

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

C.J.U.E., 7 juin 2012,
Insinööritoimisto InsTiimi Oy, aff. C-615/10,
av. concl. av. gén. J. Kokott

HvJ, 7 juni 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*,
zaak C-615/10

Marchés publics dans le domaine de la défense – Article – Protection des intérêts essentiels de la sécurité d'un État membre – Commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre – Produit acquis par un pouvoir adjudicateur à des fins spécifiquement militaires – Existence, en ce qui concerne ce produit, d'une possibilité d'application civile largement similaire – Plateforme tournante – Absence de mise en concurrence

Il ressort de l'article 10 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, que les États membres peuvent, pour les marchés passés dans le domaine de la défense, prendre des mesures dérogatoires à ladite directive lorsque, d'une part, est concerné le « commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » et que, d'autre part, ces mesures apparaissent nécessaires à la « protection des intérêts essentiels » de la sécurité de l'État membre concerné. Ces dispositions, comme il est de jurisprudence constante pour les dérogations aux libertés fondamentales, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Bien que le paragraphe 1, sous b), de cet article fasse état des mesures qu'un État membre peut estimer nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, celui-ci ne saurait toutefois être interprété de manière à conférer aux États membres le pouvoir de déroger aux dispositions du traité CE par la seule invocation desdits intérêts.

Un pouvoir adjudicateur ne peut invoquer l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE pour justifier une mesure dérogatoire lors de l'achat d'un matériel qui a une vocation civile certaine et une finalité militaire éventuelle. Quand bien même un produit relèverait de l'une ou l'autre des catégories de matériels figurant sur la liste du Conseil du 15 avril 1958, il ne saurait, s'il en existe des applications techniques à vocation civile largement similaires, être considéré comme destiné à des fins spécifiquement militaires au sens de l'article 296

CE que si un tel usage est non seulement celui qu'entend lui conférer le pouvoir adjudicateur, mais également celui qui découle de caractéristiques propres à un équipement spécialement conçu, développé ou modifié substantiellement à de telles fins.

Au dixième considérant de la directive 2009/81, le législateur de l'Union a précisé que les termes « équipement militaire » au sens de cette directive devraient couvrir les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre. Un matériel tel que le système de plateforme tournante en cause au principal est censé, selon les informations fournies à la Cour, permettre l'exécution de mesures électromagnétiques et la simulation de situations de combat. Il pourrait, dès lors, être qualifié de composante d'un équipement militaire destiné à l'essai et au contrôle des armes au sens du point 15 de la liste du Conseil du 15 avril 1958, lu en combinaison avec les points 11 et 14 de celle-ci, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Toutefois, un tel système de plateforme tournante, que le pouvoir adjudicateur n'entend utiliser qu'à des fins militaires, ne saurait être considéré comme destiné spécifiquement à de telles fins au sens de l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE que s'il était établi que, à la différence des matériels similaires à vocation civile invoqués par la requérante au principal, ledit système, par ses caractéristiques propres, peut être

regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles, à de telles fins, ce qu'il appartient également à la juridiction de renvoi de vérifier.

L'article 10 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lu en combinaison avec l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, doit être interprété en ce sens qu'il n'autorise un État membre à soustraire des procédures prévues par

ladite directive un marché public passé par un pouvoir adjudicateur dans le domaine de la défense pour l'acquisition d'un matériel qui, bien que destiné à des fins spécifiquement militaires, présente également des possibilités d'applications civiles essentiellement similaires que si ce matériel, par ses caractéristiques propres, peut être regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles, à de telles fins, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

**C.J.U.E., 10 mai 2012, *Commission contre Pays-Bas*, aff. C-368/10,
av. concl. av. gén. J. Kokott**

**HvJ, 10 mei 2012, *Commissie tegen Pays-Bas*,
zaak C-368/10**

Marchés publics de fourniture – Manquement d'État – Directive 2004/18/CE – Fourniture, installation et entretien de machines distributrices de boissons chaudes, et fourniture de thé, de café et d'autres ingrédients – Spécifications techniques – Conditions d'exécution du marché – Critères d'attribution – Offre économiquement la plus avantageuse – Produits issus de l'agriculture biologique et du commerce équitable – Utilisation de labels dans le cadre de la formulation de spécifications techniques et de critères d'attribution – Vérification de l'aptitude et choix des participants – Niveaux minimaux de capacités techniques ou professionnelles – Respect des critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises

La portée du cahier des charges doit être déterminée en se plaçant du point de vue des soumissionnaires potentiels étant donné que l'objectif des procédures de passation de marchés publics prévues par la directive 2004/18 est précisément de garantir à ces soumissionnaires établis dans l'Union européenne l'accès aux marchés publics qui les intéressent.

Aux termes de l'article 23, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/18, les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, lesquelles peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Une méthode de production déterminée peut constituer une telle caractéristique environnementale. Partant, comme il est constant entre les parties, le label EKO, en tant qu'il est fondé sur des caractéristiques environnementales et qu'il réunit les conditions énumérées à l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18, constitue un « éco-label » au sens de cette disposition.

Il résulte du texte du premier alinéa de cette disposition que, s'agissant des exigences relatives à des caractéristiques environnementales, celui-ci confère aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de

recourir aux spécifications détaillées d'un éco-label, mais non à un éco-label en tant que tel. L'exigence de précision inscrite à l'article 23, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/18 – auquel se réfère le paragraphe 6 dudit article – et explicitée à la dernière phrase du vingt-neuvième considérant de celle-ci s'oppose à une interprétation extensive de ladite disposition.

L'obligation faite au pouvoir adjudicateur de mentionner expressément les caractéristiques environnementales détaillées qu'il entend imposer même lorsqu'il recourt aux caractéristiques définies par un éco-label est indispensable pour permettre aux soumissionnaires potentiels de se référer à un document unique et officiel, émanant du pouvoir adjudicateur lui-même, et donc sans qu'ils soient soumis aux aléas d'une recherche d'informations et aux possibles variations dans le temps des critères afférents à un éco-label quelconque. Il résulte du dossier d'espèce que le label en cause repose sur quatre critères, à savoir que le prix payé doit couvrir tous les frais et comprendre une prime supplémentaire par rapport aux cours du marché, que la production doit faire l'objet d'un préfinancement et que l'importateur doit entretenir des relations com-

merciales de longue durée avec les producteurs. Il y a lieu de constater que de tels critères ne correspondent pas à la définition de la notion de spécification technique figurant au point 1, sous b), de l'annexe VI de la directive 2004/18, étant donné que cette définition s'attache exclusivement aux caractéristiques des produits eux-mêmes, de leur fabrication, de leur emballage ou de leur utilisation, et non aux conditions dans lesquelles le fournisseur les a acquis du producteur.

En revanche, le respect de ces critères entre dans le cadre de la notion de « conditions d'exécution du marché » au sens de l'article 26 de cette directive. En effet, aux termes de cet article, les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations d'ordre social. Or, imposer que le thé et le café à fournir proviennent de petits producteurs de pays en développement, avec lesquels sont établies des relations commerciales qui leur sont favorables, relève de telles considérations.

Un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché. Le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence impose que les critères d'attribution soient objectifs, ce qui assure que la comparaison et l'évaluation des offres se fassent de manière objective, et donc dans des conditions de concurrence effective. Tel ne serait pas le cas de critères qui confèreraient au pouvoir adjudicateur une liberté de choix inconditionnée. Les mêmes principes imposent au pouvoir adjudicateur d'assurer à tous les stades d'une procédure d'attribution d'un marché public, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence des critères d'attribution, ceux-ci devant être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en connaître la portée exacte et, donc, de les interpréter de la même manière.

En prévoyant, dans le cahier des charges, que le fait que certains produits à fournir soient munis de labels déterminés donnerait lieu à l'octroi d'un certain nombre de points dans le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, sans avoir énuméré les critères sous-jacents à ces labels ni autorisé que la preuve qu'un produit satisfait à ces critères sous-jacents soit apportée par tout moyen approprié, la province de Hollande-Septen-

trionale a établi un critère d'attribution incompatible avec l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18.

Si l'article 44, paragraphe 2, de celle-ci autorise le pouvoir adjudicateur à établir des niveaux minimaux de capacités auxquels doit satisfaire un soumissionnaire pour que son offre soit prise en considération pour l'attribution du marché, ces niveaux ne peuvent être fixés, en vertu du premier alinéa de cette dernière disposition, que par référence aux éléments énumérés audit article 48, s'agissant des capacités techniques et professionnelles. Or, contrairement à ce que soutient le Royaume des Pays-Bas, l'exigence de respect des « critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises » ne se rattache à aucun de ces éléments. En particulier, les informations demandées au titre de cette exigence, à savoir l'indication de « [la manière dont le soumissionnaire] rempli[t] les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises[, et] contribue à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable », ne sauraient être assimilées à « une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise », visée à l'article 48, paragraphe 2, sous c), de la directive 2004/18. Partant, en imposant, au titre des exigences d'aptitude et des niveaux minimaux de capacités énoncés dans le cahier des charges, la condition selon laquelle les soumissionnaires respectent les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises, et indiquent comment ils respectent ces critères et contribuent à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable, la province de Hollande-Septentrionale a établi un niveau minimal de capacité technique non autorisé par les articles 44, paragraphe 2, et 48 de la directive 2004/18.

Des exigences relatives au respect des « critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises » ainsi qu'à l'obligation de « contribue[r] à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable » ne présentent pas un degré de clarté, de précision et d'univocité tel que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent puisse savoir de manière certaine et complète quels sont les critères que recouvrent ces exigences. Il en est de même, et *a fortiori*, en ce qui concerne la

demande adressée aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre « [c]omment [ils] remplisse[nt] » lesdits critères ou « comment [ils] contribue[nt] » aux fins mises en avant par le pouvoir adjudicateur

quant au marché et à la production du café, sans leur donner d'indication précise quant aux renseignements qu'ils doivent fournir.

**C.J.U.E., 10 mai 2012, *Duomo Gpa*, aff. C-357/10 à 359/10,
av. concl. av. gén. M.P. Cruz Villalón**

**HvJ, 10 mei 2012, *Duomo Gpa*,
zaken C-357/10 à 359/10**

*Liberté d'établissement – Libre prestation des services – Directive 2006/123/CE
– Concession de services de liquidation, de vérification et de recouvrement des
impôts ou d'autres recettes des administrations locales – Législation nationale –
Capital social minimal*

Les articles 43 CE et 49 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition, telle que celle en cause au principal, prévoyant :

– l'obligation pour des opérateurs économiques, sauf pour les sociétés à participation publique majoritaire, d'adapter, le cas échéant, à 10 millions d'euros le montant minimal de capital entièrement libéré aux fins d'être habilités à poursuivre des activités de liquidation, de vérifi-

cation et de recouvrement des redevances et d'autres recettes des collectivités locales ;

– la nullité de l'attribution de tels services à des opérateurs qui ne répondent pas à cette exigence de capital social minimal, et
– l'interdiction d'obtenir de nouvelles attributions ou de participer à des appels d'offres ouverts en vue de l'attribution de ces services tant que l'obligation d'adaptation du capital social n'est pas remplie.