de préinformation doit être déterminé en fonction des dispositions de ladite directive relatives aux délais de réception des offres présentées par les soumissionnaires ». Ce faisant, la Cour n'a pas suivi son avocat général Alber qui préconisait de considérer isolément l'article 11 et dès lors de lui attacher un caractère obligatoire.

Il résulte de la combinaison de ces deux séries de dispositions que « la publication d'un avis de préinformation n'est obligatoire que lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la faculté qui leur est offerte de réduire les délais de réception des offres. (...) En liant l'exercice, par les pouvoirs adjudicateurs, de la faculté de réduire les délais de réception des offres à l'obligation de publier un avis de préinformation, le législateur communautaire a entendu offrir aux soumissionnaires potentiels, s'agissant du temps dont ils disposent pour élaborer leur offre, des garanties comparables à celles dont ils auraient bénéficié si les délais normaux étaient appliqués » (97). Malgré une rédaction de l'article 11 précité qui ne semblait souffrir aucune exception, la Cour a donc retenu une interprétation de bon sens par rapport à une lecture restrictive du texte, laquelle aurait d'ailleurs eu pour effet de lui faire perdre une partie de son utilité.

Pour rappel, dans l'arrêt du 26 avril 1994, *Commission c. Italie* (C-272/91, *Rec.*, p. I-1409), la Cour avait reconnu le caractère obligatoire de l'avis de préinformation prévu à l'article 9, § 1<sup>er</sup>, de la directive 77/62/C.E.E. (marchés publics de fournitures), telle que modifiée par la directive 88/295/C.E.E., lequel n'ouvrait toutefois aucune possibilité de réduction des délais de réception des offres, de sorte que le problème d'interprétation tranché par cet arrêt du 26 avril 1994 ne se posait pas dans des termes analogues à ceux de la présente espèce.

**32. — Avis de marché.** — Lorsqu'une entité adjudicatrice opte pour une procédure ouverte, les exigences en matière de transparence sont renforcées. Ainsi, l'entité concernée est tenue de prévoir, d'une part, une date limite pour la réception des offres « de manière que tous les soumissionnaires disposent de la même période après la publication de l'avis de marché pour la préparation de leurs offres » et, d'autre part, des date, heure et lieu pour leur ouverture, « ce qui contribue aussi à renforcer la transparence de la procédure puisque les termes de toutes les offres déposées sont révélés au même moment » (98). Il en va de même de la mention relative aux personnes admises à assister à l'ouverture des offres (99). L'absence de ces éléments dans les avis de marché est sanctionnée par la Cour aux motifs que ces informations sont « des mentions obligatoires et inconditionnelles » qui ne bénéficient d'aucune possibilité de dérogation et qu'elles « permettent aux fournisseurs potentiels de connaître l'identité de leurs concurrents et de vérifier s'ils répondent aux critères de sélection qualitative prévus » (100). Il y va en réalité

d'une application effective de la réglementation communautaire, laquelle ne peut, dans bien des cas, être garantie que si les violations de celle-ci suscitent une réaction en temps utile; cette possibilité de contrôle deviendrait parfaitement vaine si les modalités pratiques de l'ouverture des offres n'étaient pas connues.

De même, en ce qui concerne les critères d'attribution, la Cour a condamné la méthode dite d'« attribution par référence au code des marchés publics » sur la base de l'article 30, § 2, de la directive 93/37 : en effet, « lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'utilisent pas comme seul critère d'attribution du marché celui du prix le plus bas, mais qu'ils se fondent sur divers critères en vue d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils sont tenus de mentionner ces critères soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges. Par conséquent, un renvoi général à une disposition de la législation nationale ne saurait satisfaire à cette exigence de publicité » (101).

*A fortiori*, l'absence de tout avis de marché qui résulte du recours illégal à la procédure négociée sans publicité préalable constitue un manquement aux obligations découlant des directives (102). La mise en concurrence d'un marché doit en effet s'effectuer par un avis de marché, l'obligation de publier un tel avis ne disparaissant que lorsque les conditions prévues pour pouvoir recourir à la procédure négociée sans publicité préalable sont remplies.

La Cour a également retenu des griefs pris de l'absence de publication d'un avis résultant de la non-application d'une directive en raison de la contestation de la qualité de pouvoir adjudicateur dans le chef de l'entité concernée (103), du caractère incomplet de la publication au niveau communautaire d'avis de marché, lesquels ne concernaient qu'une partie des marchés à passer alors que l'ensemble des marchés a fait l'objet d'une publication au niveau national, et celui pris de l'omission de communiquer à la Commission les informations requises quant à l'attribution des marchés passés, ce qui empêche la publication de l'avis d'attribution de ces marchés dans le *J.O.C.E.* (104).

**33. — Modification des offres.** — Dans le cadre des procédures ouvertes ou restreintes, les termes du marché sont fixés dès l'expiration de la date limite de dépôt des offres. Lorsqu'une entité adjudicatrice prend en compte une modification apportée aux offres initiales d'un seul soumissionnaire, ce dernier est avantagé par rapport à ses concurrents, ce qui porte atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et nuit à la transparence de la procédure. Manque à ces obligations l'Etat membre qui, dans le cadre d'un marché public lancé par une entreprise publique exploitant un réseau de transport par autobus, tient compte des données fournies, quant à la consommation de carburant, par un soumissionnaire après l'ouverture des offres, dans le cas où ces données dépassent

sent une limite que ce soumissionnaire s'est lui-même imposée dans son offre initiale (105).

## 8

## Sélection qualitative

## A. — Capacités d'autres entités

**34. — Rappel des principes.** — En vue d'éviter des entraves à la libre circulation et à la libre prestation des services dans la passation des marchés publics, les directives édictent des règles communes de participation, au nombre desquelles figurent la possibilité de sous-traiter une part du marché à des tiers et la possibilité pour les groupements de prestataires de services de soumissionner sans qu'une forme juridique déterminée puisse être exigée d'eux pour la présentation de leur offre. En outre, les critères de sélection qualitative ont pour seul objet de définir les règles d'appréciation objective de la capacité des soumissionnaires, en particulier en matière financière et économique et en matière technique. Comme on le sait, ces considérations ont conduit la Cour à juger qu'« il résulte tant de l'objet que du libellé de ces dispositions qu'une personne ne peut être écartée d'une procédure de passation d'un marché public de travaux au seul motif qu'elle entend mettre en œuvre, pour exécuter le marché, des moyens qu'elle ne détient pas en propre mais qui appartiennent à une ou plusieurs entités autres qu'elle-même » (106).

La Cour en a déduit que les directives « travaux » « permettent, pour l'appréciation des critères auxquels doit satisfaire un entrepreneur lors de l'examen d'une demande d'agrément présentée par une personne morale dominante d'un groupe, de tenir compte des sociétés qui appartiennent à ce groupe, pour autant que la personne morale en cause établit qu'elle dispose effectivement des moyens de ces sociétés qui sont nécessaires à l'exécution des marchés ».

Outre son application aux marchés publics de services, cette position de principe a connu, au cours de la période recensée, deux prolongements.

**35. — Pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur?** — Tout d'abord, dans la même affaire *Ballast*, le Conseil d'Etat de Belgique a posé une nouvelle question préjudicielle sur la signification à réserver au terme « permettent », utilisé dans la locution « permettent ... de tenir compte de ... », figurant dans le dispositif précité de l'arrêt *Ballast I*. Ce terme doit-il être compris comme signifiant « obligent », de sorte que l'autorité compétente est dans l'obligation, lorsqu'il est établi que la personne morale dominante d'un groupe a effectivement la disposition des moyens des sociétés appartenant au groupe qui sont nécessaires à l'exécution des marchés, de tenir compte desdites sociétés? Ou celle-ci dispose-t-elle d'une compétence discrétionnaire lorsqu'elle apprécie les critères de classification d'une personne morale dominante d'un groupe, même si la condition établie par la Cour est remplie? En replaçant l'arrêt *Ballast I* dans son contexte, la Cour a retenu la première branche de l'alternative. En d'autres termes, « une société

(97) *Ibidem*, pts 38 et 40.

(98) Arrêt 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, précité, pt 55.

(99) Arrêt 24 janv. 1995, *Commission c. Pays-Bas*, précité, pts 18 à 22.

(100) *Ibidem*, pt 19. Pour un autre exemple d'avis incomplet, voy. arrêt 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 85.

(101) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 73 à 75.

(102) Arrêts 17 sept. 1998, *Commission c. Belgique*, précité, pts 25 à 29; 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 84.

(103) Arrêt 17 déc. 1999, *Commission c. Irlande*, précité, pts 41-42.

(104) Arrêts 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 91 à 94; 5 oct. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 87 à 91 et 100 à 112.

(105) Arrêt 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, précité, pts 56 à 60.

(106) C.J.C.E., 14 avril 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/92, *Rec.*, p. I-1289, pt 15.

holding qui n'exécute pas elle-même des travaux ne peut pas être écartée des procédures de participation aux marchés publics de travaux, et donc de l'inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés, si elle démontre qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ses filiales qui sont nécessaires à l'exécution des marchés, à moins que les références de ces filiales ne répondent pas elles-mêmes aux critères de sélection qualitative » (107).

**36. — Filiale et holding.** — Le second prolongement concerne la position de la société soumissionnaire à l'égard des sociétés dont elle invoque les capacités. Comme on vient de le voir, la Cour subordonne la possibilité pour un opérateur économique qui n'est pas en mesure d'exécuter lui-même un marché, parce qu'il ne répond pas aux critères de sélection qualitative exigés par les textes, d'invoquer les moyens d'autres sociétés, à la condition qu'il prouve la mise à disposition effective de ces moyens à son profit. Cette condition suppose-t-elle nécessairement un rapport de subordination, à l'égard du soumissionnaire, des entreprises détentrices des capacités ou d'une partie des capacités revendiquées par celui-ci ?

Dans l'arrêt *Ballast I*, la Cour n'avait pas manqué de relever que la société holding revendiquant le droit de soumissionner était la personne morale dominante d'un groupe, de sorte qu'on pourrait en conclure que la situation dominante d'une entreprise est une condition nécessaire à la reconnaissance du droit d'une société à invoquer d'autres capacités que les siennes. Ces considérations s'opposent-elles néanmoins à une extension de la solution retenue dans l'arrêt *Ballast I*, à des rapports de propriété inversés, c'est-à-dire à l'hypothèse où, au lieu d'être « dominante », la société soumissionnaire est dans une position de subordination ?

Pour la Cour, la vérification de l'aptitude des prestataires de services conformément aux critères énumérés « a notamment pour objet de donner au pouvoir adjudicateur l'assurance que le soumissionnaire aura effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché. Lorsque, pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects, de quelque nature juridique qu'ils soient, il lui appartient d'établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché » (108). Sur la base d'une interprétation des directives favorable à l'accès généralisé des entreprises aux marchés publics, la Cour ne s'attache pas à l'intérêt que peut présenter, pour obtenir l'assurance d'une mise à disposition effective des moyens demandés par l'autorité compétente, le pouvoir de décision détenu, du fait de sa position de société mère, par la société holding. Au contraire, l'accent est mis sur le défaut de pertinence, aux fins poursuivies, de son organisation juridique. Ces différentes considérations font clairement apparaître que le législateur communautaire se soucie moins

de l'habit légal dont sont revêtus les prestataires de services que de leur aptitude à accomplir les missions qui leur sont confiées lors de l'attribution des marchés publics, voire à réunir les moyens utiles à une telle exécution, indépendamment de leur organisation propre.

Reste évidemment le contrôle direct par le juge de l'effectivité de cette mise à disposition. A cet égard, la Cour précise que s'il appartient au juge national d'apprécier la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet, aucune disposition « ne permet ni d'exclure *a priori* certains modes de preuve ni de présumer que le prestataire dispose des moyens de tiers en se fondant sur la seule circonstance qu'il appartient à un même groupement d'entreprises ». La nature du lien juridique unissant deux entreprises ne saurait donc préjuger la réalité de la mise à disposition des moyens dont les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger la justification. La réponse à cette question dépend finalement de l'examen des données de fait figurant au dossier et des éléments du droit national applicable, sur lesquels seul le juge national peut porter une appréciation.

#### B. — Nombre de candidats sélectionnés

**37. — Nombre minimum.** — Dans une procédure restreinte, l'article 22, § 2, premier alinéa, de la directive 93/37 impose, lorsque les pouvoirs adjudicateurs fixent une fourchette à l'intérieur de laquelle se situe le nombre des entreprises qu'ils envisagent d'inviter, que le chiffre le moins élevé de la fourchette soit au moins égal à cinq, le chiffre supérieur de la fourchette pouvant être fixé à vingt. En outre, selon le second alinéa de la même disposition, le nombre de candidats admis à soumissionner doit, en toute hypothèse, être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Qu'en est-il lorsque les avis de marché indiquent : « Nombre limite de candidats pouvant être admis à présenter une offre : 5 » ? La Cour retient de cette disposition une interprétation stricte et extensive : « Si le législateur communautaire a considéré que, dans le cadre d'une procédure restreinte et lorsque les pouvoirs adjudicateurs prévoient une fourchette, un nombre de candidats inférieur à cinq n'est pas suffisant pour assurer une concurrence réelle, il doit en être de même, à plus forte raison, pour les cas où les pouvoirs adjudicateurs optent pour un nombre maximal de candidats à inviter. Il s'ensuit que le nombre d'entreprises qu'un pouvoir adjudicateur envisage d'inviter à soumissionner dans le cadre d'une procédure restreinte ne saurait, *en aucun cas*, être inférieur à cinq » (109).

En l'occurrence, la formule précitée implique que c'est le nombre maximal de candidats admis à soumissionner pour les marchés en cause qui a été fixé à cinq de sorte que, sur le fondement des avis de marché litigieux, un nombre de candidats inférieur à cinq eût été considéré comme admissible, ce qui est contraire à l'article 22, § 2, de la directive 93/37.

#### C. — Caractère limitatif des conditions minimales de participation

**38. — Capacités techniques.** — A propos d'un avis de marché de travaux requérant comme condition de participation la fourniture d'une « attestation de qualification professionnelle O.P.Q.C.B., Qualifélec, F.N.T.P. », la Cour a

rappelé que la directive 71/305 prévoyait, en ses articles 23 à 28, les critères de sélection qualitative des entreprises candidates et définissait plus particulièrement, en son article 26 (devenu l'article 27 dans la directive 93/37), les moyens de justification de leurs capacités techniques. Dès lors, cette disposition s'oppose à ce qu'un Etat membre exige d'un soumissionnaire établi dans un autre Etat membre qu'il fasse la preuve de ce qu'il remplit les critères relatifs à sa qualification professionnelle par d'autres moyens que ceux énoncés par ces dispositions (110).

**39. — Participation d'organismes subventionnés.** — La Cour a été saisie de la question de savoir si l'article 3, § 2, de la directive 92/50, selon lequel les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services, s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur autorise la participation à une procédure de passation de marché public d'entités qui perçoivent des subventions de pouvoirs adjudicateurs leur permettant de présenter des offres à un prix sensiblement inférieur au prix proposé par les autres soumissionnaires.

La Cour (111) répond à cette question de principe en deux temps.

Tout d'abord, il convient d'examiner si le principe même du versement de subventions au profit d'opérateurs économiques interdit à ces derniers de concourir dans des procédures de marché public. Selon d'aucuns, la participation de soumissionnaires bénéficiant de subventions publiques entraîne nécessairement une inégalité de traitement et une discrimination du soumissionnaire non subventionné dans le cadre de la détermination du mieux offrant. Dans un considérant de principe, la Cour rejette cet argument : « le principe d'égalité de traitement n'est pas violé au seul motif que les pouvoirs adjudicateurs admettent la participation à une procédure de passation d'un marché public d'organismes bénéficiant de subventions qui leur permettent de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires non subventionnés » (pt 32). Le juge européen se réfère à cet égard au fait que si le législateur communautaire avait eu l'intention d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à exclure de tels soumissionnaires, il l'aurait expressément énoncée. Or, tel n'est pas le cas des articles 23 et 29 à 37 de la directive 92/50 qui contiennent un dispositif précis relatif aux conditions de sélection des prestataires de services admis à présenter une offre et aux conditions d'attribution du marché, mais qui ne prévoit pas qu'un soumissionnaire doit être exclu ou son offre rejetée par principe du seul fait qu'il perçoit des subventions publiques. Au contraire, l'article 1<sup>er</sup>, c, de la directive 92/50, qui définit le soumissionnaire comme étant toute personne physique ou morale, « y inclus un organisme public », qui offre ses services, autorise expressément la participation, à une procédure de passation de marché public, d'organismes financés le cas échéant au moyen de fonds publics.

Ensuite, la Cour examine le point de savoir si cette réponse vaut également lorsque les subventions en cause sont illégales. Elle note que « si le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ne s'oppose donc pas en soi à la participation à une procédure de passation de

(107) C.J.C.E., 18 déc. 1997, *Ballast Nedam Groep*, C-5/97, *Rec.*, p. I-7549, pt 13.

(108) C.J.C.E., 2 déc. 1999, *Holst Italia SpA*, C-176/98, *Rec.*, p. I-8625, pts 29 à 31.

(109) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 60 et 61.

(110) *Ibidem*, pt 88, qui se réfère à l'arrêt du 10 févr. 1982, *Transporoute*, C-76/81, *Rec.*, p. 417, pt 15.

(111) Arrêt 7 déc. 2000, *Arge*, précité, pts 22-32.

marché public d'organismes publics (...), il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances particulières, la directive 92/50 oblige les pouvoirs adjudicateurs, ou à tout le moins leur permette, de prendre en considération l'existence de subventions, et notamment d'aides non conformes au Traité, afin, le cas échéant, d'exclure les soumissionnaires qui en bénéficient » (pt 29). En l'absence de disposition particulière dans la directive 92/50 sur la faculté pour le pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre d'un soumissionnaire subventionné de manière illégale, alors que tel est le cas de la directive 93/38 en son article 34, § 5, en matière d'offres anormalement basses, la Cour s'est basée sur le pouvoir d'appréciation de la capacité économique et financière du prestataire de services dont dispose le pouvoir adjudicateur : « un soumissionnaire peut être exclu au cours de la procédure de sélection, lorsque le pouvoir adjudicateur considère qu'il a reçu une aide non conforme au Traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale mettrait en danger sa santé financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises ». Il s'ensuit que la prise en compte d'une aide illégale peut avoir lieu au stade de la sélection des entreprises, c'est-à-dire au moment où le pouvoir adjudicateur porte une appréciation sur la capacité financière et économique du prestataire de services. En effet, en application de la jurisprudence de la Cour, les aides d'Etat non compatibles avec le marché commun, ou simplement non notifiées, peuvent faire l'objet d'une récupération. Dès lors, il ne pourrait être reproché à un pouvoir adjudicateur de se protéger contre le risque de conclure un marché avec un opérateur économique bénéficiant d'aides dont la légalité serait douteuse, en écartant celui-ci au titre de la vérification de sa capacité financière et économique.

Toutefois, la Cour admet qu'il est difficile « de définir les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs seraient tenus ou seraient en droit d'exclure les soumissionnaires bénéficiant de subventions » (pt 30).

#### D. — Exigences discriminatoires

**40. —** L'exigence, parmi les conditions de participation, d'un justificatif d'inscription du concepteur à l'ordre des architectes d'un Etat membre ne peut, pour la Cour, que favoriser la prestation des services par les architectes de cet Etat membre, ce qui « constitue une discrimination par rapport aux architectes communautaires et, partant, une restriction à la libre prestation des services de ceux-ci » (112).

### 9

#### Spécifications techniques

**41. — Absence de la mention « équivalent ».** — La Cour sanctionne le fait de ne pas ajouter, dans un avis de marché, la mention « ou équivalent » après une spécification technique définie par référence à un produit d'une marque déterminée (le système Unix) (113). D'une

part, parce que la directive applicable au marché, soit la directive 77/62 (fournitures), exige une telle mention. D'autre part, en raison du fait qu'une telle omission peut entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire, en violation de l'article 30 du Traité, en réservant le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le système spécifiquement indiqué.

**42. — Libre prestation des services.** — La Cour (114) va plus loin au nom du principe de l'égalité de traitement et du principe de libre prestation des services consacré par l'article 49 (ex-59) du Traité. En effet, « le principe d'égalité de traitement, dont l'article 59 du Traité est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ».

Sur la base de cette prémisse, la Cour va sanctionner la référence, prévue dans des avis de marché pour déterminer la nature de certains lots d'un marché de travaux, à des classifications d'organismes professionnels nationaux, et ce alors que de telles références sont purement indicatives et que les soumissionnaires d'autres Etats membres peuvent donc faire valoir des certificats équivalents, étant donné les trop grandes spécificités de ces classifications : « En l'occurrence, s'il est vrai que la référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux n'implique pas que les certificats susceptibles d'être pris en considération sont exclusivement ceux délivrés par ces organismes, il n'en reste pas moins que les spécifications techniques retenues sont tellement particulières et abstraites que, en principe, seuls des candidats français peuvent immédiatement déceler leur importance ». Il s'ensuit, poursuit la Cour, que « l'utilisation de ces références pour la désignation des lots a pour effet de fournir plus d'informations aux entreprises françaises sur la nature des lots, rendant ainsi plus facile pour ces dernières de soumettre des offres conformes aux références codifiées figurant dans l'avis de marché. En revanche, il est plus difficile pour les soumissionnaires des autres Etats membres de déposer des offres dans le bref délai imparti puisqu'ils doivent d'abord s'informer auprès des pouvoirs adjudicateurs en cause sur l'objet et le contenu de ces références ».

Ce disant, la Cour renforce l'exigence de spécifications techniques non discriminatoires. Par rapport aux arrêts qui précèdent (115), elle ne se contente plus en effet d'imposer la prise en compte de compétences, de prestations ou de produits équivalents aux qualifications exigées dans la législation nationale comme le prévoient les directives. Elle examine si la référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux est susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des soumissionnaires non nationaux et en déduit, si tel est le cas, « une discrimination indirecte et, donc, une restriction à la libre prestation des services, au sens de l'article 59 du Traité ».

(114) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 80 à 87.

(115) Arrêts 22 mars 1994, *Commission c. Espagne*, C-375/92, *Rec.*, p. I-923; 24 janv. 1995, *Commission c. Pays-Bas*, précité.

### 10

#### Offres anormalement basses

**43. — Dérogations.** — L'article 29, § 5, de la directive 71/305 (travaux) et l'article 30, § 4, de la directive 93/37, prescrivent une procédure de vérification que le pouvoir adjudicateur doit appliquer en cas « d'offres présentant un caractère anormalement bas ». Toutefois, le dernier alinéa de cette disposition le dispense, sous certaines conditions déterminées et « jusqu'à la fin 1992 », de respecter la procédure ainsi prescrite. Conformément à sa jurisprudence, la Cour (116) relève que ce régime temporaire, dérogatoire et exceptionnel à la procédure normalement établie par la réglementation communautaire, doit être interprété restrictivement, de sorte que seules peuvent bénéficier de la dérogation y prévue en matière de rejet des offres anormalement basses les procédures dans lesquelles l'adjudication définitive a eu lieu au plus tard le 31 décembre 1992, et non pas toutes celles pour lesquelles un avis de marché a été publié avant cette date.

### 11

#### Critères d'attribution

##### A. — Respect des critères d'attribution

**44. — Mention des critères dans les documents de marché.** — Les directives imposent aux entités adjudicatrices de mentionner, dans les cahiers des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont elles prévoient l'application, si possible dans l'ordre décroissant d'importance. Cette obligation, souligne la Cour, « vise précisément à faire connaître aux soumissionnaires potentiels les éléments qui seront pris en compte pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Tous les soumissionnaires connaissent ainsi les critères d'attribution auxquels leurs offres doivent répondre ainsi que leur importance relative. Cette exigence garantit le respect des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence » (117).

Ne satisfait pas à cette exigence un renvoi général à une disposition de la législation nationale, telle que la méthode dite d'« attribution par référence au code des marchés publics » (cf. *supra*, n° 32) (118).

**45. — Tous les critères mais rien que les critères.** — L'interdiction de discrimination, et la prévisibilité du processus d'appréciation qui en est le corollaire, imposent que l'entité adjudicatrice s'en tienne aux critères d'attribution qu'elle a définis et mentionnés dans les documents de marché.

(116) C.J.C.E., 26 oct. 1995, *Furlanis costruzioni generali*, C-143/94, *Rec.*, p. I-3633, pts 17-22; 16 oct. 1997, *Hera c. USL n 3-genovese et Romagnoli*, C-304/96, *Rec.*, p. I-5685, pts 15-16.

(117) Arrêt 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, précité, pt 88.

(118) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pts 73 à 75.

(112) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, précité, pt 87.

(113) Arrêt 24 janv. 1995, *Commission c. Pays-Bas*, pts 23-28.

Manque à cette obligation (119) l'entreprise publique exploitant un réseau de transport par autobus qui attribue un marché public de fournitures d'autobus à un soumissionnaire sur la base de chiffres qui ne correspondent pas aux prescriptions du cahier des charges pour le calcul de la pénalité fictive du soumissionnaire en cause en ce qui concerne les frais de maintenance pour le remplacement du moteur et de la boîte de vitesses. En l'occurrence, alors que la fréquence de remplacement du moteur et de la boîte de vitesses constituait une donnée non modifiable du cahier des charges et donc une constante que l'entité adjudicatrice a prescrite indistinctement à l'ensemble des soumissionnaires, lesquels ne devaient fournir aucune indication ou précision à cet égard, l'entreprise publique précitée a néanmoins tenu compte d'une moindre fréquence de remplacement communiquée par un des soumissionnaires. Ce faisant, elle a dérogé unilatéralement, à l'avantage d'un soumissionnaire, à ses propres prescriptions en matière d'évaluation des critères d'attribution.

Plutôt que de s'en tenir aux prescriptions de son cahier des charges, l'entité adjudicatrice aurait-elle pu informer l'ensemble des soumissionnaires de la possibilité de déroger aux données précitées fixées dans le cahier des charges? Pour l'avocat général Lenz, la réponse est positive (120). Toutefois, la Cour s'abstient de formuler une telle possibilité : « dès lors que S.R.W.T. a permis uniquement à E.M.I. de s'écarter des prescriptions en cause, il n'est pas nécessaire de décider si c'est à juste titre que la Commission considère que la S.R.W.T. aurait pu modifier les prescriptions du cahier des charges après l'ouverture des offres en permettant à tous les soumissionnaires la même possibilité de les écarter » (121).

**46. — Et les variantes libres ou les suggestions?** — Dans la même affaire, la Cour de justice (122) condamne également le fait pour l'entité adjudicatrice d'avoir tenu compte, lors de la comparaison des offres pour certains lots, des éléments d'économie proposés par le même soumissionnaire dans son offre (sièges « cantilever », mécanisme de désembuage des glaces latérales et un système particulier d'assemblage modulaire lors de la construction des bus), sans les avoir mentionnés comme critères d'attribution dans le cahier des charges ou l'avis de marché, ce qui a permis de compenser les différences financières entre les offres classées en première place et celles du soumissionnaire en cause.

C'est en vain que le gouvernement belge a qualifié ces éléments d'économie de suggestions, lesquelles étaient expressément autorisées par le cahier des charges. Après avoir constaté que les éléments d'économie ne figuraient pas dans les critères d'attribution retenus par la S.R.W.T. pour l'attribution du marché, la Cour estime, contrairement aux conclusions de son avocat général Lenz, dans un premier temps que « s'il est vrai que l'article 27, § 3, de la directive (90/531) permet aux entités adjudicatrices de prendre en considération des variantes, cette disposition doit être lue à la lumière tant

des principes qui sont à la base de la directive que du paragraphe 2 de ce même article. Ainsi, afin d'assurer qu'un marché soit attribué sur la base de critères connus de tous les soumissionnaires avant la préparation de leur offre, une entité adjudicatrice ne saurait tenir compte des variantes en tant que critères d'attribution que dans la mesure où elle les a mentionnés comme tels dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ». Ensuite, pour ce qui est des suggestions, poursuit la Cour, « il suffit d'observer que l'article 27, § 3, de la directive ne reconnaît que la prise en considération des variantes et non celle des suggestions. En outre, la directive n'y fait aucune référence en tant que critères d'attribution et, dès lors, de telles suggestions ne sauraient pas davantage être prises en compte par une entité adjudicatrice lors de l'attribution du marché ».

Alors que les variantes libres sont laissées à l'initiative des soumissionnaires, sous réserve de leur interdiction ou de leur encadrement dans le cahier des charges, ce qui permet de faire bénéficier les pouvoirs adjudicateurs des progrès et innovations technologiques proposés par les soumissionnaires, la Cour interprète les directives (123) comme n'autorisant les variantes que si elles sont expressément autorisées et encadrées par des exigences minimales à respecter impérativement et ce, en raison du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires. Cet arrêt qui a entraîné une forte réaction des milieux professionnels concernés (124) condamne de la sorte sans nuance le procédé des variantes libres que l'on retrouve pourtant depuis plusieurs années, à propos de la procédure d'appel d'offres, dans les législations de certains Etats membres, notamment de la Belgique (L. 24 déc. 1993, art. 15).

#### B. — Quels critères d'attribution?

**47. — Principes.** — En matière de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, les directives laissent aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, « ce choix ne pouvant toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse » (125).

La Cour a ainsi admis que la sécurité d'approvisionnement, pourvu qu'elle soit clairement indiquée comme critère pour l'attribution du marché, peut faire partie des critères à prendre en compte au titre de l'article 25 de la directive 77/62 (devenue 93/36) pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cadre d'un marché visant à fournir aux autorités concernées un stupéfiant utilisé à des fins médicales, en l'occurrence la diamorphine. Il semble logique que dans un tel marché, les entités tiennent compte, pour attribuer le marché, de la capacité des entreprises soumissionnaires à assurer de manière fiable et constante l'approvisionnement de l'Etat membre concerné (126).

(123) Directives 92/50, art. 24; 93/36, art. 16; 93/37, art. 19; 93/38, art. 34, § 3.

(124) Voy. notam. Ph. et M.-A. Flamme, « L'étonnante condamnation des variantes libres par la Cour de justice européenne », *Construction*, 14 juin 1996, pp. 20-22.

(125) Arrêt 28 mars 1995, *Evans Medical et Macfarlan Smith*, précité, pt 42.

(126) *Ibidem*, pts 44-45 et 50.

**48. — Clauses sociales.** — L'arrêt *Beentjes* du 20 septembre 1988 est généralement interprété comme permettant aux entités adjudicatrices de considérer la prise en compte d'actions liées à l'emploi comme une condition d'exécution et non comme une condition d'attribution des marchés publics.

En l'occurrence, constatant que dans un certain nombre d'avis de marché de travaux, une condition relative à l'emploi, liée à une action locale de lutte contre le chômage, était présentée explicitement comme critère d'attribution, la Commission a saisi la Cour en reprochant à la République française une violation de l'article 30, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37. L'avocat général Alber a donné raison à la Commission, considérant qu'il résulte du point 28 de l'arrêt *Beentjes* que des critères visant à la promotion de l'emploi ne peuvent être utilisés ni en tant que critères d'attribution au sens de l'article 30, § 1<sup>er</sup>, précité, ni en tant que « critères subsidiaires » pour départager des offres équivalentes, puisque dans ce cas l'aspect concernant l'emploi pourrait être décisif à lui seul.

Toutefois, s'écartant de cette thèse, la Cour a jugé que l'article 30, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37 « n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du Traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services » et pour autant que « sa mise en œuvre ait lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de ladite directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient » (127). Elle conclut que dès lors que la Commission ne met en cause que la mention d'un tel critère dans l'avis de marché en tant que critère d'attribution et qu'elle ne fait pas valoir que le critère lié à la lutte contre le chômage ne respecterait pas les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination, ou qu'il n'aurait pas été publié dans l'avis de marché, ce grief doit être rejeté.

La Cour admet donc qu'un critère d'attribution lié à la lutte contre le chômage « n'est pas en soi incompatible avec la directive 93/37 ». Elle conteste d'ailleurs qu'une telle position constitue un revirement de jurisprudence au terme d'un considérant justificateur peu habituel : « s'agissant de l'argument présenté par la Commission selon lequel l'arrêt *Beentjes*, précité, concernait une condition d'exécution du contrat et non pas un critère d'attribution du marché, il suffit de constater que, ainsi qu'il résulte clairement du point 14 de l'arrêt *Beentjes*, précité, la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée, qui était en cause dans cette affaire, avait servi de base pour exclure un soumissionnaire et ne pouvait, dès lors, que constituer un critère d'attribution du marché » (pt 52). L'enseignement de cet arrêt est important car il peut être étendu *mutatis mutandis* à d'autres préoccupa-

(127) Arrêt 26 sept. 2000, *Commission c. France*, J.T., 2001, p. 564, pts 49 à 51. J. Noël, « A propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux », J.T., 2001, p. 561.

(119) Arrêt 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, précité, pts 69 à 74.

(120) *Ibidem*, concl., pt 63.

(121) *Ibidem*, pt 73.

(122) *Ibidem*, pts 85 à 94.

tions telles que les clauses environnementales (128) ou éthiques.

12

## Contrôle du comportement des entités adjudicatrices

### A. — Devant le juge européen

**49. — Imputabilité des actes des entités.** — A titre liminaire, il convient de rappeler qu'« il résulte du système d'application des règles communautaires en matière de marchés publics, ainsi que de la jurisprudence de la Cour, que les actes des entités adjudicatrices sont imputables aux Etats membres desquels elles relèvent et peuvent donc être sanctionnés dans le cadre de la procédure en constatation de manquement instituée par l'article 169 du Traité » (129). En effet, les directives en matière de passation des marchés publics seraient privées de leur effet utile si le comportement d'un pouvoir adjudicateur n'était pas imputable à l'Etat membre concerné.

**50. — Action en manquement et mécanisme correcteur.** — Les directives 89/665 et 92/13, dites directives « recours », ont institué au profit de la Commission un mécanisme lui permettant d'intervenir rapidement auprès des autorités compétentes des Etats membres et des pouvoirs adjudicateurs concernés « lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché » (art. 3). Dans cette hypothèse, la Commission notifie aux autorités et pouvoirs susdits les violations claires et manifestes observées et en demande la correction; dans les vingt et un jours, l'Etat membre concerné communique à la Commission soit la confirmation que la violation a été corrigée, soit les motifs de l'absence de correction, soit la suspension de la procédure de passation de marché en cause. Cette procédure dite du « mécanisme correcteur » a été prévue afin de prévenir les dommages irréparables pouvant résulter de l'attribution illégale d'un marché (considérants 2, 7 et 8).

La Cour (130) a souligné que « l'obligation de coopération et d'assistance loyales qui incombe, en vertu de l'article 5 du Traité C.E., aux Etats membres afin de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission ne suffit pas à assurer une mise en œuvre de l'article 3 de la directive ». En effet, « il convient de relever que des personnes privées et notamment des entreprises recevant des subsides des pouvoirs publics peuvent, à certaines conditions, se voir confier les responsabilités

de pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation de marchés visés par la directive ». Il appartient dès lors aux Etats membres de mettre en œuvre cette disposition afin d'assurer également son respect par ces personnes privées.

A plusieurs reprises s'est posée la question de la combinaison de cette procédure avec le recours en manquement prévu par l'article 169 du Traité. Certains Etats membres se sont notamment interrogés sur le point de savoir si une procédure en vertu de l'article 169 du Traité pouvait encore être entamée dès lors qu'il existe d'autres moyens pour remédier à un manquement éventuel, tel que celui prévu à l'article 3 des directives « recours ».

La Cour a rejeté cet argument en rappelant que cette procédure particulière « constitue une mesure préventive qui ne peut ni déroger ni se substituer aux compétences de la Commission au titre de l'article 169 du Traité » (131). Elle n'ajoute ni ne retranche, en réalité, quoi que ce soit aux pouvoirs dont dispose la Commission sur la base de l'article 169 du Traité, lequel lui confère en effet le pouvoir discrétionnaire de saisir la Cour, d'une part, sans que ce pouvoir ne soit soumis à aucun délai et, d'autre part, sans que cette action ne soit subordonnée à l'existence d'une violation claire et manifeste au sens des directives « recours », une telle constatation se limitant au fait qu'un Etat membre n'a pas respecté une obligation communautaire et ne préjuge en rien de la nature ou de la gravité de la violation.

Il s'ensuit que la manière dont la Commission a utilisé cette procédure particulière ou que les modalités spécifiques auxquelles elle est soumise ne sauraient affecter la recevabilité d'un recours en manquement introduit à raison d'une violation des dispositions communautaires en matière de passation des marchés publics. Ainsi, le fait d'avoir engagé tardivement cette procédure spéciale a pour seule conséquence de risquer de priver l'action de la Commission de l'efficacité que la procédure spéciale en question visait à garantir. Comme le souligne la Cour, « il résulte des termes et de l'esprit de la directive 89/665 qu'il est fort souhaitable, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, que la Commission notifie ses objections (...) aussitôt que possible avant la conclusion du contrat, pour donner ainsi le temps (...) de lui répondre et, le cas échéant, de remédier, avant la passation du marché, à la violation invoquée » (132).

**51. — Action en manquement et les directives « recours ».** — Ainsi qu'il ressort des différentes rubriques qui précèdent, la Cour sanctionne divers manquements aux dispositions communautaires en matière de passation des marchés publics, que celles-ci soient de forme ou de fond. Comme le juge européen le relève, « c'est légitimement que la Commission examine dans le cadre de la procédure instituée par l'article 169 du Traité la plainte par laquelle le soumissionnaire à un marché public lui dénonce comme constitutif d'une violation (d'une di-

rective), et d'une entrave à la libre concurrence et à la libre circulation des marchandises le comportement de l'entité adjudicatrice. Le bien-fondé du recours à cette procédure ne peut se voir opposer le fait que la plainte concerne exclusivement les agissements de l'entité adjudicatrice et ne comporte de critique ni de la législation nationale applicable ni du comportement du gouvernement concerné » (133).

Dès lors que des manquements dans la passation de marchés ont été constatés par la Commission et qu'ils ne sont pas contestés de part adverse, la Commission peut-elle exiger, dans la phase précontentieuse (mise en demeure et avis motivé), de l'Etat membre une action immédiate destinée à mettre fin aux violations du droit communautaire, non seulement à l'égard des procédures de passation en cours ou devant encore être lancées, mais également à l'égard des contrats conclus en violation du droit communautaire, mais non encore exécutés. Dans ce cas, le manquement consisterait dans le fait de ne pas avoir pris toutes les mesures utiles pour corriger l'infraction dénoncée, c'est-à-dire, en clair, d'avoir manqué à l'obligation d'annuler les marchés et contrats conclus mais qui n'étaient pas encore exécutés ou qui étaient susceptibles de faire, dans la mesure du possible, l'objet d'une annulation de la part de l'autorité compétente. La Commission peut-elle donc exiger dans le cadre de la procédure en manquement l'annulation de contrats conclus en violation du droit communautaire pour autant qu'ils soient encore susceptibles de l'être à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé?

Saisie par la Commission d'un tel grief, la Cour (134) l'a toutefois considéré comme irrecevable pour des motifs d'ordre procédural tenant à la procédure précontentieuse. Dans ses conclusions, l'avocat général Alber, ayant au contraire admis la recevabilité de ce grief, en examina le bien-fondé au travers de considérations fort intéressantes pour le développement ultérieur du contentieux devant la Cour. En premier lieu, à propos de l'argument, selon lequel les compétences dans la procédure en manquement ne devraient pas aller au-delà de la possibilité, expressément accordée à l'Etat membre par le droit dérivé, de limiter les conséquences d'une attribution de marché contraire au droit communautaire à l'octroi de dommages-intérêts au soumissionnaire lésé, M. Alber rappela la jurisprudence précitée de la Cour selon laquelle les compétences attribuées à la Commission par la directive 89/665 ne limitent ni sur la forme ni sur le fond ses compétences en principe générales dans la procédure en manquement (pt 68). Ensuite, les divers manquements reprochés étant avérés, il poursuit en étant « d'avis que la passation de marchés depuis l'introduction formelle de la procédure en manquement (...) constitue une violation qualifiée du droit communautaire, à laquelle peut fort bien aussi se rattacher une obligation d'annulation. (...) Dans la mesure où les contrats conclus pendant cette période étaient effectifs et non encore réalisés le 3 mars 1996 (soit à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé), la

(128) Voy. P. Lefèvre, « Les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics européens », *J.T.D.E.*, 2000, pp. 245-247. Le 5 juill. 2001, la Commission a adopté une communication interprétative relative aux marchés publics et à l'environnement.

(129) Ord. 17 juill. 1998, *Sateba c. Commission*, précité, pt 32. Arrêts 17 déc. 1998, *Commission c. Irlande*, précité, pt 23; 28 oct. 1999, *Commission c. Autriche*, précité, pt 75.

(130) Arrêt 19 sept. 1996, *Commission c. Grèce*, précité, pt 17.

(131) Arrêts 24 janv. 1995, *Commission c. Pays-Bas*, précité, pt 13; 4 mai 1995, *Commission c. Grèce*, précité, pt 11; 17 déc. 1998, *Commission c. Irlande*, précité, pt 22; 28 oct. 1999, *Commission c. Autriche*, précité, pt 57.

(132) Arrêt 24 janv. 1995, *Commission c. Pays-Bas*, précité, pt 12.

(133) T.P.I., 29 sept. 1997, *Sateba c. Commission*, T-83/97, *Rec.*, p. II-1523, pts 33-36, confirmé par C.J.C.E., 17 juill. 1998, *Sateba c. Commission*, précité, pt 32.

(134) Arrêt 28 oct. 1999, *Commission c. Autriche*, précité, pts 33-41.

violation subsistait et la Commission pouvait exiger l'annulation des contrats. Cette demande paraît également juste, car les autorités autrichiennes ont expressément agi « à leurs risques et périls ». Agir « à ses risques et périls » ne peut signifier créer un fait accompli qui ne peut entraîner de sanction » (pt 76). Reste l'impossibilité avancée par le gouvernement autrichien d'annuler les contrats litigieux. A cet égard, il importe, pour M. Alber, de connaître la nature de l'impossibilité, à savoir s'il s'agit d'une impossibilité initiale ou ultérieure, d'une impossibilité en droit ou en fait. Dans la mesure où il s'agit d'une impossibilité créée ultérieurement pour des raisons de fait, car le projet de construction a été réalisé entre-temps ou en raison de l'urgence de la poursuite des travaux, cette circonstance ne modifie en rien la situation d'un point de vue juridique, un Etat membre ne pouvant invoquer des faits dont il est lui-même l'auteur pour échapper à une procédure en manquement (pts 77 à 79). Par contre, en ce qui concerne les éventuelles conséquences d'une impossibilité juridique, « l'appréciation en droit communautaire se heurte ici à une limite. En effet, une éventuelle annulation relève de la compétence de l'Etat membre. Les fondements juridiques et l'étendue d'une éventuelle annulation se déterminent à l'aune du droit interne et ne peuvent par conséquent pas être établis ici de façon contraignante » (pt 80). En l'occurrence, après avoir passé en revue les arguments exposés par le gouvernement autrichien qui tiennent essentiellement en une série de raisons expliquant pourquoi l'annulation des contrats est impossible *a posteriori* et après avoir repoussé des objections comme la confiance légitime des parties au contrat et l'absence d'effet utile des directives une fois les marchés attribués, M. Alber constate « en conclusion que, le 7 mars 1996 (soit l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé), la demande de la Commission a entraîné une obligation d'agir dont l'impossibilité initiale objective n'a pu être constatée » (pts 81 à 85).

**52. — Action en manquement et droit de la concurrence.** — La plainte d'un soumissionnaire auprès des services de la Commission relative au comportement d'une entité adjudicatrice peut, en fonction des circonstances de l'espèce, invoquer tant la violation de la législation communautaire en matière de marchés publics, auquel cas la Commission l'examine dans le cadre institué par l'article 169 du Traité, voire par le biais de la procédure du mécanisme correcteur précité institué par les directives recours, que la violation des règles de concurrence contenues aux articles 85 et 86 du Traité, auquel cas elle sera examinée au regard des règles particulières prévues par le règlement n° 17 en matière de concurrence. Les juridictions européennes ont souligné le caractère distinct et indépendant des deux procédures : « la procédure au titre du règlement n° 17 reste indépendante de celle visant à faire constater et à faire cesser le comportement d'un Etat membre en violation du droit communautaire, les deux procédures poursuivant des buts différents et étant régies par des règles différentes. Le fait que la Commission décide de ne pas engager une procédure en constatation de manquement ou de renoncer à la poursuite d'une telle procédure déjà entamée ne saurait dès lors impliquer qu'elle se trouve empêchée de constater que le comportement de l'entité adjudicatrice en cause constitue une infraction aux règles

de concurrence et d'ordonner la cessation de l'infraction constatée. Il en résulte qu'une décision de classement, prise dans le cadre d'une procédure en constatation de manquement, relève exclusivement de cette procédure et ne constitue pas le rejet implicite d'une plainte qui aurait été déposée au titre du règlement n° 17, de sorte qu'elle n'affecte pas la position juridique du plaignant dans le cadre d'une éventuelle procédure d'application des règles de concurrence » (135).

## B. — Devant le juge national

**53. — Transposition des directives « recours ».** — Le juge européen n'étant pas un juge d'appel ou de cassation des procédures contentieuses qui se déroulent devant les juridictions des Etats membres, l'enseignement des arrêts rendus par la Cour en cette matière concerne la correcte transposition par les Etats des procédures instituées par les directives « recours ».

**54. — Objectif des directives « recours ».** — Celles-ci « se bornent à renforcer les mécanismes existant, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer l'application effective des directives communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées » (136).

On ne saurait dès lors tirer parti de l'adoption d'une des directives « recours » pour justifier l'absence de transposition d'une directive « marché » au motif que ce n'est qu'avec l'adoption de ces directives que des règles ont été établies quant à la procédure à suivre dans le cadre des recours dirigés contre des infractions aux directives « marché ». Ce serait faire fi de la jurisprudence de la Cour selon laquelle les directives « marchés » confèrent aux particuliers des droits dont ces derniers peuvent se prévaloir, dans certaines conditions, directement devant les juridictions nationales, à l'encontre de l'Etat et des entités adjudicatrices. Une telle argumentation présuppose aussi que les directives « recours » visent à restreindre les droits reconnus par cette jurisprudence aux particuliers alors que tel n'est pas le cas.

Pour autant, ces directives visent à garantir, dans les ordres juridiques nationaux qui n'en seraient pas pourvus, des moyens de recours rapides et efficaces pour prévenir et corriger d'éventuelles violations des règles communautaires en matière de passation des marchés. « Comme les voies de recours qui existaient en général dans ce domaine, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, ne semblaient pas suffisantes et que les directives individuelles ne prévoyaient pas de voies de recours spécifiques, cette directive (89/665) a fait obligation aux Etats membres de mettre en vigueur des procédures de recours adéquates en cas d'illégalité des procédures de passation de marchés publics » (137). A cette fin, elle précise notamment la nature des organes de re-

cours ainsi que les « pouvoirs » qui doivent être attribués à ces organes.

**55. — Quels organes de recours ?** — En vertu de l'article 2, § 8, premier alinéa, de la directive 89/665, les Etats membres peuvent choisir entre deux solutions pour l'organisation du système de contrôle des marchés publics. La première solution consiste à attribuer la compétence pour connaître des recours à des instances de nature juridictionnelle. Selon la seconde solution, cette compétence est, dans un premier temps, attribuée à des organes qui ne constituent pas de telles instances. Dans ce cas, les décisions prises par ces instances doivent pouvoir faire l'objet soit d'un recours juridictionnel, soit d'un recours auprès d'une autre instance, laquelle doit alors répondre aux exigences particulières prévues à l'article 2, § 8, second alinéa, précité afin de garantir un recours adéquat.

Les garanties prévues par cette disposition ne s'appliquent dès lors pas à des instances de recours dont la composition et le fonctionnement sont régis par des règles telles que celles qui caractérisent une juridiction, telles que l'Office des adjudications du *Land* du Tyrol (138) ou l'organe administratif indépendant chargé d'assurer le contrôle de légalité des actes de l'administration du *Land* de Carinthie (139).

**56. — Suspension-annulation.** — Contrairement à la directive 92/13 (secteurs spéciaux), la directive 89/665 impose aux Etats membres de conférer aux instances nationales compétentes, indépendamment de l'attribution de dommages-intérêts, la voie de la « suspension-annulation », c'est-à-dire le pouvoir d'adopter des mesures provisoires par voie de référé et la possibilité d'annuler ou de faire annuler des décisions illégales (art. 2.1. *a et b*).

A cet égard, n'assure pas à elle seule une transposition correcte de l'article 2.1. *a*, de la directive 89/665 la législation nationale qui contient des dispositions générales relatives à la procédure de sursis à l'exécution d'un acte administratif attaqué par une action en annulation : « il suffit de relever que l'article 52 du décret présidentiel n° 18/89 n'est relatif qu'aux seules procédures de sursis à exécution et présuppose l'existence d'un recours principal en annulation de l'acte administratif attaqué, tandis que, en vertu de l'article 2 de la directive, les Etats membres sont tenus, plus généralement, de doter leurs instances de recours du pouvoir de prendre, indépendamment de toute action préalable, toutes mesures provisoires « y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de marché public en cause » » (140) et pas seulement d'un acte administratif. Ne constitue pas non plus un remède suffisant l'interprétation jurisprudentielle de ladite législation nationale conformément à la directive au motif qu'une telle situation ne satisfait pas, compte tenu de la rédaction du texte national, aux exigences de la sécurité juridique, laquelle requiert des dispositions susceptibles de créer une situation suffisamment précise, claire et transparente pour permettre aux particuliers de connaître leurs droits et leurs obligations.

(135) T.P.I., 29 sept. 1997, *Sateba c. Commission*, précité, pts 38-40, et 42, confirmé par C.J.C.E., 17 juill. 1998, précité, pt 38.

(136) Arrêt 11 août 1995, *Commission c. Allemagne*, précité, pt 23; C.J.C.E., 28 oct. 1999, *Alcatel Austria AG e.a.*, C-81/98, *Rec.*, p. I-7671, pt 33.

(137) C.J.C.E., 4 févr. 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, *Rec.*, p. I-551, pt 3.

(138) *Ibidem*, pts 28-31.

(139) Arrêt 4 mars 1999, *HI*, précité, pts 18-20.

(140) Arrêt 19 sept. 1996, *Commission c. Grèce*, précité, pt 11.

Pour sa part, l'article 2.1.b, de la même directive impose-t-il aux Etats membres de prévoir dans tous les cas que la décision d'attribution d'un marché public puisse faire l'objet d'une procédure de recours permettant à un soumissionnaire évincé d'obtenir son annulation? Ou cette disposition doit-elle être relativisée sur le vu de l'article 2.6. de la même directive qui prévoit la possibilité après la conclusion du contrat de limiter les effets juridiques de cette procédure à l'octroi de dommages-intérêts?

En l'occurrence, la législation autrichienne prévoit que l'instance de recours est compétente, jusqu'à la date de l'adjudication, pour rendre des ordonnances de référer et annuler des décisions illégales du pouvoir adjudicateur. Après que la conclusion du contrat ait eu lieu, cette instance est seulement compétente pour constater que le marché n'a pas été attribué au soumissionnaire qui a fait la meilleure offre; en ce cas, le pouvoir adjudicateur doit indemniser le candidat ou soumissionnaire évincé.

La Cour (141) répond aux questions précitées en deux temps.

Tout d'abord, la Cour examine isolément la portée de l'article 2.1.b, de la directive 89/665. Certes, cette disposition ne définit pas de manière exhaustive les décisions illégales dont l'annulation peut être demandée, le législateur communautaire s'étant contenté de mentionner, à titre d'exemple de décisions illégales au sens du point b, les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents se rapportant à la procédure de passation du marché en cause. Toutefois, poursuit le juge européen, « il ne saurait être déduit du libellé de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, b, de la directive 89/665 qu'une décision illégale d'attribution d'un marché public ne serait pas comprise dans les décisions illégales pouvant faire l'objet d'un recours en annulation ». Pour inclure dans cette catégorie la décision d'attribution d'un marché public, la Cour se réfère à l'objectif précité de la directive « recours » tel qu'il ressort de ses premier et deuxième considérants ainsi que de son article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, qui impose aux Etats membres de mettre en place des recours efficaces et aussi rapides que possible pour que soit assuré le respect des directives marchés publics : « s'agissant de ces recours, il ressort de ladite disposition que ceux-ci ont pour objet les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit, sans que cette disposition prévoit une restriction en ce qui concerne la nature et le contenu de ces décisions ».

Cette conclusion est-elle remise en cause par la conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution du marché et ce, en vertu de l'article 2.6. précité de la même directive? La question est d'autant plus importante en l'espèce que si la législation autrichienne distingue formellement les deux étapes, il s'avère que dans les faits la communication au tiers évincé de la décision d'attribution du marché et la conclusion du contrat sont concomitantes, de sorte qu'il peut en résulter l'impossibilité de fait de pour-

sivre l'annulation de la décision d'attribution du marché.

La Cour met tout d'abord en exergue le fait que la directive « recours » envisage clairement une dissociation en deux phases de la procédure de recours : « il convient de constater que, comme l'a relevé M. l'avocat général aux points 36 et 37 de ses conclusions, il ressort déjà du libellé même de l'article 2, § 6, de la directive 89/665 que la limitation des procédures de recours y prévue ne concerne que la situation qui existe après la conclusion du contrat qui suit la décision de l'attribution d'un marché. Ainsi, la directive 89/665 opère une distinction entre le stade antérieur à la conclusion du contrat, auquel l'article 2, § 1<sup>er</sup>, est applicable, et le stade postérieur à la conclusion de celui-ci, à l'égard duquel un Etat membre peut prévoir, selon l'article 2, § 6, second alinéa, que les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation ». Une autre interprétation, qui était celle défendue par le gouvernement autrichien, reviendrait à donner à la limitation prévue par l'article 2.6. précité une étendue qui va au-delà de l'objectif poursuivi par cette disposition, à savoir tirer les conséquences de la nécessité d'assurer la sécurité juridique en protégeant le contrat. En effet, dans ce cas, « la décision la plus importante du pouvoir adjudicateur, à savoir l'attribution du marché, échapperait de façon systématique aux mesures qui, selon l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la directive 89/665, doivent être prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup>. Ainsi, l'objectif de la directive 89/665, rappelé au point 34 du présent arrêt, de mettre en place des recours efficaces et rapides ayant pour objet les décisions illégales du pouvoir adjudicateur à un stade où les violations peuvent encore être corrigées serait compromis ».

La Cour tire ensuite deux conséquences de la distinction qui existe entre ces deux phases sur le plan des procédures de recours :

1) à l'égard des actes qui précèdent la conclusion du contrat, en ce compris la décision d'attribution du marché, l'article 2. 1. de la directive est applicable et impose donc aux Etats membres de prévoir une protection juridique complète. Par contre, pour ce qui suit la conclusion du contrat, la protection limitée prévue par le paragraphe 6 du même article a pour effet que les voies de recours peuvent ne comporter que l'octroi de dommages-intérêts. C'est en ce sens que la Cour répond à la première question préjudicielle : « Les dispositions combinées de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, a et b, et 6, second alinéa, de la directive 89/665 doivent être interprétées en ce sens que les Etats membres sont tenus, en ce qui concerne la décision du pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat, par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire ayant participé à la procédure de passation du marché avec lequel il conclura le contrat, de prévoir dans tous les cas une procédure de recours permettant au requérant d'obtenir l'annulation de cette décision lorsque les conditions y afférentes sont réunies, indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu » (pt 43);

2) d'autre part, en raison des circonstances de l'espèce, la Cour estime, en vue d'assurer un effet utile à la distinction précitée, que celle-ci implique, aux yeux du législateur commu-

nautaire, que la conclusion du contrat et l'attribution du marché ne sauraient coïncider dans le temps et que dès lors un délai doit nécessairement s'écouler entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés, qui peuvent de ce fait la contester, et la conclusion du contrat. Cette précision qui n'apparaît pas dans le dispositif de l'arrêt figure dans les considérants en réponse à des arguments tirés de l'absence de dispositions en ce sens dans la directive recours : « L'argument tiré de l'absence de délai entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion du contrat n'est pas pertinent. En effet, l'absence d'une disposition expresse à cet égard ne saurait justifier une interprétation de la directive 89/665 selon laquelle les décisions d'attribution des marchés publics échapperaient de façon systématique aux mesures qui, selon l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la directive 89/665, doivent être prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> » (pt 40). La Cour n'en dira pas plus. L'avocat général Mischo précise quant à lui que ce délai doit être raisonnable et qu'il est susceptible de varier selon les circonstances, en particulier selon le type de procédure d'attribution en cause (pt. 63).

Cet arrêt est salué comme un renforcement de la protection préventive des tiers dans le cadre des marchés publics (142). Sans lui dénier un tel intérêt, notre enthousiasme est plus limité, du moins en ce qui concerne le système belge de protection des tiers. Sur le vu de cet arrêt, les législations nationales doivent certainement dissocier les deux stades que sont la décision unilatérale d'attribution du marché et sa notification au soumissionnaire retenu qui entraîne la conclusion du contrat et prévoir des voies de recours aussi bien en annulation, en suspension et en dommages-intérêts à l'encontre de cette décision unilatérale. Contrairement à la législation autrichienne, le système belge nous paraît être conforme au cadre juridique ainsi précisé; en effet, en vertu de la théorie des actes détachables, la décision unilatérale d'attribution du marché est considérée distinctement de sa notification et est susceptible d'un recours en annulation et d'une demande de suspension devant le Conseil d'Etat et ce, même si la conclusion du contrat intervient entre-temps. Quant à l'exigence d'un délai, lequel n'est actuellement pas prévu par la législation belge, il faut bien relever qu'elle figure dans un *obiter dictum* de l'arrêt et qu'elle paraît surtout constituer une réponse circonstanciée aux particularités de la législation autrichienne.

**57. — Secteurs spéciaux.** — La directive 92/13 autorise pour sa part, en son article 2.1, les Etats membres à choisir entre deux solutions différentes en ce qui concerne les pouvoirs des instances de recours dans la phase préalable à la conclusion du contrat : d'une part, comme dans les secteurs classiques, l'option « suspension-annulation » prévue sous a et b; de l'autre, la possibilité prévue sous c, d'adopter,

(141) Arrêt 28 oct. 1999, *Alcatel Austria AG e.a.*, précité, pts 29-43.

(142) B. De Vuyst et G. Meyer, « L'influence du droit communautaire sur la réglementation nationale des marchés publics : la protection préventive est un fait », *J.T.*, 2000, pp. 286-287; F. Gosselin et N. Van Laer, « Le parcours du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public : une voie sans issue? », *A.P.T.*, 2001, à paraître.

« dans les délais les plus brefs » « d'autres mesures » visant le même résultat parmi lesquelles la directive cite la faculté « d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée ».

Satisfait (143) à l'option prévue par l'article 2.1.c, précité la législation nationale qui prévoit qu'un juge dispose du pouvoir de prononcer une astreinte dont il fixe le montant provisoire en fonction de l'appréciation qu'il porte sur la situation de l'espèce et le montant définitif en tenant compte du comportement du destinataire de l'injonction et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Une telle astreinte répond également aux conditions posées par l'article 2.5 selon lequel « la somme à verser conformément au paragraphe 1<sup>er</sup>, c, doit être fixée à un niveau suffisamment élevé pour dissuader l'entité adjudicatrice concernée de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction ». En effet, d'une part, conférer au juge le pouvoir de déterminer le montant de l'astreinte ne contredit pas le caractère dissuasif exigé par cette disposition : outre le fait que celle-ci n'indique pas si c'est au législateur ou au juge compétent qu'il appartient de fixer le montant de la somme à verser, la Cour relève qu'« une astreinte, qui est une mesure coercitive dont l'objectif principal est de garantir le respect des décisions du juge saisi, possède par elle-même un caractère dissuasif, en raison de sa nature propre », de sorte que préciser dans la législation nationale que la somme à verser doit avoir un caractère dissuasif ne serait pas susceptible, en tant que telle, de modifier ou de renforcer celui-ci. D'autre part, cette disposition ne précisant pas la nature définitive ou provisoire de cette mesure, elle « n'indique pas que, afin d'éviter ou de corriger une infraction, le juge est tenu de ne prononcer que des astreintes ayant un caractère définitif ». Enfin, en ce qui concerne le lien prévu par la législation nationale entre l'astreinte et le comportement de celui à qui l'injonction a été adressée, « il y a lieu de relever qu'il est inhérent au principe du droit à un procès équitable que le juge, dans une procédure telle que celle prévue à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, c, de la directive 92/13, ne puisse faire abstraction du comportement du destinataire de l'injonction et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ».

Le chapitre 2 de la directive 92/13 institue le système de l'attestation, lequel permet en substance aux entités en cause de « faire examiner périodiquement les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 90/531/C.E.E., ainsi que leur mise en œuvre pratique, en vue d'obtenir une attestation constatant que, à ce moment, celles-ci sont conformes au droit communautaire en matière de passation des marchés et aux règles nationales transposant ce droit ». L'article 3 prévoit que les Etats membres sont tenus de donner la possibilité aux entités adjudicatrices de recourir à un système d'attestation dont les caractéristiques principales sont indiquées aux articles 4 à 7. La possibilité ainsi offerte par la directive 92/13 aux organismes relevant du champ d'application de celle-ci de recourir à un système d'attestation ne signifie nullement

que la transposition d'un tel système dans le droit interne soit facultative (144).

De même, le chapitre 3 de la même directive institue un mécanisme de conciliation au niveau communautaire permettant le règlement à l'amiable des différends pouvant survenir entre les entreprises et les entités adjudicatrices. Ainsi, toute personne qui a ou a eu un intérêt à obtenir un marché entrant dans le champ d'application de la directive 90/531/C.E.E. et qui, dans le cadre de la procédure de passation de ce marché, s'estime lésée ou risquant d'être lésée par suite du non-respect du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit peut demander l'application de la procédure de conciliation prévue aux articles 10 et 11 de la directive 92/13. Pour la Cour, une transposition en droit national est nécessaire afin de permettre aux intéressés de connaître l'existence d'une telle procédure et de leur assurer ainsi la possibilité d'y avoir recours (145).

**58. — Existence d'un droit de recours en l'absence de transposition d'une directive** — En l'absence de transposition d'une directive recours à l'échéance du délai prévu à cet effet, les instances de recours des Etats membres compétentes en matière de procédures de passation de certains marchés publics, par exemple les marchés publics de travaux et de fournitures, sont-elles également habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation d'autres marchés publics, tels que les marchés de services ou les marchés publics relatifs aux secteurs spéciaux. Autrement dit, le justiciable dispose-t-il d'un droit directement applicable de saisir les instances compétentes d'un recours prévu par l'article 2 des directives 89/665 ou 92/13 à propos d'un marché public pour lequel la législation nationale ne confère pas auxdites instances une compétence ou même l'exclut expressément?

Pour la Cour (146), une telle conclusion ne découle pas des directives « recours ». En effet, « il appartient à l'ordre juridique de chaque Etat membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les Etats membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective à ces droits. Sous cette réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire ». Pour ce qui est plus précisément des directives « recours », la Cour constate que celles-ci, « tout en obligeant les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour garantir des recours efficaces en matière de marchés publics de services ou dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télé-

communications, n'indiquent ni quelles doivent être les instances nationales compétentes ni qu'il doit s'agir des mêmes instances que celles que les Etats membres ont désignées en matière de marchés publics de travaux et de fournitures ».

Toutefois, la Cour se réfère également à l'obligation découlant de l'adoption d'une directive, qui s'impose à « toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles », de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer le résultat prévu par celle-ci, ce qui implique pour la juridiction nationale le devoir d'interpréter le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du Traité (147). La Cour déduit des exigences d'une interprétation du droit national conforme aux directives « recours » et d'une protection effective des droits des justiciables que « la juridiction nationale doit vérifier si les dispositions pertinentes du droit national permettent de reconnaître aux justiciables un droit de recours en matière de passation de marchés publics de services ou dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ». La Cour ajoute que « dans des circonstances comme celles de l'espèce, la juridiction nationale est tenue en particulier de vérifier si ce droit de recours peut s'exercer devant les mêmes instances que celles prévues en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux ».

**59. —** Que se passe-t-il néanmoins si les dispositions nationales ne peuvent pas être interprétées de manière conforme aux directives « recours »? Il faut en effet tenir compte du principe de sécurité juridique qui empêche de considérer qu'une directive soit réputée être mise en œuvre en droit national par des dispositions soit silencieuses sur ce point (comme dans les cas d'espèce pour les marchés de services) soit contraires en ce qu'elles excluent expressément de tels recours pour le domaine régi par la directive (comme dans les cas d'espèce pour les marchés dans les secteurs spéciaux). Dans ce cas, rappelle la Cour, « les intéressés peuvent demander, selon les procédures appropriées du droit national, la réparation des dommages subis en raison de l'absence de transposition de la directive dans le délai prescrit » (148).

Pierre NIHOUL

Auditeur au Conseil d'Etat de Belgique  
Maître de conférences  
à la Faculté de droit de l'U.C.L.

(144) *Ibidem*, pts 34 à 38.

(145) *Ibidem*, pts 39 à 42.

(146) Arrêts 17 sept. 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, *Rec.*, p. I-4961, pts 40 à 45; 24 sept. 1998, *Tögel*, précité, pts 22 à 28; 24 sept. 1998, *Evobus Austria GmbH*, C-111/97, *Rec.*, p. I-5411, pts 15 à 22; 4 mars 1999, *HI*, précité, pts 21-28; 28 oct. 1999, *Alcatel Austria e.a.*, précité, pts 49-50.

(143) C.J.C.E., 19 mai 1999, *Commission c. France*, C-225/97, *Rec.*, p. I-3011, pts 20-33.

(147) Jurisprudence constante de la Cour : arrêts 13 nov. 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, pt 8; 16 déc. 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, *Rec.*, p. I-6911, pt 20, et 14 juill. 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Rec.*, p. I-3325, pt 26.

(148) Voy. sur ce point, notam., les arrêts 19 nov. 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. I-5357; 8 oct. 1996, *Dillenkofer e.a.*, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Rec.*, p. I-4845.