

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

C.J.U.E., 9 juin 2011, *Evropaïki Dynamiki contre BCE*, aff. C-401/09,
concl. av. gén. P. Mengozzi

Marchés publics de services – Recevabilité d'un pourvoi – Exception d'irrecevabilité – Intérêt à agir – Étendue du pourvoi

Le présent arrêt constitue la décision rendue par la Cour sur le pourvoi introduit par Evropaïki Dynamiki AE, qui demande l'annulation de l'ordonnance du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 2 juillet 2009, *Evropaïki Dynamiki c. BCE*, aff. T-279/06, par laquelle ce dernier a rejeté son recours tendant à l'annulation des décisions de la BCE de ne pas retenir son offre présentée dans le cadre de la procédure négociée pour la prestation de services de conseil et de développement informatiques et d'attribuer le marché aux soumissionnaires retenus.

Sur la recevabilité, la Cour considère que la procuration par laquelle un consortium confie à une société le pouvoir de le représenter en justice reste valable dans le cadre d'un pourvoi lorsque la procuration vise «toutes les actions juridiques» liées à la contestation.

Sur le fond, la Cour précise que l'article 114 du règlement de procédure du Tribunal n'exige nullement que toute exception d'irrecevabilité soit présentée par acte séparé. Au contraire, selon la Cour, la présentation d'une telle exception par acte séparé n'est nécessaire que si la partie qui la présente entend demander au juge de se prononcer sur la recevabilité du recours sans engager le débat au fond.

Ainsi, une exception d'irrecevabilité peut être soulevée dans un mémoire en défense et examinée, par le Tribunal, lorsque ce dernier statue sur le recours.

C'est à bon droit que le Tribunal, faisant référence à la jurisprudence de la Cour, a relevé que, d'une part, un requérant ne saurait avoir un intérêt légitime à l'annulation d'une décision dont il est d'ores et déjà certain qu'elle ne pourrait qu'être confirmée à nouveau à son égard et, d'autre part, un moyen d'annulation est irrecevable, au motif que l'intérêt à agir fait défaut lorsque, à supposer même qu'il soit fondé, l'annulation de l'acte attaqué sur la base de ce moyen ne serait pas de nature à donner satisfaction au requérant.

Dans le cadre d'un pourvoi, la compétence de la Cour est limitée uniquement à l'appréciation de la solution légale qui a été donnée aux moyens et arguments débattus devant les premiers juges.

Un pourvoi doit indiquer de façon précise les éléments critiqués de la décision du Tribunal dont l'annulation est demandée ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique cette demande. Ne répond pas à cette exigence le moyen de pourvoi qui, sans même comporter une argumentation visant spécifiquement à identifier l'erreur dont serait entachée la décision attaquée, se limite à reproduire des arguments déjà présentés devant le Tribunal. En effet, un tel moyen constitue en réalité une demande visant à obtenir un simple réexamen d'un moyen présenté devant le Tribunal, ce qui échappe à la compétence de la Cour.

C.J.U.E., 26 mai 2011, *Commission contre Espagne*, aff. C-306/08,
concl. av. gén. N. Jääskinen

Marchés publics de travaux – Directives 92/50 et 2004/18 – Champ d'application – Notion de marchés publics de travaux – Objet du contrat

Dans cet arrêt rendu dans le cadre d'une procédure en manquement à l'encontre de l'Espagne, en ce qu'elle n'a pas soumis les marchés passés dans le

cadre d'une réglementation urbanistique au régime des directives 92/50 et 2004/18.

La Cour rappelle que, s'agissant de la notion de «marchés publics de travaux», au sens de



l'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/37 et de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, il y a lieu de relever que celle-ci vise les contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un ou plusieurs opérateurs économiques et, d'autre part, un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à l'une des activités visées à l'annexe II de la directive 93/37 et à l'annexe I de la directive 2004/18 ou d'un ouvrage défini à l'article 1^{er}, sous c), de la directive 93/37 et à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, selon la Cour, il résulte du seizième considérant de la directive 92/50 et du dixième considérant de la directive 2004/18, lus en combinaison avec respectivement l'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/37 et l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, qu'un contrat ne peut être considéré comme un « marché public de travaux » que si son objet répond à la définition donnée au point qui précède et que des travaux qui

sont accessoires et ne forment pas l'objet du contrat ne peuvent justifier la classification de celui-ci comme marché public de travaux.

La Cour rappelle que lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine quel corps de règles de l'Union relatives à des marchés publics trouve en principe à s'appliquer (*cfr.* jurisprudence *Aurox*). Cette détermination doit avoir lieu au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat.

Selon la Cour, le fait que l'exécution physique des travaux prévus par la législation urbanistique espagnole doive, dans le cadre de certains instruments de politique foncière, être confiée par l'urbanisateur à un entrepreneur-constructeur ne modifierait en rien la qualification du contrat en tant que marché de travaux dans la mesure où c'est l'urbanisateur qui s'engage envers l'administration à les effectuer.

Trib.U.E., 22 juin 2011, *Evropaïki Dynamiki contre Commission*, aff. T-409/09

Marchés publics de services – Recours en indemnité – Recevabilité – Délais de recours – Prescription – Interruption – Existence d'un préjudice – Dommage – Perte d'une chance

Les actions contre la Communauté en matière de responsabilité non contractuelle se prescrivent par cinq ans à compter de la survenance du fait qui y donne lieu. La prescription est interrompue soit par la requête formée devant la Cour, soit par la demande préalable que la victime peut adresser à l'institution compétente. Le délai de prescription commence à courir lorsque sont réunies toutes ces conditions, auxquelles se trouve subordonnée l'obligation de réparation et, notamment, lorsque le dommage à réparer s'est concrétisé. En particulier, dans les contentieux nés, comme en l'espèce, d'actes individuels, le délai de prescription commence à courir lorsque ces actes ont produit leurs effets à l'égard des personnes qu'ils visent.

La connaissance précise et circonstanciée des faits de la cause de la part de la victime n'a aucune importance, la connaissance des faits ne figurant pas au nombre des éléments qui doivent être réunis pour faire courir le délai de prescription visé à l'article 46 du statut de la Cour. L'appréciation subjective de la réalité du dommage ne saurait ainsi

être prise en considération dans la détermination du point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité non contractuelle de la Communauté.

Appliqué au cas d'espèce, la Cour considère que des lettres adressées par la requérante au président de la Commission, qui ne contiennent aucune demande explicite en réparation et qui n'ont pas été suivies d'un recours dans le délai déterminé par référence à l'article 230 CE ou à l'article 232 CE sont en tout état de cause, sans effet sur le délai de prescription de cinq ans prévu par l'article 46 du statut de la Cour.

La Cour précise également que c'est le rejet de l'offre, et non la motivation de ce rejet, qui constitue le fait donnant lieu à l'action en responsabilité en matière de marchés publics et qui concrétise les dommages prétendument subis par le soumissionnaire écarté. Le fait qu'un requérant a estimé, au moment où il a formulé une demande d'indemnisation à l'encontre de la Communauté, ne pas disposer de l'ensemble des éléments lui permettant de



démontrer à suffisance de droit la responsabilité de celle-ci dans le cadre d'une procédure judiciaire ne saurait, pour autant, empêcher le délai de prescription de courir. En effet, si tel était le cas, une confusion serait alors créée entre le critère procédural relatif au commencement du délai de prescription et le constat de l'existence des conditions de responsabilité, qui ne peut, en définitive, qu'être tranché par le juge saisi aux fins de l'appréciation définitive du litige au fond. Empêcher le délai de prescription de l'action en responsabilité non contractuelle de la Communauté de commencer à courir aussi longtemps que la partie prétendument lésée n'a pas personnellement acquis la conviction d'avoir subi un préjudice a pour conséquence de faire varier le moment de l'extinction de ladite action selon la perception individuelle que pourrait avoir chaque partie de la réalité du dommage, ce qui s'inscrit en contradiction avec l'exigence de sécurité juridique nécessaire pour l'application des délais de prescription.

La condition relative à l'existence d'un préjudice certain est remplie dès lors que le préjudice est imminent et prévisible avec une certitude suffisante, même s'il ne peut pas encore être chiffré avec précision. En outre, la prescription ne peut courir qu'à partir du moment où le préjudice pécuniaire s'est effectivement réalisé. Or, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le dommage résultant, pour le candidat évincé, de la non-obtention du marché et de la perte de chance d'obtenir ce dernier, résulte directement et immédiatement

de la décision de rejet de son offre, indépendamment de la signature future d'un contrat spécifique entre l'institution communautaire et le candidat retenu. Pour les mêmes raisons, il convient d'écarter l'argument selon lequel, du fait du contrat-cadre, le préjudice se serait poursuivi tout au long de la période au cours de laquelle la requérante aurait été privée de la possibilité de signer des contrats individuels.

Selon la jurisprudence, il est indifférent, pour le déclenchement du délai de prescription, que le comportement illégal de la Communauté ait été constaté par une décision de justice. Par ailleurs, le fait que les délais de procédure, tels que les délais de recours, et le délai quinquennal de prescription de l'action en responsabilité non contractuelle contre la Communauté soient des délais, par nature, différents peut également être inféré de la jurisprudence. En effet, les délais de recours sont d'ordre public et ne sont pas à la disposition des parties et du juge, ayant été institués en vue d'assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques. Il appartient donc au Tribunal d'examiner, même d'office, si le recours a bien été introduit dans les délais prescrits.

La perte de chance de se voir attribuer le marché suivant ne saurait être considérée comme un préjudice réel et certain que dans l'hypothèse où, en l'absence du comportement fautif de la Commission, il ne ferait pas de doute que la requérante aurait obtenu l'attribution du premier marché.

**Trib. U.E., 9 juin 2011, GRP Security contre Cour des comptes de l'Union,
aff. T-87/11**

Marchés publics de services – Référé – Notion d'urgence – Préjudice financier

La Cour rappelle que le caractère urgent d'une demande en référé doit s'apprécier par rapport à la nécessité de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite les mesures provisoires. Il n'est pas suffisant d'alléguer que l'exécution de l'acte dont le sursis est sollicité est imminente, mais il appartient à cette partie d'apporter la preuve sérieuse qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure relative au recours principal sans avoir à subir un préjudice de cette nature. Si l'imminence du préjudice ne doit pas être établie avec une certitude absolue, sa réalisation doit néanmoins être prévisible avec un degré de probabilité suffisant. La partie qui sollicite les mesures provisoires demeure tenue de prouver les

faits qui sont censés fonder la perspective d'un préjudice grave et irréparable.

S'agissant du préjudice d'ordre financier allégué par la requérante, il est de jurisprudence bien établie qu'un préjudice de cette nature ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être regardé comme irréparable ou même difficilement réparable, dès lors qu'il peut, en règle générale, faire l'objet d'une compensation financière ultérieure. Dans un tel cas de figure, la mesure provisoire sollicitée se justifie s'il apparaît que, en l'absence de cette mesure, la partie qui la sollicite se trouverait dans une situation susceptible de mettre en péril sa viabilité financière avant l'intervention de la décision mettant fin à la procédure principale ou que ses parts de marché seraient modifiées de manière irrémé-



diabole et importante au regard, notamment, de la taille de son entreprise.

La Cour rappelle également sa jurisprudence selon laquelle pour pouvoir apprécier si le préjudice qu'appréhende la partie concernée présente un caractère grave et irréparable et justifie donc d'accorder, à titre exceptionnel, le sursis à exécution sollicité, le juge des référés doit disposer d'indications concrètes et précises, étayées par des documents détaillés qui démontrent la situation financière de ladite partie et permettent d'apprécier les conséquences précises qui résulteraient, vraisemblablement, de l'absence des mesures demandées. La partie qui sollicite les mesures provisoires est ainsi tenue de fournir, pièces à l'appui, des informations susceptibles d'établir une image fidèle et globale de sa situation financière. La Cour considère que cette image fidèle et globale de la situation financière doit être fournie dans le texte de la demande en référé. En effet, une telle demande doit être suffisamment claire et précise pour permettre, à elle seule, à la partie défenderesse de préparer ses observations et au juge des référés de statuer sur la demande, le cas échéant, sans autres informations à l'appui.

Une demande en référé ne saurait être utilement complétée, en vue de remédier à des déficiences de présentation, par un mémoire postérieur, déposé par la partie requérante, le cas échéant, en réponse aux observations de la partie adverse. L'ouverture d'une telle possibilité de « rattrapage » serait incom-

patible non seulement avec la célérité requise en matière de référé, mais aussi, et surtout, avec l'esprit de l'article 109 du règlement de procédure en vertu duquel, en cas de rejet d'une demande en référé, la partie requérante ne peut présenter une autre demande que si cette dernière est fondée sur des « faits nouveaux », c'est-à-dire des éléments factuels que la partie requérante était dans l'impossibilité d'invoquer lors de l'introduction de sa demande en référé et qui sont pertinents pour apprécier le cas en cause.

Pour apprécier la situation matérielle d'une société, notamment sa viabilité financière, il convient de tenir compte des caractéristiques du groupe de sociétés auquel elle se rattache par son actionnariat et, en particulier, des ressources dont dispose globalement ce groupe, ce qui peut amener le juge des référés à estimer que la condition de l'urgence n'est pas remplie malgré l'état d'insolvabilité prévisible de la société requérante, prise individuellement.

Un préjudice de nature purement hypothétique, en ce qu'il est fondé sur la survenance d'événements futurs et incertains, ne saurait justifier l'octroi des mesures provisoires sollicitées, le préjudice allégué devant être certain ou, à tout le moins, établi avec une probabilité suffisante. Tel est le cas d'une requérante qui craint encore que la durée de son exclusion des marchés publics puisse être prolongée par la Cour des comptes sans que cette prolongation ne soit certaine.

