



PhD-FDEF-2014-04
Faculté de Droit, d'Économie et de Finance

THÈSE

Soutenue le 14/05/2014 à Luxembourg

En vue de l'obtention du grade académique de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

EN DROIT

par

Laurent Niedner

né le 3 mars 1965 à Mulhouse (France)

L'OBLIGATION DE MISE EN CONCURRENCE
ET SES LIMITES EN DROIT EUROPEEN

Jury de thèse

Dr. Rusen ERGEC, directeur de thèse
Professeur, Université du Luxembourg

Dr. Jörg GERKRATH, président du jury
Professeur, Université du Luxembourg

Dr. Herwig HOFMANN, président suppléant
Professeur, Université du Luxembourg

Dr. Ann-Lawrence DURVIAUX
Professeur, Université de Liège

Dr. Dimitri YERNAULT (MDC)
Université Libre de Bruxelles

L'OBLIGATION DE MISE EN CONCURRENCE
ET SES LIMITES EN DROIT EUROPEEN

« Savez comment ça s'est passé pour le ranch aux Fairfield ? J'm'en vas vous le dire. En ce temps-là, tout le pays était propriété de l'Etat et chacun pouvait avoir une concession. Le vieux Fairfield, il a été jusqu'à San Francisco ; là il a fait le tour des bars et il a racolé tout ce qu'il a pu trouver comme poivrots et comme clochards. Trois cents, il en a ramené. Et ces gars-là ont demandé des concessions. Fairfield leur fournissait la nourriture et le whisky, et une fois qu'ils ont eu les papiers, le vieux les leur a repris. Il disait que la terre lui avait coûté une pinte de gnôle l'arpent. Vous trouvez que c'est du vol, ça ? »

John Steinbeck (Prix Nobel 1962), *Les raisins de la colère*, 1939 (« Grapes of wrath ») (traduction Marcel Duhamel et M.-E. Coindreau)

« Dans une société démocratique, comme ailleurs, il n'y a qu'un certain nombre de grandes fortunes à faire ; et les carrières qui y mènent étant ouvertes indistinctement à chaque citoyen, il faut bien que les progrès de tous se ralentissent. Comme les candidats paraissent à peu près pareils, et qu'il est difficile de faire entre eux un choix sans violer le principe de l'égalité, qui est la loi suprême des sociétés démocratiques, la première idée qui se présente est de les faire tous marcher du même pas et de les soumettre tous aux épreuves.

A mesure donc que les hommes deviennent plus semblables, et que le principe de l'égalité pénètre plus paisiblement et plus profondément dans les institutions et dans les mœurs, les règles de l'avancement deviennent plus inflexibles, l'avancement plus lent ; la difficulté de parvenir vite à certain degré de grandeur s'accroît.

Par haine du privilège et par embarras du choix, on en vient à contraindre tous les hommes, quelle que soit leur taille, à passer au travers d'une même filière, et on les soumet tous indistinctement à une multitude de petits exercices préliminaires, au milieu desquels leur jeunesse se perd et leur imagination s'éteint ; de telle sorte qu'ils désespèrent de pouvoir jamais jouir pleinement des biens qu'on leur offre ; et, quand ils arrivent enfin à pouvoir faire des choses extraordinaires, ils en ont perdu le goût.

En Chine, où l'égalité des conditions est très grande et très ancienne, un homme ne passe d'une fonction publique à une autre qu'après s'être soumis à un concours. Cette épreuve se rencontre à chaque pas de sa carrière, et l'idée en est si bien entrée dans les mœurs que je me souviens d'avoir lu un roman chinois où le héros, après beaucoup de vicissitudes, touche enfin le cœur de sa maîtresse en passant un bon examen. De grandes ambitions respirent mal à l'aise dans une semblable atmosphère.

Ce que je dis de la politique s'étend à toutes choses ; l'égalité produit partout les mêmes effets ; là où la loi ne se charge pas de régler et de retarder le mouvement des hommes, la concurrence y suffit ».

Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, 3^e partie, chapitre XIX.

SOMMAIRE

Introduction

Première partie.- Les directives relatives à la passation de marchés publics p. 15

- Chapitre I^{er}.- Historique des directives relatives à la passation des marchés publics p. 15
Chapitre II.- Les directives « marchés publics » actuelles p. 57
Chapitre III.- La délimitation du champ d'application des directives « marchés publics » p. 106

Deuxième partie.- Le droit primaire de la mise en concurrence p. 201

- Chapitre I^{er}.- Introduction - L'émergence d'un droit primaire de la mise en concurrence p. 201
Chapitre II.- L'insécurité juridique du droit primaire de la mise en concurrence p. 208
Chapitre III.- Les fondements de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire dans la jurisprudence de la Cour p. 211
Chapitre IV.- Le droit primaire des marchés publics suivant la jurisprudence de la Cour qui applique le principe d'égalité de traitement à tous les aspects de la passation des marchés publics et des concessions, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier p. 254
Chapitre V.- Les exceptions à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire p. 270
Chapitre VI.- Le droit primaire de la mise en concurrence s'applique-t-il dans le champ d'application du droit dérivé ? p. 298
Chapitre VII.- L'obligation de mise en concurrence déduite des libertés de circulation dans d'autres domaines que les marchés publics et les concessions de services p. 311
Chapitre VIII.- Champ d'application personnel de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire p. 336

Troisième partie.- La mise en concurrence dans la réglementation européenne sur les aides d'Etat p. 344

- Chapitre I^{er}.- L'obligation de la mise en concurrence déduite des articles 49 et 56 TFUE et la réglementation sur les aides d'Etat p. 344
Chapitre II.- Mise en concurrence afin d'éviter la qualification d'aide d'Etat p. 361
Chapitre III.- La mise en concurrence recommandée ou exigée par la Commission afin qu'une aide puisse être déclarée compatible avec le marché intérieur p. 386

Quatrième partie.- L'obligation de mise en concurrence dans le droit dérivé autre que les directives « marchés publics » p. 403

- Chapitre I^{er}.- La procédure de sélection prévue à l'article 12 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur p. 404
Chapitre II.- Les autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures p. 407
Chapitre III.- Les autorisations d'émettre des gaz à effet de serre p. 409
Chapitre IV.- La mise en concurrence dans le domaine des services postaux p. 429
Chapitre V.- L'exigence de mise en concurrence et la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité p. 440
Chapitre VI.- L'obligation de mise en concurrence dans le domaine du gaz naturel p. 466
Chapitre VII.- L'obligation de mise en concurrence des services publics de transport de p. 469

voyageurs par chemin de fer et par route (le règlement (CE) no 1370/2007)	
Chapitre VIII.- Autres textes de droit dérivé prévoyant des mises en concurrence	p. 485
Chapitre IX.- Marchés passés par les institutions européennes et les organismes de droit public européen	p. 500
CONSIDERATIONS FINALES ET PERSPECTIVES D'AVENIR	p. 512
RECAPITULATIF DES PRINCIPALES THESEES DEGAGEES PAR LE PRESENT TRAVAIL	p. 525

INTRODUCTION

A. Définition du sujet, notions générales et premier aperçu d'une matière complexe et ramifiée

I. Terminologie.- Ce qui est visé par l'expression « obligation de mise en concurrence ».-

L'expression « mise en concurrence » se retrouve régulièrement dans les versions françaises des arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne. Ainsi, dans l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005¹, ou encore dans un arrêt *Commission/Italie* du 13 septembre 2007². A la place de l'expression « mise en concurrence », la Cour emploie parfois celle « d'ouverture à la concurrence », par exemple, dans l'arrêt *Acoset* du 15 septembre 2009³. Dans cet arrêt, la Cour parle également d'« obligation de mise en concurrence »⁴.

La directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE⁵ emploie plusieurs fois l'expression « obligation de mise en concurrence »⁶. L'expression « mise en concurrence » se retrouve dans d'autres textes du droit dérivé, ainsi, par exemple, à l'article 5, alinéa 3, du règlement 1370/2007⁷. Dans sa version française, l'article 5, paragraphe 3, du règlement 1370/2007 dispose que « toute autorité compétente qui recourt à un tiers autre qu'un opérateur interne attribue les contrats de service public par voie de mise en concurrence ... ».

Dans d'autres langues l'expression correspondante est moins concise. Dans certaines, intervient le terme procédure. Ou encore, l'expression employée fait référence à l'obligation de procéder à une publicité⁸.

¹ Point 50 de l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03 : « Toutefois l'absence totale d'une mise en concurrence [« das völlige Fehlen einer Ausschreibung » en allemand, langue de la procédure] dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence ».

² Au point 29 de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2007, *Commission/Italie*, C-260/04 : « Par conséquent, il convient d'examiner si le renouvellement de concessions en dehors de toute procédure de mise en concurrence [« al di fuori di ogni procedura di gara » (procédure de mise en concurrence) en italien, langue de la procédure] est propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi par la République italienne et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ». Ou encore au point 34 : « Dès lors, il y a lieu de constater que le fait de procéder au renouvellement des anciennes concessions de l'UNIRE sans mise en concurrence [« senza gara » (sans compétition) en italien, langue de la procédure] n'est pas propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi par la République italienne et va au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter que les opérateurs actifs dans le secteur des paris hippiques ne soient impliqués dans des activités criminelles ou frauduleuses ». Voir également, par exemple, l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 58.

³ Arrêt du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 49. Voir également les arrêts suivants : arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, point 49 ; arrêt du 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, 470/99, point 92 ; arrêt du 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, point 21 ; arrêt du 13 avril 2010, *Wall AG*, point 36.

⁴ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 62.

⁵ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134 du 30 avril 2004, pp. 1 et s.). Voir au sujet de cette directive notamment les nos 79 et s.

⁶ Cf., par exemple, les articles 42 et 49, paragraphe 1^{er}, de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE.

⁷ Le règlement (CE) no 1370/2007 du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2007 (JO L 315 du 3 décembre 2007, pp. 1 et s.). Voir au sujet de ce règlement ci-dessous no 671.

⁸ Ainsi le terme allemand « Ausschreibung », ou encore l'expression « Ausschreibungspflicht » (« obligation de publier ») souvent utilisée en allemand. Dans le texte allemand de l'article 5, paragraphe 3, du règlement 1370/2007, le français « par voie de mise en concurrence » est rendu par l'expression « im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens », la traduction littérale en étant « par la voie d'une procédure compétitive d'attribution » (ou encore dans la directive 2004/17/CE, l'article 42 « Aufruf zum Wettbewerb », c'est-à-dire, « appel à la concurrence »). Le texte anglais dit « on the basis of a competitive tendering

Peu importe en fin de compte la terminologie utilisée. Ce qui est visé à chaque fois - et ce que nous désignerons dans la suite de ce travail par l'expression *mise en concurrence* ou *mise en compétition* - c'est une démarche plus ou moins formalisée que doit suivre une personne publique ou privée afin de susciter une compétition ou un concours entre des personnes potentiellement intéressées, exerçant une activité économique, en vue de l'octroi d'un avantage individuel à l'une ou plusieurs d'entre elles. Au minimum, une telle démarche doit comporter une publicité afin de permettre aux intéressés de manifester leur intérêt. Nous découvrons que le droit européen apporte à la question de la mise en concurrence des solutions variables, souvent mal assurées, complexes et difficiles à mettre en œuvre et, dans certains cas, incohérentes. Relevons d'emblée qu'il existe de nombreuses situations dans lesquelles une mise en concurrence serait envisageable, mais où, au stade actuel, le droit européen n'en requiert pas. Selon les cas, l'exigence de mise en concurrence peut avoir des sources très différentes : le droit primaire, le droit dérivé ou encore la politique de la concurrence de la Commission. Elle revêt une intensité variable en fonction des circonstances.

II. La grande variété des situations pouvant donner lieu à une mise en concurrence.- Les situations pouvant donner lieu à une mise en concurrence sont très variées : marchés publics, concessions (concessions de travaux ou concessions de services, concessions de pharmacies, concessions domaniales, ...), autorisations diverses (autorisations d'établissement ; autorisations de rechercher et d'exploiter des gisements de pétrole, d'hydrocarbures⁹ ou de charbon ; autorisations pour taxis ; depuis peu, autorisations d'émettre des gaz à effet de serre, ...), missions diverses (ainsi, la mission de prestataire de service universel dans certains secteurs), charges de notaire, emplois publics, attribution de subventions¹⁰ ou d'aides¹¹, avantages fiscaux¹², parts de marché¹³, droits d'utilisation de radiofréquences¹⁴, etc.

procédure » (dans le texte de la directive 2004/17/CE (article 42) : « calling for competition » (« appel à la concurrence »)), ce qui, traduit littéralement, donne en français « sur base d'une procédure d'offres compétitive ». Les traductions littérales en français des expressions utilisées par d'autres versions linguistiques renvoient également à l'idée d'offres, de compétition, ou de concours. Ainsi, par exemple, le suédois « sur le fondement d'une procédure d'offres concurrentielle » (« på grundval av ett konkurrenssatsatt anbudsöföfarande »), le danois « sur le fondement d'une procédure offres » (« på grundlag af en ubudsprocedure »), l'espagnol « conformément à une procédure de licitation équitable » (« con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo »), le roumain « sur base d'une procédure compétitive d'attribution » (« pe baza unei proceduri competitive de atribuire »), le néerlandais « par la voie d'une procédure d'adjudication ouverte » (« via een openbare aanbestedingsprocedure ») et le portugais « adjuger avec à la base un concours » (« adjudicar ... com base num concurso ») ou, à l'article 42 la directive 2004/17/CE « abertura de concurso » (« ouverture de la concurrence »)).

⁹ Cf. la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures (JOCE no L 164 du 30 juin 1994, p.3) (cf. à ce sujet, ci-dessous, les nos 600 et s.).

¹⁰ Cf. par exemple l'article 203 du règlement (UE, EURATOM) no 1268/2002 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) no 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (JO L 362 du 31 décembre 2012, pp. 1 et s.).

« 1. Les critères d'attribution sont publiés dans l'appel à propositions.

2. Les critères d'attribution permettent d'octroyer les subventions soit aux actions qui maximisent l'efficacité globale du programme de l'Union dont elles assurent la mise en œuvre, soit aux organismes dont le programme de travail vise à atteindre le même résultat. Ces critères sont définis de manière à assurer également la bonne gestion des fonds communautaires.

L'application de ces critères permet de retenir les projets d'actions ou de programmes de travail qui assurent à la Commission le respect de ses objectifs et priorités et garantissent la visibilité du financement communautaire.

3. Les critères d'attribution sont définis de telle manière qu'il soit ultérieurement possible d'en assurer l'évaluation ».

Voir également, à ce sujet, ci-dessous, nos 582 et s.

¹¹ Cf. à ce sujet, ci-dessous, les nos 671 et s.

Toutes ces situations ont en commun que l'avantage recherché ne peut être accordé qu'en nombre limité, voire une seule fois. Pour un avantage qui se trouve à la disposition de toute personne souhaitant l'obtenir, une mise en concurrence serait inutile.

III. Avantages exclusifs sans mise en concurrence.- Situations qui ne se prêtent pas à une mise en concurrence.- Il existe des cas dans lesquels la répartition de certains biens rares ou d'avantages exclusifs peut légitimement avoir lieu sans mise en concurrence. Ainsi, souvent il est permis à l'exploitant d'un restaurant d'utiliser, moyennant le règlement d'une taxe, mais sans mise en concurrence, la portion du domaine public située devant son établissement. Dans d'autres cas, des considérations d'ancienneté ou de priorité peuvent être légitimes. Les attractions, les échoppes et les brasseries sont admises à certaines foires en fonction d'un droit d'ancienneté, auquel s'ajoute l'objectif d'une offre équilibrée et le critère d'originalité ou de nouveauté¹⁵. Le montant de la redevance que les forains seraient prêts à régler n'intervient pas, ou du moins pas systématiquement.

Les autorisations d'atterrissage et de décollage d'aéronefs appelés « créneaux horaires » sont accordées selon une règle d'ancienneté¹⁶. Cette règle d'ancienneté peut se justifier par la difficulté de considérer les droits d'atterrissage de façon isolée, les vols des compagnies se faisant les uns en fonction des autres¹⁷. La réglementation en question est en cours d'être réformée et l'on peut s'attendre à ce qu'un marché secondaire de créneaux horaires¹⁸ voie le jour.

Autre exemple : un musée peut décider d'acquérir un tableau d'un grand maître sans mise en concurrence. Dans certains cas, c'est l'urgence dans laquelle l'autorité publique se trouve placée qui empêche une mise en concurrence¹⁹.

Les exemples qui précèdent montrent que ce n'est pas parce que l'avantage considéré revêt une valeur économique qu'il doit être mis en concurrence. Il existe des situations qui ne se prêtent pas à une mise en concurrence.

IV. Limitation en nombre ou fixation de conditions d'accès restrictives.- Qu'une mise en concurrence soit possible ne signifie pas qu'elle doive avoir lieu, ni même qu'elle soit souhaitable. Lorsqu'il y a lieu de limiter l'accès à certains biens, un lieu, une activité, ..., l'autorité compétente dispose souvent - mais pas toujours - de deux méthodes²⁰. L'une consiste à imposer des conditions

¹² Tout comme des subventions, une exemption fiscale pourrait n'être accordée qu'à un nombre limité de projets.

¹³ Ainsi le régime européen de quotas laitiers repose sur l'attribution de parts de marché, les quotas laitiers représentant en réalité des parts de marché accordés aux producteurs. Voir à ce sujet, ci-dessous, no 708.

¹⁴ Voir ci-dessous le no 714.

¹⁵ Telles sont du moins les règles d'après lesquelles les places sont attribuées par la ville de Luxembourg pour la foire qui s'y tient chaque année depuis 1340. Il est prévu de faire également intervenir, les années à venir, un critère écologique tenant compte de l'importance du trajet que le forain doit accomplir pour se rendre à Luxembourg à partir de la précédente manifestation à laquelle il a participé. La présence à la *Schueberfoer* luxembourgeoise, l'une des fêtes populaires les plus prisées de la part des forains en Europe, revêt pour eux incontestablement un intérêt transfrontalier. Il s'ensuit que l'attribution des places doit respecter les libertés fondamentales (voir à ce sujet, ci-dessous, no 499). Quant à savoir si l'article 12 de la directive services 2006/123/CE du Conseil et du Parlement européen s'applique à l'attribution de ces places, cf. ci-dessous, nos 596 et 598).

¹⁶ Règlement (CEE) no 95/93 du Conseil du 18 janvier 1993 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté (JO L 14 du 22 janvier 1993, pp. 1 ss.), modifié plusieurs fois (article 8, paragraphe 2).

¹⁷ Cf. également, M. MARTINI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 123.

¹⁸ La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2011 (COM (2011) 824 final - 2011/0397 (COD)).

¹⁹ Cf. à ce sujet les nos 432 et 433.

²⁰ Voir en ce sens, à propos de l'externalisation de services sociaux d'intérêt général, le *Document de Travail des Services de la Commission - Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général et en*

restrictives. Dans ce cas, toute personne qui remplit les conditions posées, pourra accéder à l'avantage en question. De toute évidence, cette méthode ne peut être appliquée aux marchés publics. L'autorité compétente peut également décider - c'est l'autre méthode - que l'avantage ne sera accordé qu'un nombre limité de fois, voire une seule fois. Cela suppose un mode de sélection. Il ne s'agira pas nécessairement d'une mise en concurrence en fonction d'un prix à régler.

V. Situations non visées par le présent travail : la concurrence dans les choix politiques.- Les choix auxquels les législateurs se trouvent confrontés sont en général différents de ceux que nous venons d'évoquer : ainsi, prolonger l'âge de la scolarité obligatoire, l'introduction de nouvelles normes de protection de l'environnement, protéger, oui ou non, davantage les consommateurs, favoriser plutôt le vendeur que l'acheteur, avantager le locataire au détriment du bailleur, ériger en infraction tel ou tel comportement, introduire des règles quant au financement des partis politiques, permettre l'engagement de fonctionnaires supplémentaires et tant d'autres questions. Avant de légiférer, le législateur examine le pour et le contre des options dont il dispose. Il y aura des divergences d'opinions, voire une opposition entre divers modèles d'organisation de la société, accompagnée d'une rivalité des points de vue. Ce n'est pas de ce type de concurrence qu'il sera question dans la suite. En principe, cette rivalité n'implique pas de mise en concurrence dans le sens où nous l'entendons ici. L'enjeu de ces débats ne consiste pas en un avantage personnel en faveur de ceux qui participent au processus législatif. L'action des groupes de pression a le plus souvent lieu en dehors des processus de consultation obligatoire. L'intervention obligatoire de chambres professionnelles lors de la procédure législative au Grand-Duché de Luxembourg montre qu'il n'en est pas toujours ainsi.

VI. Une nouvelle tendance : des choix politiques délégués à des mécanismes de marché.- Il existe aujourd'hui une tendance à remplacer les choix politiques par des mécanismes de marché. La réglementation européenne des émissions de gaz à effet de serre en constitue un exemple remarquable²¹. La mise en concurrence y est rendue possible grâce à une limitation des droits d'émission, divisée en autorisations individuelles, appelées « quota d'émission de gaz à effet de serre ». Certaines de ces autorisations sont attribuées gratuitement, d'autres - c'est le principe - le sont par voie d'enchères. Une fois attribuées, les autorisations sont librement cessibles. En procédant ainsi, le système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre abandonne l'attribution des quotas aux marchés de quotas.

Le système est fondé sur l'idée que les émetteurs pour qui il est le plus facile de réduire leurs émissions - c'est-à-dire ceux à qui cela coûte le moins - seront les premiers à réduire leurs émissions. Ceux à qui il en coûte davantage, préféreront acquérir des quotas d'émission. Ainsi, espère-t-on, le coût total des réductions d'émissions sera le moins élevé. Le système part du principe que les mécanismes de marché qu'il met en place conduiront à des résultats conformes à l'intérêt général. Cela ne paraît cependant pas si évident. N'y a-t-il pas le risque que la somme des préférences individuelles, traduisant en partie des visées spéculatives, des effets de mode, des opinions politiques²², voire de simples caprices, privilégiera certains types d'activités, indépendamment de tout objectif précis d'intérêt général ?

Ainsi, les forces du marché, poussant les prix à la hausse, pourraient empêcher des activités d'intérêt général - on peut penser aux hôpitaux - de se doter des autorisations indispensables.

A côté du parti pris idéologique qu'on peut lui reprocher²³, le système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre comporte des incohérences majeures que nous mettrons en lumière.

Les aides en vue de la protection de l'environnement représentent un autre exemple de choix politiques délégués à des mécanismes de marché²⁴. Nous verrons que la Commission, défendant une

particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat, de « marchés publics » et de « marché intérieur », du 29 avril 2013 / SWD (2013), 53 final / 2), point 213.

²¹ Cf. ci-dessous les nos 602 et s.

²² Voir ci-dessous, no 628.

²³ Voir également ci-dessous, nos 602, 623 et s.

²⁴ Cf. ci-dessous, nos 587 et s.

conception large de la notion d'aide d'Etat, requiert la mise en concurrence de certaines subventions en matière de protection de l'environnement.

VII. Le mutisme du droit primaire quant aux procédures d'octroi de marchés publics ou d'autres procédures de mise en concurrence.- A l'exception de l'article 132 qui se trouvait dans la quatrième partie relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer, le traité CEE ne contenait pas de dispositions relatives aux marchés publics. L'article 132 du traité CEE disposait que « *pour les investissements financés par la Communauté, la participation aux adjudications et fournitures est ouverte, à égalité de conditions, à toutes les personnes physiques et morales ressortissant des Etats membres et des pays et territoires* ». L'article 132 du traité CEE correspond mot à mot à l'article 199 TFUE.

Dans les premières années qui ont suivi la signature du traité CEE, certains auteurs ont essayé d'expliquer le mutisme du traité CEE à l'endroit des marchés publics²⁵. Maurice-André Flamme²⁶, se référant à une lettre du baron Snoy et d'Oppuers, l'un des négociateurs du traité du côté belge écrivait en 1969 que les auteurs du traité ont estimé pouvoir se contenter de l'article 7 du traité²⁷ établissant « *le principe de l'interdiction des discriminations exercées en raison de la nationalité, laissant aux organes communautaires le soin d'adopter à cette fin des réglementations indispensables* ». Snoy et d'Oppuers expliquait en effet dans une lettre adressée le 24 août 1960 au président de la Confédération nationale [belge] de la Construction : « *C'est avec sagesse que les auteurs du Traité ont résolu le problème par cette méthode, parce qu'il est à mes yeux certain que l'adoption de règles précises supprimant les discriminations en matière d'adjudication de travaux n'aurait pas été acceptée par les Parlements compétents lors de la ratification du Traité. Les traditions protectionnistes sont, en effet, beaucoup trop fortes pour que ceci ait pu être espéré* ». Alain Savary qui avait fait partie du gouvernement Mollet, lequel négocia les traités de Rome pour la France, notait en 1962 que « *la matière posait de tels problèmes que les négociateurs du traité de Rome, après de longues discussions, n'ont pu faire autrement que de laisser à la Commission et au Conseil le soin de reprendre la question* »²⁸.

Généralement, il est passé sous silence que le traité Euratom, signé en même temps que le traité CEE, interdisait, de façon expresse et générale, les discriminations fondées sur la nationalité en matière de marchés publics. La technique nucléaire n'en étant en 1957 qu'à ses débuts, les marchés publics étaient plutôt rares dans ce domaine. L'on comprend que le traité Euratom a pu aller plus loin. C'est ainsi que les négociateurs ont pu y insérer un article spécifique pour les marchés publics. Cette disposition s'appliquait immédiatement, donc sans période transitoire. Il s'agit de l'article 97 du traité Euratom qui dispose qu'« aucune restriction fondée sur la nationalité ne peut être opposée aux personnes physiques ou morales, publiques ou privées, relevant de la juridiction d'un Etat membre, désireuses de participer à la construction dans la Communauté d'installations nucléaires de caractère scientifique ou industriel ». Cet article n'a pas changé depuis 1957.

²⁵ Ainsi, J.-P. HAINAUT et R. JOLIET, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, nos 718 et s. ; A. SAVARY, « Les marchés publics et la Communauté économique européenne », dans *Les marchés publics et leur financement*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 389 et s. ; M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1969, no 192.

²⁶ Cf. la note 24.

²⁷ L'article 7 du traité CEE disposait comme suit : « Dans le domaine d'application du présent Traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ». Le premier alinéa de cet article est resté inchangé. C'est désormais le premier alinéa de l'article 18 TFUE. Le second alinéa a été modifié. Les réglementations en vue de l'interdiction de ces discriminations sont aujourd'hui adoptées suivant la procédure législative ordinaire par le Parlement et le Conseil.

²⁸ A. SAVARY, « Les marchés publics et la Communauté économique européenne », dans *Les marchés publics et leur financement*, Dalloz, 1962, pp. 389 et s. Alain SAVARY ne semble pas avoir été directement impliqué dans les négociations puisqu'il était à l'époque secrétaire d'Etat chargé des affaires marocaines et tunisiennes.

A l'époque, ni d'ailleurs pendant les trois décennies à venir, il ne venait à l'idée de personne que l'interdiction de discrimination en vertu de la nationalité pourrait servir un jour de fondement à une obligation de mise en concurrence.

VIII. Une évolution imprévue de la jurisprudence de la Cour.- L'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice a différé de ce à quoi l'on pouvait s'attendre dans les années après la signature du traité de Rome. Les auteurs que nous venons de citer supposaient que l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité aux marchés publics requerrait des mesures d'exécution fondées sur l'article 7 du traité CEE. Ils ignoraient évidemment l'interprétation que la Cour donnerait plus tard à l'article 7 ainsi qu'à d'autres dispositions du traité. A partir de l'an 2000, la Cour a déduit une obligation de mise en concurrence de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services²⁹. C'est en principe aux libertés de circulation et non à l'article 18 TFUE, lequel correspond à l'article 7 du traité CEE, que la Cour rattache l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité dans les marchés publics. Progressivement, la Cour a ajouté des exigences plus précises à l'exigence assez générale de faire précéder les marchés publics et les concessions d'une « publicité adéquate ». Ainsi, cinquante ans plus tard, le chemin parcouru est à tel point considérable que l'on a du mal, au premier abord, à situer l'état d'esprit dans lequel les commentaires cités plus haut ont été donnés.

IX. Un droit dérivé foisonnant.- Parallèlement à l'élaboration de la jurisprudence signalée ci-dessus, d'assez nombreux textes de droit dérivé imposant des mises en concurrence ont été adoptés. Paradoxalement, il arrive que les régimes mis en place par le droit dérivé ne requièrent pas de mise en concurrence dans des cas où - à appliquer la jurisprudence de la Cour de manière cohérente - le droit primaire en exigerait.

X. Dans quelle mesure peut-on se reporter à l'intention des négociateurs lors des négociations du traité CEE ?- La convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités prévoit qu'« *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* » (article 31).

Il arrive que la Cour de Justice se réfère aux objectifs de certaines dispositions du traité FUE³⁰.

²⁹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, points 61 et 62 ; arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, points 17, 18 et 19 (cf. ci-dessous, no 362). Quant à l'article 7 du traité CEE [l'actuel article 18 TFUE], il a été jugé directement applicable dans le domaine d'application du traité (Cf. notamment l'arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm*, affaire 14-68, point 13 ; l'arrêt du 7 février 1979, *Auer*, affaire 136/78, point 17 ; l'arrêt du 2 février 1989, *Cowan*, affaire 186/87, point 11 ; l'arrêt du 20 octobre 1993, *Collins*, C-92/92 et C-326/92, point 32). L'article 8 du traité CEE qui avait trait à la période transitoire comportait à la fin un septième point qui prévoyait que « sous réserve des exceptions ou dérogations prévues par le présent Traité, l'expiration de la période de transition constitue le terme extrême pour l'entrée en vigueur de l'ensemble des règles prévues et pour la mise en place de l'ensemble des réalisations que comporte l'établissement du marché commun ». La jurisprudence relative à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire n'est pas fondée sur l'article 18 TFUE (article 7 du traité CEE). Ce n'est du reste pas sur base de l'article 7 (l'actuel article 18 TFUE) que les directives en matière de marchés publics ont été adoptées.

Quant à l'article 7, alinéa 2, du traité CE, la Cour a décidé dans un arrêt du 7 juillet 1992, *Parlement européen/Conseil des Communautés européennes*, affaire C-295/90, « que l'article 7, second alinéa, a pour objet de permettre au Conseil de prendre, en fonction des droits et intérêts en présence, les dispositions nécessaires à la suppression effective des discriminations exercées en raison de la nationalité dans les matières où sa compétence ne trouve pas de fondement dans l'une des dispositions particulières qui régissent les différents domaines d'application du traité. Toutefois, les actes pris en vertu de l'article 7, second alinéa, du traité ne doivent pas se limiter nécessairement à la réglementation des droits qui découlent du premier alinéa du même article, mais ils peuvent avoir également pour objet des aspects dont la réglementation apparaît comme nécessaire pour que l'exercice de ces droits puisse être effectif ».

³⁰ Ainsi, par exemple, dans son arrêt du 27 novembre 2012, *Pringle/Irlande*, C-370/12, points 133 et suivants, pour l'interprétation de l'article 125 TFUE (article 104 B du traité CE (devenu plus tard l'article 103 CE), inséré dans le traité CE par le traité de Maastricht).

En 1982, P. PESCATORE, négociateur luxembourgeois dans le groupe juridique et ultérieurement juge à la Cour de Justice des Communautés européennes, écrivait :

« La négociation a été menée de vive voix. La discussion s'est engagée directement sur des textes précis, au début sommaires, présentés soit par ceux qui faisaient fonction de rapporteurs, soit par l'un ou l'autre délégué. Au fil des « moutures » successives se sont constitués, peu à peu, des textes de négociation, puis des textes négociés, qui se sont agrégés en ensembles et qui ont été, en fin de compte, réunis avec les textes de fond issus des autres groupes. Il n'y a eu ni enregistrement sonore, ni procès-verbal de nos travaux. La négociation a été un processus essentiellement libre et ouvert dont la seule concrétisation se trouve dans les textes tels qu'ils ont été finalement authentifiés par la signature. Il en résulte qu'aucun crédit ne doit être rattaché aux bribes de documents, recueillis par la suite et reproduits sous la forme de « travaux préparatoires ». Ces éléments sont certes authentiques, mais ils n'ont aucune signification, étant donné que l'essentiel tient dans une discussion purement orale dont le seul reflet ayant une valeur juridique est, comme je viens de le dire, le texte final des Traités »³¹.

Les documents réunis sous la dénomination de « travaux préparatoires » que mentionne P. PESCATORE, disponibles à la bibliothèque de la Cour de Justice, ne contiennent d'ailleurs aucune référence à la question des marchés publics.

XI. Personnes pouvant être tenues de respecter une obligation de mise en concurrence. Instrument servant à attribuer l'avantage.- Les personnes tenues de procéder à une mise en concurrence - les sujets de l'obligation de mise en concurrence - sont multiples : des instances nationales, voire un législateur national, les institutions de l'Union européenne, un organisme de droit public européen, certaines entreprises publiques et, parfois, même des personnes privées. Quand le droit primaire européen impose une obligation de mise en concurrence, l'instrument juridique - loi, règlement, décision administrative ou contrat - qui confère l'avantage qu'il s'agit d'attribuer importe peu. En principe, le recours à un instrument plutôt qu'à un autre ne saurait dispenser l'autorité concernée d'une mise en concurrence³². En revanche, l'application du régime des directives « marchés publics » suppose un contrat écrit. Pour d'autres textes de droit dérivé, cette condition est indifférente. Ainsi, le fait que ce soit par une loi, plutôt que par un contrat, que le droit d'utilisation exclusif de certaines radiofréquences est octroyé pour des services de téléphonie mobile, ne dispense pas de mise en concurrence³³.

XII. Les règles de concurrence applicables aux entreprises.- Le droit européen de la concurrence vise à assurer une saine concurrence entre les entreprises. Est visée par là une concurrence par les mérites³⁴. Comme c'est - ainsi que nous l'avons précisé ci-dessus, la mise en concurrence pour un avantage particulier qui nous intéresse, l'égalité des conditions de concurrence sur les marchés en général ne retiendra notre attention qu'incidemment. Ainsi, nous examinerons dans quelle mesure les articles 101 et 102 TFUE, qui interdisent les ententes et les abus de position dominante, requièrent de la part des entreprises publiques ou privées qu'elles mettent en concurrence certains marchés. Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation en rapport avec l'admissibilité d'aides d'Etat, la Commission

³¹ P. PESCATORE, « Les travaux du « groupe juridique » dans les négociations du traité de Rome », in *Hémecht - Revue d'histoire luxembourgeoise*, 1982, no 2, pp. 145 et s., pp. 152 et 153. Voir, dans le même sens, W. FRENZ, *Handbuch Europarecht, Band 5, Wirkungen und Rechtsschutz*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, no 374.

³² Cf. à ce sujet, ci-dessous, no 483.

³³ Cf. la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services électroniques (directive « autorisation ») (article 5 et 7) (JO, L 108 du 24 avril 2002). Cf. également l'article 4 de la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communication électroniques (JO L 249 du 17 septembre 2002) et l'article 8 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») (JO L 108 du 24 avril 2002, pp. 51 et s.).

³⁴ Arrêt de la Cour du 6 décembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10 P, point 75 ; arrêt de la Cour du 2 avril 2009, *France Télécom*, C-202/07 P, point 106 ; arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, *AKZO*, C-62/86, point 70.

exige des mises en concurrence pour certaines mesures d'aide. A ces mises en concurrence, nous allons également devoir nous intéresser.

B. Méthode de recherche et d'analyse suivie

1. L'évolution de l'intitulé du travail

XIII.- Au départ, le sujet de la thèse s'intitulait « Champ d'application des directives « marchés publics ». Cependant, très vite, il est apparu, que le sujet, ainsi formulé, comportait des limites assez arbitraires risquant de priver la recherche d'une partie de son intérêt. En effet, hors du domaine d'application des directives « marchés publics », l'intensité de l'obligation de mise en concurrence est parfois identique, voire plus forte, que sous le régime des directives « marchés publics ». Ainsi, les marchés de services non prioritaires ne sont pas soumis à une mise en concurrence obligatoire d'après les directives « marchés publics » 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE. En revanche, un marché public n'atteignant pas le seuil d'application des directives est sujet à mise en concurrence en vertu du droit primaire, s'il présente un intérêt transfrontalier certain. Ainsi, la division qu'impliquait la formulation originelle du sujet paraissait peu apte à appréhender la plus caractéristique des obligations des directives « marchés publics », celle de la mise en concurrence.

Afin de ne pas imposer au travail des limites artificielles, inexistantes dans la matière qui forme l'objet de la recherche, le sujet a été, dans un premier temps, reformulé en « Champ d'application de l'obligation de mise en concurrence au-delà des directives « marchés publics » en droit européen ».

Les travaux effectués en fonction du sujet ainsi reformulé ont conduit à considérer que, bien que limité en apparence aux régimes de mise en concurrence *au-delà* des directives « marchés publics », le sujet impliquait également un examen du domaine d'application et du régime des directives « marchés publics ».

A s'en tenir strictement à ce nouvel intitulé du travail qui se référait à ce qui est *au-delà des directives « marchés publics »*, l'on aurait pu penser que la recherche pouvait faire abstraction des directives « marchés publics » et s'en tenir aux principes et aux règles applicables en dehors du régime des directives « marchés publics ». Dans ce cas, notre examen aurait pu se limiter essentiellement au droit primaire européen et au droit dérivé *autre* que les directives « marchés publics ». Une telle vision du sujet aurait cependant été erronée et, à s'y fier, le travail se serait retrouvé faussé. D'abord, dans sa formulation initiale, le sujet impliquait l'examen du champ d'application des « directives marchés publics ». Ensuite, ne fût-ce que d'un point de vue strictement sémantique, les limites du sujet reformulé étaient pour partie déterminées par celles des directives « marchés publics ». L'examen de « l'au-delà des directives *marchés publics* » suppose nécessairement de connaître où s'arrêtent ces dernières. Enfin, il s'ajoute un ensemble de facteurs complexes, pouvant à première vue passer inaperçus, qui rendent l'examen des directives « marchés publics » et de leur champ d'application strictement indispensable :

- Il s'agit, tout d'abord, des incertitudes affectant le champ d'application des directives « marchés publics ». Ainsi, dans un assez grand nombre de situations, l'application des directives « marchés publics » est incertaine : marchés confiés à des sociétés publiques (exception in-house), collaboration entre autorités publiques, conventions d'urbanisation, marchés qui, suivant la qualification qu'ils reçoivent - marchés de travaux, de services ou de fournitures - relèvent ou non, *ratione valoris*, des directives « marchés publics », ...
- Suivant les situations, l'intensité de l'obligation de mise en concurrence est variable. Ainsi, le degré de mise en concurrence n'est pas le même pour un marché de services non prioritaires présentant un intérêt transfrontalier certain, quoique de valeur assez réduite, que pour un marché de travaux publics dans le champ d'application de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE. De même, le degré de mise en concurrence pour un même type de marché varie suivant qu'il s'agit d'un marché sectoriel soumis à la directive 2004/17/CE ou d'un marché régi par la directive 2004/18/CE. Ou encore, selon qu'un contrat est qualifié de marché public ou de concession, l'intensité de l'obligation de mise en concurrence diffère.
- Le champ d'application des directives « marchés publics » n'est pas immuable. Aux directives « marchés publics » 2004/17/CE et 2004/18/CE de 2004 s'est ajouté en 2009 la directive

2009/81/CE concernant les marchés publics en matière de défense et de sécurité. Déjà en 2007, le règlement (CE) no 1370/2007³⁵ avait requis la mise en concurrence de certains contrats de transport de personnes non soumis à concurrence aux termes des directives « marchés publics », ainsi, par exemple, les marchés publics de transport public de voyageurs par métro³⁶.

En décembre 2011, la Commission a adopté une proposition de directive concernant les contrats de concession, ensemble avec deux propositions de directive visant à remplacer, l'une, la directive 2004/17/CE (directive « marchés publics » sectorielle), l'autre, la directive 2004/18/CE (directive « marchés publics » générale). Désormais, après avoir subi de substantiels changements, ces textes sont sur le point d'être adoptés. Les Etats membres disposeront d'un délai de deux ans pour adapter leurs législations. Le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence du droit dérivé s'en trouvera notablement modifié. Les concessions de travaux visées par l'actuelle directive générale 2004/18/CE seront régies par la future directive « concessions ».

- Le droit dérivé des marchés publics ne constitue pas une réglementation en tout point exhaustive de la mise en concurrence. Les directives « marchés publics » visent en effet, principalement, à l'harmonisation, mais non à l'uniformisation des législations nationales en matière de passation des marchés publics. C'est pourquoi, il est fait appel au droit primaire pour y combler certaines lacunes.
- Des raisons très convaincantes - que nous allons développer dans la suite³⁷ - laissent penser, contrairement à l'opinion défendue par certains avocats généraux³⁸, que même là où le droit dérivé institue une harmonisation exhaustive, le droit primaire de la mise en concurrence continue à s'appliquer. A cet égard, la position de la Cour est cependant restée à ce point ambiguë³⁹ que le législateur européen dispose pour ainsi dire d'une *souveraineté de fait* en matière de marchés publics et de concessions. Après avoir développé un droit primaire des marchés publics assez précis, la Cour semble ne pas vouloir s'exposer au reproche d'entraver l'action du législateur européen en imposant le respect strict de ces règles dans le domaine du droit dérivé.
- Inversement, comme le montre l'examen de la jurisprudence de la Cour, les solutions du droit dérivé influent sur la portée du droit primaire dans les domaines non couverts par le droit dérivé⁴⁰.

Ainsi, l'étude du droit primaire de la mise en concurrence ne saurait se passer du droit dérivé de la mise en concurrence. Nous devons donc nécessairement nous intéresser à l'obligation de mise en concurrence dans son ensemble. Comme la référence dans l'intitulé aux seules règles de mise en concurrence au-delà des directives « marchés publics » pourrait laisser supposer une analyse moins large, l'intitulé finalement retenu est donc « L'obligation de mise en concurrence et ses limites en droit européen ».

2. Méthode de travail suivie

Après la lecture des divers articles et monographies - indispensable afin d'éviter que notre recherche ne prenne une fausse orientation - notre effort de travail s'est concentré dans un premier temps sur les

³⁵ Le règlement (CE) no 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, JO L 315 du 3 décembre 2007, pp. 1 et s.

³⁶ Voir ci-dessous les nos 676, 677 et 678.

³⁷ Cf. ci-dessous, les nos 463 et s.

³⁸ Voir ci-dessous, no 460.

³⁹ Cf. ci-dessous, le no 462.

⁴⁰ Voir, par exemple : arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 141 ; arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, points 47, 48 et 49, de même que les conclusions de l'avocat général Yves Bot du 27 octobre 2009 dans cette affaire, points 77 et 78. Voir également, en ce sens, S. TREUMER et E. WERKLAUF, « The leverage principle : secondary Community law as a lever for the development of primary law », *European law review*, 2003, pp. 124 et s., en particulier pp. 125 à 127.

directives « marchés publics » et la jurisprudence y afférente. L'étude systématique des directives « marchés publics » et de la jurisprudence qui s'y rapporte s'imposait tant en raison de l'intitulé initial du sujet que dans la perspective du sujet élargi. La Cour n'avait-elle pas déclaré que les directives « marchés publics » constituaient, « dans leur ensemble, le noyau dur du droit communautaire des marchés publics »⁴¹.

L'extension du sujet à la mise en concurrence « au-delà des directives *marchés publics* » nous a conduit à étendre notre examen à des textes de droit dérivé autres que les directives « marchés publics » et à nous intéresser au fondement théorique du droit primaire de la mise en concurrence développé par la Cour à partir de l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000⁴². D'autre part, il fallait évidemment s'intéresser à la matière des aides d'Etat, source potentielle d'une obligation de mise en concurrence. L'élément à cet égard le plus apparent est sans doute le *critère de l'investisseur privé* que la Commission, confirmée en cela par la Cour, applique aux opérations de nature économique des pouvoirs publics⁴³. Selon cette approche, une mise en concurrence, obéissant à certaines conditions, emporte une présomption simple d'absence d'aide permettant de conclure *a priori* à la licéité de l'opération. Là encore, l'examen systématique tant de la jurisprudence de la Cour que de la pratique de la Commission forme le fondement du travail. La même approche d'étude systématique et, en principe, exhaustive des textes et de la jurisprudence, jusqu'aux derniers arrêts, a présidé à l'élaboration de toutes les autres parties du travail.

Confronté à des textes complexes et à une jurisprudence volumineuse, c'est, nous semble-t-il, cette méthode de travail qui nous a permis de progresser le plus rapidement et le plus sûrement. Il en est résulté un premier projet que nous avons confronté point par point, autant que faire se peut, à la doctrine, soumise elle aussi à un examen systématique. Vu le très grand nombre d'ouvrages et d'articles traitant de la mise en concurrence, cet examen n'a pas pu être exhaustif. Nous nous sommes cependant efforcés d'inclure ceux qui, *a priori*, paraissaient les plus pertinents. L'examen systématique de la doctrine nous a conduit à apporter certains changements à notre texte et à nuancer certains points de vue. Somme toute cependant, l'examen de la doctrine a confirmé la pertinence de nos conclusions. Les modifications furent plutôt mineures.

Le lecteur jugera du succès de la méthode suivie.

C. L'intérêt et l'originalité du sujet

Naguère encore matière plutôt secondaire, peu digne d'intérêt, le droit des marchés publics et de la mise en concurrence jouit aujourd'hui d'un succès incontestable qui s'explique par le remarquable développement du droit européen, primaire et dérivé, de la mise en concurrence. De nombreuses revues sont spécialement consacrées au droit des marchés publics. Une place de choix y est réservée au droit européen des marchés publics et des concessions. Certaines même de ces revues s'y intéressent exclusivement. Des dizaines de monographies traitent du droit européen des marchés publics. A cela s'ajoute un assez grand nombre de thèses.

Quel peut être, face à cette abondance de doctrine, l'apport du présent travail ? Il nous paraît être de plusieurs ordres :

- 1) Le plus facile à percevoir, bien que le moins original, est certainement celui d'offrir une analyse intégrant le dernier état de la jurisprudence et les plus récents textes du droit dérivé, y compris les propositions de texte des nouvelles directives « marchés publics » et de la directive concernant l'attribution des contrats de concession, ainsi que certaines références aux positions adoptées en première lecture, le 15 janvier 2014, par le Parlement européen à la suite de ces propositions.
- 2) Notre travail met en parallèle un ensemble de domaines du droit de l'Union où se pose la question de la mise en concurrence. Ces règles sont confrontées à celles du droit primaire de la mise en concurrence. A notre connaissance, sauf certains rapprochements ponctuels, un tel

⁴¹ Arrêt de la Cour du 17 septembre 2002, *Concordia Bus*, C-513/99, point 90 ; ordonnance de la Cour du 16 octobre 2003, *Kaupatala Hansel*, C-244/02, point 34.

⁴² Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, points 61 et 62.

⁴³ Voir ci-dessous, no 548.

examen n'a pas encore été fait. Nos analyses ont mis en évidence des incohérences du système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et de l'organisation des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel. En passant, notre examen a permis de mettre en lumière certains défauts de conception du régime des quotas d'émission de gaz à effet de serre qui - à notre connaissance - n'ont pas encore été relevés.

- 3) Nos analyses montrent la fragilité du fondement théorique de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire, voire l'absence de véritable fondement. D'autres, avant nous, ont critiqué cette jurisprudence. Nous avons poursuivi, de façon systématique et cohérente, le raisonnement qui est à la base de la théorie de la mise en concurrence suivant le droit primaire en l'appliquant à des opérations autres que les marchés publics et les concessions. Ces opérations, pour lesquelles la réglementation des aides d'Etat ne conduisait, au mieux, qu'à recommander des mises en concurrence, se trouveraient alors soumises à une mise en concurrence obligatoire. Cette analyse montre en particulier que le critère de *l'intérêt transfrontalier individuel* que l'opération en cause doit remplir pour être soumise à une concurrence obligatoire s'accorde mal avec le raisonnement juridique qui est à la base de cette obligation.
- 4) Nous avons confronté les règles de mise en concurrence des directives « marchés publics » et du droit primaire de la mise en concurrence à la réglementation européenne des aides d'Etat. Il en est résulté que ni les règles de mise en concurrence du droit dérivé, ni le régime jurisprudentiel de mise en concurrence selon le droit primaire, destinés, en premier lieu, à assurer l'égalité entre les concurrents, ne permettent de garantir le respect de la réglementation européenne des aides d'Etat. Cette dernière pose une *exigence d'efficacité* que le droit européen des marchés publics a jusqu'à ce jour négligé. La prise en compte de cet objectif en apparence nouveau - mais que le droit européen, à bien considérer les choses, a toujours compris - requerra inmanquablement une adaptation des principes de mise en concurrence. Les fonds publics étant en cause, le traitement égal des opérateurs économiques ne peut être l'objectif unique des règles de mise en concurrence.
- 5) La doctrine ne s'est encore guère intéressée à l'exigence de mise en concurrence posée par la Commission pour reconnaître qu'une mesure d'aide est compatible avec le marché intérieur. Le présent travail s'occupe de cette question en détail. L'existence d'une aide d'Etat conditionne la compétence de la Commission en la matière. Ainsi, la conception plus ou moins large de la notion d'aide d'Etat va déterminer le pouvoir de la Commission d'imposer des mises en concurrence. Selon le point de vue adopté, des investissements publics dans des infrastructures publiques courantes sont susceptibles de renfermer des éléments d'aide d'Etat. Dans ce cas, la Commission pourrait imposer des mesures de mise en concurrence variées⁴⁴.
- 6) Inévitablement, l'exploration de notre sujet - lequel, comme nous l'avons vu, s'est révélé assez vaste - a débouché sur des questions fondamentales du droit de l'Union, tels les rapports entre le droit primaire et le droit dérivé, la notion d'Etat, les limites de la compétence du législateur européen pour adopter des dispositions de droit dérivé pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, la portée du principe de protection juridictionnelle effective, le champ d'application et la portée des libertés fondamentales et des droits fondamentaux ou encore les exceptions aux libertés fondamentales. A chaque fois que cela paraissait indispensable pour notre propos, nous avons examiné ces questions et tenté d'y apporter des réponses. Nous espérons ainsi avoir contribué aux débats qui les entourent.

D. La structure de la thèse

Notre sujet imposait l'examen de réglementations variées, pour partie hautement complexes, dont bien souvent ni la structure, ni la rédaction, fruits de compromis politiques, ne répondent aux exigences élémentaires de clarté.

Dès lors, quel plan adopter ? Vu la méthode de travail suivie - décrite plus haut -, la réponse à cette question se dégagait tout naturellement au fur et à mesure de l'avancement de nos travaux.

⁴⁴ Voir, plaidant en faveur de ce type de contrôle, J. RAPP et T. KLEINER, « Infrastructure Financing : the new Frontier in the application of State Aid Rules », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 1 et s., p. 14.

Les directives « marchés publics » étant considérées - suivant l'expression de la Cour - comme le *noyau dur* du droit européen des marchés publics, l'étude des directives « marchés publics » et de leur champ d'application forme la première partie de la thèse. L'historique des étapes successives ayant conduit aux actuelles directives ouvre cette partie.

La deuxième partie est consacrée au droit primaire de la mise en concurrence, de loin postérieur aux premières directives « marchés publics », que la Cour a déduit de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. Cette partie s'intéresse à la genèse, aux fondements et aux limites de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire. De même, outre certains autres sujets, nous y exposons le contenu de cette obligation suivant le dernier état de la jurisprudence.

La troisième partie s'intéresse à l'incidence de la réglementation des aides d'Etat sur l'obligation de mise en concurrence du droit dérivé et celle déduite des articles 49 et 56 TFUE, ainsi qu'à l'exigence de mise en concurrence dans la réglementation des aides d'Etat.

L'examen des assez nombreux textes de droit dérivé, autres que les directives « marchés publics », imposant des mises en concurrence, forme l'objet de la quatrième partie. Nous avons inclus dans cette partie divers régimes n'imposant pas de mise en concurrence, alors qu'à suivre la jurisprudence de la Cour, une mise en concurrence serait le cas échéant requise. S'y trouvent également exposés les régimes de mise en concurrence des marchés de l'administration européenne et de la Banque centrale européenne.

Première partie.- Les directives relatives à la passation de marchés publics

1.- Vu la place qu'elles occupent dans le droit européen de la mise en concurrence et le rôle précurseur qu'elles ont joué dans le développement de ce droit, il nous a paru judicieux de commencer l'étude de l'obligation de mise en concurrence et de ses limites par l'examen des directives « marchés publics ». L'évolution historique des directives « marchés publics », qui permet de mieux comprendre les directives actuelles, formera le premier chapitre de cette partie. Toutefois, ce premier chapitre n'est pas entièrement historique car, en traitant des directives « recours », il expose le système actuel de protection juridictionnelle qui en résulte en matière de passation des marchés publics. Cet exposé est suivi d'une comparaison avec le régime de protection juridictionnelle du droit primaire.

Le second chapitre s'intéressera aux apports des directives « marchés publics » actuelles. Le troisième chapitre, enfin, traite spécifiquement du champ d'application des directives « marchés publics » actuelles ainsi que de certaines questions fondamentales.

Chapitre I^{er}.- Historique des directives relatives à la passation des marchés publics

Introduction : l'utilité de l'examen de l'évolution historique des directive « marchés publics »

2.- Même si les anciennes directives « marchés publics » sont abrogées depuis longtemps, il n'en reste pas moins utile de les examiner. Nombreuses sont les définitions et les règles des anciennes directives qui se retrouvent telles quelles ou sans grandes modifications dans les directives actuelles⁴⁵. Certaines dispositions des directives actuelles ne peuvent d'ailleurs s'interpréter correctement qu'à la lumière de l'évolution historique du droit européen des marchés publics. L'obligation de mettre en concurrence connaissant aujourd'hui une extension considérable, il est important de comprendre ce qui a pu faire que dans le passé il a été jugé inutile ou inapproprié d'imposer une mise en concurrence : de simples réflexes protectionnistes, un contexte économique ou juridique différent ou alors des considérations qui, le cas échéant, gardent toute leur valeur de nos jours.

Ne couvrant au départ, en 1971, que les marchés publics de travaux, le champ d'application des directives « marchés publics » s'est progressivement étendu.

En 1977, fut adoptée une directive relative à la passation des marchés de fournitures.

Les marchés passés en vue d'une activité dite « sectorielle » étaient cependant exclus (transports, électricité, gaz, eau et pour la directive « marchés publics de fournitures », également les services dans le domaine des télécommunications) par ces deux directives qui firent l'objet de modifications successives.

En 1990, la directive 90/531/CEE relative à la passation des marchés destinés aux activités sectorielles imposa une mise en concurrence pour les marchés publics de travaux et les marchés publics de fournitures passés en vue des activités sectorielles visées. Le champ d'application personnel de cette directive était cependant plus étendu que celui des directives générales, puisqu'il couvrait également, sous certaines conditions, les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de « droits spéciaux ou exclusifs ». En même temps, les activités sectorielles visées changèrent. Les entreprises publiques de transports, aériennes, maritimes, côtières et fluviales, mêmes exploitées en régie, sauf les ferries côtiers ou fluviaux, n'étaient pas couvertes par la directive sectorielle, et ne l'étaient pas non plus par les directives « marchés publics » générales. Il en était de même des services de transports publics par autobus opérant dans des conditions de concurrence normale et sans droits spéciaux. Cela signifiait que les marchés passés en vue de ces services ne furent plus soumis à concurrence d'après les directives « marchés publics ». En revanche, la directive sectorielle 90/531/CEE couvrait les marchés passés en vue de certaines activités dans le domaine des télécommunications, en vue d'activités de prospection et d'extraction de pétrole, de gaz, de charbon ou d'autres combustibles

⁴⁵ Cf. également en ce sens, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 85.

solides, ainsi que pour la mise à disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, d'aéroports, de ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transports.

En 1992, la passation des marchés de services fit l'objet de la directive 92/50/CEE. N'étaient cependant pas visés les marchés de services passés en vue d'une activité sectorielle. Ce fut le cas seulement à partir de la directive 93/38/CEE.

En 2004, la directive 2004/17/CE ajouta aux activités sectorielles les services postaux, tandis que les services de télécommunication en furent retirés. Les marchés en vue de pareilles activités ne sont plus soumis à une mise en concurrence d'après les directives « marchés publics ». La directive 2004/17/CE a d'autre part introduit une exception générale pour les activités sectorielles directement exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

Les dispositions délimitant le champ d'application des directives « marchés publics » sont nombreuses et complexes, tandis que le contenu des règles matérielles est parfois très limité, restant en-deçà des exigences que la Cour a dégagées du droit primaire. Ainsi, le titre de la directive 2004/18/CE consacré aux concours dans le domaine des services ou celui relatif aux concessions de travaux ne comportent en définitive qu'une réglementation très sommaire de la mise en concurrence. A première vue, l'évolution du champ d'application des directives « marchés publics », dont nous venons d'énumérer les étapes les plus marquantes, peut paraître arbitraire.

A y regarder de plus près, au-delà de certaines différences significatives qui peuvent s'expliquer en partie par le fait que les directives ne contiennent pas une réglementation exhaustive de la passation des marchés publics⁴⁶, cette évolution est cependant inspirée en large partie, tant *quant aux personnes* tenues de recourir à des mise en concurrence, que *quant au seuils* à partir desquels cette obligation s'applique, des mêmes principes qui paraissent actuellement délimiter le champ du droit primaire des marchés publics : l'obligation de mise en concurrence s'impose aux entités agissant dans une fonction étatique, à condition que le marché présente un intérêt transfrontalier.

Quant aux opérations visées, le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire est en revanche très significativement plus large que celui des directives « marchés publics », puisqu'elle s'applique également à d'autres opérations que les marchés publics, ainsi que nous le verrons en détail dans la deuxième partie de ce travail.

Section 1^{re}.- Les premiers textes de droit dérivé visant les marchés publics

§ 1^{re}.- Le « Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement »⁴⁷, et le « Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services »⁴⁸

3.- Ces programmes furent adoptés par le Conseil en exécution des articles 54 et 63 de traité CEE. Juridiquement, ils n'étaient pas contraignants⁴⁹. Leur mise en œuvre devait se faire par des directives.

Ces programmes prévoyaient la suppression de toutes dispositions « qui, à l'égard des étrangers seulement excluent, limitent ou subordonnent à des conditions la faculté d'exercer les droits

⁴⁶ Pour la passation des marchés publics de services dits non prioritaires, le législateur, supposant, d'après la Cour (arrêt du 13 novembre 2007, Commission/Italie C-507/03, point 25) que ces marchés ne revêtent pas d'intérêt transfrontalier, n'a prescrit que des obligations très limitées et, surtout, aucune mise en concurrence. Le droit primaire, en revanche, soumet certains marchés dispensés de mise en concurrence par les directives à des obligations en substance à peine moins contraignantes que ce que prévoient les directives pour certains marchés qu'elles soumettent à concurrence.

Comme les directives « marchés publics » ne comportent ni une réglementation exhaustive, ni une harmonisation exhaustive de l'ensemble du droit des marchés publics, il n'y a pas nécessairement une incohérence. Ainsi, si certains contrats, comme les marchés de services non prioritaires ou les concessions de services, ne sont pas visés par l'obligation de mise en concurrence des directives « marchés publics », cela ne signifie pas que le législateur européen ait entendu les dispenser de toute mise en concurrence.

⁴⁷ Journal officiel no 2 du 15 janvier 1962, pp. 36 à 45.

⁴⁸ Journal officiel no 2 du 15 janvier 1962, pp. 32 à 35.

⁴⁹ Voir notamment J.-P. HAINAUT et R. JOLIET, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, no 735. Voir, en sens contraire, cependant A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 45.

normalement attachés à une activité non salariée et en particulier la faculté ... (b) de présenter des offres ou de participer comme cocontractant ou sous-traitant aux marchés de l'Etat ou d'autres personnes morales de droit public, (c) de bénéficier de concessions ou d'autorisations octroyées par l'Etat ou par d'autres personnes morales de droit public ... » (titre III, (b) et (c) du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et du programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services). Les programmes établissaient un système de quotas permettant à un Etat membre de suspendre l'attribution de marchés aux ressortissants et aux sociétés des autres Etats membres, dès lors qu'un certain montant à fixer en fonction d'un pourcentage était atteint. Il était prévu que ce système prendrait fin le 31 décembre 1969, donc à la fin de la période transitoire.

Sur base des programmes généraux, la Commission présenta deux propositions de directive, l'une concernant la participation des entrepreneurs à l'attribution des ouvrages immobiliers pour le compte de l'Etat (doc. 45, 1964-1965), de ses collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public, l'autre portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (doc. 71, 1964-1965). Le Parlement européen rejeta le système des quotas considéré comme excessivement compliqué⁵⁰.

§ 2.- La directive 64/428 du Conseil du 7 juillet 1964 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariées dans les industries extractives (classes 11 - 19 C.I.T.I.)⁵¹

4.- Cette directive intervint consécutivement aux programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services.

L'article 4, paragraphe 1^{er}, de cette directive prévoyait que « les Etats suppriment les restrictions qui notamment : ... b) Résultent d'une pratique administrative ayant pour effet d'appliquer aux bénéficiaires un traitement discriminatoire par rapport à celui qui est appliqué aux nationaux ; c) Du fait de prescriptions ou pratiques, excluent les bénéficiaires de l'octroi de concessions ou d'autorisations, les assujettissant à des limitations ou les subordonnent à des conditions requises d'eux seuls ».

Même si cette directive ne s'appliquait pas aux marchés publics, il n'en reste pas moins intéressant de la mentionner puisqu'elle se rapportait à l'octroi de concessions, notamment aux concessions minières et d'extraction de pétrole. Sans imposer d'obligation de mise en concurrence, elle prescrivait cependant que les ressortissant des autres Etats membres ne soient pas exclus de concourir, lorsqu'une mise en concurrence était organisée.

§ 3.- La directive 64/429 du Conseil du 7 juillet 1964 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariées de transformation relevant des classes 23 - 40 C.I.T.I. (Industrie et artisanat)⁵²

5.- Cette directive imposait la suppression des restrictions visées au titre III des programmes généraux, dont l'exclusion de participer à des marchés publics en raison de la nationalité.

⁵⁰ Le Parlement européen « (...) 7. Constate que la Commission de la C.E.E. a élaboré des directives excessivement compliquées, spécialement dans le cas de la directive de libéralisation et que, en conséquence, le Parlement européen est amené à recommander une solution à la fois simple et constructive ; 8. Tient surtout pour trop compliqué et peu praticable le système des quotas prévu à la directive de libéralisation et propose donc de le supprimer complètement ; (...) » (Résolution portant avis du Parlement européen sur les propositions de la Commission de la C.E.E. au Conseil, p. 62 du Journal officiel, 12 avril 1965, page 884, points 7 et 8).

Les difficultés de la mise en œuvre du système ont par ailleurs été mis en évidence par J.-P. HAINAUT et R. JOLIET, op.cit., t. II, nos 762 et suivants.

⁵¹ JO, P 117 du 23 juillet 1964, pp. 1871 et s.

⁵² JO, P 117 du 23 juillet 1964, pp. 1880 et s.

§ 4.- La directive 70/32/CEE de la Commission, du 17 décembre 1969, concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales de droit public⁵³

6.- Une directive de la Commission du 7 novembre 1966⁵⁴ imposait la suppression des dispositions nationales imposant l'utilisation totale ou partielle de produits nationaux. Cette directive excluait de son champ d'application les marchés passés par l'Etat, les collectivités territoriales et les autres personnes de droit public.

La directive 70/32/CEE du 17 décembre 1969 vint remédier à cette exclusion. L'un des considérants de la directive observait qu'après la fin de la période de transition « toutes les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives doivent être supprimées par les Etats membres alors même qu'une directive de la Commission ne les y obligerait pas expressément ».

La directive interdisait notamment les dispositions nationales « a) qui excluent, totalement ou partiellement, les fournitures [à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales du droit public (cf. l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de cette directive)] de produits importés ; b) qui réservent, totalement ou partiellement, les fournitures aux produits nationaux ou bien leur accordent une préférence, autre qu'une aide au sens de l'article 92 du traité, assortie ou non de conditions ».

Comme la période de transition du traité CEE avait pris fin le 1^{er} janvier 1970, ces interdictions ne faisaient que répéter l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives prévue par l'article 30 du traité CEE.

Dans les considérants de la directive, la Commission notait « que ces dispositions [les dispositions législatives, réglementaires et administratives ainsi que les pratiques administratives, existant à l'entrée en vigueur du traité, qui comportent des prescriptions techniques applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés], même si elles sont indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, peuvent produire des effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises, qui dépassent le cadre des effets propres aux dispositions de l'espèce et peuvent, dès lors, produire un effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation » (huitième considérant). L'article 3, paragraphe 3, de la directive interdisait expressément ce genre de dispositions. Cette disposition précisait que « tel est notamment le cas : - lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont hors proportion par rapport au résultat recherché, - lorsque le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave moins les échanges ». Ces solutions ressemblent à celles que la Cour allait ultérieurement adopter concernant les restrictions aux libertés fondamentales du fait de discriminations indirectes selon la nationalité.

La directive 70/32/CEE ne contenait pas de dispositions en vue de la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures. Une telle directive ne fut adoptée qu'en 1977⁵⁵. Ajoutons que la directive 70/32/CEE ne contenait bien sûr aucune disposition imposant une obligation de mise en concurrence en matière de marchés publics de fournitures.

L'article 33, paragraphe 7, du traité CEE disposait « que des directives de la Commission déterminent la procédure et le rythme de suppression entre les Etats membres des mesures d'effet équivalent à des contingents, existant à la date de l'entrée en vigueur du présent traité ». *A priori*, il n'était pas évident comment cette disposition s'articulait avec la disposition générale concernant la période de transition, qui prévoyait que la fin de la période de transition constituait le terme extrême pour l'entrée en vigueur « de l'ensemble des règles prévues et pour la mise en place de l'ensemble des réalisations que comporte l'établissement du marché commun » (article 8, paragraphe 7). Tout en indiquant son interprétation dans les considérants, la Commission adopta donc la directive en question. Elle évitait ainsi qu'on lui reproche de ne pas avoir elle-même adopté les mesures prévues par le traité. D'autre part, toute discussion sur la façon d'interpréter les dispositions transitoires du traité devenait inutile, du moins en rapport avec les marchés publics de fourniture de produits.

En 1972, un auteur écrivait dans un article paru dans la Revue du Marché commun : « En 1970, en l'absence de directive, les Etats sont libres de passer les marchés publics de travaux comme ils l'entendent sauf à ne pas inscrire dans leurs documents une clause d'exclusion fondée sur la seule

⁵³ JO L 13 du 19 janvier 1970, pp. 1 et s.

⁵⁴ JO no 220 du 30 novembre 1966, p. 3748.

⁵⁵ Cf. ci-dessous, no 22.

nationalité étrangère. Théoriquement à la fin de la période transitoire, toutes les mesures discriminatoires doivent être levées mais l'absence de directive semble y faire obstacle. Les mêmes principes s'appliquent aux marchés de fournitures : pour condamner les mesures discriminatoires il faudrait définir dans quelle mesure elles équivalent à des contingents d'importation »⁵⁶. Cet auteur exprimait les doutes que l'on pouvait avoir à l'époque. Vu la manière dont les dispositions transitoires étaient formulées, il n'était pas clair dans quelle mesure les interdictions de discriminations prévues par le traité CEE s'appliquaient indépendamment de dispositions d'exécution. C'est d'ailleurs dans cette optique que s'explique la directive mentionnée ci-dessous.

§ 5.- La directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences et de succursales⁵⁷

7.- Cette directive s'appliquait aux activités correspondant à celles énumérées dans la classe 40 de la nomenclature NICE, c'est-à-dire aux marchés de travaux lorsqu'ils étaient exécutés par des agences ou des succursales de sociétés établies dans un autre Etat membre. D'après cette directive, la directive 64/429 du Conseil du 7 juillet 1964 ne s'appliquait pas à cette hypothèse.

La directive 71/304/CEE se limitait en substance à imposer la suppression de discriminations ouvertes ou cachées. Elle ne contenait pas de dispositions relatives à la coordination des procédures de passation, et n'imposait pas de procéder à des mises en concurrence. Cette directive ne fut abrogée qu'en 2007⁵⁸.

Section 2.- La première directive « marchés publics » de travaux : la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux⁵⁹

8.- Les considérants de cette directive se référaient encore aux programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services. La directive 71/305/CEE contenait déjà les dispositions essentielles de la directive « marchés publics » générale actuelle 2004/18/CE⁶⁰. Cependant, elle était limitée, ainsi que l'indique son intitulé, aux marchés de travaux.

9. **Publicité.**- Tout comme aujourd'hui encore, les procédures nationales continuaient à s'appliquer. Les Etats membres avaient seulement l'obligation d'adapter leurs procédures nationales aux dispositions de la directive (article 2).

L'obligation fondamentale incombant aux pouvoirs adjudicateurs était de publier un avis au Journal officiel des Communautés européennes pour les marchés dont la valeur excédait le seuil d'application de la directive (article 12), mettant par là les entrepreneurs intéressés en concurrence. La directive prévoyait que les pouvoirs adjudicateurs pouvaient faire publier au Journal officiel des avis pour des marchés qui n'étaient pas soumis à une publicité obligatoire, à condition que leur valeur ne fût pas inférieure à 500 000 unités de compte (article 19). Cette possibilité existe aujourd'hui sans seuil.

10. **Pouvoirs adjudicateurs visés.**- Les pouvoirs adjudicateurs visés étaient les Etats et les collectivités territoriales (article 1^{er}, b)), de même que les associations de collectivités territoriales (cf. la première annexe de la directive).

⁵⁶ J.-M. RAINAUD, « Les marchés publics dans la Communauté économique européenne », *Revue du Marché Commun*, 1972, p. 367.

⁵⁷ JO, no L 185 du 16 août 1971, pp. 1 ss.

⁵⁸ Directive 2007/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007.

⁵⁹ JO, no L 185 du 16 août 1971, pp. 5 ss.

⁶⁰ Voir au sujet de la directive 71/305/CEE également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 16.

La notion d'organisme de droit public, importante pour l'application des directives actuelles, ne figurait pas encore dans la directive 71/305/CEE qui se contentait d'une annexe énumérant limitativement les personnes morales de droit public concernées dans les différents Etats membres.

11. Travaux visés.- Les travaux visés étaient moins nombreux que dans les directives actuelles. Il s'agissait des « activités visées à l'article 2 de la directive du Conseil du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales » (article 1^{er}, a), de la directive 71/305/CEE), ce qui visait les travaux de bâtiment et de génie civil indiqués dans l'annexe de la directive 71/304/CEE⁶¹.

La directive 71/304/CEE indiquait cependant qu'elle ne s'appliquait pas :

- « a) aux installations industrielles de nature mécanique, électrique et énergétique, sauf la partie de ces installations relevant de la technique de construction immobilière ;
- b) à la construction d'installations nucléaires de caractère scientifique ou industriel ;
- c) aux travaux d'excavation, de fonçage de puits, de dragage et d'évacuation des déblais effectués en vue de l'extraction de matières minérales (industries extractives) » (article 2, paragraphe 2).

C'est ainsi que la Cour a considéré que des marchés « concernant des installations industrielles de nature mécanique, électrique et énergétique, sauf la partie de ces installations relevant de la technique des constructions immobilières » et ceux « concernant des travaux d'excavation, de fonçage de puits, de dragage et d'évacuation des déblais, effectués en vue de l'extraction de matières minérales (industries extractives) » ne relevaient pas du champ d'application de la directive 71/305/CEE⁶².

12. Un marché public suppose un contrat à titre onéreux.- La définition du marché public contenait déjà l'expression « contrat à titre onéreux » (article 1^{er}, a)) qui a conduit plus tard à certaines controverses et donne lieu, aujourd'hui encore, à des développements jurisprudentiels nouveaux⁶³.

13. Seuil.- La directive prévoyait un seuil en-dessous duquel elle n'était pas applicable (article 7).

14. Procédures.- La directive permettait aux Etats membres de recourir indistinctement à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte, cette dernière étant une procédure dans laquelle seuls les entrepreneurs invités par le pouvoir adjudicateur pouvaient présenter des offres (article 5, paragraphe 2). La directive distinguait déjà entre la sélection des entrepreneurs dont l'offre serait prise en considération et l'attribution du marché (articles 20 et 29), laquelle ne pouvait se faire qu'en fonction des critères prévus dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges (article 29).

La directive indiquait quels critères pouvaient être retenus pour l'attribution du marché, soit uniquement le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse (article 29).

Il est intéressant de noter que la directive permettait d'y déroger « lorsqu'un Etat membre se fonde sur d'autres critères pour l'attribution des marchés, dans le cadre d'une réglementation visant à faire bénéficier certains soumissionnaires d'une préférence à titre d'aide, à condition que la réglementation invoquée soit compatible avec le traité et en particulier avec les articles 92 et suivants » (article 29, paragraphe 4). Cette exception, qui n'existe plus dans les directives marchés publics actuelles, montre que les règles du droit des marchés publics et ceux du droit des aides d'Etat peuvent interférer. Les relations entre le droit des marchés publics et le droit des aides d'Etat seront examinées en détail dans la troisième partie de ce travail⁶⁴.

15. Exclusions des marchés conclus par certains services (activités sectorielles).- Les marchés passés dans l'intérêt de services de transport étaient exclus du champ d'application de la directive

⁶¹ Cf. ci-dessus, le no 7. Actuellement, on trouve par exemple dans la liste des « travaux » également la « location avec opérateur de matériel de construction » (cf. l'annexe I de la directive 2004/18/CE).

⁶² Arrêt de la Cour du 17 novembre 1993, Commission/Espagne, C-71/92, points 27 à 34.

⁶³ Ainsi, l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, points 40 à 58. Cf. au sujet de la notion de « contrat à titre onéreux », ci-dessus, nos 237 et s.

⁶⁴ A ce sujet, voir ci-dessus, nos 521 et s.

(article 3, paragraphe 4). L'exclusion était motivée par un souci d'égalité entre les entreprises publiques et privées, de même qu'entre les différents modes de transport, les services de transport relevant tantôt du droit public et tantôt du droit privé (quatrième considérant)⁶⁵.

La directive excluait également les marchés passés par les services de production, de distribution et de transport d'eau et d'énergie (article 3, paragraphe 5), même si ces services relevaient de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'une autre personne morale de droit public visée par la directive. Le législateur européen justifiait cette exclusion par une considération similaire, à savoir que ces services sont gérés par des entités variées ayant des statuts différents, ce qui aurait eu pour conséquence que le régime de la directive aurait tantôt été applicable et tantôt non (sixième considérant)⁶⁶. La directive précisait que cette exclusion valait « en attendant que l'expérience acquise permette d'adopter une solution définitive » (sixième considérant). En revanche, les marchés de travaux passés dans l'intérêt de services de télécommunication⁶⁷ et des services postaux étaient soumis à la directive 71/305/CEE⁶⁸.

16. Cas dans lesquels il était permis de conclure des marchés de gré à gré (marchés négociés sans publicité préalable).- L'article 9 de la directive indiquait une série de cas dans lesquels la directive, à l'exception de l'article 10 relatif aux spécifications techniques, n'était pas applicable. Dans ces cas, il était possible de conclure un marché de gré à gré. Était également visé celui, dit exceptionnel, « lorsqu'il s'agit de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix »⁶⁹. Dans les directives ultérieures, et actuellement encore, une mise en concurrence est obligatoire dans cette hypothèse, mais il est permis de recourir à la procédure négociée avec avis de marché préalable⁷⁰. Cette procédure implique incontestablement une mise en concurrence⁷¹.

17. Les concessions de travaux étaient expressément exclues.- Les concessions de travaux étaient expressément exclues du champ d'application de la directive (article 3, paragraphe 1^{er}). En revanche, lorsque le concessionnaire était un pouvoir adjudicateur, il devait respecter les règles de la directive pour les marchés de travaux qu'il passait avec des tiers pour l'exécution de la concession (article 3, paragraphe 2). Lorsque le concessionnaire n'était lui-même pas un pouvoir adjudicateur, la directive imposait au pouvoir adjudicateur de veiller à ce que l'acte de concession l'oblige à respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, lorsqu'il passait des marchés avec des tiers (article 3, paragraphe 3).

18. Procédure spéciale pour les marchés portant sur la conception et la construction de logements sociaux - La directive permettait en son article 6 de recourir à une procédure spéciale pour des marchés portant sur la conception et la construction d'ensembles de logements sociaux. Cette disposition se retrouve à l'article 34 de la directive générale actuelle 2004/18/CE⁷².

⁶⁵ Il s'agit d'une considération intéressante, mais qui procède d'une vue très partielle des choses. Si la personne dont relève le service de transport est un organisme bénéficiant d'un financement public, comme par exemple une collectivité territoriale, il n'y a de toute façon pas d'égalité. Il est vrai en revanche que l'obligation pour une entité de recourir à des procédures de marché public entraîne certaines lourdeurs qui peuvent dans certaines circonstances la désavantager par rapport à ses concurrents.

⁶⁶ Voir à ce sujet également l'arrêt de la Cour du 22 septembre 1988, Commission/Irlande, affaire 45/87, points 8 à 10. En réalité, la délimitation restait peu claire. Ce n'est que dans les actuelles directives 2004/17/CE et 2004/18/CE que les champs d'application respectifs des dispositions générales en matière de marchés publics et des dispositions sectorielles ont été fixées avec plus de précision (cf. ci-dessous, nos 93 et s.).

⁶⁷ Cf. en sens contraire, mais à tort, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 54.

⁶⁸ Voir pour les marchés passés par les services opérant dans le domaine des télécommunications, P.-A. TREPTE, « Telecommunications « public » undertakings and procurement obligations », in *1992 and ECC/U.S. competition and trade law (annual proceedings of the Fordham corporate law institute)*, B. Hawk (éditeurs), Ardsley-on-Hudson, New York, 1990, pp. 313 et s., pp. 317 à 323.

⁶⁹ Il s'agit de l'actuel article 30, 1), b) de la directive 2004/18.

⁷⁰ Au sujet de cette procédure, cf. ci-dessous, nos 135 et s.

⁷¹ Cf. au sujet de la procédure négociée avec avis de marché préalable, ci-dessous, nos 135 et s.

⁷² Cf. au sujet de cette procédure, ci-dessous, no 470.

Section 3.- Textes adoptés à la suite de la directive 71/305/CEE

§ 1^{er}.- La décision 71/306/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, instituant un comité consultatif pour les marchés publics de travaux⁷³

19.- Ce comité institué par la décision du Conseil du 26 juillet 1971 était destiné à examiner les problèmes d'application de la directive 71/305/CEE.

Il n'était pas évident que les soumissionnaires écartés disposent de recours efficaces devant les juridictions des Etats membres. En Allemagne, par exemple, il n'existait pour les entreprises s'estimant à tort écartées lors d'un marché public aucune possibilité de soumettre leurs contestations à un tribunal. La façon dont les marchés publics étaient attribués était considérée comme une question interne à l'administration, relevant du droit des finances publiques.

Ce n'est que beaucoup plus tard que l'obligation pour les Etats membres de prévoir des recours judiciaires fut introduite⁷⁴. Bien sûr, il y avait le recours en manquement que la Commission pouvait intenter en cas de violation par un Etat membre de la directive 71/305/CEE. L'introduction de ce recours dépendait cependant, comme aujourd'hui encore, du bon vouloir de la Commission. L'institution du comité consultatif permettait du moins aux Etats membres de faire état de problèmes rencontrés par leurs ressortissants dans les autres Etats membres et de les soumettre à discussion. Le comité consultatif ne disposait cependant d'aucun pouvoir de contrainte. Dans un article en 1972, un auteur écrivait à ce sujet : « La conclusion s'impose d'elle-même. Absence de juridisation précise du droit des marchés publics confirmée par le refus de juridictionnalisation »⁷⁵.

§ 2.- La déclaration des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, sur les procédures à suivre en matière de concessions de travaux⁷⁶

20.- La déclaration prévoyait la publication d'un avis de marché au-delà d'un certain seuil pour les concessions de travaux. La déclaration indiquait les informations minimales que l'avis devait donner. Elle restait muette sur la procédure à suivre une fois l'avis publié, ce qui laissait au pouvoir adjudicateur le libre choix de la procédure, dont la procédure négociée.

Le concessionnaire était supposé à son tour respecter les mêmes règles lorsqu'il passait un marché avec un tiers pour l'exécution de la concession, si la valeur du marché en question dépassait un certain seuil. Le pouvoir concédant était tenu, soit d'imposer au concessionnaire de confier à des tiers des travaux correspondant à un minimum de 30% de la valeur globale des travaux, soit de demander aux candidats d'indiquer le pourcentage minimal des travaux qu'ils confieraient à des tiers. L'indication d'un pourcentage élevé était considérée comme un élément favorable⁷⁷.

Vu que ce texte ne revêtait que la forme d'une déclaration, et non d'une directive, il n'avait pas de valeur contraignante⁷⁸.

⁷³ Journal officiel, L 185 du 16 août 1971, p. 15; par une décision du Conseil du 21 décembre 1976, ce système a été étendu aux marchés publics de fournitures (Journal officiel du 15 janvier 1977, no L 13, p. 15).

⁷⁴ Cf. A. DAGEFÖRDE, *Einführung in das Vergaberecht*, lexion, 2008, nos 20, 32, 33, 34 et 35; voir également l'arrêt de la Cour du 11 août 1995 (Commission/Allemagne, C-433/93, nos 19 et 20) statuant sur un recours en manquement. Au Grand-Duché de Luxembourg, les particuliers s'estimant lésés étaient admis à agir devant le Conseil d'Etat, siégeant comme juridiction administrative. Voir, par exemple, l'arrêt du Conseil d'Etat luxembourgeois du 14 juillet 1971, Dazzan, Pas. 22, p. 34 : « ... l'adjudication est un acte administratif unilatéral par lequel l'administration désigne le titulaire d'un marché et dont la régularité doit pouvoir être contestée par tous les intéressés, même s'ils ne sont pas partie au contrat, devant le juge de la légalité des actes administratifs ».

⁷⁵ J.-M. RAINAUD, « Les marchés publics dans la communauté économique européenne », *Revue du Marché Commun*, 1972, p. 371.

⁷⁶ JO, C 82 du 16 août 1971, pp. 13 et 14.

⁷⁷ Point II, 1., de la déclaration.

⁷⁸ Voir en ce sens également, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 81.

Ces mêmes règles furent intégrées ultérieurement dans la directive 71/305/CEE⁷⁹ et se retrouvent aujourd'hui dans la directive 2004/18/CE (article 56 et suivants) sous réserve de quelques modifications. En particulier, la directive 2004/18/CE n'indique plus qu'un pourcentage élevé de travaux confiés à des tiers est considéré comme un élément positif pour le choix du concessionnaire⁸⁰.

§ 3.- La directive 72/277/CEE du Conseil du 26 juillet 1972 relative aux modalités et conditions de publication des avis de marchés et de concession de travaux publics au Journal officiel des Communautés européennes⁸¹

21.- La directive 72/277/CEE restreignait la longueur des avis en matière de marchés de travaux publics et de concessions de travaux à une page du Journal officiel et fournissait le modèle à suivre pour l'établissement des avis de marché.

Section 4.- La directive 77/62/CEE du Conseil du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures⁸²

22.- Pour l'essentiel, cette directive était calquée sur la directive 71/305/CEE concernant les marchés publics de travaux. Relevons-en les principaux éléments :

1° Pouvoirs adjudicateurs visés

Contrairement à la directive « marchés de travaux » 71/305/CEE, dans les Etats connaissant la notion de « personnes morales de droit public », ces personnes étaient toutes considérées comme des pouvoirs adjudicateurs, alors que pour ceux ne la connaissant pas, n'étaient considérées comme tels outre l'Etat et les collectivités locales que les entités portées sur une liste en annexe (article 1^{er}, b)).

2° Contrat à titre onéreux

La définition du marché public de fournitures faisait également appel à l'expression « contrat à titre onéreux » (article 1^{er}, a)).

3° Fournitures

Le contrat devait porter sur la livraison de produits (article 1^{er}, a)), ce qui ne visait en principe que les contrats de vente⁸³. Le contrat restait un marché public de fournitures, même s'il comportait à titre accessoire des travaux de pose et d'installation (article 1^{er}, a)).

4° Exclusions

Etaient exclus « les marchés publics de fournitures passés par des organismes qui gèrent des services de transports »⁸⁴ de même que ceux « passés par les services de production, de transport et de distribution d'eau et d'énergie ainsi que les services qui opèrent dans le domaine des télécommunications » (article 2, paragraphe 2).

⁷⁹ Par la directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989. Cf. au sujet de cette directive ci-dessous, no 26.

⁸⁰ Cf. ci-dessous, nos 161 et s. pour ce type de contrainte dans la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité.

⁸¹ Journal officiel, no L 176 du 3 août 1972, p.12.

⁸² Journal officiel, no L 13 du 15 janvier 1977, pp. 1 et s.

⁸³ Voir en ce sens, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 86.

⁸⁴ Voir au sujet de cette exception, l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1991, Commission/Portugal, C-247/89.

5° Seuils

Le seuil d'application de la directive était nettement moins élevé que celui de la directive « marchés publics de travaux » (article 5).

6° Procédures

La procédure ouverte et la procédure restreinte étaient admises indistinctement comme pour les marchés de travaux (article 9).

7° Exceptions

Parmi les exceptions permettant de conclure un marché de gré à gré ne figurait pas le cas prévu dans la directive 71/305/CEE des marchés « dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix »⁸⁵. Le législateur communautaire estimait sans doute qu'une pareille situation n'était guère susceptible de se présenter en rapport avec un marché portant sur des produits.

8° Entités disposant de droits spéciaux ou exclusifs

La directive prévoyait que lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entreprise autre qu'un pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé doit obliger l'entité concernée de respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité pour les marchés publics de fourniture qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité (article 2, paragraphe 3). Cette disposition se retrouve de façon presque inchangée à l'article 3 de l'actuelle directive générale marchés publics 2004/18/CE. Elle y reste limitée aux marchés publics de fournitures que passe l'entité concernée.

La directive 77/62 n'abordait pas la question de savoir d'après quelles modalités des droits spéciaux ou exclusifs pouvaient être accordés. C'est seulement ces dernières années que l'on a commencé à se poser la question de savoir si, lors de l'octroi de pareils droits, il ne fallait pas procéder à une mise en concurrence⁸⁶.

Section 5.- La directive 78/669/CEE du Conseil du 2 août 1978 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux⁸⁷

23.- Cette directive prévoyait uniquement des modifications concernant les seuils monétaires prévus par la directive 71/305/CEE.

Section 6.- La directive 80/767/CEE du Conseil du 22 juillet 1989 adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures⁸⁸

24.- Ces modifications furent adoptées consécutivement à l'approbation par le Conseil des accords multilatéraux résultant des négociations commerciales de 1973 à 1979 dans le cadre du GATT⁸⁹.

Ces accords créaient des conditions plus favorables pour les entreprises des Etats signataires tiers que celles prévues par la directive 77/62/CEE⁹⁰ en faveur des entreprises de la Communauté. Certaines des modifications introduites par la directive 80/767/ CE étaient très techniques.

⁸⁵ Ci-dessus, no 16.

⁸⁶ Voir à ce sujet ci-dessous, nos 235, 454 et 479 et s.

⁸⁷ JO L 225 du 16 août 1978, pp. 41 et 42.

⁸⁸ JO L 215 du 18 août 1980, pp. 1 et s.

⁸⁹ JO L 71 du 17 mars 1980, pp. 1 et s.

⁹⁰ Cf. le cinquième considérant de la directive 80/767/CEE.

L'article 5 de la directive 80/767/CEE rendait obligatoire l'établissement d'un procès-verbal lorsque le pouvoir adjudicateur passait un marché de fournitures normalement soumis à la directive 77/62/CEE, mais qu'il estimait pouvoir passer exceptionnellement un marché de gré à gré sur base des points a) à e) de l'article 6 de la directive 77/62/CEE. Enfin, les délais pour la réception des offres furent allongés (article 6).

Section 7.- Directive 88/295/CEE du Conseil du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE⁹¹

25.- La directive 88/295/CEE fut adoptée après l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen.

L'un de ses considérants se référait d'ailleurs au livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, dont la directive s'efforçait de mettre en œuvre le volet consacré aux marchés publics de fournitures. Les éléments essentiels de cette directive étaient les suivants :

1° Marchés visés

La directive précisa qu'à côté d'opérations d'achat étaient également visées « le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat » (nouvel article 1^{er}, a)).

2° Procédures

La procédure ouverte devint la règle. Le recours à la procédure restreinte nécessitait une justification qui pouvait consister notamment dans la nécessité de respecter un équilibre entre la valeur du marché et les coûts de la procédure ou dans la nature spécifique des produits dont il s'agissait (nouvel article 6, paragraphe 2).

A côté des procédures ouverte et restreinte, la directive introduisait la procédure négociée afin d'éviter le recours abusif à la procédure de gré à gré (douzième considérant). Le recours à la procédure négociée était cependant circonscrit à des cas limitativement indiqués (article 6, paragraphes 3 et 4). Dans certains cas, il pouvait être recouru à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché. Dans d'autres, la directive requérait la publication d'un avis de marché préalable. La procédure négociée avec publication d'un avis de marché préalable impliquait une mise en concurrence, ce qui n'était pas le cas lorsque le marché était conclu de gré à gré sans avis de marché.

3° Exclusions

La directive procédait à une nouvelle délimitation de la directive 77/62/CEE par rapport aux secteurs spéciaux (nouveau paragraphe 2 de l'article 2).

4° Seuils

La directive précisait comment déterminer son seuil d'application lorsque le marché impliquait une location (nouvel article 5, paragraphe 2).

5° Avis indicatif - Avis de pré-information

La publication d'un avis indicatif devenait obligatoire (nouvel article 9, paragraphe 1^{er}). Cet avis devait être publié le plus rapidement possible après le début de l'exercice budgétaire, indiquant l'ensemble des marchés par groupe de produits dont le montant estimé dépassait 750 000 Ecus, c'est-à-dire un montant nettement plus élevé que le seuil pour la publication des avis de marché individuels (nouvel article 9). Il résultait du quinzième considérant de la directive que ce montant englobait également les marchés pour lesquels « une passation non concurrentielle » était prévue, donc soit que le seuil d'application de l'obligation de mise en concurrence suivant la directive ne fût pas atteint pour

⁹¹ JO L 127 du 20 mai 1988, pp. 1 et s.

le marché en question, soit qu'il s'agît d'un marché couvert par l'une des exceptions à la publication préalable d'un avis de marché, appelé à cette époque encore avis d'adjudication. D'après le même considérant, cela devait permettre aux fournisseurs potentiels de manifester leur intérêt pour les marchés en question. Il s'agissait là d'une forme atténuée de mise en concurrence que la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE admet aujourd'hui comme moyen de mise en concurrence⁹².

La directive 88/295/CEE obligeait par ailleurs les pouvoirs adjudicateurs de faire parvenir à l'office des publications un avis sur les marchés passés - désigné aujourd'hui comme avis d'attribution⁹³ - destiné en principe à être publié (nouvel 9, paragraphe 3). Il s'agissait d'une mesure qui, d'après le quatrième considérant de la directive, devait « susciter plus d'intérêt et de participation de la part d'un plus grand nombre de fournisseurs au plan communautaire ».

Enfin, la directive introduisait des changements concernant les spécifications techniques, les délais, ainsi que les obligations en matière de statistiques.

Section 8.- Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux⁹⁴

26.- Cette directive apporta des modifications majeures à la directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE.

Ces modifications étaient les suivantes :

1° Pouvoirs adjudicateurs

Plutôt que de se référer à une liste limitative pour les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont ni des Etats, ni des collectivités territoriales, la directive 89/440/CEE définit une nouvelle catégorie de pouvoirs adjudicateurs, celle des organismes de droit public. Elle ajouta d'ailleurs dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs, à côté des associations de collectivités territoriales, déjà visées par la directive 71/305/CEE, celles formées d'organismes de droit public (nouvel article 1^{er}, a)).

2° Marchés de travaux visés

La définition des marchés publics de travaux fut complétée. Depuis lors, tombent dans le champ d'application de la directive tant les marchés portant sur l'exécution de travaux que ceux portant sur la conception et l'exécution de travaux (nouvel article 1^{er}, a)).

3° Concessions de travaux publics

Les concessions de travaux publics furent incluses dans la directive et firent l'objet d'une définition qui n'a plus changé depuis lors (nouvel article 1^{er}, d)). Les concessions de travaux n'étaient auparavant visées que par une déclaration des représentants des Etats membres du 26 juillet 1972⁹⁵. Cette déclaration était dépourvue de caractère contraignant ainsi que nous l'avons déjà signalé ci-dessus⁹⁶. Les règles retenues pour les concessions de travaux publics (article 1^{er} ter) furent pour l'essentiel celles figurant déjà dans la déclaration des représentants des gouvernements des Etats membres du 16 juillet 1971⁹⁷, sauf quelques modifications.

⁹² Cf. au sujet de la mise en concurrence au moyen d'un avis périodique indicatif sous le régime de la directive 2004/17/CE, ci-dessous, no 105 et s.

⁹³ Article 35, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ; article 43 de la directive 2004/17/CE.

⁹⁴ JO L 210 du 21 juillet 1989, pp. 1 et s.

⁹⁵ Cf. ci-dessus no 20.

⁹⁶ Cf. ci-dessus no 20.

⁹⁷ Cf. ci-dessus no 20.

4° Cas dans lesquels un pouvoir adjudicateur subventionne plus de 50% des travaux qu'une autre personne fait effectuer

Les dispositions de la directive 71/305/CEE furent étendues aux cas dans lesquels un pouvoir adjudicateur subventionnait plus de 50 % du montant de travaux qu'une autre personne faisait effectuer (nouvel article 1^{er} bis). Cette règle se trouve actuellement à l'article 8 de la directive 2004/18/CE.

5° Seuils

Le seuil d'application de la directive passa d'un million d'écus (hors tva) à cinq millions d'écus hors tva (nouvel article 4 bis).

La directive introduisit des règles pour la détermination de son seuil d'application dans le cas où un ouvrage était réparti en plusieurs lots, faisant chacun l'objet d'un marché séparé (nouvel article 4 bis, paragraphe 3).

6° Procédures

Ainsi que l'avait fait la directive 88/295/CEE l'année précédente pour les marchés publics de fournitures, la procédure négociée fut introduite. Comme la directive 88/295/CEE, la directive 89/440/CE faisait la distinction entre la procédure négociée sans avis de marché préalable et celle précédée d'un avis de marché, cette dernière impliquant une mise en concurrence. Le recours à la procédure négociée n'était autorisé que dans des cas limitativement indiqués. Ces mêmes cas se retrouvent pour les marchés de travaux dans l'actuelle directive générale 2004/18/CE (articles 30 et 31)⁹⁸.

7° Exclusion des secteurs spéciaux

La délimitation par rapport aux marchés exclus concernant les secteurs spéciaux fut précisée dans le même sens que l'avait fait la directive 88/295/CEE pour les marchés publics de fournitures (nouveau paragraphe 4 de l'article 3), sauf que les marchés publics de travaux des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine des télécommunications n'étaient pas exclus du champ d'application de la directive marchés publics de travaux⁹⁹.

8° Avis de préinformation

La directive 89/440/CEE imposa un avis de préinformation concernant de futurs marchés de travaux (nouvel article 12, paragraphe 1^{er}), l'obligation de faire parvenir à l'Office des publications officielles des Communautés européennes un avis d'attribution (nouvel article 12, paragraphe 5), de même que des obligations statistiques. Contrairement à ce qui était le cas pour les marchés publics de fournitures, la publication d'un avis de préinformation n'était pas obligatoire, mais, si elle avait lieu, le délai de réception des offres pouvait être réduit (nouvel article 14, paragraphe 4).

L'obligation de communiquer sur demande aux candidats écartés les motifs du rejet de leur candidature fut introduite (nouvel article 5bis).

La directive autorisait, sous certaines conditions, les entrepreneurs à proposer des variantes (nouvel article 20 bis).

⁹⁸ La directive sectorielle actuelle 2004/17/CE permet en principe de recourir sans restriction à la procédure négociée, à condition de la faire précéder de l'une des formes de publicité qu'elle prescrit.

⁹⁹ L'incohérence était flagrante. Un organisme de droit public de postes et télécommunications devait passer ses marchés de travaux conformément à la directive modifiée 71/305/CEE concernant les marchés publics de travaux, tandis que ce même organisme était dispensé de passer ses marchés de fournitures conformément à la directive modifiée 77/62/CEE concernant les marchés publics de fournitures (sauf bien sûr des dispositions de droit national imposant une mise en concurrence).

9° Dispositions diverses

Un nouvel article 20 ter permettait aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leurs offres la part du marché qu'il avait éventuellement l'intention de sous-traiter. Cette possibilité subsiste dans les directives 2004/17/CE (article 37) et 2004/18/CE (article 25)¹⁰⁰.

Comme déjà prévu pour les marchés publics de fournitures, la directive 89/440/CEE obligea les Etats membres de communiquer un relevé statistique concernant les marchés passés « en vue de permettre l'appréciation des résultats de l'application de la présente directive » (nouvel article 30 bis).

Section 9.- La directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux¹⁰¹

27.- A première vue, on pourrait penser que la question des recours en matière de marchés publics est étrangère à la celle du champ d'application de l'obligation de mise en concurrence. Ce serait cependant perdre de vue que c'est seulement l'existence de recours qui confère un effet véritablement contraignant aux règles de mise en concurrence¹⁰².

Le quatrième considérant de la directive 89/665/CEE relève que « dans certains Etats membres, l'absence de moyens de recours efficaces ou l'insuffisance des moyens existants dissuadent les entreprises communautaires de tenter leur chance dans l'Etat du pouvoir adjudicateur concerné ». A cela s'ajoute bien sûr que l'impossibilité pour les candidats de remettre en question les décisions des pouvoirs adjudicateurs n'incite pas vraiment ceux-ci à respecter les dispositions des directives européennes. En Allemagne, le droit des marchés publics était considéré jusqu'à une époque assez récente comme un droit de bonne gestion budgétaire qui ne déployait que des effets internes à l'administration. L'entreprise qui s'estimait lésée par une décision lors de la passation d'un marché public ne disposait pour ainsi dire d'aucun recours¹⁰³. La situation semble avoir été similaire au Royaume-Uni¹⁰⁴. Sans doute, on peut le supposer, les fonctionnaires n'ayant pas respecté les règles de la passation des marchés publics pouvaient-ils faire l'objet de sanctions disciplinaires. Encore aurait-il fallu que les procédures prévues à cet effet soient intentées, ce qui n'était guère probable pour des manquements favorables aux intérêts des entreprises nationales.

En général, plus il est facile de faire sanctionner une obligation, plus celle-ci est contraignante. Une règle dont la violation n'est susceptible d'aucun recours ou dont la sanction juridique est très improbable n'a qu'une force essentiellement morale¹⁰⁵. C'est pourquoi le législateur européen estima qu'il était indispensable d'adopter également des dispositions de coordination concernant des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. C'est l'objet de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989. Cette directive a depuis lors été modifiée deux fois¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Cf. à propos de ces directives, ci-dessous, nos 78 et s.

¹⁰¹ JO L 395 du 30 décembre 1989, pp. 33 à 35.

¹⁰² Voir en sens également R. BOYLE, « EU procurement paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personnel response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s., no 8. Voir de façon plus générale, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant - L.G.D.J, traduction de la 2^e édition par C. Eisenmann, pp. 57 - 58.

¹⁰³ Voir, par exemple, M.-A. FLAMME et P. FLAMME, « Le droit européen des commandes publiques : après leur réglementation, voici les recours », *Journal des Tribunaux*, 1990, nos 17 et 18.

¹⁰⁴ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e édition, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 3.

¹⁰⁵ Cf., par exemple, M. KNAUF, „Effektiver Vergaberechtsschutz - europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen“, dans *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, Bundesanzeiger Verlag, 2008, pp. 557 et 558, qui parle d'une « valeur ressentie comme indicative » („gefühlte Unverbindlichkeit“) du droit des marchés publics à l'époque en Allemagne.

¹⁰⁶ Cf. ci-dessous, nos 31 et 33.

§ 1^{er}. La directive 89/665/CEE

A. Procédures de passation visées

28.- La directive 89/665/CEE ne s'appliquait dès le départ qu'aux procédures de passation de marchés publics visés par les directives « marchés publics » en vigueur à l'époque dans les secteurs classiques. Aujourd'hui encore, cette directive ne s'applique qu'aux procédures de passation de marchés publics dans le domaine d'application de la directive 2004/18/CE qui a succédé à ces directives.

Ainsi, en particulier, la directive 89/665/CEE ne s'applique pas à des marchés impliquant principalement des cessions de parts ou encore des concessions de services, même si le marché comporte des volets qui, pris isolément, seraient soumis à la directive 2004/18/CE¹⁰⁷.

En revanche, dès lors que le marché est soumis à la directive 2004/18/CE, il sera possible de faire valoir toutes les violations du « droit communautaire en matière de marchés publics ou les [des] règles nationales transposant ce droit » (article 1^{er}, premier paragraphe). Cela vaut également pour les marchés de services non prioritaires qui, bien que faisant partie du champ d'application de la directive 2004/18/CE, sont exemptés de la plupart des dispositions de la directive, en particulier, de l'obligation de mise en concurrence qu'elle édicte¹⁰⁸. Les recours prévus par la directive 89/885/CE permettent donc d'invoquer, à propos d'un pareil marché, la méconnaissance de l'obligation de mise en concurrence découlant du droit primaire¹⁰⁹.

B. Conditions minimales de protection juridictionnelle à respecter

29.- Les procédures de recours doivent être accessibles au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée (article 1^{er}, paragraphe 3 (dans sa version actuelle)).

La directive 89/665/CE prévoit en outre que les procédures nationales de recours en matière de marchés publics doivent comporter les éléments suivants :

- L'interdiction de prévoir des procédures de recours plus nombreuses ou plus faciles lorsqu'il s'agit des règles nationales en matière de marchés publics que lorsqu'il s'agit des règles nationales transposant le droit communautaire (article 1^{er}, paragraphe 2).
- La possibilité d'introduire une action en référé afin d'obtenir dans « les délais les plus brefs ... des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de

¹⁰⁷ Arrêt du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, nos 45 à 64.

¹⁰⁸ Cf. ci-dessous nos 253 et 256 concernant les marchés publics de services non prioritaires. La question de savoir dans quelle mesure la directive 89/665/CEE s'applique aux recours concernant la passation de marchés de services non prioritaires avait été posée par la juridiction de renvoi dans l'affaire C-145/08 (cf. la note précédente). La Cour n'a pas répondu à la question, car elle a estimé que le marché ne devait pas être qualifié de marché de services. Il ne devrait cependant pas faire de doute que la directive 89/665/CEE s'applique aux recours concernant la passation de marchés publics de services non prioritaires, puisqu'elle s'applique « aux marchés visés par la directive 2004/18/CE ... sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive » (article 1^{er}, 1^{er} paragraphe, de la directive 89/665/CEE dans sa version actuelle). Or, les marchés de services non prioritaires sont visés par la directive 2004/18/CE et n'en sont pas exclus en application des articles 10 à 18 de celle-ci. Voir également en faveur de l'application des directives « recours » aux marchés de services non prioritaires la *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marché non soumises ou seulement partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s., point 2.3.2.).

¹⁰⁹ Voir en ce sens, S. ARROWSMITH, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules*, Winteringham, Earls Gate Press, 1993, p. 53 ; N. BEL et C. SJÖDIN, « La nouvelle directive « Recours » 2007/66/CE en matière de marchés publics », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 643 et s., p. 648 ; A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, nos 1391 et 1396 qui inclut, à tort nous paraît-il, les dispositions en matière d'aide d'Etat.

l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs » (article 2, paragraphe 1^{er}, a)). Toutefois, les Etats peuvent prévoir que l'instance saisie d'une demande de mesures provisoires « peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque [les/leurs] conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages » (article 2, paragraphe 4 de la version initiale de la directive ; article 2, paragraphe 5, de la version actuelle de la directive). La directive prévoit que « la décision de ne pas accorder de mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures » (article 2, paragraphe 4 de la version initiale de la directive ; article 2, paragraphe 5, de la version actuelle de la directive). Cela signifie tout particulièrement que la possibilité d'obtenir ultérieurement des dommages-intérêts doit rester intacte, de même que la possibilité d'obtenir l'annulation de la décision d'attribution du marché.

- La possibilité d'obtenir l'annulation de décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières figurant dans les documents se rapportant à la procédure de passation en cause (article 2, premier paragraphe, b)). Est visée notamment la décision d'attribution du contrat. D'une façon générale, la Cour a adopté une « acceptation large de la notion de décision d'un pouvoir adjudicateur »¹¹⁰. Cette notion se rapporte de manière générale aux décisions d'un pouvoir adjudicateur sans faire de distinction en fonction de leur contenu ou du moment de leur adoption¹¹¹, y compris celles « de ne pas engager une procédure de passation au motif que le marché en cause ne relève pas, à son avis [de l'avis du pouvoir adjudicateur], du champ d'application des règles communautaires pertinentes »¹¹². Finalement, doit être susceptible d'un recours en nullité « tout acte d'un pouvoir adjudicateur adopté en rapport avec un marché public de services ... [en l'espèce, il s'agissait d'un marché de services, mais la formule employée par la Cour peut être généralisée] et susceptible d'avoir des effets juridiques, indépendamment de la question de savoir si cet acte est adopté en dehors d'une procédure formelle de passation de marché ou dans le cadre de celle-ci »¹¹³. Sont cependant exclues les démarches qui « constituent une simple étude prévisionnelle du marché ou qui sont purement préparatoires et s'insèrent dans le cadre de la réflexion interne du pouvoir adjudicateur en vue de la passation d'un marché public »¹¹⁴. Le stade que la procédure a atteint du point de vue formel est donc indifférent¹¹⁵.

Cela ne signifiait cependant pas qu'en cas d'annulation de la décision d'attribution, un marché déjà conclu, devait nécessairement être déclaré sans effets. A cet égard, le texte originaire de la directive permettait aux Etats membres de prévoir 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 (article 2, paragraphe 6 de la directive initiale). Aujourd'hui, les exigences sont plus strictes, puisqu'il existe des cas où le marché doit être déclaré « dépourvu d'effets »¹¹⁶.

La directive ne précise pas quel type de violation du droit européen doit entraîner la nullité de la décision d'attribution. A l'appui des recours prévus par la directive 89/665/CEE - nous l'avons signalé plus haut - le demandeur peut invoquer toute violation du droit européen en matière de marchés publics¹¹⁷, ce qui comprend la directive 2004/18/CE, la directive recours elle-même, mais également le droit primaire, à condition, bien sûr, qu'il s'agisse d'un marché public soumis aux directives « marchés publics ». La directive précise entre autres que les effets de la nullité sont déterminés par le droit national¹¹⁸. A cet égard, les Etats membres

¹¹⁰ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 30.

¹¹¹ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 28.

¹¹² Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 33.

¹¹³ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 34.

¹¹⁴ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 35.

¹¹⁵ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 38.

¹¹⁶ Cf. ci-dessous, no 33.

¹¹⁷ Cf. ci-dessus, no 28.

¹¹⁸ L'actuel article 2 quinquies de la directive prévoit des cas dans lesquels le marché doit être déclaré dépourvu d'effets, ce qui, au sens de la directive, ne recouvre cependant pas la même chose que « l'annulation » (article 2, paragraphe 7, de la version actuelle de la directive ; paragraphe 6 selon la version

disposent d'une marge d'appréciation. Cette marge d'appréciation est cependant limitée par le principe d'effectivité et par le principe d'équivalence.

Conformément au principe d'égalité du droit primaire, le pouvoir adjudicateur doit respecter les prescriptions et les règles qui figurent dans le cahier des charges. Toute violation du cahier des charges revient ainsi à une violation du droit européen en matière de marchés publics. Si, le pouvoir adjudicateur ne respectait pas un délai indiqué dans le cahier des charges, le droit de l'Union se trouverait en principe violé. Cette violation devrait-elle pour autant *nécessairement* entraîner la nullité de la décision d'attribution ? Non¹¹⁹. De même, l'envoi tardif de l'avis d'attribution d'un marché ne remet pas en question la validité de la décision d'attribution. Certaines violations devraient en revanche nécessairement entraîner la nullité de la décision d'attribution - sinon du moins une sanction équivalente - soit en application des dispositions de la directive 89/665/CE, soit en vertu des principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective. Il en serait ainsi, par exemple, de l'absence totale de mise en concurrence, laquelle représente l'un des cas dans lesquels un marché doit être obligatoirement déclaré dépourvu d'effets d'après les règles actuelles de la directive recours (article 2 quinquies).

- La possibilité d'obtenir des dommages intérêts pour les personnes lésées par une violation (article 2, premier paragraphe, c)).

Les Etats membres peuvent prévoir qu'avant de pouvoir obtenir des dommages-intérêts, le plaignant doit avoir obtenu l'annulation de la décision critiquée (article 2, paragraphe 6).

C. Procédure préventive

30.- La directive prévoit par ailleurs une procédure préventive qui permet à la Commission d'intervenir en cas de « *violation claire et manifeste* » des directives « marchés publics ». Cette procédure ne prévoit l'intervention d'aucune autre instance et la prise de position de la Commission n'a pas d'effet contraignant (article 3 de la version initiale de la directive). Ces dispositions ont été quelque peu modifiées par la directive 2007/66/CE¹²⁰. En pratique, le mécanisme correcteur paraît être utilisé rarement¹²¹.

D. L'extension ultérieure de la directive 89/665/CEE aux recours concernant des marchés de services

31.- A l'époque où la directive 89/665/CEE fut adoptée, il n'y avait pas encore de directive de coordination des procédures de passation pour les marchés de services. Une telle directive n'est intervenue qu'en 1992¹²². A cette occasion, la directive 89/665/CEE fut complétée pour s'appliquer également aux recours relatifs à des procédures de passation de marchés de services¹²³.

primitive de la directive). Il faut noter que l'obligation *d'annuler* vise des décisions prises à l'occasion de la procédure. L'*annulation* de la décision d'attribution n'atteint donc pas nécessairement *le marché* en tant que contrat, celui-ci pouvant subsister - au choix des Etats membres - sauf les cas où il doit être déclaré *dépourvu d'effets* suivant les dispositions de la directive 2007/61/CE qui a modifié la directive 84/665/CEE.

¹¹⁹ Au Grand-Duché de Luxembourg, les juridictions administratives distinguent entre les irrégularités vénielles et celles qui sont substantielles ou essentielles (Conseil d'Etat, 15 décembre 1972, Reding, Bull.doc. comm. 13, p.117 ; Conseil d'Etat, 5 décembre 1973, Someba-Renson-Abico, Rec. CE, 1973). Il a par ailleurs été retenu « qu'à défaut de dispositions légales expresses ou de clauses expresses de nullité, il appartient au commettant d'apprécier l'importance des éventuelles irrégularités » (Tribunal administratif, 4 octobre 2000, no de rôle 11 714). Lorsqu'une formalité est prévue expressément sous peine d'irrecevabilité, il s'agit d'une formalité substantielle (Cour administrative, 6 avril 2000, nos de rôle 11 392 C et 11 406 C).

¹²⁰ Voir, ci-dessous, no 33.

¹²¹ Voir en ce sens, N. BEL et C. SJÖRDIN, La nouvelle directive « Recours » 2007/66/CE en matière de marchés publics », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 643 et s., p. 677.

¹²² JO L 209 du 24 juillet 1992, pp. 1 et s. Voir au sujet de cette directive, ci-dessous nos 57 et s.

¹²³ Article 41 de la directive 92/50/CEE.

§ 2.- La directive 92/13/CEE relative aux recours concernant la passation de marchés sectoriels

32.- Après l'adoption de la première directive sectorielle 90/531/CEE, une directive séparée portant coordination des procédures de recours concernant la passation des marchés sectoriels fut adoptée. Il s'agit de la directive 92/13/CEE du 25 février 1992. Cette directive reproduit pour l'essentiel les dispositions de la directive 89/665. Elle contient cependant quelques particularités¹²⁴.

§ 3.- La directive 2007/66/CE

33.- La directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 a modifié les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE de manière substantielle, les principales modifications étant les suivantes :

- Les Etats membres peuvent prévoir que la personne concernée doit introduire d'abord un recours auprès du pouvoir adjudicateur. L'introduction du recours doit entraîner la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché (article 1^{er}, paragraphe 5).
- Lorsqu'un recours contre la décision d'attribution du marché est formé devant une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, celui-ci ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours n'ait statué, selon le cas, sur des mesures provisoires ou sur le recours (article 2, paragraphe 3).
- Sauf le cas d'un recours introduit auprès du pouvoir adjudicateur lui-même ou d'un recours contre une décision d'attribution d'un marché devant une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, les recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques (article 2, paragraphe 4).
- La directive prévoit en principe¹²⁵ un délai de suspension d'au moins quinze jours calendaires à compter du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés¹²⁶ (ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de

¹²⁴ La directive 92/13/CEE (JO L 76 du 23 mars 1992, pp. 14 à 20) accorde aux Etats l'option de prévoir, au lieu des mesures provisoires tendant à corriger ou à empêcher une atteinte aux droits des marchés publics ou de l'annulation de décisions ou de la suppression de spécifications illégales, « d'autres mesures ... ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés ; notamment d'émettre un ordre de paiement dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée » (article 2, premier paragraphe, c)). La rédaction de cette disposition laisse clairement apparaître la volonté de permettre aux Etats d'éviter des mesures trop contraignantes. La directive omet d'indiquer qui serait le bénéficiaire des ordres de paiement qu'elle envisage. En revanche, elle précise que « le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision finale établissant que la violation a bien été commise » (article 1^{er}, paragraphe 5).

D'autre part, dans sa version initiale, la directive 92/13/CEE prévoyait un système d'attestation constatant la conformité des procédures de passation des marchés publics d'une entité adjudicatrice concernée (articles 3 à 7), ainsi qu'un mécanisme de conciliation (articles 9 à 11) que la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, n'a pas maintenus.

Quant aux dommages-intérêts susceptibles d'être réclamés, la directive 92/13/CEE contenait dès le départ une disposition qui n'a pas d'équivalent dans les directives 89/665/CEE et 2009/81/CE. Il s'agit de l'article 2, paragraphe 7, qui subsiste dans la version actuelle de la directive 92/13/CE. Ce paragraphe est conçu comme suit : « Lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise ». Cela ne signifie pas que la directive permet de limiter les dommages-intérêts à l'indemnisation des frais de préparation de l'offre et de participation à la procédure. Le but de cette disposition est d'éviter que des conditions trop restrictives ne soient fixées par les droits nationaux pour l'indemnisation de ces frais. Le soumissionnaire ou, suivant le cas, le candidat écarté, doit donc seulement montrer qu'il avait une chance réelle d'obtenir le marché, mais ne doit pas prouver qu'il l'aurait effectivement emporté.

¹²⁵ Il existe quelques exceptions qui sont plutôt de bon sens (cf. l'article 2 ter de la version actuelle de la directive 89/665/CEE).

¹²⁶ Ces délais qui sont très courts risquent d'être insuffisants, surtout pour les entreprises d'un autre Etat membre (voir en ce sens N. BEL et C. SJÖDIN, « La nouvelle directive « Recours » 2007/66/CE en matière de

réception de la décision d'attribution) (article 2 bis, paragraphe 2). La décision d'attribution du marché doit être accompagnée d'un exposé synthétique des motifs (article 2 quater) et indiquer de façon précise la durée du délai de suspension (article 2 bis, paragraphe 2, dernier tiret du dernier alinéa).

- Si une loi nationale prévoit un délai pour l'introduction d'un recours contre une décision prise dans le cadre de la passation d'un marché public et notamment celui pour l'introduction d'un recours contre la décision d'attribution, ce délai doit être au moins de quinze jours à partir du lendemain de l'envoi de la décision (de dix jours au moins, si l'envoi est fait par télécopie ou par un moyen électronique), ou alors d'au moins dix jours à partir du lendemain de la réception. Si les décisions ne font pas l'objet d'une notification, le délai pour les recours en annulation doit être au moins de dix jours à partir de la publication de la décision en cause (article 2 quater, dernière phrase). Pour le recours tendant à faire déclarer qu'un marché est dépourvu d'effets, l'article 2 septies prévoit en principe un délai minimal de trente jours dont le point de départ est variable.
- La directive prévoit trois cas dans lesquels un marché doit être déclaré dépourvu d'effets (article 2 quinquies)¹²⁷ :
 - a) Passation d'un marché sans avoir publié un avis de marché préalable dans un cas autre que ceux autorisés par la directive 2004/18/CE (article 2 quinquies, a))¹²⁸.
 - b) Passation d'un marché nonobstant l'un des trois cas de suspension de la possibilité de conclure le marché indiqués ci-dessus (article 1^{er}, paragraphe 5 ; article 2, paragraphe 3, ou article 2bis, paragraphe 2).

L'absence d'effets du marché n'est obligatoire dans ce cas que si une disposition de la directive 2004/18/CE a été violée, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire qui a intenté le recours d'obtenir le marché et si la violation de l'interdiction de conclure le marché a privé le soumissionnaire en question d'engager un recours avant la conclusion du marché (article 2 quinquies, b) et article 2 sexies, paragraphe 1^{er})¹²⁹.

marchés publics », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 643 et s., pp 664 et 665. La directive précise que sont réputés concernés les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus (article 2 bis, paragraphe 2, alinéa 2). Lorsque la procédure se déroule en deux phases (par exemple, en cas de présélection suivie d'un appel d'offres restreint, les candidats auxquels il n'a pas encore été notifié qu'ils n'ont pas été admis à participer restent également concernés (voir en ce sens, article 2 bis, paragraphe 2, 3e alinéa).

¹²⁷ La sanction du défaut d'effets n'intervient pas d'office (voir en ce sens, N. BEL et C. SJÖRDIN, « La nouvelle directive « Recours » 2007/66/CE en matière de marchés publics », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 643 et s., p. 669).

¹²⁸ Encore faut-il remarquer que l'absence d'effets peut être évitée, lorsque le pouvoir adjudicateur estime - évidemment à tort dans l'hypothèse envisagée, mais de bonne foi - que la passation sans publicité préalable est autorisée par la directive 2004/18/CE et qu'il procède à ce que la directive appelle une « transparence ex ante volontaire », c'est-à-dire la publication d'un avis exprimant l'intention de conclure le marché sans mise en concurrence contenant un certain nombre d'informations, dont le nom de l'opérateur économique auquel le marché a été attribué, suivie d'un temps d'attente de dix jours calendaires au moins avant la conclusion du contrat (article 2 quinquies, paragraphe 4 ; article 3 bis). Du moins en théorie, cela permettrait à tout opérateur économique intéressé de former un recours ayant un effet suspensif et empêchant donc la conclusion du marché envisagé avant qu'une décision ne soit rendue au sujet de la légitimité de l'attribution directe. Le pouvoir adjudicateur pourrait avoir recours à un avis « ex ante volontaire » non seulement lorsqu'il s'estime dans l'un des cas de dispense de mise en concurrence expressément prévus par les directives « marchés publics », mais également, par exemple, lorsqu'il conclut un marché « in house » (en ce sens, M. THEWES, « Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics », *Journal des Tribunaux Luxembourgeois*, 2011, pp. 85 et s., note 79, quant aux dispositions correspondantes par lesquelles la directive 2007/66/CE a été transposée en droit luxembourgeois.

¹²⁹ On pourrait penser qu'en principe, cette dernière condition est nécessairement remplie. Il n'en est pas ainsi. Vu la brièveté du délai de recours, le soumissionnaire qui introduit un recours contre la décision d'attribution n'apprendra normalement que plus tard qu'au moment de l'introduction de son recours, le contrat avait déjà

Si ces conditions ne sont pas remplies et que l'application du droit national ne conduit pas non plus à une absence d'effets, l'application de sanctions dites de substitution est obligatoire (article 2 sexies, premier paragraphe) (cf. ci-dessous). On peut s'interroger sur le bien-fondé de sanctions de substitution dans l'hypothèse où la directive 2004/18/CE n'a pas été violée, ou lorsque la violation de la directive n'a pas compromis les chances du soumissionnaire en question d'obtenir le marché.

- c) La directive indique des cas dans lesquels les Etats peuvent prévoir que le délai de suspension de l'article 2 bis, paragraphe 2, entre la décision d'attribution du contrat et la conclusion du contrat prévu n'est pas applicable. Parmi ces cas figure celui de marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. Lorsque le droit d'un Etat prévoit cette dérogation, les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique doivent être privés d'effets, s'il y a eu violation de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret¹³⁰, ou de l'article 33, paragraphes 5 ou 6¹³¹, de la directive 2004/18/CE, à condition que la valeur du marché spécifique concerné excède le seuil d'application de la directive 2004/18/CE¹³². Dans ces cas, l'exigence que la violation doit avoir compromis les chances du soumissionnaire intentant le recours d'obtenir le marché n'est plus formulée. Si un Etat membre fait usage de la possibilité de déroger au délai de suspension prévu à l'article 2 bis, paragraphe 2 - dérogation en principe défavorable aux soumissionnaires non retenus - il se pourrait donc que les chances des soumissionnaires non retenus d'obtenir une déclaration d'absence d'effets du marché se trouvent en réalité accrues. Toutefois, ces dispositions, déjà assez complexes, comportent une exception, à savoir que sous certaines conditions, l'absence d'effets obligatoires ne s'applique pas, dont celles que « le pouvoir adjudicateur estime [de bonne foi s'entend] que l'attribution du marché est conforme à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, ou à l'article 33, paragraphes 5 ou 6, de la directive 2004/18/CE » et que le marché n'a en fait pas pu être conclu dans les délais de suspension prévus par la directive (article 2 quinquies, paragraphe 5).

Même lorsque les conditions de l'absence d'effets de l'un des trois cas indiqués ci-dessus sont remplies, l'absence d'effets du marché ne s'impose pas nécessairement. En effet, outre le cas d'une « publicité *ex ante* volontaire »¹³³, la directive indique que les Etats membres peuvent prévoir que, dans ces cas, la juridiction saisie « a la faculté de ne pas considérer un marché comme dépourvu d'effets ... si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus » (article 2 quinquies, paragraphe 3)¹³⁴. Dans un cas pareil, des sanctions dites de

été conclu. Ainsi, en règle générale, l'absence de recours précontractuel permet de penser que ce n'est pas la conclusion du contrat qui a empêché le soumissionnaire évincé de déposer un recours.

¹³⁰ Il s'agit des règles concernant la mise en concurrence entre les participants à un accord-cadre, cas dans lequel tous les termes ne sont pas fixés.

¹³¹ Ce sont les règles relatives à la mise en concurrence pour chaque marché spécifique dans un système d'acquisition dynamique

¹³² Article 2 ter, 2^e alinéa, second tiret. C'est bien le marché particulier dont la valeur doit excéder le seuil et non seulement l'accord-cadre ou le système d'acquisition dynamique dans son ensemble, sinon la précision donnée par l'article 2 ter, 2^e alinéa, second tiret, serait superflue. En effet, la directive recours ne s'applique ni aux accords-cadres, ni aux systèmes d'acquisition dynamiques qui n'atteignent pas les seuils, car ces marchés ne sont pas soumis à la directive 2004/18/CE.

¹³³ Cf. la note 127 ci-dessus.

¹³⁴ La directive précise que « l'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées » (article 2 quinquies, paragraphe 3, 2^e alinéa). D'autre part, « l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général » (article 2, quinquies, paragraphe 3, 3^e alinéa). D'après la directive, « l'intérêt économique directement lié au marché comprend « notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique

substitution doivent cependant être infligées (article 2 quinquies, paragraphe 3). Ces sanctions « doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ». Elles consistent « à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ... », ou « à abréger la durée du marché » (article 2 sexies, paragraphe 2). La directive ajoute notamment que « les Etats membres peuvent conférer à l'instance de recours un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur (...) » (article 2 sexies, paragraphe 2). La directive précise que « l'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée » dans les cas où il y a lieu à des sanctions de substitution (article 2 sexies, paragraphe 2, 3^e alinéa). Les sanctions de substitution viennent donc s'ajouter à d'éventuels dommages-intérêts au profit du demandeur. Il appartient au droit national de déterminer les conséquences exactes du constat d'absence d'effets (article 2 quinquies, paragraphe 2). La directive précise qu'il peut s'agir de l'annulation du marché avec effet rétroactif ou alors de la disparition du contrat pour l'avenir seulement (article 2 quinquies, paragraphe 2, deuxième alinéa). La directive exige que dans ce dernier cas, des sanctions de substitution soient prévues en sus.

- Le mécanisme déjà prévu dans la version initiale de la directive 89/665/CEE qui prévoyait l'intervention de la Commission avant la conclusion d'un contrat, lorsque celle-ci considérait qu'une « violation claire et manifeste » du droit communautaire en matière de marchés publics avait été commise, désormais appelé « mécanisme correcteur », s'applique seulement lorsque la Commission considère qu'une « violation grave » du droit communautaire en matière de marchés publics s'est produite (nouvel article 3).

34.- La directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 a également modifié la directive 92/13/CEE concernant les recours en matière de passation des marchés publics sectoriels. A une exception près, les modifications sont strictement identiques à celles introduites dans la directive 89/665/CEE : le troisième cas obligatoire d'absence d'effets du marché ne se réfère qu'à la violation des règles de mise en concurrence pour les marchés spécifiques dans les systèmes d'acquisitions dynamiques et non aux accords-cadres. En effet, dans le système de la directive 2004/17/CE, tous les termes des marchés particuliers sont définis dans l'accord-cadre. L'attribution des marchés spécifiques se fait donc suivant les termes de l'accord-cadre et ne nécessite plus de mise en concurrence. Il ne subsiste finalement comme différences entre les directives 89/665/CEE et la directive 92/13/CEE plus que la possibilité assez mal définie qu'ont les Etats d'après la directive 92/13/CEE de prévoir « d'autres mesures » au lieu des « mesures provisoires » et de l'« annulation » de décisions illégales¹³⁵, ainsi que la disposition particulière de la directive 92/13/CEE en rapport avec des demandes « de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché »¹³⁶.

§ 4.- Les règles applicables aux recours prévues par la directive 2009/81/CE relative à la passation de certains marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité

35.- Le titre IV (« Règles applicables aux recours ») de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la passation de certains marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité édicte des règles concernant les recours relatifs à ces procédures de passation. A quelques exceptions près qui sont sans importance pour notre sujet¹³⁷, ces règles sont identiques à celles de la directive

pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets » (article 2, quinquies, paragraphe 3, 3^e alinéa).

¹³⁵ Cf. à ce sujet ci-dessus no 32 en note.

¹³⁶ Voir ci-dessus, no 32 en note.

¹³⁷ L'article 56, paragraphe 5, de la directive 2009/81/CE permet de tenir compte d'intérêts de sécurité au titre de l'intérêt public lors de l'évaluation des effets de mesures provisoires en référé. Cette précision n'ajoute rien à la portée du texte, les considérations de défense et de sécurité étant de toute façon comprises dans l'intérêt général. D'autre part, la directive 2009/81/CE autorise les Etats membres de décider qu'une instance particulière sera seule compétente pour les recours applicables aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. De même, elle permet l'adoption de certaines mesures particulières de sécurité en vue de la

89/665/CEE. Avant la directive 2009/81/CE, le contentieux concernant la passation des marchés de défense et de sécurité relevait des directives « recours » 89/665/CEE et 92/13/CEE dont nous avons exposé le régime dans les paragraphes qui précèdent¹³⁸.

§ 5.- Appréciation - Comparaison avec la protection juridictionnelle assurée par le droit primaire en dehors du champ d'application des directives « marchés publics »

A. Le principe de protection juridictionnelle effective (« principe d'effectivité ») et le principe d'équivalence s'appliquent également aux marchés et aux concessions passés en dehors du champ d'application des directives « marchés publics »

36.- Le principe de protection juridictionnelle effective, encore appelé principe d'effectivité, ainsi que le principe d'équivalence s'appliquent aux recours concernant la passation des marchés publics couverts par les directives 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE, mais également aux marchés soumis à une obligation de mise en concurrence selon le droit primaire, se situant hors du champ d'application des directives « marchés publics ». L'obligation de mise en concurrence du droit primaire est en effet source de droits en faveur des entreprises¹³⁹. En l'absence de réglementation de l'Union, il appartient aux Etats membres de prévoir dans leurs ordres juridiques internes des voies de droit efficaces afin d'assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union¹⁴⁰. D'après une jurisprudence constante, « de telles voies ne doivent pas être moins favorables que les voies similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) »¹⁴¹. Ces obligations résultent du principe de coopération loyale¹⁴². Sous réserve de l'effectivité des recours et du principe d'équivalence, le principe d'autonomie procédurale permet aux Etats membres d'organiser les recours de la façon qu'ils estiment convenir le mieux¹⁴³.

Au sens du principe d'équivalence, le droit national transposant les règles des directives « recours » en matière de marchés publics n'est pas à considérer comme du droit national. Sinon, toutes les dispositions prévues par ces directives se trouveraient automatiquement étendues aux recours relatifs à

protection de données confidentielles désignées comme des « informations classifiées » (article 56, paragraphe 10). Enfin, les « raisons impérieuses d'intérêt général » qui permettent à l'instance saisie de décider qu'un marché ne doit pas être privé d'effets doivent être en tout premier lieu liées à des intérêts en matière de défense ou de sécurité (article 60, paragraphe 3, 1^{er} alinéa). La directive ajoute même que « dans tous les cas, un marché ne peut être considéré comme ne produisant pas d'effet [dans la version anglaise : « ... a contract may not be considered ineffective ... »] si les conséquences de cette absence d'effets peuvent sérieusement menacer l'existence même d'un programme de défense plus large qui est essentiel pour les intérêts d'un Etat en matière de sécurité » (article 60, paragraphe 3, 4^e alinéa). Voir à ce sujet également, B. HEUNINCKX, « The EU Defence and Security Procurement Directive: Trick or Treat ? », *Public Procurement Law Review*, 2011, 1, pp. 9 et s., point 10.

¹³⁸ Voir à cet égard, dans le même sens, avec quelques nuances cependant, M. TRYBUS, « The Hidden Remedies Directive : Review and Remedies Under the EU Defense and Security Procurement Directive », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 135 et s., point 2.2.

¹³⁹ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, C-91/08, Wall AG, point 65. Cf. également, implicitement en ce sens, l'arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw, C-568/08, points 86 à 92.

¹⁴⁰ Cf. notamment l'arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw, C-568/08, point 91.

¹⁴¹ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, C-91/08, Wall AG, points 63 et 64. Il s'agit de principes généraux bien établis auxquels la Cour se réfère dans des domaines variés (arrêt de la Cour du 4 octobre 2012, Hristo Byankov, C-249/11, point 69 ; arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw, C-568/08, point 91 ; arrêt de la Cour du 15 avril 2008, Impact, C-268/06, points 44, 45 et 46 ; arrêt de la Cour du 13 mars 2007, C- 432/05, Unibet, point 37 à 43 ; ou encore les arrêts de la Cour du 16 décembre 1976, 33-76, Rewe, points 5 et 6, , du 14 décembre 1995, Peterbroeck, C-312/93, point 12, du 16 décembre 1976, 45-76, Comet, points 17 et 18, ce dernier n'invoquant que le principe d'effectivité).

¹⁴² Cf. notamment l'arrêt de la Cour du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, points 38 et 43 ; voir également l'arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, Pequeños Agricultores, C-50/00P, point 42. Aujourd'hui, le principe d'effectivité se trouve d'ailleurs inscrit à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

¹⁴³ Cf. notamment l'arrêt du 21 octobre 2010, Symvoulio Apochetefseos Lefkosias, C-570/08, point 36.

des marchés non soumis aux directives, mais sujets à une mise en concurrence selon le droit primaire. Cette conséquence serait contraire à l'intention du législateur européen qui a limité le champ d'application des directives « recours » aux marchés soumis aux directives « marchés publics »¹⁴⁴.

B. Pour l'essentiel, l'exigence de protection juridictionnelle en matière de marchés publics n'est pas d'une force moindre en dehors des champs d'application des directives

37.- Les prescriptions des directives en matière de recours ne constituent pas un ensemble de règles cohérent et complet régissant les recours en matière de marchés publics¹⁴⁵.

Plutôt que les mesures concrètes que prévoient les directives, ce sont l'exigence d'efficacité¹⁴⁶ et d'équivalence des recours inscrites dans les directives¹⁴⁷ ainsi que les principes généraux d'équivalence, d'effectivité et de protection juridictionnelle effective qui garantissent l'efficacité des recours au niveau national¹⁴⁸. Aussi, les Etats membres ne pourraient-ils pas se contenter d'inscrire dans leur droit national les dispositions des directives « recours »¹⁴⁹. Pour satisfaire au principe d'effectivité, les Etats membres doivent adopter des règles nationales précises et cohérentes permettant des recours efficaces conformes aux exigences des directives. A cet égard, la Cour a jugé que les objectifs de la directive 89/665 doivent être réalisés en droit national dans le respect des exigences de la sécurité juridique et qu'« à cette fin, les Etats membres ont l'obligation de mettre en place un régime de délais suffisamment précis, clair et prévisible pour permettre aux particuliers de connaître leurs droits et obligations »¹⁵⁰.

Les directives 89/665/CEE, 92/13/CEE et 2009/81/CE se limitent à fixer les grandes lignes des recours en matière de marchés publics (exigence de recours en référé permettant de prendre des

¹⁴⁴ La Cour de Justice semble être allée dans ce sens dans son arrêt du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, puisqu'elle y a retient que la directive 89/665/CE ne pourrait *en aucune manière* s'appliquer à un recours contre une décision d'attribution d'un marché non soumis aux directives marchés publics (point 63). En revanche, un principe d'égalité de droit national pourrait le cas échéant s'opposer à ce que la protection juridictionnelle des directives « recours » soit réservée aux recours concernant des marchés soumis au régime des directives « marchés publics » (voir, en ce sens, remettant en question la constitutionnalité de la loi luxembourgeoise du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics (Mémorial A, no 203 du 12 novembre 2010), G. PERROT, *Lanos - le magazine de la conférence du jeune barreau*, 2013, no 1, p. 32).

¹⁴⁵ Voir également l'arrêt de la Cour du 21 octobre 2010, Symvoulou Apochetefseos Lefkosias, C-570/08, point 37 : « (...) la directive 89/665, ainsi qu'il ressort, notamment, de son article 1^{er}, paragraphe 3, ne vise pas une harmonisation complète des règles nationales pertinentes ». En sens contraire, mais à tort, N. BEL et C. SJÖDIN, « La nouvelle directive « Recours » 2007/66/CE en matière de marchés publics », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 643 et s., p. 660.

¹⁴⁶ D'après la Cour, c'est « le principe d'effectivité qui sous-tend l'objectif d'efficacité des recours poursuivi par la [directive 89/665/CEE] » (arrêt de la Cour du 30 septembre 2010, Stadt Graz, C-314/09, point 39 ; cf. dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 28 janvier 2010, Uniplex, C-406/08, point 40).

¹⁴⁷ Article 1^{er}, paragraphes 1^{er} et 2, des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ; article 55, paragraphes 2 et 3, de la directive 2009/81/CE.

¹⁴⁸ C'est ainsi que la Cour a considéré qu'un droit national qui subordonne des dommages-intérêts à l'existence d'une violation fautive du droit européen des marchés publics ou des règles nationales qui le transposent est contraire à la directive 89/665/CEE, interprétée à la lumière du principe d'effectivité (arrêt du 30 septembre 2010, Stadt Graz, C-314/09, point 39). Le principe d'effectivité à lui seul aurait conduit au même résultat.

¹⁴⁹ Ainsi que la Cour l'a indiqué dans un arrêt du 30 septembre 2010, Stadt Graz, C-314/09, « la directive 89/665 n'établit toutefois que les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures de recours instaurées dans les ordres juridiques nationaux, afin de garantir le respect des perceptions du droit de l'Union en matière de marchés publics (...). En l'absence d'une disposition spécifique en la matière, il appartient par conséquent à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de déterminer les mesures nécessaires pour garantir que les procédures de recours permettent effectivement d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation du droit des marchés publics » (point 33). D'autre part: « (...) la mise en œuvre de l'article 2, paragraphe 1, sous c) de la directive 89/665 [octroi de dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation] relève en principe, de l'autonomie procédurale des Etats membres, encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité (...) » (même arrêt, point 34).

¹⁵⁰ Arrêt de la Cour du 28 janvier 2010, Uniplex, C-406/08, point 39.

mesures provisoires ; action en nullité contre les décisions du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ; possibilité d'obtenir des dommages-intérêts ; cas obligatoires d'absence d'effets d'un marché ; effet suspensif d'un recours contre une décision d'attribution ; délai de suspension après la décision d'attribution du marché ; sanctions de substitution dans certains cas ; délais d'introduction en matière de recours).

Ce faisant, elles se bornent pour l'essentiel à formuler des exigences que le principe de protection juridictionnelle effective (principe d'effectivité) requiert déjà :

- La Cour a considéré que la disposition des directives « recours » selon laquelle les Etats membres doivent prévoir la possibilité d'accorder des dommages-intérêts en cas de violation des règles du droit de l'Union en matière de passation des marchés publics « constitue une concrétisation du principe de la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit de l'Union qui lui sont imputables »¹⁵¹. Dans le même arrêt, elle constate cependant que cette disposition « ne contient aucune précision ni quant aux conditions dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut être tenu pour responsable ni quant à la détermination du montant des dommages-intérêts au paiement desquels il peut être condamné »¹⁵².
- La preuve de l'étendue du préjudice de ne pas avoir obtenu le marché peut s'avérer difficile, car le droit européen ne s'oppose pas à ce que les droits nationaux imposent au demandeur de prouver qu'il aurait réalisé un bénéfice correspondant en exécutant le marché¹⁵³. A cet égard, les règles de la responsabilité inhérente à l'ordre juridique de l'Union, dégagées par la jurisprudence de la Cour, constituent le seuil minimal de protection¹⁵⁴. Toutefois, pour l'indemnisation des frais de préparation d'une offre ou de participation à la procédure, la directive 92/13/CEE (recours concernant les marchés publics sectoriels) prévoit que le demandeur doit seulement prouver qu'il avait « une chance réelle de remporter le marché », cette chance ayant été compromise à la suite de la violation du droit européen des marchés publics ou du droit national qui le transpose (article 2, paragraphe 7).
- Quand les directives « recours » imposent des voies de référé pour obtenir des mesures provisoires afin de corriger des violations du droit européen des marchés publics ou d'empêcher des dommages de se produire, elles ne font également qu'exprimer une exigence du principe de protection juridictionnelle effective. Ainsi, la Cour a retenu en matière d'autorisations pour des jeux de hasard, que ce principe impose aux Etats membres de prévoir que des mesures provisoires pourront être obtenues lorsque cela est nécessaire pour garantir la pleine efficacité d'une décision à intervenir au fond¹⁵⁵. Il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas ainsi en matière de marchés publics non soumis aux directives « marchés publics » - et donc non visé par les directives « recours » - pour autant qu'il s'agisse d'un marché soumis aux règles de mise en concurrence du droit primaire, c'est-à-dire de marchés présentant un intérêt transfrontalier¹⁵⁶.
- Sous le texte primitif de la directive 89/665/CEE, la Cour avait déjà jugé que « la protection juridique complète qui doit être assurée avant la conclusion du contrat, en application de l'article 2, paragraphe 1, de la directive recours, suppose en particulier l'obligation d'informer les soumissionnaires de la décision d'adjudication avant la conclusion du contrat » et « qu'un délai raisonnable doit s'écouler entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat, afin de leur permettre, notamment,

¹⁵¹ Arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw*, C-568/08, point 87. Cf. dans le même sens déjà, l'arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-455/08, point 87.

¹⁵² Arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw*, C-568/08, point 86. Cf. dans le même sens déjà, l'arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-455/08, point 87.

¹⁵³ Les conditions que pose le droit national pour la mise en œuvre de la responsabilité et, en particulier, le degré de certitude du préjudice influent donc sur l'efficacité du droit européen des marchés publics et de l'obligation de mise en concurrence qu'il édicte.

¹⁵⁴ Cf. l'arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw*, C-568/08, points 87 et 88.

¹⁵⁵ Arrêt de la Cour du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, point 77.

¹⁵⁶ Cf. ci-dessous no 342 au sujet de la condition de l'existence d'un intérêt transfrontalier.

d'introduire une demande de mesures provisoires jusqu'à ladite conclusion »¹⁵⁷. La directive 2007/66/CE a complété la directive 89/665/CEE en ce sens. Elle va cependant au-delà des exigences de cette jurisprudence, puisqu'elle ne se contente pas d'accorder un effet suspensif à l'introduction d'un recours en référé. Sous le régime des directives « recours », le même effet est reconnu à un recours au fond contre la décision d'attribution d'un marché¹⁵⁸.

- A l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de motiver leurs décisions, prévue par les directives « recours »¹⁵⁹ et les directives « marchés publics »¹⁶⁰, correspond l'obligation du droit primaire de motiver les décisions prises dans le champ d'application du droit de l'Union¹⁶¹.

38.- Quel est alors l'apport des directives « recours » ? D'abord, elles articulent des principes qui, une fois exprimés dans une directive, doivent faire l'objet d'une transposition « avec une force contraignante incontestable, avec la précision et la clarté requises afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique »¹⁶². Par ailleurs, elles ajoutent certains éléments au-delà des principes d'équivalence et d'effectivité du droit primaire¹⁶³.

Ainsi, principalement :

- Les directives recours formulent une exigence de célérité (cf. à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, l'exigence de « recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncée aux articles 2 à 2 septies de la présente directive »). Certes, on peut considérer qu'en matière de marchés publics, une protection juridictionnelle effective suppose nécessairement des recours rapides¹⁶⁴. Cela est sans doute vrai pour certains recours comme les recours en référé.

D'après la Cour, l'objectif de célérité des directives « recours » permet d'assortir les recours en annulation « de délais raisonnables, à peine de forclusion, et ce pour éviter que les candidats et les soumissionnaires puissent à tout moment invoquer des infractions à ladite réglementation, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions »¹⁶⁵. Cette considération qui est formulée dans l'intérêt de la procédure de mise en concurrence nous semble en principe étrangère au principe de protection juridictionnelle effective.

- Dans le champ d'application des directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2009/81/CE, la directive 89/665/CEE et la directive 2009/81/CE requièrent un recours en annulation, notamment contre les décisions d'attribution des marchés¹⁶⁶. Bien que les directives omettent d'indiquer les cas donnant lieu à nullité, cette exigence d'un recours en annulation va au-delà du principe de protection juridictionnelle effective qui requiert une protection effective, mais

¹⁵⁷ Arrêt de la Cour du 3 avril 2008, Commission/Espagne, C-444/06, point 38 et 39. Voir dans le même sens déjà, l'arrêt de la Cour du 24 juin 2004, Commission/Autriche, C-212/02, point 24.

¹⁵⁸ Article 2, paragraphe 3, de la version actuelle de la directive 89/665/CEE.

¹⁵⁹ Article 2 quater de la directive 89/665/CEE ; article 2 quater de la directive 92/13/CEE.

¹⁶⁰ Article 41 de la directive 2004/18/CE ; article 49 de la directive 2004/17/CE ; article 35 et 59 de la directive 2009/81/CE.

¹⁶¹ Voir l'arrêt de la Cour du 15 octobre 1987, Heylens, 222/86, points 15 et 16 ; cf. également la *Communication interprétative de la Commission relative au droit applicable aux passations de marchés non soumis ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (JO C 179 du 1^{er} août 2006, no 2.3.3.).

¹⁶² Arrêt de la Cour du 24 juin 2004, Commission/Autriche, C-212/02, point 15.

¹⁶³ En ce sens également, mais sans procéder à un examen concret des avantages conférés par les directives « recours », A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 377.

¹⁶⁴ Cf. le cinquième considérant de la directive 89/665/CEE, ainsi que l'arrêt de la Cour du 15 mai 2003, Commission/Espagne, C-214/00, point 96. Voir en ce sens, D. PACHNOU, « Enforcement of E.C. Procurement Rules : The Standards Required of National Review Systems under E.C. Law in the Context of the Principle Effectiveness », *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 55 et s., p. 66.

¹⁶⁵ Arrêt de la Cour du 30 septembre 2010, Stadt Graz, C-314/09, point 37.

¹⁶⁶ Cf. l'arrêt de la Cour du 28 octobre 1999, Alcatel Austria, C-81/98, point 35, ainsi que l'arrêt de la Cour du 3 avril 2008, Commission/Espagne, C-444/06, point 37.

non un recours précis¹⁶⁷. Dans le système des directives « recours », l'effet de la nullité d'un contrat est déterminé par le droit national (article 2, paragraphe 7, de la version actuelle de la directive 89/665/CEE). Rappelons que sous le régime de la directive 92/13/CEE (recours dans le domaine des marchés sectoriels), les Etats n'ont pas l'obligation de prévoir des recours en annulation contre des décisions illégales¹⁶⁸.

- Dans un nombre très limité de cas, les directives « recours » prévoient qu'un marché devra être « déclaré dépourvu d'effets ». Tout comme l'exigence d'un recours en annulation, cette exigence va plus loin que ce que requiert le principe de protection juridictionnelle effective. Les droits nationaux peuvent cependant prévoir que l'instance de recours gardera un pouvoir d'appréciation et pourra, pour des raisons impérieuses d'intérêt général, maintenir les effets d'un marché public contraire au droit européen des marchés publics.
- Lorsqu'une raison impérieuse d'intérêt général permet de ne pas priver un marché d'effets, alors qu'il devrait l'être normalement, les directives « recours » prévoient des sanctions de substitution (article 2 sexies, paragraphe 2, de la directive 89/665/CE). Ces sanctions peuvent consister dans des pénalités à verser à une personne autre que le soumissionnaire évincé. Le principe d'effectivité du droit primaire ne paraît pas imposer de sanctions de substitution si un marché n'est pas privé d'effets pour une raison impérieuse d'intérêt général.
- Les directives « recours » prévoient des conditions moins restrictives pour les actions en dommages-intérêts que celles de la responsabilité inhérente au traité. Celle-ci constitue la protection minimale exigée par le principe d'effectivité. Dans le champ d'application des directives « recours », toute violation du droit européen des marchés publics ayant causé un préjudice donne lieu à des dommages-intérêts. La responsabilité selon le droit primaire, fondée sur le principe de protection juridictionnelle effective, suppose en revanche une violation grave et manifeste¹⁶⁹.
- L'exigence des directives « recours » de suspendre la conclusion d'un marché non seulement pendant la durée d'un recours en référé, mais également lorsqu'un recours gracieux est adressé au pouvoir adjudicateur et pendant la durée d'une instance au fond en premier ressort paraît aller au-delà de ce que requiert le principe de protection juridictionnelle effective du droit primaire.

C. Les Etats ont-ils, pour les marchés non soumis aux directives « marchés publics », mais présentant un intérêt transfrontalier, l'obligation de mettre fin aux contrats conclus en violation du droit primaire de la mise en concurrence et de prévoir un recours permettant d'obtenir une décision de justice qui impose d'y mettre fin ?

39.- Les règles des directives en matière de recours n'imposent que dans un nombre limité de cas qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets, notamment lorsqu'un marché est conclu sans publicité préalable. Même dans ce cas, les directives « recours » permettent de maintenir les effets du marché pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Le principe d'effectivité n'exige-t-il pas qu'il soit mis fin en tout état de cause à un marché conclu en violation de l'obligation de mise en concurrence ? Tel n'est pas le cas, comme nous allons le voir ci-dessous.

Une distinction s'impose suivant qu'il n'y a pas eu de publicité préalable ou que, une publicité adéquate ayant été réalisée, les règles d'une mise en concurrence conforme au principe d'égalité n'ont cependant pas été suivies.

1. Absence totale de mise en concurrence ou publicité préalable insuffisante

40.- Dans plusieurs arrêts¹⁷⁰, la Cour a jugé que si un pouvoir adjudicateur passait un marché public

¹⁶⁷ Cf., par exemple, l'arrêt de la Cour du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, point 65. Cf. également ci-dessous, no 43.

¹⁶⁸ Cf. ci-dessus, no 32 en note.

¹⁶⁹ Voir ci-dessous le point E (no 47).

¹⁷⁰ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, points 27, 28 et 29 ; arrêt de la Cour du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, points 35 à 37. Cet arrêt a été rendu sur un

sans mise en concurrence en violation de la directive « marchés publics de services » 92/50/CEE, la violation de l'ordre juridique européen persistait tant que le marché était exécuté. Dans ce cas, l'Etat membre en question est obligé de veiller à ce qu'il soit mis fin au contrat en question sans pouvoir « exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire »¹⁷¹. Si l'Etat membre concerné s'abstenait d'agir en ce sens, la Cour, saisie d'une requête de la Commission en vertu de l'article 260 TFUE, pourrait lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou une astreinte¹⁷².

Dans deux affaires, l'Allemagne avait soutenu que l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la directive 89/665/CEE, « qui permet aux Etats membres de prévoir dans leur législation que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché public, l'introduction d'un recours ne peut donner lieu qu'à l'octroi de dommages-intérêts et, ainsi, d'exclure toute possibilité de résiliation de ce contrat, s'oppose à ce que la constatation d'un manquement au sens de l'article 226 CE [actuel article 258 TFUE] au sujet d'un tel contrat entraîne l'obligation de résilier celui-ci »¹⁷³.

Tout en envisageant une contrariété entre l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665/CEE et le droit primaire pour le cas où cette disposition de droit dérivé s'opposerait à la constatation d'un manquement¹⁷⁴, la Cour de justice distingue entre la protection des droits que les particuliers tiennent du droit européen et les obligations des Etats membres à l'égard de l'Union¹⁷⁵. Les droits d'un particulier pourraient être suffisamment protégés par l'allocation de dommages-intérêts. Celle-ci ne va cependant pas supprimer le manquement à l'égard de l'Union.

Ainsi, dans son arrêt du 18 juillet 2007, la Cour retient ce qui suit :

« S'agissant, en premier lieu, de l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la directive 89/665, la Cour a déjà jugé que, s'il est vrai que ladite disposition autorise les Etats membres à maintenir les effets de contrats conclus en violation des directives en matière de passation des marchés publics et protège ainsi la confiance légitime des cocontractants, elle ne saurait, sans réduire la portée des dispositions du traité CE établissant le marché intérieur, avoir pour conséquence que le comportement du pouvoir adjudicateur à l'égard des tiers doive être considéré comme conforme au droit communautaire postérieurement à la conclusion de tels contrats (arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, précité, point 39).

Or, si l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la directive 89/665 n'affecte pas l'application de l'article 226 CE, il ne saurait pas non plus affecter l'application de l'article 228 CE, sous peine, dans une situation telle que celle de l'espèce, de réduire la portée des dispositions du traité établissant le marché intérieur.

Par ailleurs, l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la directive 89/665, laquelle a pour objet de garantir l'existence, dans tous les Etats membres, de recours efficaces en cas de violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit, afin de

recours en manquement en vertu de l'actuel article 258 TFUE. Il était reproché à l'Allemagne d'avoir manqué aux dispositions de la directive 92/50/CEE. Cf. également l'arrêt du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04, point 29, statuant sur un recours en manquement conformément à l'actuel article 260, paragraphe 2, TFUE. La Commission reprochait à l'Allemagne d'avoir omis de prendre les mesures que comportait l'exécution de l'arrêt du 10 avril 2003 (voir ci-dessus).

¹⁷¹ Arrêt du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04, point 38.

¹⁷² Ancien article 228 CE. Cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04, points 1^{er} et 41, ainsi que les conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak, dans la même affaire, points 84 à 92.

¹⁷³ Voir le point 31 de l'arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04. Cf. également l'arrêt de la Cour du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, point 24. L'article 2, alinéa 6, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 89/665/CEE disposait comme suit : « En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un Etat membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation ». Cette règle se retrouve aujourd'hui, quelque peu modifiée, au paragraphe 7 du même article. En sont aujourd'hui exceptés les cas dans lesquels il y a lieu à déclaration d'absence d'effets d'un marché.

¹⁷⁴ Cf. également les conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak dans la même affaire, point 79.

¹⁷⁵ Cf., dans le même sens, les conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak dans la même affaire, point 79.

garantir l'application effective des directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics (arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Rec. p. I-11617, point 71), concerne, ainsi qu'il résulte de son libellé, la réparation qu'une personne lésée par une violation commise par un pouvoir adjudicateur peut obtenir de ce dernier. Or, en raison de sa spécificité, cette disposition ne saurait être considérée comme réglant également la relation entre un Etat membre et la Communauté, relation dont il s'agit dans le contexte des articles 226 CE et 228 CE » (points 33 à 35).

Dans une troisième affaire, l'Allemagne avait développé une argumentation plus générale en faisant valoir que « le règlement définitif d'une procédure de recours nationale sur le fondement de la directive 89/665 produirait nécessairement des effets sur la procédure de recours en manquement au titre de l'article 226 CE [actuel article 258 TFUE], et cela sans que soit affectée la hiérarchie des normes, dès lors que ces effets seraient conformes aux principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique »¹⁷⁶. La Cour a également rejeté cette argumentation en précisant que ce qu'elle avait retenu à propos de l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 dans son arrêt du 18 juillet 2007 valait également pour « la directive 89/665 envisagée dans son ensemble »¹⁷⁷.

C'est à juste titre que la Cour retient que la directive 89/665/CEE ne saurait en aucune manière empêcher la constatation d'un manquement par rapport aux dispositions de l'une des directives concernant la passation des marchés publics.

41.- Est-ce que cependant la persistance de la violation de l'ordre juridique tout au long de l'exécution d'un marché public passé sans mise en concurrence et l'obligation de l'Etat membre en question de mettre fin au contrat ne devraient pas conduire à reconnaître également à des particuliers intéressés le droit d'obtenir l'annulation du contrat - que le marché soit soumis à une obligation de mise en concurrence du droit dérivé ou uniquement du droit primaire - contrairement à la solution que la directive 89/665/CE permettait à l'époque dans le champ d'application des directives « marchés publics »¹⁷⁸ ?

Tel nous semble en effet le plus souvent être le cas lorsqu'un marché est passé sans aucune publicité, alors qu'il aurait dû être mis en concurrence soit en vertu d'une directive « marchés publics », soit en vertu du droit primaire seul. Dans ce cas, « la protection juridique individuelle » et la « protection de l'intérêt communautaire » devraient, en règle générale, conduire à la même solution¹⁷⁹. Ainsi que la Cour l'a retenu, « la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre prestation 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 »¹⁸⁰. L'intérêt de l'Union en cette matière consiste donc à protéger les intérêts de ces opérateurs économiques. Ainsi, l'exigence retenue par la Cour qu'il soit mis fin aux marchés passés sans mise en concurrence vise à protéger l'intérêt des opérateurs économiques privés de la possibilité de concourir.

Ce sont donc en effet la mise à néant d'un marché et le lancement d'une procédure de mise en concurrence qui devraient être accordées à un opérateur économique individuel qui les réclamerait, agissant en vue de la sauvegarde de ses intérêts, à moins que le droit d'un Etat membre permette d'accorder des mesures de protection aussi efficaces à cet opérateur (principe d'effectivité).

Des dommages-intérêts pourraient en principe représenter une protection efficace des droits d'un opérateur économique qui, en l'absence de publicité, n'a pas été en mesure de présenter une offre. Cependant, concrètement¹⁸¹, l'obtention de dommages-intérêts se heurte souvent à des difficultés

¹⁷⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, point 22.

¹⁷⁷ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, point 33.

¹⁷⁸ Aujourd'hui, les directives « recours » imposent qu'un marché passé sans publicité préalable soit déclaré « dépourvu d'effets ».

¹⁷⁹ Cf. les conclusions de l'avocat Verica Trstenjak dans l'affaire C-503/04, point 79, qui opère cette distinction.

¹⁸⁰ Arrêt de la Cour du 18 octobre 2001, SIAC, C-19/00, point 32 ; arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, C-380/98, point 16 ; Cf. également dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, point 35, ou encore l'arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, C-360/96, points 41 et 42.

¹⁸¹ La question de savoir s'il est satisfait au principe d'effectivité doit faire l'objet d'un examen concret. Ainsi, la Cour a retenu : « ... chaque cas dans lequel se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en

considérables de preuve (montrer qu'il aurait participé en cas de publicité suffisante, que son offre aurait été la meilleure tout en lui procurant un gain, la perte de ce dernier représentant le préjudice réclamé)¹⁸². Ces difficultés sont moindres, mais demeurent très réelles, si, comme c'est le cas en droit luxembourgeois, il suffit que l'opérateur économique concerné montre qu'il avait une chance réelle d'obtenir le marché, cette preuve lui permettant d'obtenir l'indemnisation de la perte de cette chance¹⁸³.

C'est donc à juste titre que l'avocat général Verica Trstenjak a affirmé que « l'annulation d'un contrat, suivie du lancement d'un nouvel appel d'offres devrait généralement apparaître comme la solution la plus respectueuse de l'intérêt individuel des soumissionnaires écartés »¹⁸⁴. Il en est ainsi à plus forte raison qu'à l'égard de l'Union - sauf éventuellement à indemniser tous ceux qui ont été privés d'une chance d'obtenir le marché - l'Etat membre en question reste tenu de mettre fin au marché en question. Ainsi, si un opérateur économique obtenait des dommages-intérêts, mais que le marché était néanmoins résilié plus tard, le cas échéant sur l'insistance de la Commission, le même opérateur économique, bien qu'ayant déjà obtenu une indemnisation pour avoir été privé de la possibilité de participer à la procédure, pourrait participer à la mise en concurrence qui s'ensuivrait et obtenir le marché en question.

L'article 6, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 89/665/CEE dans sa version initiale qui permettait aux Etats membres de ne pas imposer la mise à néant du marché et de ne prévoir que l'octroi de dommages-intérêts, même en l'absence totale de publicité préalable, ne satisfaisait donc pas, nous semble-t-il, à l'exigence d'une protection juridictionnelle effective¹⁸⁵. Aujourd'hui, à la suite des modifications introduites par la directive 2007/66/CE, la directive 89/665/CEE impose dans cette hypothèse que le marché soit déclaré dépourvu d'effets (article 2 quinquies, paragraphe 1^{er}, a), de la version actuelle de la directive 89/665/CE), sauf à permettre que le marché soit maintenu pour une raison impérieuse d'intérêt général (article 2, quinquies, paragraphe 3, de la version actuelle de la directive 89/665/CE). Comme des motifs impérieux d'intérêt général permettent des restrictions aux libertés fondamentales, cette solution paraît conforme au droit primaire.

2. Publicité préalable suffisante, mais, par la suite, violation des principes régissant la mise en concurrence

42.- Est-ce que toute violation des règles de mise en concurrence implique l'obligation de mettre fin au marché ? La Cour a répondu par la négative dans son arrêt *Wall* du 13 avril 2010, rendu à propos d'une concession de services¹⁸⁶, opération qui n'est pas soumise aux directives « marchés publics ». Après avoir rappelé les principes d'effectivité, d'équivalence et d'autonomie procédurale, elle conclut que la résiliation ne s'impose pas nécessairement dans tous les cas où l'obligation de transparence - y compris, vu le contexte de l'arrêt et la formulation des questions préjudicielles, les règles de mise en concurrence qui s'ensuivent - n'a pas été respectée, ni d'ailleurs une injonction judiciaire à la demande du soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue :

tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure » (arrêt de la Cour du 14 décembre 1995, Peterbroeck, C-312/93, point 14 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, point 54).

¹⁸² Cf. en ce sens également les conclusions de l'avocat Verica Trstenjak dans l'affaire C-503/04, point 80.

¹⁸³ Voir l'arrêt de la Cour d'appel du 21 avril 2004, Pasicrisie luxembourgeoise, 32, p.476. Cf. concernant les difficultés de preuve en cette matière, G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e édition, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise, 2006, no 192 et 193.

¹⁸⁴ Conclusions de l'avocat Verica Trstenjak dans l'affaire C-503/04, point 80.

¹⁸⁵ Cf. éventuellement en faveur de la compatibilité de l'article 6, paragraphe 2, alinéa 2, de la version primitive de la directive 89/665/CEE avec les exigences du droit primaire, l'arrêt de la Cour du 28 octobre 1999, Alcatel, C-81/98, point 49.

¹⁸⁶ Arrêt du 13 avril 2010, C-91/08, *Wall* AG, point 65.

« Il s'ensuit que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 43 CE [actuel article 49 TFUE] et 49 CE [actuel article 56 TFUE], ainsi que l'obligation de transparence en découlant n'imposent pas aux autorités nationales de résilier un contrat ni aux juridictions nationales d'accorder une injonction dans chaque cas d'une prétendue violation de cette obligation lors de l'attribution de concessions de services. Il incombe à l'ordre juridique interne de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de cette obligation de telle manière que ces voies ne soient pas moins favorables que les voies de droit similaires de nature interne ni ne rendent pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits » (point 65).

La Cour considère donc que la protection des droits que tirent les intéressés de l'obligation de transparence peut être protégée autrement qu'en privant le contrat de ses effets. L'avocat général Yves Bot avait proposé de « s'inspirer des dispositions que le législateur communautaire a adoptées dans ce cadre à l'article 2 quinquies inséré par la directive 2007/66 [dans la directive 89/665/CE] »¹⁸⁷, suggestion que la Cour n'a pas suivie. D'autre part, selon la Cour, la protection de l'intérêt de l'Union ne requiert pas non plus qu'il soit mis fin au marché dans tous les cas où il y a eu une violation des règles de mise en concurrence.

Il convient d'approuver ces solutions. En effet, contrairement à l'absence totale de mise en concurrence, le non-respect de certains principes de mise en concurrence est généralement limité à un nombre restreint d'opérateurs économiques, à savoir ceux qui participent à la procédure. Si le pouvoir adjudicateur attribue le marché à l'un des soumissionnaires, alors qu'il aurait dû l'attribuer à une autre dont il a indûment écarté l'offre, l'atteinte aux libertés de circulation ou, le cas échéant, celle portée à l'une des directives « marchés publics », peut être réparée par l'allocation de dommages-intérêts au soumissionnaire qui a été écarté à tort.

43.- Quant à l'action en nullité contre des décisions illégales prises par les pouvoirs adjudicateurs¹⁸⁸ prévue par les directives recours, s'impose-t-elle en dehors du domaine d'application des directives recours ? Pas nécessairement. Là encore, ce sont les mêmes principes qui s'appliquent. Tout dépend des voies de recours internes disponibles. Si ces voies de recours permettent une protection juridictionnelle effective sans action en nullité, il n'est pas indispensable que le droit national accorde une action en nullité¹⁸⁹. En revanche, dans le champ d'application des directives « marchés publics », un recours en annulation est exigé en vertu de la directive 89/665/CEE, notamment contre les décisions d'attribution de marchés (cf. l'arrêt de la Cour du 28 octobre 1999, Alcatel Austria, C-81/98, point 35), les cas donnant lieu à nullité étant cependant déterminés par le droit national¹⁹⁰.

D. La force contraignante de l'obligation de mise en concurrence n'est pas la même partout dans l'Union européenne

44.- La sanction de l'obligation de mise en concurrence dépendant en partie des droits nationaux, il en résulte que l'efficacité de cette obligation est variable suivant les Etats membres. Ceci vaut tant

¹⁸⁷ Conclusions dans l'affaire C-91/08, Wall AG, point 136.

¹⁸⁸ Notons que l'annulation d'une décision d'attribution illégale et la résiliation ou encore l'absence d'effets d'un marché peuvent des choses très différentes selon les Etats membres. Ainsi, au Grand-Duché de Luxembourg, l'annulation de la décision d'attribution ne met pas à néant le marché conclu consécutivement à la décision d'attribution.

¹⁸⁹ Cf. en ce sens l'arrêt de la Cour du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, point 65 : le principe de protection juridictionnelle effective ne requiert pas qu'il existe « un recours autonome tendant, à titre principal, à examiner la conformité de dispositions nationales avec l'article 49 CE, dès lors que d'autres voies de droit effectives qui ne sont pas moins favorables que celles régissant les actions nationales similaires, permettent d'apprécier de manière incidente une telle conformité ».

¹⁹⁰ Cf. ci-dessus, nos 29 et 38.

pour les marchés publics soumis aux directives « marchés publics » que pour ceux qui ne sont soumis qu'à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire¹⁹¹.

1. Marchés soumis seulement à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, c'est-à-dire, marchés non visés par les directives « recours »

45.- Le principe d'effectivité ne fixe qu'un niveau de protection minimal. Pour vérifier si ce niveau de protection est atteint, il faut procéder à un examen au cas par cas, non seulement des mécanismes de recours existants dans l'Etat membre concerné, mais également d'autres aspects comme les cas de nullité de décisions prises dans le cadre de procédures de passation de marchés publics ou les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des pouvoirs adjudicateurs. Les Etats membres sont libres de prévoir une protection plus forte.

Le principe d'équivalence a pour conséquence, qu'au-delà du niveau de protection minimal requis par le principe d'effectivité, le niveau de protection varie également en fonction du niveau de protection que le droit national accorde dans des cas similaires. Il en résulte que la force contraignante de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire n'est pas la même partout dans l'Union européenne¹⁹². Seule une réglementation uniforme des procédures de recours pourrait remédier à ces disparités.

2. Marchés publics dont la passation est soumise aux directives « marchés publics »

46.- Etant donné que les directives « recours » ne fixent qu'un cadre général dans lequel continuent de s'appliquer les principes d'équivalence, d'effectivité et d'autonomie procédurale, l'efficacité des recours varie également suivant les Etats membres pour les marchés soumis aux directives. Il s'ensuit que la force contraignante des règles de mise en concurrence des directives « marchés publics » varie pareillement d'un Etat membre à l'autre¹⁹³.

E. Incidence de la responsabilité inhérente à l'ordre juridique de l'Union en cas de violation du droit européen

47.- La responsabilité des Etats membres pour violation du droit européen¹⁹⁴, considérée comme inhérente à l'ordre juridique de l'Union¹⁹⁵, se superpose à la responsabilité fondée sur les droits nationaux qui peuvent prévoir des conditions moins restrictives¹⁹⁶.

Les conditions de la responsabilité des Etats membres selon le droit de l'Union sont assez restrictives¹⁹⁷.

¹⁹¹ C'est vrai d'ailleurs d'une manière générale pour les droits que les particuliers tirent de l'ordre juridique européen (voir en ce sens, notamment, O. DE SCHUTTER, « Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif », *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2006, pp. 97 et s., p. 103).

¹⁹² Il en est bien sûr de même dans d'autres domaines du droit européen.

¹⁹³ Dans son avis relatif à la proposition de directive qui a conduit à la directive 89/665/CEE, le Comité économique et social avait observé ce qui suit (JO C 347 du 22 décembre 1987, pp. 24 - 27) :

« La proposition de directive vise à créer des voies de recours efficaces, mais de l'avis du Comité, elle ne permet pas de réaliser l'uniformité et la transparence que la Commission elle-même considère comme revêtant une importance cruciale. De l'avis du comité, la victime d'un préjudice, dans un Etat membre quelconque, n'aura toujours, avec le texte tel qu'il est proposé actuellement, aucune garantie de voir son recours apprécié par rapport aux mêmes critères, selon les mêmes principes juridiques et dans les mêmes délais que dans les autres pays membres de la Communauté » (point 2.1.1.).

¹⁹⁴ Arrêt du 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90, Francovich, point 41 ; arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur - Factortame, C-46/93 et C-48/93, points 17 et s. ; arrêt du 4 juillet 2000, Bergaderm, C-352/98 P, points 39 et s.

¹⁹⁵ Cf. notamment l'arrêt de la Cour du 9 décembre 2012, Combinatie Spijker Infrabouw, C-568/08, point 87.

¹⁹⁶ Arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 et C-48/93, point 66.

¹⁹⁷ D'après la Cour, « le principe de la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au traité » (arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur - Factortame, C-46/93 et C-48/93). Cette responsabilité n'existe que si 1) la règle de droit

En revanche, la responsabilité d'un Etat ou d'un de ses organes peut se trouver engagée sur ce fondement, alors même qu'il n'y a pas de responsabilité selon le droit national ou que celui-ci y met des conditions plus restrictives¹⁹⁸. Cette responsabilité inhérente à l'ordre juridique de l'Union représente la limite inférieure à respecter en vertu du principe d'effectivité lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice causé par un manquement d'un Etat membre au droit européen. En effet, la responsabilité inhérente aux traités est fondée notamment sur le principe de protection juridictionnelle effective. Ainsi, la Cour a retenu ce qui suit dans l'arrêt *Factortame - Brasserie du Pêcheur* du 5 mars 1996 : « Afin de déterminer ces conditions [les conditions dans lesquelles un droit à réparation est imposé par le droit européen], il y a lieu de tenir compte d'abord des principes propres à l'ordre juridique communautaire servant de fondement à la responsabilité de l'Etat, à savoir la pleine efficacité des normes communautaires et la protection effective des droits qu'elles reconnaissent, d'une part, et l'obligation de coopération qui incombe aux Etats membres en vertu de l'article 5 du traité [en substance l'actuel article 4, paragraphe 3, TFUE], d'autre part »¹⁹⁹. D'après cet arrêt, les conditions de la responsabilité découlant directement du traité et celles du régime minimal de responsabilité que doit prévoir le droit national concordent²⁰⁰, du moins lorsqu'il s'agit d'un cas dans lequel l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation²⁰¹. Il résulte de l'arrêt *Factortame/Brasserie du Pêcheur* que moins le pouvoir d'appréciation de l'autorité concernée est large, moins le manquement doit être « caractérisé », c'est-à-dire « manifeste et grave » (cf. les points 46 et 47 de cet arrêt). L'existence préalable d'un arrêt de la Cour constatant un manquement est « un élément certes déterminant, mais pas indispensable pour vérifier si la condition d'une violation suffisamment caractérisée est remplie »²⁰².

En dehors des directives « marchés publics », le droit primaire n'impose aux Etats membres que d'admettre une responsabilité en cas de violation manifeste et grave²⁰³ des règles de mise en concurrence. Comme ces règles restent assez mal définies, une violation y sera d'autant plus difficilement considérée comme grave et manifeste.

De ce point de vue, les directives 89/665/CEE, 92/13/CEE et 2009/81/CE apportent une protection supplémentaire bien réelle : elles rendent obligatoire l'octroi de dommage-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit, sans que cette violation doive être « manifeste et grave ». Ainsi, la Cour a précisé que la directive 89/665/CEE « n'indique aucunement que la violation de la réglementation relative aux marchés publics susceptible d'ouvrir un droit à des dommages-intérêts en faveur de la personne lésée devrait revêtir des caractéristiques particulières, comme celle d'être liée à

violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, 2) la violation du droit de l'Union est suffisamment caractérisée, c'est-à-dire, manifeste et grave et 3) s'il existe un lien de causalité direct entre la violation alléguée et le dommage invoqué (voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90 point 41 ; arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, C-46/93 et C-48/93, points 51 et 55 ; arrêt de la Cour du 24 mars 2009 (grande chambre), *Danske Slagterier*, C-445/06, point 20 ; arrêt de la Cour du 17 avril 2007 (Grande chambre), *A.G.M. - COS. MET*, C-470/03, point 78). Pour le surplus, « c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé, étant entendu que les conditions fixées par les législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation » (arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, C-46/93 et C-48/93, point 66 ; cf. également l'arrêt du 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, points 31, 48 et 59).

¹⁹⁸ Arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, C-46/93 et C-48/93, points 20 et 21.

¹⁹⁹ Arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Factortame - Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 et 48/93, point 39.

²⁰⁰ Arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Factortame - Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 et 48/93, points 39 et 52.

²⁰¹ Cf. l'arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Factortame - Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 et 48/93, point 47.

²⁰² Arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, C-46/93 et C-48/93, point 93.

²⁰³ Cf. notamment l'arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Factortame - Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 et C-48/93, points 37 à 74. Parmi les éléments pouvant être mis en considération, la Cour a indiqué notamment « le degré de clarté et de précision de la règle violée » (arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Factortame - Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 et C-48/93, point 56).

une faute, prouvée ou présumée, du pouvoir adjudicateur ou encore de n'être couverte par aucune cause d'exonération de responsabilité »²⁰⁴.

De même, l'exigence d'un lien de causalité pourrait être moins forte sous le régime des directives recours que sous celui de la responsabilité inhérente au droit européen qui réclame un lien de causalité direct²⁰⁵..

En revanche, tant sous le régime des directives « recours » que sous celui du droit primaire l'exigence d'une faute intentionnelle, d'une négligence grave ou d'une faute prouvée ne sont pas requises²⁰⁶.

Section 10.- La directive 90/531/CEE du Conseil du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications²⁰⁷

48.- La directive 90/531/CEE obligea les Etats membres de procéder à l'ouverture des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Les droits spéciaux ou exclusifs dont jouissaient en général à l'époque les entités opérant dans ces secteurs avaient conduit à des marchés fermés (onzième considérant). Il en résultait que les entités en question n'avaient pas besoin, pour pouvoir subsister, d'attribuer les marchés qu'ils passaient suivant des critères économiques.

Comme certains règlements visant à introduire plus de concurrence sur le marché des services de transports aériens au public avaient entre-temps été adoptés, le législateur européen s'abstint d'inclure les entités opérant dans ce domaine dans le champ d'application de la directive (dix-huitième considérant)²⁰⁸. D'autre part, les transports maritimes ne furent pas non plus inclus (dix-neuvième considérant), vu la concurrence estimée suffisante dans ce domaine.

²⁰⁴ Arrêt de la Cour du 30 septembre 2010, *Stadt Graz*, C-314/09, point 35.

²⁰⁵ Cf. la note 195 ci-avant. Voir l'arrêt de la Cour du 19 juin 2003, *GAT*, C-315/01, points 51 à 56, qui, sous le régime de la directive 89/665/CEE, impose l'octroi de dommage-intérêts, même si « en raison de l'illégalité soulevé d'office, la procédure d'adjudication était de toute façon irrégulière et que le préjudice éventuel du soumissionnaire se serait ainsi produit même en l'absence de l'illégalité alléguée par ce dernier » (point 56). Il faut cependant relever en sens contraire, un arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw*, C-568/08, nos 85 et s.

²⁰⁶ Cf. l'arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, *Commission/Portugal*, C-275/03, point 31 et l'arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, C-46/93 et C-48/93, points 75 à 80.

²⁰⁷ JO L 297 du 17 septembre 1990, pp.1 et s.

²⁰⁸ Déjà avant, ces entités étaient dispensées de procéder à des mises en concurrence pour les marchés qu'elles passaient, même si elles répondaient à la définition de la notion de « pouvoir adjudicateur », vu que la directive « marchés publics de travaux » et la directive « marchés publics de fournitures » avaient exclu les marchés passés par des transporteurs effectuant des transports terrestres, aériens, maritimes et fluviaux (article 3, paragraphe 4, de la directive 71/305/CEE ; article 2, paragraphe 2, a) de la directive 77/62/CEE). L'antépénultième considérant de la directive 90/531/CEE signale : « que le champ d'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE ne doit pas pour autant être étendu aux marchés passés par les transporteurs terrestres, aériens, maritimes, côtiers ou fluviaux qui bien qu'effectuant des activités économiques à caractère commercial ou industriel appartiennent à l'administration de l'Etat ; que, néanmoins, certains marchés passés par des transporteurs terrestres, aériens, maritimes, côtiers ou fluviaux qui appartiennent à l'administration de l'Etat et qui sont effectués pour satisfaire exclusivement des besoins publics doivent être couverts par les directives » (voir à ce sujet également P. GREEN, « The Utilities Directive 93/38 : The Extent to which it applies to Contracting Entities », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 173 et s., pp. 176 et 177).

En même temps, les directives marchés publics de travaux 71/305/CEE et marchés publics de fournitures 77/62/CEE furent modifiées. L'exclusion générale des marchés publics passés par les services de transport, les services de production, de distribution et de transport d'eau et d'énergie (et de télécommunication pour les marchés publics de fournitures) fut remplacée par des dispositions excluant l'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE pour les marchés soumis à la directive sectorielle 90/531/CEE.

Les marchés passés par les services de transport de pouvoirs adjudicateurs non soumis aux dispositions de la directive sectorielle n'étaient donc plus expressément exclus des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE.

Nous tracerons ci-après les traits fondamentaux de la directive 90/531/CEE.

§ 1^{er}. Les personnes soumises aux dispositions de la directive : les « entités adjudicatrices »

49.- L'expression « entités adjudicatrices » désignait les personnes soumises à la directive (article 2). Cette notion comprenait 1) les « pouvoirs adjudicateurs », visés par la directive travaux 71/305/CEE, telle que modifiée par la directive 89/440/CEE, donc l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, définis exactement de la même manière que dans la directive travaux 71/305/CEE, telle que modifiée ; 2) les entreprises publiques, c'est-à-dire, 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 (article 1^{er}, 2)) ; 3) les personnes qui bénéficient de « droits spéciaux ou exclusifs » d'exercer une activité sectorielle (article 2, paragraphe 1^{er}, b) et paragraphe 3).

Le champ d'application *ratione personae* ainsi défini est resté inchangé depuis lors et se retrouve à l'article 2 de l'actuelle directive sectorielle 2004/17/CE, sauf quelques modifications apportées à la définition des droits spéciaux ou exclusifs²⁰⁹.

Néanmoins, vu les considérants du préambule de la directive sectorielle 90/531/CEE, ces modifications ne pouvaient avoir pour conséquence que les marchés des pouvoirs adjudicateurs agissant dans le domaine des transports, auxquels les directives 71/305/CEE ou 77/62/CEE ne s'appliquaient pas avant l'adoption de la directive 90/531/CEE, y auraient été soumis après.

L'objectif du législateur européen était de ne pas soumettre ces marchés à la directive 90/531/CEE, parce qu'il estimait que ces services étaient sujets à une concurrence suffisamment forte. Cette exclusion ne pouvait raisonnablement aboutir à soumettre les marchés passés pour ces services au régime de passation plus strict des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE (cf. en ce sens les conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs dans l'affaire C-174/03, Impresa Portuale di Cagliari, point 48).

Il convient de noter également que les précisions suivantes figuraient au dix-neuvième considérant de la directive 90/531/CEE : « que la situation des transporteurs maritimes qui exploitent des « ferries » maritimes doit être surveillée ; que certains services de « ferries » côtiers ou fluviaux exploités par des pouvoirs publics ne doivent plus être exclus du champ d'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE ».

En fin de compte, la situation qui se présente paraît être la suivante :

- D'une façon générale, exclusion des marchés passés par les services de transport commerciaux ou industriels des pouvoirs adjudicateurs (transport de biens et de personnes), à condition que ces services agissent dans des conditions de concurrence normale ; exclusion notamment des marchés passés par les services de transports aériens au public et, d'une façon générale, des marchés passés par les services de transport maritime, y compris les « ferries » maritimes ;
- En revanche, les marchés passés par les services de « ferries » côtiers ou fluviaux sont soumis aux directives marchés publics générales ;
- Les marchés passés par des services de transport au public « par exploitation de réseaux », par chemins de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble, sont soumis à la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE, sauf aujourd'hui pour les services d'autobus l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE qui renvoie à l'article 2, paragraphe 4, de l'ancienne directive 93/38/CE (« la fourniture au public d'un service de transport par autobus ... lorsque d'autres entités peuvent librement fournir ce service soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique, dans les mêmes conditions que les entités adjudicatrices ») ou, d'une façon générale, aujourd'hui, l'exemption en vertu de l'article 30 de la directive 2004/17/CE (« dans l'Etat membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité »).

Ces solutions restent valables actuellement. Cet exemple montre que l'étude de l'évolution du droit européen des marchés publics est quelque fois indispensable pour comprendre la portée des directives « marchés publics » actuelles.

²⁰⁹ Voir à ce sujet, ci-dessous, no 80.

§ 2. L'importance de l'objectif des marchés et les secteurs visés (activités dites « sectorielles »)

- N'étaient couverts que les marchés visant la poursuite d'une activité sectorielle

50.- La directive ne s'appliquait que si le marché était passé dans l'intérêt d'une des activités sectorielles couvertes par la directive (l'article 6 exclut les marchés « passés à des fins autres » que la poursuite d'une activité sectorielle)²¹⁰. L'objet des marchés visés par la directive n'était donc pas nécessairement en rapport avec les activités sectorielles qui avaient trait à l'eau, l'énergie, les transports ou les télécommunications. Ainsi, la conclusion d'un marché portant sur la construction d'un immeuble administratif pouvait être régie par la directive sectorielle.

Le législateur communautaire estima que les problèmes à résoudre dans les quatre secteurs étaient de nature similaire, ce qui le conduisit à traiter ces quatre secteurs dans un même instrument (dixième considérant).

- Les activités visées par la directive 90/531/CEE

51.- Les activités visées étaient celles consistant à mettre à disposition ou à exploiter des réseaux destinés à fournir au public un service dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, d'électricité, de gaz ou de chaleur ou encore à alimenter ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur (article 2, paragraphe 2, a)). Etaient également couvertes l'exploitation d'une aire géographique dans le but (i) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ainsi que (ii) de mettre à disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transports (article 2, paragraphe 2, b), i) et ii))²¹¹. De même était comprise dans les activités sectorielles l'exploitation²¹² de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble (article 2, paragraphe 2, c)). Enfin, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications était également considérée comme une activité sectorielle (article 2, d)). Cette activité n'est plus visée par la directive actuelle 2004/17/CE²¹³.

La directive 90/531/CEE n'englobait pas encore le secteur postal. Ce secteur ne fut compris dans les activités sectorielles qu'à partir de la directive 2004/17/CE. Jusqu'à cette directive, les marchés passés par des services postaux étaient soumis aux directives marchés publics générales, à condition bien évidemment que le service postal fût presté par un pouvoir adjudicateur. Lorsque le service était presté par une entité distincte de l'Etat ou des collectivités territoriales, cette entité devait être un « organisme de droit public »²¹⁴, sans quoi les marchés qu'elle passait n'étaient pas sujets à concurrence d'après les directives. Le secteur des télécommunications n'est plus visé par la directive sectorielle actuelle 2004/17/CE et se trouve par ailleurs expressément exclu du champ de l'actuelle directive marchés publics générale 2004/18/CE (article 13).

²¹⁰ Le principe est resté le même aujourd'hui, mais la délimitation est devenue plus précise (cf. à ce sujet, nos 90 et s.). Sur les difficultés d'interprétation à l'époque - il en subsiste aujourd'hui - cf. P. GREEN, « The Utilities Directive 93/38 : The Extent to which it applies to Contracting Entities », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 175 et 176, pp. 180 et s.

²¹¹ La fourniture au public d'un service de transport par autobus n'était pas visée, si d'autres entités pouvaient librement fournir ce service, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique, dans les mêmes conditions que les entités adjudicatrices (article 2, 4.), exception qui figure à l'article 5, paragraphe 2, de l'actuelle directive sectorielle 2004/17/CE.

²¹² La directive « marchés publics » sectorielle actuelle 2004/17/CE vise non seulement l'exploitation, mais également la mise à disposition des réseaux (article 5).

²¹³ Les marchés passés pour la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunication ou la fourniture d'un ou de plusieurs services de télécommunication » furent dès lors également été exclus par la directive 2004/18/CE, l'idée étant qu'en égard à la concurrence effective dans ce secteur, il n'y avait plus lieu de réglementer la passation des marchés de ces entités (considérant 21 de la directive 2004/18/CE ; considérant 5 de la directive 2004/17/CE).

²¹⁴ Cf. concernant cette notion ci-dessous, nos 204 et s.

§ 3.- La directive 90/531/CEE s'appliquait aux marchés de travaux et aux marchés de fournitures, mais non, en principe, aux marchés de services

52.- La directive 90/531/CEE s'appliquait à la fois aux marchés de travaux²¹⁵ et aux marchés de fournitures. Les marchés publics de travaux et les marchés publics de fournitures étaient en principe définis de la même manière que dans les directives générales (article 1^{er}, 3)). Sous certaines conditions, les fournitures comprenaient des « services portant sur du logiciel » pour des activités dans le secteur des télécommunications (article 1^{er}, 3), a)). Comme il n'existait à l'époque pas encore de directive concernant les marchés publics de services, les services relatifs à des logiciels furent définis comme des fournitures afin que les marchés les concernant soient soumis à concurrence.

§ 4.- Activités sectorielles directement composées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'était pas limité

53.- D'après son treizième considérant, la directive ne devait s'appliquer aux activités sectorielles que dans la mesure où elles étaient directement composées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'était pas limité. Or, contrairement à la directive sectorielle actuelle 2004/17/CE, la directive 90/531/CEE ne prévoyait pas, dans ses articles, d'exemption à portée générale. C'était uniquement dans des cas spécifiques visés par la directive que les marchés passés dans l'intérêt d'activités sectorielles visées par la directive n'y furent pas soumis, ainsi, par exemple, sous certaines conditions des marchés en rapport avec la prospection ou l'extraction de combustibles (article 3)²¹⁶.

Dès lors que certaines conditions, notamment la liberté d'action pour les achats, étaient remplies, et si la concession pour la prospection ou l'extraction avait été obtenue, en substance, dans des conditions d'une saine concurrence, un Etat pouvait demander à la Commission de prévoir que l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides n'était pas considérée comme une activité visée par la directive. Néanmoins, les Etats membres qui bénéficiaient de cette exception, devaient veiller « à travers les conditions d'autorisation ou d'autres mesures appropriées » à ce que les entités concernées observent « les principes de non-discrimination et de mise en concurrence pour l'attribution des marchés de fourniture et de travaux » (article 3, paragraphe 2, a)).

La même idée présidait à l'exception prévue à l'article 8, à savoir l'exclusion d'« achats destinés exclusivement à lui [à l'entité adjudicatrice] 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 ». Une exception similaire était prévue pour les services de transport par autobus (article 2, paragraphe 4 ; voir l'article 5, paragraphe 2, de la directive sectorielle actuelle 2004/17/CE).

²¹⁵ Aussi la directive marchés publics de travaux 71/305/CEE dut-elle être modifiée à la même occasion, de façon à ne plus comprendre les marchés publics de travaux passés par des pouvoirs adjudicateurs dans l'intérêt d'une activité dans le secteur des télécommunications, ces activités n'étant jusque-là pas exclues de cette directive.

²¹⁶ Cf. en sens contraire les conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs dans l'affaire C-174/03 (Impresa Potuale di Cagliari) qui estima que « le treizième considérant est formulé en termes dépourvus d'ambiguïté, qui couvrent les quatre secteurs et laissent peu de place à l'interprétation » (point 57). Un peu plus loin, il conclut que « lorsque des organismes ayant la qualité d'entités adjudicatrices au sens de la directive 93/38 [la directive sectorielle qui a succédé à la directive sectorielle 90/531/CEE] exercent leurs activités en étant directement exposés à la concurrence sur un marché dont l'accès n'est pas limité, la directive ne doit pas s'appliquer » (point 63). La Commission avait défendu la thèse que la directive 93/38 n'excluait pas de manière générale les secteurs dans lesquels la concurrence pouvait jouer (cf. le point 55 des conclusions de l'avocat général).

L'avocat général proposa d'appliquer la « théorie de la contamination » (cf. concernant cette théorie ci-dessous, nos 95, 209 et 513) lorsque l'entité en question exerce des activités sectorielles tant en situation de concurrence qu'en situation de monopole (points 65 à 68). Il estima cependant qu'il y avait lieu d'y faire exception lorsqu'il n'existe pas de subventions croisées (point 68). L'existence ou non d'aides pourrait intervenir pour apprécier si une activité est exercée dans des conditions de concurrence (point 69). L'affaire ayant fait l'objet d'une ordonnance de radiation, ces questions n'ont pas été tranchées par la Cour.

La directive ne s'appliquait pas aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des entreprises tierces, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficiait d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et lorsque d'autres entités pouvaient les vendre ou les louer dans les mêmes conditions (article 7). Cette exception figure aujourd'hui à l'article 19 de la directive sectorielle 2004/17/CE.

§ 5.- Procédures

54.- La directive prévoyait trois types de procédure : la procédure ouverte, la procédure restreinte et la procédure négociée. Ces trois procédures subsistent dans la directive sectorielle actuelle 2004/17/CEE. Le choix de la procédure, comme aujourd'hui, était libre, c'est-à-dire que la procédure négociée avec avis de marché préalable était toujours permise (article 4 de la directive 90/531/CEE), d'où une plus grande souplesse²¹⁷, qui subsiste dans l'actuelle directive « marchés publics » sectorielle.

§ 6.- L'avis périodique indicatif et l'avis sur l'existence d'un système de qualification comme moyen de mise en concurrence

55.- A la différence des directives « marchés publics de travaux » et « marchés publics de fournitures », la mise en concurrence, expression utilisée à plusieurs endroits dans la directive 90/531/CEE, pouvait être réalisée non seulement par un avis de marché, mais également, au même titre, par un « avis périodique indicatif » ou alors par un « avis sur l'existence d'un système de qualification » (article 16).

Indépendamment de l'utilisation de l'avis périodique indicatif comme moyen de mise en concurrence, la publication d'un tel avis était requise au moins une fois par an pour a) les marchés de fournitures, dès lors que la valeur totale estimée des marchés de fourniture, par groupe de produits, que l'entité adjudicatrice envisageait de passer dans les douze mois à venir égalait ou dépassait 750 000 écus b) pour les marchés de travaux atteignant le seuil d'application de la directive (article 17, paragraphe 1^{er}, a) et b).

Quand l'avis périodique indicatif était utilisé comme moyen exclusif de mise en concurrence, il devait notamment mentionner que le marché serait passé par procédure restreinte ou négociée sans publication ultérieure d'un avis d'appel d'offres et inviter les entreprises intéressées à manifester leur intérêt par écrit (article 16, paragraphe 2, b)).

Lorsque la mise en concurrence était réalisée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualifications, la procédure de passation était ou bien la procédure restreinte, ou bien la procédure négociée. Les candidats admis à participer à la procédure restreinte ou négociée étaient sélectionnés parmi les candidats qualifiés d'après le système de qualification (article 16, paragraphe 3).

§ 7.- Dispositions diverses

56.- La directive excluait de son champ d'application certains marchés passés en vertu d'un accord international entre un Etat membre et un ou plusieurs pays tiers, d'un accord international conclu en relation avec le stationnement des troupes ou d'une procédure spécifique d'une organisation internationale (article 11). Ces dispositions se trouvaient déjà dans les directives générales marchés publics de travaux et de fournitures et se retrouvent dans les directives actuelles 2004/17/CE et 2004/18/CE.

La directive incluait les « accords-cadres » (article 1^{er}, 4) ; article 5)²¹⁸.

Elle comportait bien sûr des règles concernant ses seuils d'application. Elle indiquait les cas exceptionnels dans lesquels une entité adjudicatrice pouvait recourir à la procédure négociée sans mise

²¹⁷ Voir en ce sens, P. GREEN, « The Utilities Directive 93/38 : The Extent to which it applies to Contracting Entities », *Public Procurement Law Review*, 1994, pp. 173 et s., p. 174.

²¹⁸ Cf. au sujet des accords-cadres, ci-dessous, nos 84 et s. et 140 et s.

en concurrence préalable (article 15)²¹⁹. Elle contenait des prescriptions relatives aux spécifications techniques destinées à éviter des discriminations (article 13), des dispositions concernant les critères de sélection, laissant une certaine liberté aux Etats membres tout en exigeant qu'ils soient objectifs et qu'ils soient mis à la disposition des intéressés (article 25), ainsi que des règles concernant les critères d'attribution, identiques à celles existant déjà dans les directives générales (article 27).

Section 11.- La directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services²²⁰

57.- Tout comme déjà les directives 88/295/CEE, 89/440/CEE et 90/531/CEE, la directive 92/50/CEE fut adoptée dans l'optique de l'achèvement du marché intérieur, conformément au livre blanc relatif à l'achèvement du marché intérieur²²¹.

§ 1^{er}.- Pouvoirs adjudicateurs

58.- Les pouvoirs adjudicateurs visés étaient les mêmes que ceux de la directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE, telle qu'elle avait été modifiée.

§ 2.- Marchés visés

59.- Le législateur européen n'entendant couvrir la prestation de services « que dans la mesure où elle est fondée sur des marchés » (huitième considérant), il excluait les prestations de services « sur d'autres bases, telles que des dispositions législatives ou réglementaires ou des contrats d'emploi » (huitième considérant).

Les travaux étant en principe des services, le législateur avait pris soin de les exclure du champ d'application de la directive (article 1^{er}, a), i)). Les marchés de travaux étaient en effet déjà couverts par la directive 71/305/CEE. De même, étaient exclus les marchés publics de fournitures (article 1^{er}, a), i)) comportant accessoirement des travaux de pose et d'installation²²². La directive 92/50/CEE excluait également les marchés de services dans les secteurs spéciaux couverts par la directive 90/531/CEE (article 1^{er}, a), ii)). Autrement dit, comme la directive 90/531/CEE ne couvrait pas les marchés de services, ceux-ci continuaient d'être exemptés de mise en concurrence dans les secteurs spéciaux²²³.

§ 3.- Seuil d'application

60.- Quant aux méthodes de calcul des seuils monétaires d'application de la directive 92/50/CEE, l'article 7 de la directive contenait des dispositions presque identiques à celles qui se trouvent dans les directives actuelles 2004/18/CE²²⁴ et 2004/17/CE²²⁵.

§ 4.- Marchés de services en rapport avec des travaux subventionnés passés par des personnes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs

61.- L'article 3, paragraphe 3, de la directive 92/50/CEE prévoyait que les « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50% un

²¹⁹ Ces exceptions n'ont pratiquement pas changé depuis lors et se retrouvent à l'article 40, paragraphe 3, de la directive sectorielle actuelle 2004/17/CE.

²²⁰ JO L 209 du 24 juillet 1992, pp. 1 et s.

²²¹ Cf. ci-dessous, no 331.

²²² Article 1^{er}, a) de la directive 77/62/CEE telle que modifiée ; article 1^{er}, 2., c), de l'actuelle directive générale 2004/18/CE .

²²³ A l'époque, il ne venait à l'esprit de personne que l'obligation de mise en concurrence pouvait naître du droit primaire.

²²⁴ Article 7 de la directive 2004/18/CE ; cf. à ce sujet ci-dessous, nos 277 et s.

²²⁵ Article 17 de la directive 2004/17/CE ; cf. à ce sujet ci-dessous nos 277 et s.

marché de services passé par une entité autre qu'eux-mêmes en liaison avec un marché de travaux de l'article 1^{er} bis paragraphe 2 de la directive 71/305/CEE ». Cette disposition correspondait pour les marchés de services à l'article 1bis que la directive 89/440/CEE avait introduit dans la directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE. Aujourd'hui, ces règles sont inscrites à l'article 8 de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE.

§ 5.- Distinction entre les marchés de services prioritaires et les marchés de services non prioritaires, les premiers étant seuls soumis à une obligation de mise en concurrence d'après la directive 92/50/CEE

62.- La directive 92/50/CEE contenait une restriction très importante au champ d'application de la mise en concurrence qu'elle imposait. La directive 92/50/CEE distinguait en effet, comme le font aujourd'hui encore les directives 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE²²⁶, entre des services considérés comme prioritaires et les services non prioritaires (articles 8 à 10 de la directive 92/50/CEE)²²⁷. Les marchés de services non prioritaires n'étaient pas sujets à une mise en concurrence obligatoire. Cependant, les dispositions de la directive 92/50/CEE concernant les spécifications techniques devaient être observées ; d'autre part, pour ces marchés, un avis sur les résultats de la procédure d'attribution devait être envoyé à l'Office des publications officielles des Communautés européennes (article 9, 14 et 16 de la directive 92/50/CEE). Ces règles existent encore aujourd'hui.

Les services prioritaires figuraient à l'annexe I A, tandis que les services non prioritaires étaient énumérés à l'annexe I B de la directive 92/50/CEE. La liste I A indiquait seize rubriques de services prioritaires. Cette liste était limitative. La liste I B indiquait onze rubriques, dont une intitulée « autres services ». Ces rubriques sont restées les mêmes dans les actuelles directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

§ 6.- Le moyen de mise en concurrence prescrit par la directive : la publication d'un avis de marché pour les marchés de services prioritaires dépassant le seuil d'application de la directive

63.- Pour les marchés de services prioritaires, la publication préalable d'un avis de marché était obligatoire, dès lors que la valeur estimée du marché égalait ou dépassait 200 000 écus (article 15, paragraphe 2).

La directive prévoyait par ailleurs l'obligation de procéder au début de l'exercice budgétaire à un avis de pré-information indiquant le montant total estimé des marchés par rubrique de services prioritaires, si ce montant atteignait ou dépassait 750.000 écus (article 15, paragraphe 1^{er})²²⁸. La directive imposait également l'obligation de faire parvenir un avis sur les marchés passés à l'Office des publications officielles des Communautés (article 16) ainsi que des obligations statistiques (article 39).

Tout comme les autres directives « marchés publics », la directive 92/50/CE distinguait entre les critères de sélection et les critères d'attribution (articles 23, 29, 35 et 36).

²²⁶ Cf. ci-dessous, no 253.

²²⁷ La jurisprudence de la Cour les a cependant soumis à une obligation de mise en concurrence, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier. Voir au sujet de ce critère, ci-dessous, nos 342 et s.

²²⁸ La question de savoir si l'avis de pré-information était vraiment obligatoire a été posée à la Cour pour les marchés de travaux. La Cour a répondu négativement en faisant remarquer que l'omission de l'avis de pré-information impliquait un délai plus long pour la réception des offres. La Cour en a déduit que l'avis de pré-information n'était pas obligatoire (arrêt de la Cour du 26 septembre 2000, Commission/France, C-225/98, points 33 à 38). Ce raisonnement ne valait ni pour les marchés publics de fournitures sous le régime de la directive 77/62/CEE, ni pour les marchés publics de services soumis à la directive 92/50/CEE. D'une part, la directive « marchés publics » de fournitures 77/62 (dans laquelle l'avis de pré-information fut introduit par la directive 88/295/CEE) (cf. ci-dessus no 25) ne prévoyait pas de réduction du délai de réception des offres en cas de publication préalable d'un avis de pré-information. D'autre part, pour les marchés publics de services et les marchés publics de fournitures, les seuils de publication des avis de pré-information étaient très supérieurs à celui prévu pour la publication d'un avis de marché, alors que pour les marchés de travaux le seuil était le même.

§ 7.- Exclusion

64.- La directive excluait de son champ d'application une série de cas spécifiques de marchés de services qui restent d'ailleurs actuellement exclus tant de la directive générale 2004/18/CE (article 16) que de la directive sectorielle 2004/17/CE (article 24)²²⁹. Elle excluait également les marchés ayant pour objet les services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de communication par satellite (article 1^{er}, a), v)). Cette exception n'existe plus aujourd'hui.

Ainsi que les directives actuelles 2004/18/CE²³⁰ et 2004/17/CE²³¹, la directive 92/50/CEE ne s'appliquait pas aux marchés publics de services attribués à des pouvoirs adjudicateurs sur base de droits exclusifs accordés par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité (article 6 de la directive 92/50/CEE)²³².

§ 8.- Concessions de services

65.- Bien que la directive 92/50/CE ne l'ait pas précisé, elle ne s'appliquait pas aux concessions de services²³³. Les directives actuelles 2004/17/CE et 2004/18/CE excluent les concessions de services de façon expresse²³⁴.

§ 9.- Procédures

66.- Tout comme les autres directives « marchés publics », la directive « marchés publics de services » 92/50/CEE prévoyait trois types de procédure : la procédure ouverte, la procédure restreinte et la procédure négociée. La procédure négociée n'était admise qu'à titre exceptionnel. Dans certains cas, elle ne devait pas être précédée d'un avis de marché (article 11, paragraphe 3). Dans d'autres cas, un avis de marché était requis²³⁵.

Section 12.- La directive 93/4/CEE du Conseil du 8 février 1993 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux²³⁶

67.- Cette directive modifia les dispositions relatives à l'annexe I de la directive travaux 71/305/CEE. Cette annexe contenait une liste des organismes de droit public considérés comme des « pouvoirs adjudicateurs ». Cette liste était devenue sans grand intérêt depuis la directive modificative 89/440/CEE du 18 juillet 1989, car ce qui importait depuis lors, comme encore aujourd'hui, ce n'était pas l'inscription sur cette liste, mais la question de savoir si l'organisme en question correspondait à la définition d'« organisme de droit public »²³⁷.

Section 13.- La directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux²³⁸

68.- Cette directive fut essentiellement une coordination des dispositions de la directive 71/305/CEE, modifiée à plusieurs reprises²³⁹.

²²⁹ Cf. au sujet de ces exceptions ci-dessous, nos 420 et 421.

²³⁰ Article 18 de la directive 2004/18/CE.

²³¹ Article 25 de la directive 2004/17/CE.

²³² Voir au sujet de cette exception, ci-dessous, no 235.

²³³ Cf. ci-dessous, no 128.

²³⁴ Cf. au sujet des concessions de services, ci-dessous, nos 258 et s.

²³⁵ Ces cas qui se retrouvent dans les directives « marchés publics » actuelles. Cf. également ci-dessous, nos 16, 131, 424 et 425.

²³⁶ JO L 38 du 16 février 1993, pp. 31 et s.

²³⁷ Cf. à ce sujet également ci-dessous, nos 204 et s.

²³⁸ JO L 199 du 9 août 1993, pp. 54 et s.

²³⁹ Cf. le premier considérant de la directive, ainsi que l'arrêt de la Cour du 17 septembre 1998, Commission/Belgique, C-323/96, points 13, 19 et 20.

Section 14.- La directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures²⁴⁰

69.- Ainsi que le précisait le premier considérant de cette directive, il s'agissait d'une refonte de la « directive marchés publics de fournitures » 77/62/CEE, plusieurs fois modifiée. Par ailleurs, cette directive visait à aligner les dispositions en matière de marchés publics de fournitures sur celles applicables aux marchés publics de travaux et de services²⁴¹.

Les modifications les plus marquantes par rapport à la précédente directive « marchés publics de fournitures » sont indiquées ci-après.

§ 1^{er}.- Définition « fonctionnelle » des « organismes de droit public »

70.- La directive 93/36/CEE adopta une définition « fonctionnelle »²⁴² de la notion d'« organisme de droit public »²⁴³ pour les marchés publics de fournitures (article 1^{er}, b)), ainsi que c'était déjà le cas pour les marchés publics de travaux et de services et pour les marchés publics sectoriels. Sous la précédente directive « marchés publics de fournitures » 77/62/CEE, du moins pour certains Etats, les marchés des personnes morales de droit public autres que l'Etat et les collectivités territoriales n'étaient visés qu'à la condition que l'organisme en question figure sur une liste en annexe de cette directive²⁴⁴.

§ 2.- Communication des motifs du rejet d'une candidature ou d'une offre

71.- La directive 93/36/CEE introduisit pour les marchés de fournitures l'obligation de communiquer aux candidats écartés, sur demande, les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre (article 7), ainsi que l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs d'établir pour chaque marché un procès-verbal comportant un certain nombre d'informations (article 7).

§ 3.- Dispositions diverses

72.- Les dispositions quant aux normes techniques dans les documents des marchés furent adaptées (article 8).

La directive permettait de recourir pour tous les marchés à la procédure restreinte (article 6, paragraphe 4). Avant l'usage de cette procédure était soumis à certaines conditions.

La prise en considération de variantes fut expressément autorisée lorsque le critère d'attribution était celui de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 16). Cette possibilité subsiste actuellement (article 24 de la directive 2004/18/CE ; article 36 de la directive 2004/17/CE). Comme, aujourd'hui, si le pouvoir adjudicateur choisissait d'admettre des variantes, le cahier des charges devait mentionner les exigences minimales à respecter par les variantes ainsi que les modalités de leur soumission²⁴⁵.

²⁴⁰ JO L 199 du 9 août 1993, pp. 1 et s.

²⁴¹ Cf. le deuxième considérant de la directive 93/36/CEE.

²⁴² Cette expression est employée au troisième considérant de la directive. L'expression est à rapprocher de celle d'« interprétation fonctionnelle » (cf. ci-dessous, nos 185 et s.). Pour l'interprétation de certaines notions des directives marchés publics (par exemple, celles d'Etat, de contrat ou d'organisme de droit public ainsi que des différents éléments de la définition de ces organismes), la Cour a recours à une interprétation dite « fonctionnelle ». Dans la mesure où le législateur définit une notion de manière fonctionnelle, cette notion, en tant que telle, ne devrait pas de surcroît faire l'objet d'une interprétation fonctionnelle afin de ne pas étendre la définition au-delà de ce qu'a voulu le législateur. En revanche l'interprétation fonctionnelle des différents éléments de cette définition peut le cas échéant être légitime.

²⁴³ Voir quant à cette notion ci-dessous, nos 204 et s.

²⁴⁴ Cf. à cet égard ci-dessus, no 22.

²⁴⁵ Sans ces précisions, l'égalité des soumissionnaires risque d'être rompue. Voir ci-dessous nos 385 et s. concernant les exigences découlant du principe d'égalité des candidats pour la rédaction du cahier des charges.

Section 15.- La directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications²⁴⁶

§ 1^{er}.- Extension aux marchés de services

73.- Cette directive étendit les dispositions en matière de marchés publics dans les secteurs spéciaux aux marchés de services. La directive sectorielle 93/38/CEE, tout comme déjà avant la directive 92/50/CE, distinguait entre les services prioritaires et les services non prioritaires, les marchés concernant ces derniers n'étant soumis que très partiellement à la directive. En particulier, ces marchés n'étaient pas soumis à concurrence d'après la directive.

§ 2.- Exclusion de certains marchés

74.- La directive excluait notamment de la définition des marchés publics les marchés de services ayant « pour objet les services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de télécommunications par satellite (article 1^{er}, 4), c) ii)).

§ 3.- Marchés passés avec des entreprises liées

75.- La directive 93/38/CEE introduisit l'exception à la mise en concurrence - qui subsiste plus largement dans l'actuelle directive sectorielle 2004/17/CE²⁴⁷ - dans les cas où une entité adjudicatrice passait un marché de services auprès d'une entreprise liée²⁴⁸ à condition qu'au moins 80 % du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise avait réalisé dans la Communauté en matière de services au cours des trois dernières années provînt de la fourniture de services aux entreprises auxquelles elle était elle-même liée (article 13, paragraphe 1^{er}, a)). L'exception valait également, sans condition de chiffre d'affaires, lorsqu'une « co-entreprise » constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite d'une activité sectorielle visée par la directive 93/38/CEE²⁴⁹ passait un marché de services auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à l'une d'elles (article 13, paragraphe 1^{er}, b)).

Section 16.- La directive 97/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement - L'Accord sur les marchés publics .- Renvoi

76.- Pour l'incidence de l'Accord sur les marchés publics sur le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence, le lecteur est renvoyé au chapitre VIII de la présente partie, intitulé « L'incidence de l'Accord sur les marchés publics sur le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence en droit européen »²⁵⁰. La directive 97/52/CE²⁵¹ visait à faire concorder les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE avec l'Accord sur les marchés publics signé dans le cadre des accords des négociations multilatérales du cycle d'Uruguay (1986-1994). De larges divergences subsistent entre les directives « marchés publics » actuelles et la version présentement en vigueur de l'Accord sur les marchés publics²⁵².

²⁴⁶ JO L 199 du 9 août 1993, pp. 84 et s.

²⁴⁷ Cf. au sujet de cette exception sous le régime de l'actuelle directive sectorielle 2004/17/CE, no 81 ci-dessous.

²⁴⁸ Sur la notion d'entreprise liée, voir ci-dessous no 81.

²⁴⁹ La notion de co-entreprise n'a pas été autrement définie dans la directive 93/38/CEE.

²⁵⁰ Cf. ci-dessous, nos 286 et s.

²⁵¹ JO L 328 du 28 novembre 1997, pp. 1 et s.

²⁵² Voir les nos 286 et s. ci-dessous.

Section 17.- La directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications²⁵³

77.- Cette directive visait à adapter les dispositions de la directive sectorielle 93/38/CEE aux exigences de l'Accord sur les marchés publics. A ce sujet, le lecteur est renvoyé à la section intitulée « L'incidence de l'Accord sur les marchés publics sur le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence en droit européen »²⁵⁴.

Chapitre II.- Les directives « marchés publics » actuelles

78. Introduction.- Les pages qui suivent décrivent l'apport des actuelles directives 2004/17/CE (Section Ire), 2004/18/CE (Section II) et 2009/81/CE (Section III) par rapport à l'état du droit dérivé à l'époque où elles furent adoptées. L'examen détaillé du champ d'application des directives « marchés publics » fait l'objet de la deuxième partie de ce travail.

Section 1^{er}.- Les modifications introduites par la directive 2004/17/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux²⁵⁵

79.- Intervenue à la suite d'un livre vert adopté en 1996, cette directive a abrogé la directive 93/38/CEE et opéré une refonte complète des règles gouvernant les marchés publics dans les secteurs spéciaux, tout en introduisant des ajouts et des modifications considérables. D'après son préambule, elle vise à « répondre aux exigences de simplification et de modernisation formulées aussi bien par les entités adjudicatrices que par les opérateurs économiques » (premier considérant).

Ainsi que l'indique le préambule, la directive tient compte de la jurisprudence de la Cour relative aux critères d'attribution²⁵⁶.

L'article 10 (« principes de passation des marchés ») dispose que « les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ». Déjà avant, la Cour avait appliqué ces principes dans le champ d'application des directives « marchés publics » et, d'une façon générale, aux marchés présentant un intérêt transfrontalier²⁵⁷.

§ 1^{er}.- Champ d'application quant aux personnes

A. Entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs - Définition modifiée de la notion de droits spéciaux ou exclusifs

80.- Les entreprises qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs pour l'exercice d'une activité sectorielle sont soumises aux règles concernant les marchés publics de la directive 2004/17/CE, ainsi que c'était déjà le cas dans les deux précédentes directives sectorielles.

La définition de la notion de « droits spéciaux ou exclusifs », bien que similaire à celle des précédentes directives sectorielles, n'en est pas moins nettement plus restrictive :

« Aux fins de la présente directive, les « droits spéciaux ou exclusifs » sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un Etat membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie

²⁵³ JO L 101 du 1^{er} avril 1998, pp. 1 à 16.

²⁵⁴ Cf. ci-dessous, nos 286 et s.

²⁵⁵ JO L 134 du 30 avril 2004, pp. 1 et s.

²⁵⁶ Premier considérant du préambule. Cf. au sujet des critères d'attribution ci-dessous, notamment les nos 396 à 400 et 526 et s.

²⁵⁷ Voir en particulier ci-dessous, nos 342 et s.

aux articles 3 à 7 [c'est-à-dire d'une activité sectorielle] et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité »²⁵⁸.

Les précédentes directives sectorielles n'indiquaient pas que les droits en question devaient avoir pour conséquence d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

Cette condition n'est pas sans importance.

Le vingt-cinquième considérant de la directive précise que la nouvelle définition, qu'il qualifie d'« appropriée », a « pour conséquence que le fait qu'une entité puisse, pour la construction de réseaux ou la mise en place d'installations portuaires ou aéroportuaires, jouir d'une procédure d'expropriation publique, ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique, ne constitue pas en soi un droit exclusif ou spécial » au sens de la directive. Tel était le cas sous la directive sectorielle 93/38/CEE et sous la première directive sectorielle 90/531/CEE. De même, l'alimentation en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, d'un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'Etat membre concerné, ne constitue plus un droit spécial ou exclusif, contrairement à ce que le prévoyaient les deux précédentes directives sectorielles.

L'examen auquel nous allons procéder plus loin du champ d'application personnel de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire mettra en évidence que cette obligation, tout comme d'ailleurs le droit primaire en général, s'impose aux Etats au sens fonctionnel du terme²⁵⁹. Il nous avait semblé, eu égard en particulier à l'arrêt *Wall* du 13 avril 2010²⁶⁰, que la définition que la directive 2004/17/CE donnait des « droits spéciaux ou exclusifs » impliquait que les entités disposant de tels droits pouvaient être considérées comme faisant partie de l'Etat au sens fonctionnel du terme²⁶¹. La définition des « droits spéciaux ou exclusifs » de la directive 2004/17/CE nous paraissait donc aligner le champ d'application personnel de l'obligation de mise en concurrence de la directive 2004/17/CE sur celui du droit primaire. Tel ne nous semblait pas être le cas sous les deux précédentes directives sectorielles²⁶² qui imposaient des mises en concurrence à certaines entreprises agissant en situation de concurrence. C'est en ce sens que la définition de la directive 2004/17/CE nous avait en effet paru plus « appropriée » que celle, nettement plus large, des précédentes directives. Un arrêt de la Cour du 12 décembre 2013 est cependant venu contredire ce point de vue²⁶³.

Le vingt-cinquième considérant de la directive 2004/17/CE signale d'autre part que « de même, des droits accordés par un Etat membre sous quelque forme que ce soit, y inclus par des actes de concession, à un nombre limité d'entreprises sur base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ouvrant à tout intéressé les remplissant la possibilité d'en bénéficier, ne sauraient être considérés comme étant des droits exclusifs ou spéciaux ». Cette précision ne se retrouve pas dans les articles de la directive. Elle ne se trouvait pas non plus dans la proposition de directive de la Commission.

²⁵⁸ Article 3, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE.

²⁵⁹ Cf. ci-dessous, nos 508 et s.

²⁶⁰ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08 (voir quant à cet arrêt en particulier le no 506 ci-dessous).

²⁶¹ Voir en ce sens d'ailleurs la remarque faite par P.-A. TREPTE et V.E. VIG : « It may be argued that since the Member States grant special rights to certain undertakings thereby placing them in a privileged position - rights, it should be added, that are normally only associated with sovereign States - they should assume responsibility for the behavior of such undertakings. In particular, they should recognize the duty of ensuring that such undertakings do not, by their behavior in the market place, create a situation which is incompatible with the Treaty, a situation which, had it resulted from the actions of the State itself, would constitute an actionable violation of the Treaty » (« Telecommunications, « public » undertakings and procurement obligations », in *1992 and ECC / U.S. competition and trade law (annual proceedings of the Fordham corporate law institute)*, B. Hawk (éditeurs), Ardsley-on-Hudson, New York, 1990, pp. 313 et s., p. 136.

²⁶² Ce n'est donc pas tout à fait à tort que certains ont affirmé que les mesures prises par des entités privées, dotées de pouvoirs spéciaux ou exclusifs, considérées comme des entités adjudicatrices sous le régime des deux premières directives « marchés publics » sectorielles n'étaient pas susceptibles de tomber sous la réglementation des aides d'Etat (voir en ce sens, M. DISCHENDORFER et M. STENPKOWSKI, « The Interplay Between the E.C. Rules on Public Procurement and State Aid », *Public Procurement Law Review*, 2002, 3, NA 47 et s., NA 50).

²⁶³ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2012, *Portgás*, C-425/12, points 26 et 30. Voir plus particulièrement quant à cette question le no 506 ci-dessous.

Dans son avis du 26 avril 2001²⁶⁴, le Comité économique et social avait relevé que la directive ne résolvait pas le problème de l'octroi des droits exclusifs accordés en amont, ce qui est vrai également pour le texte en fin de compte adopté²⁶⁵.

Nous allons voir plus loin que l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs à une seule entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, affectant la capacité d'autres entités d'exercer cette activité, requiert une mise en concurrence. En particulier, la Cour a jugé qu'il en est ainsi dans le domaine des autorisations exclusives ou en nombre limité dans le domaine des jeux et paris²⁶⁶.

Il ne nous semble pas aller de soi qu'une activité pour laquelle une entreprise bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs ne soit pas soumise à la directive 2004/17/CE par le simple fait que l'entité qui l'exerce a été désignée après mise en concurrence²⁶⁷. Actuellement, il y a cependant une nette tendance à ne considérer comme des droits spéciaux ou exclusifs que ceux qui n'ont pas été accordés au moyen d'une procédure comportant une mise en concurrence²⁶⁸. Du moins, il faudrait, selon nous, qu'une fois l'entité désignée, les conditions dans lesquelles elle exerce son activité ne la fasse pas apparaître comme relevant de l'Etat au sens fonctionnel du terme²⁶⁹.

B. Marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise

81.- L'article 23 de la directive étend aux marchés publics de travaux et aux marchés publics de fournitures l'exception à l'obligation de procéder à une mise en concurrence pour les marchés passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée²⁷⁰, ou par une entreprise exclusivement

²⁶⁴ JO C 193 du 10 juillet 2001, pp. 1 et s.

²⁶⁵ « Le Comité déplore que le présent texte ne règle pas l'attribution des droits exclusifs en amont alors que le problème se pose à nouveau concernant l'attribution des concessions de services principalement. Ceci recoupe ce qui a déjà été indiqué en matière de définition des contrats de concession et de PPP et le Comité tient à redire que les éléments contenus dans la communication interprétative à cet égard sont d'une extrême importance en ce qu'ils indiquent clairement que l'octroi des droits exclusifs doit être soumis aux règles du traité et aux grands principes de jurisprudence européen. Il s'agit d'un problème complexe (1) et qui ne peut être traité de façon périphérique car les autorités publiques excluent des pans entiers d'activités des règles de concurrence sans justification objective ce qui ne permet pas l'unification du marché européen » (point 2.7, p. 3).

Le Comité économique et social se réfère à un arrêt de la Cour de Justice du 12 décembre 1996 (affaire C-302/94) qui n'a pas traité à la mise en concurrence en vue de l'octroi de droits exclusifs, mais à la définition de la notion de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la directive 90/387/CEE de la Commission du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau de télécommunications ouvert à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (JO L 192 du 24 juillet 1990, pp. 1 et s.). Dans l'arrêt en question, la Cour a considéré « que les droits exclusifs ou spéciaux auxquels il est fait référence doivent être compris, de manière générale, comme des droits qui sont conférés par des autorités d'un Etat membre à une entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires, et qui affectent substantiellement la capacité des autres entreprises d'établir ou d'exploiter des réseaux de télécommunications ou de fournir des services de télécommunications sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes » (point 34).

Par la suite, le vingt-cinquième considérant s'est retrouvé dans sa teneur actuelle dans la position commune du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2003.

²⁶⁶ Cf. ci-dessous, nos 474 et s.

²⁶⁷ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e édition, London, Sweet & Maxwell, 2005, point 15.37, p. 853.

²⁶⁸ Voir en particulier l'article 4, paragraphe 2, de la proposition de directive du 21 décembre 2011 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (COM/2011/0895 final - 2011/0439 (COD)).

²⁶⁹ Voir en sens non contraire, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e édition, London, Sweet & Maxwell, 2005, no. 4.58, p. 238.

²⁷⁰ La directive 2004/17/CE entend par entreprise liée « toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une « influence dominante » en raison de la « propriété, de la participation ou des règles qui la [l'entité en question] régissent » ou qui peut exercer une influence dominante

constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de poursuivre une activité sectorielle couverte par la directive (dite « coentreprise ») auprès d'une de ces entités adjudicatrices (article 23, paragraphe 4) ou d'une entreprise liée à l'une d'elles. Cette exception n'existait jusque-là qu'en faveur des marchés de services (cf. l'article 13 de la directive 93/38/CEE).

La directive ajoute une exception supplémentaire. Elle ne s'applique pas non plus lorsqu'une entité adjudicatrice accorde un marché à une telle coentreprise (dans ce dernier cas cependant la coentreprise doit avoir été constituée pour poursuivre l'activité en question au moins pendant trois ans et, d'après son acte constitutif, les entités adjudicatrices qui la composent doivent en faire « partie intégrante », pendant au moins cette période) (article 23, paragraphe 4). Aucune condition liée au chiffre d'affaires ne s'applique dans ce cas.

Hormis les deux cas indiqués à l'article 23, paragraphe 4, l'exception ne s'applique que si l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédentes, selon qu'il s'agit de la passation d'un marché de services, de fournitures ou de travaux, au moins 80% de son chiffre d'affaires en matière de services, de fournitures ou de travaux avec les entreprises auxquelles elle est liée²⁷¹ (article 23, paragraphe 3, a), b) et c)).

L'exception en faveur des entreprises liées et des coentreprises ressemble à l'exception de quasi régie (« in-house ») que la Cour de Justice a admise pour les marchés soumis aux directives « marchés publics », mais également en dehors du champ d'application de ces directives, en particulier, pour des concessions de services dont la passation est régie seulement par le droit primaire²⁷². Si les conditions de l'exception « in-house » sont remplies, la Cour considère qu'il y a identité de personnes au regard de l'obligation de mise en concurrence. Le pouvoir adjudicateur et l'entité à qui elle confie le marché ou la concession ne formant qu'une seule et même personne, il n'y a pas lieu à mise en concurrence.

sur l'entité adjudicatrice ou qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise (article 23, paragraphe 1^{er}). Lorsqu'il s'agit d'entités ayant des personnalités juridiques distinctes, l'« influence dominante » peut résulter soit d'une participation financière, soit des règles régissant l'entité en question (article 2, b)). L'influence dominante est présumée « lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :

- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise » (article 2, b), alinéa 2).

La notion d'entreprise liée au sens de la directive 2004/17/CE comprend également - c'est même le cas que la directive indique en premier - « toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 4, paragraphe 2, point g), du traité concernant les comptes consolidés » (article 23, paragraphe 1^{er}). Depuis l'entrée en vigueur de la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprise, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JO L 182 du 29 juin 2013, pp. 19 et s.), toute référence à la directive 83/349/CEE est censée se rapporter à la directive 2013/34/UE (article 52, alinéa 2, de la directive 2013/34/UE). La directive 2013/34/UE, tout comme déjà la directive 83/349/CEE, prévoit des règles assez complexes. L'obligation de consolidation des comptes peut exister dans des cas autres qu'une influence en raison de la « propriété, de la participation ou des règles qui la [l'entité en question] régissent » (cf. ci-dessus, ainsi que l'article 2, paragraphe 1^{er}, b), de la directive 2004/17/CE). Tout comme la directive 83/349/CEE, la directive 2013/34/UE accorde aux Etats membres une certaine marge de manœuvre quant à l'obligation d'établir des comptes consolidés (article 22, paragraphe 2, de la directive 2013/34/UE). Le contenu de la notion d'entreprise liée au sens de la directive 2004/17/CE n'est donc pas nécessairement uniforme dans tous les Etats membres.

²⁷¹ Cette condition, telle qu'elle est formulée, est incohérente lorsqu'il s'agit d'un marché passé par une coentreprise. Supposons la condition remplie lors du premier marché. Si les marchés passés entre la coentreprise et l'entreprise liée sont d'une certaine importance, la condition ne sera bientôt plus remplie, parce que la coentreprise n'est pas « liée » à l'entreprise liée à l'une des entités adjudicatrices au sens de la directive.

²⁷² Concernant l'exception dite « in-house », voir ci-dessous, nos 221 et s.

L'exception de la directive 2004/17/CE pour les marchés passés avec des entreprises liées est cependant considérablement plus large que l'exception « in-house ».

Ainsi, notamment :

- Les conditions d'une influence dominante²⁷³ au sens de la directive 2004/17/CE restent clairement en-deçà de l'exigence de l'exception « in-house » d'un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services²⁷⁴ ;
- La condition qu'aucune entreprise privée ne peut détenir de participation dans l'entité qui obtient le marché n'est pas formulée²⁷⁵ ;
- L'entité qui obtient le marché peut agir sans limites sur le marché (a) pour la fourniture de produits et de travaux lorsqu'il s'agit de l'attribution d'un marché de services, (b) pour la prestation de services ou l'exécution de travaux lorsqu'il s'agit de celle d'un marché de fournitures, (c) pour la prestation de services et la fourniture de produits lorsqu'il est question d'un marché de travaux.
- Même pour des entités n'ayant qu'un seul type d'activité, la limite des 20% de chiffre d'affaires en matière de service, de fournitures ou de travaux pour des marchés respectivement de services, de fournitures ou de travaux ne respecte pas la condition que l'entité en question ne déploie au plus qu'une activité marginale sur le marché²⁷⁶.

Nous verrons que l'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'applique en principe aux entités adjudicatrices soumises à la directive 2004/17/CE, sauf les cas où l'activité est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité que la directive 2004/17/CE permet d'exempter²⁷⁷. Le droit primaire l'emportant sur les directives « marchés public »²⁷⁸, l'exception de la directive 2004/17/CE en faveur des entreprises liées laisse en tout état de cause subsister l'obligation de mise en concurrence du droit primaire²⁷⁹.

§ 2.- Champ d'application matériel de la directive 2004/17/CE

A. Les marchés visés par la directive

1. L'importante exception en cas d'activité directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité

82.- L'article 30 de la directive prévoit une procédure permettant de constater que dans un Etat membre, une activité est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. Si tel est le cas, la directive ne s'applique pas. Il s'agit d'une innovation très importante dont l'impact sur le champ d'application de la directive est considérable²⁸⁰. Nous verrons que cette exception est conforme au droit primaire des marchés publics²⁸¹.

2. Précision apportée à la notion de marché public

83.- Relevons une précision apportée à la notion de « marché public ».

²⁷³ Voir la note 272.

²⁷⁴ Cf. ci-dessous, nos 224 à 227, au sujet de la condition d'un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services.

²⁷⁵ Voir quant à cette condition ci-dessous, no 224.

²⁷⁶ Cf. quant à cette condition, ci-dessous, no 230.

²⁷⁷ Cf. l'article 30 de la directive 2004/17/CE, cette exemption étant conforme au droit primaire de la mise en concurrence (cf. ci-dessous, nos 199 et 508). En effet, dans ce cas, l'entité adjudicatrice ne peut être considérée comme exerçant une fonction étatique.

²⁷⁸ Cf. à cet égard, ci-dessous, nos 459 et s.

²⁷⁹ Voir à cet égard, ci-dessus, nos 459 et s.

²⁸⁰ Cf. ci-dessous nos 199 et 512. Voir également ci-dessus, no 53 sur le point de savoir si cette exception ne s'appliquait pas déjà sous les précédentes directives sectorielles.

²⁸¹ Cf. ci-dessous nos 513 et 514.

Les marchés de fournitures, de travaux et de services sont définis comme des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une entité adjudicatrice et un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services et portant sur des travaux, des fournitures ou des services (article 1^{er}, paragraphe 2, a)). La directive 2004/17/CE, comme la directive 2004/18/CE, précise que l'entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services offre « respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché » (article 1^{er}, paragraphe 7).

Cet ajout n'a jusqu'ici pas eu de répercussions dans la jurisprudence de la Cour.

3. Accords-cadres dans la directive 2004/17/CE

84.- Divers articles de la directive traitent des « accords-cadres » (article 1^{er}, paragraphe 4 ; article 14 ; article 17, paragraphe 3 ; article 40, paragraphe 3, point i) ; article 43, paragraphe 1^{er}, alinéa 2). Les accords-cadres étaient déjà prévus dans les deux premières directives sectorielles. Les principes restent inchangés, la directive 2004/17/CE se limitant à ajouter quelques précisions.

(a) Définition

85.- Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 4, « un accord-cadre » est un accord conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 2, paragraphe 2, et un ou plusieurs opérateurs économiques, et qui a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».

(b) Fonctionnement

86.- L'accord-cadre établit les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée (article 1^{er}, paragraphe 4).

Si l'accord-cadre a fait l'objet d'une mise en concurrence, les marchés passés en exécution de l'accord-cadre n'ont plus besoin de faire l'objet d'une mise en concurrence (article 40, paragraphe 3, point i)).

(c) Utilité de la notion d'accord-cadre au sens de la directive 2004/17/CE

87.- L'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive dispose que les entités adjudicatrices « peuvent considérer un accord-cadre comme un marché au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, et l'attribuer conformément à la présente directive ». Cette façon de s'exprimer induit en erreur. Un accord-cadre qui fixe les termes des contrats futurs à passer et qui lie les parties, est un marché public et doit être passé conformément à la directive²⁸². Un pareil contrat-cadre doit être considéré comme un contrat à titre onéreux.

Ce ne serait que dans l'hypothèse où les parties ne seraient pas engagées de façon ferme qu'on ne serait pas en présence d'un marché public. En effet, dans ce cas, vu l'absence d'engagements juridiquement contraignants, dont l'exécution pourrait être réclamée en justice, il ne s'agirait pas d'un contrat à titre onéreux au sens de la directive 2004/17/CE²⁸³.

Ainsi, un contrat qui ne contiendrait que des engagements unilatéraux de la part du cocontractant de l'entité adjudicatrice ne constituerait pas non plus un marché public, vu l'absence d'engagement de cette dernière²⁸⁴. L'entité adjudicatrice resterait libre de ne pas faire appel à l'opérateur économique en question et de s'approvisionner ailleurs.

²⁸² Voir en ce sens également la « Fiche explicative - Accords-Cadres - Directive Classique » de la Commission du 14 juillet 2005, p. 3 en haut (document CC/2005/03_rev1 FR).

²⁸³ Cf. en ce sens, l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, points 60 à 62 et 84 à 88. Cf. également, ci-dessous, nos 237 et s. au sujet des notions de « contrat » et de « contrat à titre onéreux » au sens des directives « marchés publics ».

²⁸⁴ Cf. en ce sens, l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Auroux, C-220/05, point 45, ainsi que l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti, C-399/98, point 77.

L'article 14, paragraphe 1^{er} de la directive 2004/17/CE, permet de considérer un tel « accord-cadre » comme un marché public soumis aux dispositions de la directive. Ultérieurement, l'entité adjudicatrice pourra passer des commandes à son cocontractant sans procéder à une nouvelle mise en concurrence (article 40, paragraphe 3, i)). Voilà l'utilité des accords-cadres dans la directive 2004/17/CE.

En revanche, si l'entité adjudicatrice s'est engagée dans l'accord-cadre à s'approvisionner pour certains produits à des prix déterminés auprès de son cocontractant, tenu de livrer au prix fixé, le recours à la notion d'accord-cadre est inutile, l'accord constituant de toute façon un marché public au sens de la directive.

4. La directive 2004/17/CE ne s'applique pas aux concessions de travaux, ni aux concessions de services

88.- La directive exclut de manière expresse tant les concessions de travaux que les concessions de services (article 18). La même solution valait implicitement sous la précédente directive sectorielle²⁸⁵.

5. Marchés ayant pour objet l'acquisition de services de téléphonie mobile, de radiomessagerie et de télécommunication par satellite

89.- L'exclusion des marchés ayant pour objet l'acquisition de services de téléphonie mobile, de radiomessagerie et de télécommunication par satellite est supprimée. D'après le huitième considérant de la directive 2004/17/CE, cette exclusion était justifiée par la considération que souvent les services en question ne pouvaient être fournis que par un seul fournisseur de services dans une zone géographique donnée.

B. Secteurs visés

90.- L'inclusion d'un secteur dans la liste des activités sectorielles visées par la directive 2004/17/CE signifie que les marchés passés en vue d'une activité sectorielle sont régis par ces règles. C'est donc la fin en vue de laquelle ces marchés sont passés qui est déterminante et non leur objet.

1. L'exclusion du secteur des télécommunications

91.- Le secteur des télécommunications n'est plus couvert par la directive sectorielle 2004/17/CE. Le législateur européen a en effet considéré que dans ce secteur régnait désormais « une concurrence effective, à la fois en droit et en fait » (cinquième considérant). Ce secteur n'est pas non plus régi par la directive générale 2004/18/CE adoptée le même jour qui prévoit justement une exception à ce sujet²⁸⁶. Le législateur communautaire a estimé que le fait que les pouvoirs adjudicateurs soient soumis dans ce domaine à une concurrence effective justifie que cette activité ne soit pas soumise aux règles régissant les marchés publics. A condition qu'il règne dans ce secteur réellement partout dans l'Union européenne une concurrence effective et qu'il n'existe pas d'entraves à l'accès au marché - ce qui n'est pas si évident - cette exclusion serait conforme au droit primaire, les entités adjudicatrices agissant, dans ce cas, comme des entreprises ordinaires²⁸⁷.

2. L'inclusion du secteur postal

92.- Les services postaux sont ajoutés aux activités sectorielles (article 6 de la directive 2004/17/CE). La directive justifie cette inclusion par l'ouverture à la concurrence des services postaux (vingt-huitième considérant). Comme l'exclusion des services de télécommunication est justifiée par la concurrence effective à laquelle ces services seraient soumis, la soumission des services postaux au régime de la directive 2004/17/CE peut sembler incohérente. Il n'en est cependant pas ainsi. Le

²⁸⁵ Dans son arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, la Cour a jugé que les concessions ne tombaient pas sous le régime de la directive sectorielle 93/38/CE (en particulier les points 55 et suivants).

²⁸⁶ Cf. l'article 13 de la directive 2004/18/CE (voir également ci-dessous, no 123).

²⁸⁷ Cf. au sujet de cette exception également ci-dessous nos 199, 512 et 521.

législateur européen fait passer les services postaux du régime rigide de la directive 2004/18/CE sous le régime plus souple de la directive 2004/17/CE. Selon l'évolution de la situation dans les divers Etats membres, ces services pourront y être exemptés en vertu de l'article 30. Lorsque l'activité est soumise en droit et en fait à une concurrence effective sur des marchés auxquels l'accès n'est pas limité, elle pourra également être exemptée, d'une façon générale, de la directive 2004/17/CE.

C. Marchés mixtes : marchés conclus dans l'intérêt de plusieurs activités

1. Position du problème

93.- L'article 20 de la directive 2004/17/CE énonce le principe que la directive 2004/17/CE ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à d'autres fins que la poursuite des activités sectorielles visées par cette directive. Autrement dit, la directive 2004/17/CE ne s'applique qu'aux marchés que les entités adjudicatrices passent dans l'intérêt des activités sectorielles visées. C'est dès lors de manière très cohérente que la directive 2004/18/CE précise en son article 12 qu'elle ne s'applique pas à ces marchés.

Il fallait bien sûr régler le cas des marchés qui ne sont pas passés exclusivement dans l'intérêt d'une activité déterminée. L'article 9 de la directive 2004/17/CE contient les règles - manquant dans les deux précédentes directives sectorielles - qui permettent de désigner le régime de passation des marchés de pouvoirs adjudicateurs exerçant plusieurs types d'activités, les unes étant visées par la directive 2004/17/CE, les autres non²⁸⁸.

Cette délimitation est importante, entre autres, parce que les champs d'application personnels²⁸⁹ des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE divergent et que les moyens de mise en concurrence prévus dans ces directives ne sont pas les mêmes. La directive 2004/17/CE admet des modalités de mise en concurrence plus souples et se contente d'un moindre degré de mise en concurrence²⁹⁰.

L'article 9 de la directive 2004/17/CE résout également la question de savoir quel est le régime de passation des marchés d'une entité adjudicatrice exerçant plusieurs activités dont au moins une relève de la directive sectorielle et une autre qui n'en relève pas, parce qu'elle est exemptée de mise en concurrence, par exemple en raison de l'article 30 de la directive 2004/17/CE²⁹¹.

2. La solution de principe de l'article 9 de la directive 2004/17/CE

94.- L'article 9, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE établit la règle qu'« un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné ». Ce même article signale que « le choix entre la passation d'un seul marché et la passation de plusieurs marchés ne peut être effectué avec l'objectif d'exclure le marché du champ d'application de la directive 2004/17/CE ou, le cas échéant, de celui de la directive 2004/18/CE »²⁹².

²⁸⁸ Ainsi en serait-il pour une municipalité exploitant un réseau d'eau potable, activité visée par la directive 2004/17/CE, alors que d'autres services, comme par exemple la gestion des voiries, ne sont pas visées par la directive 2004/17/CE.

²⁸⁹ Ainsi les entités adjudicatrices soumises à la directive 2004/17/CE comprennent la catégorie des entreprises publiques, ainsi que celle des entités bénéficiant de « droits spéciaux ou exclusifs » qui n'existent pas sous le régime de la directive 2004/18/CE.

²⁹⁰ Cf. à ce sujet les nos 97 et s.

²⁹¹ Activités directement exposés à la concurrence dans l'Etat membre en question sur des marchés dont l'accès n'est pas limité ; cf. à ce sujet, nos 82, 199, 512 et 520.

²⁹² Dans certains cas [la directive 2006/111/CE] de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17 novembre 2006, pp. 17 et s.) oblige les entreprises publiques de tenir des comptes internes séparés pour les différentes activités. Dans ces comptes, tous les produits et les charges doivent être « correctement imputés ou répartis sur la base de principes de comptabilité analytique appliqués de manière cohérente et objectivement justifiables » (cf. l'article 4 de cette directive). Ainsi, la dépense engendrée par un marché public doit être imputée aux activités auxquelles elle se rapporte.

3. *Contrariété avec la jurisprudence Mannesmann*

95.- Le législateur communautaire ne s'est peut-être pas rendu compte que dans certains cas, cette règle a conduit à des solutions contraires à l'arrêt adopté par la Cour dans un arrêt du 15 janvier 1998 (C-44/96, *Mannesmann*). En effet, conformément à l'article 9 de la directive 2004/17/CE, un marché destiné principalement à une activité sectorielle, mais exempté par la directive 2004/17/CE, par exemple en vertu de l'article 30 serait dispensé de toute mise en concurrence. Cette solution serait manifestement contraire à l'arrêt *Mannesmann* du 15 janvier 1998. La fiche explicative que la Commission a publiée au sujet du marché concernant plusieurs activités passe outre ce problème²⁹³.

D'après l'arrêt *Mannesmann*, tous les marchés de travaux passés par un « organisme de droit public »²⁹⁴, qu'elle que soit leur nature, doivent être soumis à l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 93/37/CEE, même si l'activité d'intérêt général non industrielle ou commerciale ne représente qu'une partie de l'activité globale de l'entreprise et que celle-ci prend, par ailleurs, part au marché en tant qu'entreprise commerciale²⁹⁵. Cette solution est couramment désignée par l'expression « théorie de la contamination » ou encore « théorie de la contagion ». L'arrêt *Mannesmann* la justifie par un argument de texte en considérant que suivant la définition que donne la directive 93/37/CEE (article 1^{er}, b)), un organisme de droit public ne cesse pas d'être un organisme de droit public en exerçant également d'autres activités. La Cour relève également que la définition des marchés publics de travaux ne distingue pas suivant la finalité des marchés²⁹⁶. La Cour ajoute que « l'absence d'une telle distinction s'explique par l'objectif de la directive 93/37 qui vise à exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs »²⁹⁷. Elle considère d'autre part qu'une interprétation de la notion d'organisme de droit public « selon laquelle l'application de la directive 93/37/CEE serait 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 serait contraire au principe de la sécurité juridique qui exige qu'une règle communautaire soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés »²⁹⁸.

A première vue on pourrait donc penser que la solution adoptée dans l'arrêt *Mannesmann* s'impose en vertu du droit primaire. Plus loin, nous examinerons cette question de manière plus approfondie²⁹⁹. Cet examen aboutit à la conclusion qu'en principe le droit primaire n'impose pas la théorie de la contagion.

4. *Les autres règles de l'article 9 de la directive 2004/17/CE*

96.- Le deuxième et le troisième paragraphe de l'article 9 règlent les cas dans lesquels « il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné ».

S'il s'agit d'un conflit entre la directive 2004/17/CE et la directive 2004/18/CE, le marché doit être attribué conformément à la directive 2004/18/CE (article 9, paragraphe 2).

En cas de conflit entre des activités visées à la directive 2004/17/CE, les unes exemptées, les autres non, le marché doit être attribué par voie de mise en concurrence conformément à la directive 2004/17/CE (article 9, paragraphe 3). La fiche explicative de la Commission donne certains exemples

²⁹³ Fiche explicative - directive secteurs - Marchés concernant plusieurs activités, document CC/2004/34 FR du 18 juin 2004. Dans sa fiche explicative, la Commission indique que la solution du paragraphe 2 de l'article 9 de la directive 2004/17/CE est inspirée d'un arrêt de la Cour de Justice du 5 décembre 1989 (C-3/88). Cet arrêt, a cependant trait à l'objet du marché et non à sa finalité. Or, c'est seulement à la finalité du marché que l'article 9 de la directive 2004/17/CE s'intéresse seulement à la finalité du marché.

²⁹⁴ Cf. au sujet de cette notion, ci-dessous, no 204.

²⁹⁵ Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, points 16 et 29 à 35.

²⁹⁶ Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, points 31 et 32.

²⁹⁷ Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, point 33.

²⁹⁸ Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, point 34.

²⁹⁹ Cf. ci-dessous, no 513.

d'entité exerçant à la fois des activités sectorielles exemptées et des activités sectorielles non exemptées³⁰⁰.

§ 3.- La transparence requise par la directive 2004/17/CE

1. Moyens de mise en concurrence

(a) Avis de marché

97.- Comme déjà dans la première directive sectorielle 90/531/CEE³⁰¹ et la directive sectorielle subséquente 93/38/CEE, la directive 2004/17/CE prévoit que la mise en concurrence peut être effectuée au moyen d'un avis de marché (en vue d'une procédure ouverte, restreinte ou négociée ou en vue de la mise en place d'un système d'acquisition dynamique). A côté des avis de marché, il existe cependant deux autres moyens de mise en concurrence : l'avis périodique indicatif et l'avis sur l'existence d'un système de qualification (article 42 de la directive 2004/17/CE).

(b) Mise en concurrence par un avis sur l'existence d'un système de qualification - Appréciation de la conformité de ce moyen de mise en concurrence au regard du droit primaire

98.- Les dispositions de la directive 2004/17/CE qui concernent spécialement les systèmes de qualification sont les articles 41, paragraphe 3, 42 et 49, paragraphes 3, 4 et 5, l'article 51, paragraphe 2, et l'article 53.

(i) Sous le régime de la directive 2004/17/CE, les systèmes de qualification peuvent être utilisés comme seul moyen de mise en concurrence

99.- Sous le régime de la directive 2004/17/CE, les systèmes de qualification sont un moyen de mise en concurrence parmi d'autres que le législateur européen met à la disposition des entités adjudicatrices. Aucune entité adjudicatrice n'est obligée d'établir un système de qualification. D'après la directive 2004/17/CE, les systèmes de qualification peuvent être utilisés comme seuls moyen de mise en concurrence.

(ii) Publication d'un avis concernant la mise en place d'un système de qualification

100.- L'établissement d'un système de qualification fait l'objet d'un avis sur l'existence d'un système de qualification conforme à l'annexe XIV de la directive. Cet avis doit être envoyé à l'Office des publications officielles de l'Union européenne conformément à l'annexe XX de la directive. Si le système a une durée supérieure à trois ans, l'avis doit être publié annuellement (article 41, paragraphe 3). L'annexe XIV indique les mentions à faire figurer dans l'avis, dont celle « que l'avis sert de moyen de mise en concurrence ».

La directive n'indique pas si, une fois le système de qualifications mise en place, l'entité adjudicatrice peut utiliser d'autres moyens de mise en concurrence. Lui serait-il permis de publier ultérieurement un avis de marché pour une procédure ouverte, le cas échéant afin de susciter une concurrence accrue, si le système de qualification n'a eu qu'un faible succès ? En principe oui, car il n'est pas interdit à un pouvoir adjudicateur de retirer une procédure de marché public. De même, les directives « marchés publics » envisagent l'hypothèse où « aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte »³⁰². Dans ce cas, il peut être recouru à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché.

³⁰⁰ Point 5 de la Fiche explicative - directive secteurs - Marchés concernant plusieurs activités, document CC/2004/34 FR du 18 juin 2004.

³⁰¹ Article 16 de la première directive sectorielle 90/531/CEE.

³⁰² Article 40, paragraphe 3, a), de la directive 2004/17/CE ; article 31, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2004/18/CE ; cf. également l'article 28, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2009/81/CE.

(iii) Fonctionnement

101.- Le système de qualification conduit à dresser un ou plusieurs relevés d'opérateurs économiques qualifiés sur base des demandes de qualification reçues. Ces listes peuvent être divisées en catégories pour les divers types de marchés envisagés (cf. l'article 53, paragraphe 7).

Le système doit être géré sur la base de critères et de règles de qualification objectifs définis par l'entité adjudicatrice (article 53, paragraphe 2). La directive prévoit que les opérateurs économiques peuvent à tout moment demander à être qualifiés (article 53, paragraphe 1^{er}, 2^e alinéa). Le système peut comprendre plusieurs stades de qualification (article 53, paragraphe 2, alinéa 1^{er}). L'entité adjudicatrice doit définir des critères et des règles de qualification objectifs (article 53, paragraphe 2, alinéa 2).

L'entité adjudicatrice n'a pas besoin de publier un nouvel avis de marché pour les marchés individuels qu'elle compte passer. L'avis sur l'existence d'un système de qualification est suffisant (article 42, paragraphe 1^{er}, b)).

Pour passer un marché public déterminé, l'entité adjudicatrice sélectionnera parmi les candidats inscrits sur le relevé ceux qu'elle invitera à présenter une offre ou à négocier dans le cadre d'une procédure restreinte ou d'une procédure négociée (article 53, paragraphe 9).

La directive n'indique pas comment ce choix devra s'effectuer. Par définition, tous ceux figurant sur le relevé correspondant sont aptes à exécuter le marché, puisqu'ils ont été reçus dans le système.

L'article 54, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE³⁰³ prévoit ce qui suit :
« *Dans les cas des procédures restreintes ou négociées, les critères peuvent être fondés sur la nécessité objective, pour l'entité adjudicatrice, de réduire le nombre de candidats à un niveau justifié par la nécessité d'équilibre entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marchés et les moyens que requiert son accomplissement. Le nombre de candidats retenus doit toutefois tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante* ».

L'article X, paragraphe 1^{er}, de l'Accord sur les marchés publics va dans le même sens, puisqu'il prévoit que l'entité adjudicatrice ne peut restreindre le nombre des soumissionnaires que dans la mesure « compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés (article X, paragraphe 1^{er}, de l'Accord sur les marchés publics)³⁰⁴ ».

En principe, tous les opérateurs inscrits sur le relevé correspondant devront donc être invités à soumissionner ou à négocier, sauf la nécessité objective de réduire le nombre de participants dans l'intérêt de l'efficacité de la procédure.

(iv) Appréciation - Conformité avec le droit primaire de la mise en concurrence - Conformité avec l'Accord sur les marchés publics

102. Délai excessif d'examen de la demande d'admission.- La directive prévoit que les entités adjudicatrices qui établissent et gèrent un système de qualification informent les demandeurs de leur décision quant à la qualification dans un délai de six mois (article 49, paragraphe 3). Ce délai est évidemment trop long dans la plupart des cas. Dans l'intervalle l'intéressé ne pourra pas participer aux procédures d'adjudication.

Il en résultera une violation évidente du principe d'égalité de traitement. Il est vrai que la directive précise : « Si la décision de qualification doit prendre plus de quatre mois à partir du dépôt de la demande de qualification, l'entité adjudicatrice doit informer le demandeur, dans les deux mois suivant ce dépôt, des raisons justifiant un allongement du délai et de la date à laquelle la demande sera acceptée ou refusée »³⁰⁵. Cette obligation d'informer l'intéressé ne remédie pas à l'atteinte au principe d'égalité de traitement que nous venons de signaler.

L'article 49, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE paraît également contraire à l'article VIII (qualification des fournisseurs) de l'Accord sur les marchés publics d'après lequel « les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés feront en sorte que les fournisseurs puissent

³⁰³ Cet article s'applique en effet aux systèmes de qualification (cf. les articles 51, paragraphe 2, b), 51, paragraphe 1^{er}, qui renvoient à cette disposition).

³⁰⁴ Cf. ci-dessous, no 287 au sujet de l'Accord sur les marchés publics et de ses effets dans l'ordre juridique européen.

³⁰⁵ Article 49, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive 2004/17/CE.

en tout temps demander à être qualifiés et que tous les fournisseurs qualifiés qui en feront la demande soient inscrits sur ces listes dans un délai raisonnablement court » (point d).

103. Publicité insuffisante.- L'annexe XIV (point 3) de la directive 2004/17/CE prévoit que l'avis sur l'existence d'un système de qualification doit informer sur l'« objet du système de qualification [description des produits, services ou travaux ou catégories de ceux-ci devant être achetés au moyen de ce système - numéro(s) de référence à la nomenclature] ». La directive n'exige pas d'indications quant au lieu d'exécution ou quant à l'époque à laquelle un marché sera conclu ou devra être exécuté. Concrètement, les avis portant sur la mise en place d'un système de qualification ne comportent bien souvent que des informations vagues sur les fournitures, prestations ou travaux dont il s'agit. Il en résulte que dans de nombreux cas - contrairement à ce qu'une mise en concurrence conforme aux exigences du droit primaire requiert³⁰⁶ - l'avis en question ne permet pas aux opérateurs économiques de savoir si le système de qualification se rapporte à des marchés susceptibles de les intéresser.

104. Choix des opérateurs admis à présenter une offre.- En principe tous les opérateurs admis à un système de qualification devraient être invités à présenter une offre ou à négocier. Contrairement à ce que pourrait laisser penser l'article 53, paragraphe 9, de la directive 2004/17/CE, le pouvoir adjudicateur ne pourra réduire sans nécessité le nombre de participants lorsqu'il envoie une invitation à soumissionner ou à négocier. L'article 54, paragraphe 3, de la directive, le droit primaire de la mise en concurrence, de même que l'Accord sur les marchés publics s'opposeraient à cette façon de procéder.

(c) Mise en concurrence au moyen d'un avis périodique indicatif

105.- Les articles 41, 42, paragraphe 3, et l'article 47, paragraphe 5, de la directive 2004/17/CE ont trait à la mise en concurrence au moyen d'un avis périodique indicatif.

(i) Principe

106.- Lorsque la mise en concurrence est faite au moyen d'un avis périodique indicatif, les opérateurs économiques intéressés sont censés manifester leur intérêt par écrit auprès de l'entité adjudicatrice (article 42, paragraphe 3). Celle-ci choisit ceux qu'elle invitera à présenter des offres (procédure restreinte) ou à négocier (procédure négociée) conformément à l'article 47, paragraphe 5, de la directive 2004/17/CE. Ce choix doit intervenir sur base de critères de sélection objectifs, préalablement communiqués, tenant essentiellement à l'aptitude des candidats³⁰⁷.

(ii) Publication de l'avis périodique indicatif

107.- L'entité adjudicatrice doit faire parvenir à l'Office des publications officielles de l'Union Européenne l'avis établi suivant l'annexe XV A. L'Office procède à la publication de l'avis³⁰⁸. L'avis indique notamment si le marché sera passé suivant la procédure restreinte ou la procédure négociée (annexe XV A, 14., b)).

Avant de commencer à sélectionner les soumissionnaires ou les participants à une négociation, les entités adjudicatrices doivent inviter, le moment venu, la directive dit « ultérieurement » (article 47, paragraphe 3), tous les candidats à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché en question ». Cette invitation doit contenir les renseignements indiqués à l'article 47, paragraphe 5, dont l'indication de « l'adresse et date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner ainsi que le ou les langues autorisées pour les présentation » (point d).

³⁰⁶ Cf. à ce sujet ci-dessous, nos 389 et s.

³⁰⁷ Cf. l'article 47, paragraphe 5, f), de la directive 2004/17/CE

³⁰⁸ La publication sur le site internet de l'entité adjudicatrice que la directive désigne comme « profil d'acheteur » est insuffisante, lorsque l'avis périodique indicatif sert de moyen de mise en concurrence (annexe XX, 1., b) et 41, paragraphe 1^{er}, combinés).

L'avis périodique indicatif doit avoir été publié au plus tôt douze mois avant l'envoi de cette invitation (article 42, paragraphe 3, c)).

En résumé, eu égard aux explications qui précèdent, le déroulement de la procédure sera donc le suivant : avis périodique indicatif, manifestation d'intérêt, invitation aux intéressés à confirmer leur intérêt, comprenant des informations plus détaillées quant au marché précis dont il s'agit, présélection, invitation à soumissionner ou suivant le cas, participer à une négociation. Lorsque l'avis périodique indicatif sert de mise en concurrence, il doit contenir les renseignements indiqués à l'annexe XVA.

La mise en concurrence à l'aide d'un avis périodique indicatif paraît en principe conforme aux exigences du droit primaire de la mise en concurrence dégagées par la Cour³⁰⁹.

2. Transparence ex post

108.- La directive 2004/17/CE oblige les entités adjudicatrices à informer les participants sur l'issue de la procédure et de fournir, sur demande, aux candidats ou aux soumissionnaires écartés les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre ainsi qu'à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom de l'adjudicataire (article 49, paragraphe 2). Ces informations constituent des éléments de « transparence *ex post* ». Elles ne sont bien sûr pas destinées à provoquer une mise en concurrence. Elles interviennent dans le cadre d'une procédure en cours ou venant d'aboutir ou en rapport avec l'abandon d'une procédure. Elles tendent notamment à informer les candidats sur le résultat de la mise en concurrence, en particulier afin de leur permettre de décider s'ils vont introduire des recours.

L'article 50 impose aux entités adjudicatrices de conserver les informations susceptibles de justifier un certain nombre de décisions, notamment celles sur la sélection des candidats et l'attribution du marché. Cette obligation existait déjà d'après l'ancienne directive sectorielle 93/38/CEE³¹⁰.

§ 4.- Modalités électroniques de mise en concurrence dans la directive 2004/17/CE

109.- Contrairement aux précédentes directives sectorielles, la directive 2004/17/CE prévoit des procédures de passation faisant appel à des moyens électroniques. Il s'agit du « système d'acquisition dynamique » pour des achats d'usage courant (article 1^{er}, paragraphe 5 ; article 15) et des « enchères électroniques » (article 1^{er}, paragraphe 6 ; article 56) pour des marchés de travaux, de fournitures et de services dont les spécifications peuvent être établies de manière précise et pour autant que les éléments soumis aux enchères soient quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages (cf. article 56, paragraphe 3, a)).

On peut regretter la façon peu systématique dont ces procédures sont introduites ainsi que l'insistance mise par le législateur sur la mise en œuvre de moyens électroniques. Le même type de procédure pourrait être appliqué sans nécessairement avoir recours à des moyens électroniques. Ainsi, des enchères par offres successives, portées à la connaissance des autres participants pourraient être conduites sans moyens électroniques. Le recours à des moyens informatiques ne permet pas nécessairement d'augmenter les garanties d'un traitement impartial des candidats³¹¹.

A. Les enchères électroniques

(Article 1^{er}, paragraphe 7, et article 54 de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 6, et article 56 de la directive 2004/17/CE)

110.- Les règles sont identiques dans les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Les Etats membres ont la faculté, mais non l'obligation, de permettre des enchères électroniques (article 54 de la directive 2004/18/CE ; article 56 de la directive 2004/17/CE).

³⁰⁹ Cf. sur les exigences du droit primaire de la mise en concurrence, ci-dessous, nos 389.

³¹⁰ Article 41 de la directive 93/38/CEE.

³¹¹ Cf. à ce sujet également ci-dessous, nos 319 et s.

1. Cas dans lesquels une entité adjudicatrice peut avoir recours à des enchères électroniques

111.- Les enchères électroniques constituent un mécanisme auquel le pouvoir adjudicateur peut, sous certaines conditions, avoir recours au stade final³¹² d'une procédure ouverte ou restreinte, de certaines procédures négociées, de systèmes d'acquisitions dynamiques ou de certains accords-cadres (article 54, paragraphe 2 de la directive 2004/18/CE ; article 56, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE). Ainsi qu'il résulte de la définition des directives « marchés publics », le recours à des enchères électroniques suppose un classement des offres sur base d'un traitement automatique. Pour certaines prestations, cela exclut le recours aux enchères électroniques³¹³. Les enchères peuvent porter sur d'autres éléments que le prix, à moins qu'il soit prévu que le marché sera attribué au prix le plus bas³¹⁴.

2. Fonctionnement

112. Avant de procéder à des enchères électroniques, les pouvoirs adjudicateurs doivent effectuer une première évaluation complète des offres, conformément aux critères d'attribution et à leur pondération préalablement fixés (article 54, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ; article 56, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE). Le législateur impose l'usage d'une formule mathématique, préalablement communiquée, qui « intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ; à cette fin d'éventuelles fourchettes sont exprimées au préalable par une valeur déterminée »³¹⁵. Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs « communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement »³¹⁶.

En aucun cas les pouvoirs adjudicateurs « ne peuvent divulguer l'identité des soumissionnaires pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique »³¹⁷.

Les directives prévoient que le cahier des charges doit notamment contenir « les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique », « les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir », « les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion »³¹⁸.

3. Impossibilité de recourir à d'autres modalités d'enchères comportant des offres successives dans le champ d'application des directives « marchés publics »

113.- Depuis les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, il est certain que des enchères comportant des offres successives, ne peuvent avoir lieu que dans le cadre assez contraignant³¹⁹ tracé par ces directives.

³¹² Voir les paragraphes 4 et 8 de l'article 54 de la directive 2004/18/CE et de l'article 56 de la directive 2004/17/CE.

³¹³ Cf. l'article 1^{er}, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 7, de la directive 2004/18/CE. De l'exigence d'un classement automatique des offres, les directives déduisent que « certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrages, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques » (article 1^{er}, paragraphe 7, alinéa 2, de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE).

³¹⁴ Article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE ; article 56, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE.

³¹⁵ Article 56, paragraphe 5, alinéa 2, de la directive 2004/17/CE ; article 54, paragraphe 5, alinéa 2, de la directive 2004/18/CE).

³¹⁶ Article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE ; article 56, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE.

³¹⁷ Article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE ; article 56, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE.

³¹⁸ Article 56, paragraphe 3, point d), e) et f), de la directive 2004/17/CE ; article 54, paragraphe 3, point d), e) et f), de la directive 2004/18/CE.

³¹⁹ Cf. à cet égard les critiques de R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response » *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s., no 9.

Est-ce qu'avant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, les directives « marchés publics » permettaient de recourir à des enchères ?

L'interdiction d'enchères pouvait être déduite de façon implicite de certaines dispositions des directives « marchés publics ». Ainsi, l'ancienne directive travaux 71/305/CEE prévoyait déjà que dans les procédures ouvertes, l'avis de marché devait préciser la date limite pour la remise des offres, ainsi que les personnes admises à assister à leur ouverture (article 16, g) et h)). L'annexe VII A (points 12 et 13) de la directive 2004/18/CE impose les mêmes indications. Il ne se trouvait cependant dans les directives aucun élément vraiment décisif qui aurait permis d'exclure de façon catégorique le recours à des enchères dans le cadre d'une procédure ouverte.

A la suite de la première directive sectorielle 90/531/CEE figurait une déclaration commune du Conseil et de la Commission aux termes de laquelle « dans les procédures ouvertes ou restreintes, est exclue toute négociation avec les candidats ou les soumissionnaires portant sur des éléments fondamentaux des marchés dont la variation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence, et notamment sur les prix ; cependant, il peut y avoir des discussions avec les candidats ou les soumissionnaires seulement pour faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres, ainsi que les exigences des entités adjudicatrices, pour autant qu'il n'y ait pas un effet discriminatoire »³²⁰. Dans la mesure où cette déclaration, même si elle n'émane que de deux des institutions impliquées à l'époque dans la procédure législative, n'a été démentie par aucune des directives subséquentes, il faut considérer qu'elle correspond aux intentions du législateur européen.

La déclaration ne s'exprimait cependant pas sur la conformité à la directive d'une procédure nationale qui aurait admis, dans des conditions de stricte égalité, des offres successives de la part des candidats, ainsi que c'est le cas lors d'enchères.

Dans un arrêt du 25 avril 1996 la Cour n'a exclu qu'un candidat apporte des modifications à son offre que dans l'hypothèse où cette faculté n'est pas reconnue aux autres soumissionnaires³²¹. La Cour ne s'est cependant pas exprimée sur l'admissibilité d'un mécanisme d'enchères pour la passation des marchés soumis aux directives³²².

B. Systèmes d'acquisition dynamiques : procédure entièrement informatisée pour des achats d'usage courant

114.- Les dispositions de la directive 2004/17/CE relatives aux systèmes d'acquisition dynamiques sont l'article 1^{er}, paragraphe 5, les articles 15, 17, paragraphe 3, les articles 42, 43, paragraphe 1, alinéa 3, ainsi que les articles 49 et 56, paragraphe 2, alinéa 2. Ces dispositions présentent des incohérences majeures.

Les Etats peuvent permettre de recourir aux systèmes d'acquisition dynamiques (article 15, paragraphe 1^{er}), mais n'y sont pas obligés. Il ne peut être recouru aux systèmes d'acquisition dynamiques que pour des achats d'usage courant.

1. Définition

115.- La directive définit les systèmes d'acquisition dynamiques comme « processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins de l'entité adjudicatrice, limité dans le temps et ouvert

³²⁰ JO L 297 du 29 octobre 1990, p. 48.

³²¹ Arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, point 56. Nous ne sommes donc pas d'avis que les directives imposaient nécessairement le principe que les offres une fois remises ne pouvaient plus être modifiées (cf. en sens contraire, V. BERTRAND, « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques », *Journal des tribunaux - Droit européen*, *Public Procurement Law Review*, 2005, p.11).

³²² Voir en faveur de l'admissibilité d'enchères électroniques avant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, S. ARROWSMITH, « Electronic reverse auctions under the EU public procurement rules » *Public Procurement Law Review*, 2002, (p. 299 et s., en particulier, pp. 304 et s.) ; S. ARROWSMITH, *The law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell, no 18.29, 2005, p. 1182 ; A. EYO, « Electronic auctions in European Union procurement : Reflections on auction rules from the United Kingdom », *Public Procurement Law Review*, 1, point 2., pp. 2 et 3.

pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges » (article 1^{er}, paragraphe 5).

2. Seuil

116.- La valeur à prendre en considération pour déterminer si le seuil d'application de la directive est dépassé est la valeur maximale estimée hors tva de l'ensemble des marchés pendant la durée totale du système (article 17, paragraphe 3). La durée d'un système d'acquisition dynamique ne peut en principe excéder quatre ans (article 15, paragraphe 7).

La manière de calculer pour les systèmes d'acquisition dynamiques a pour conséquence que des acquisitions qui ne seraient normalement pas placées sous le régime de la directive le seront le cas échéant du fait qu'ils sont effectués dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique.

En effet, en dehors d'un système d'acquisition dynamique, il est en principe tenu compte pour les « marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelé au cours d'une période donnée », d'une estimation faite sur base d'une durée de douze mois (article 17, paragraphe 7).

Ainsi, lorsqu'un système d'acquisition dynamique dépasse douze mois, il se peut qu'il entre dans le champ d'application de la directive, alors que pour les mêmes acquisitions, faites en dehors d'un système d'acquisition dynamique, le seuil n'aurait pas été dépassé.

Inversement, lorsque la durée du système d'acquisition dynamique est inférieure à douze mois, il peut arriver que les marchés passés dans le cadre de ce système échappent à l'application de la directive, alors que normalement ils y auraient été soumis.

3. Fonctionnement

117.- La directive prévoit un premier avis de marché pour la mise en place du système (article 15, paragraphe 3, a)).

Les opérateurs économiques qui satisfont aux critères de sélection et qui ont présenté une première offre indicative conforme au cahier des charges sont admis au système (article 15, paragraphe 2). Tout au long de l'existence du système, de nouveaux opérateurs économiques peuvent y être admis (article 15, paragraphe 4).

Pour « chaque marché spécifique » un « avis de marché simplifié » est publié (article 15, paragraphe 5). Cet avis simplifié invite tous les opérateurs intéressés à présenter encore une fois une offre indicative dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours (article 15, paragraphe 5). Il se peut que des opérateurs économiques ne demandent à participer au système qu'après l'avis simplifié. La directive prévoyant un maximum de quinze jours pour l'évaluation des premières offres indicatives de nouveaux intéressés (article 15, paragraphe 4), ces derniers peuvent donc être admis à concourir aux procédures en cours pour des marchés spécifiques visés par des avis simplifiés déjà publiés. Cela réduit l'avantage ordinairement escompté d'une liste déjà existante de candidats présélectionnés.

Ayant reçu les secondes offres indicatives, les entités adjudicatrices doivent d'abord les évaluer et elles « ne procèdent à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives introduites dans ce délai » (article 15, paragraphe 5). La directive permet aux soumissionnaires d'améliorer les offres indicatives « à tout moment » (article 15, paragraphe 2). Les résultats de l'évaluation risquent donc d'être anéantis par une modification ultérieure des offres indicatives.

On aurait pu s'attendre à ce que ce travail d'évaluation des nouvelles offres indicatives que la directive impose aux entités adjudicatrices serve à réduire le nombre des candidats admis à soumettre une offre définitive. Or, il n'en est rien, car la directive prévoit qu'ensuite « les entités adjudicatrices invitent tous les soumissionnaires admis dans le système à présenter une offre » [une offre ferme s'entend et non plus une offre indicative] (article 15, paragraphe 6)³²³. La directive prévoit que l'entité

³²³ L'étape intermédiaire des secondes offres indicatives n'apparaît plus dans les propositions de directive « marchés publics » censées remplacer les actuelles directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

adjudicatrice peut préciser les critères d'attribution dans l'invitation à présenter une offre ferme (article 15, paragraphe 6). S'il y a lieu de fournir des précisions quant aux critères d'attribution, il serait bien entendu plus cohérent de les indiquer le plus tôt possible, c'est-à-dire déjà dans l'avis de marché simplifié publié pour le marché spécifique dont il s'agit.

4. Appréciation

118.- Les systèmes d'acquisition dynamiques relèvent à la fois de la procédure ouverte et de la procédure restreinte. De la procédure ouverte, parce que tous les candidats répondant aux critères de sélection sont admis à présenter des offres fermes ; de la procédure restreinte, parce que seuls ceux qui satisfont aux critères de sélection sont admis à présenter une offre³²⁴. Les systèmes d'acquisition dynamiques présentent d'autre part la particularité que les communications se font exclusivement par des moyens électroniques³²⁵. Leur inconvénient consiste dans les lourdeurs qu'imposent la directive et le recours obligatoire à une procédure informatisée qui doit répondre à des conditions très strictes³²⁶. Plutôt que de faire appel à la dénomination « système d'acquisition dynamique » qui ne signifie rien dans le langage courant, il aurait d'ailleurs mieux valu que le législateur européen choisisse une désignation qui, dès l'abord, rende mieux compte de quoi il s'agit³²⁷. Il semble que les systèmes d'acquisitions dynamiques soient peu utilisés en pratique³²⁸.

§ 5.- Centrales d'achat

119.- La directive 2004/17/CE permet aux Etats membres d'autoriser le recours à des centrales d'achat pour passer des marchés publics (article 29). Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui « - acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des entités adjudicatrices, ou
- passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des entités adjudicatrices » (article 1^{er}, paragraphe 8).

A défaut d'une pareille disposition, les contrats entre la centrale d'achat et les entités adjudicatrices seraient en principe considérés comme un marché public³²⁹ devant faire l'objet d'une mise en concurrence.

³²⁴ Cf. S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulation of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 102, qui y voient une variété de la procédure ouverte.

³²⁵ En effet, la directive précise que « pour la mise en place du système et pour la passation des marchés dans le cadre de celui-ci, les entités adjudicatrices utilisent exclusivement des moyens électroniques conformément à l'article 48, paragraphe 2 à 5 » (article 15, paragraphe 2, troisième phrase). En réalité, il n'était pas indispensable de conditionner le recours aux systèmes d'acquisition dynamiques par l'usage exclusif de moyens électroniques.

³²⁶ Voir en ce sens également R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s., no 9 ; G.M. RACCA, « The Role of IT solutions in the Awards and Execution of Public Procurement below Threshold and List B Services : Overcoming E-Barriers » in *Outside the EU Procurement Directives Inside the Treaty ?*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 373 et s., point 4 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 18.4, p. 1161.

³²⁷ D'autres auteurs se sont montrés moins critiques à l'égard des systèmes d'acquisition dynamiques. Voir, par exemple, V. BERTRAND, « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques » », *Journal des tribunaux - Droit européen*, 2005, page 6.

³²⁸ Voir en ce sens A. EYO, « Electronic auctions in European Union procurement: Reflections on the auction rules from the United Kingdom », *Public Procurement Law Review*, 2012, 1, pp. 1 et s., point 4.2.2. L'article en question repose sur une recherche empirique faisant appel à des questions posées à divers intervenants. Dans le même sens, R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s., no 9.

³²⁹ Voir à ce sujet, ci-dessous, nos 219 et s.

§ 6.- Dispositions diverses

120.- Parmi les modifications qui ne concernent pas le champ d'application de la directive, relevons la possibilité pour un opérateur économique de se fonder sur des capacités économiques, financières ou techniques d'autres entreprises, à condition qu'il montre qu'il en disposera effectivement (article 54, paragraphes 5 et 6). Signalons également l'obligation de prévoir une pondération relative des critères d'attribution, sauf dans des cas dûment justifiés (article 55, paragraphe 2, alinéa 3).

Section 2.- La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services³³⁰

121.- Comme la directive 2004/17/CE l'a fait dans le domaine sectoriel, la directive 2004/18/CE remplace les dispositions antérieures dans les secteurs classiques. La directive 2004/18/CE regroupe en un seul texte les dispositions concernant les marchés publics de travaux, les marchés publics de fournitures et les marchés publics de services qui se trouvaient avant dans trois directives différentes³³¹. Tout comme il l'a fait dans la directive 2004/17/CE adoptée le même jour, le législateur communautaire affirme au premier considérant de la directive que la directive 2004/18/CE apporte des « modifications nécessaires pour répondre aux exigences de simplification et de modernisation formulées aussi bien par les entités adjudicatrices que par les opérateurs économiques dans le cadre de leurs réponses au livre vert adopté par la Commission ».

Sur beaucoup de points, les modifications sont identiques à celles introduites dans les secteurs spéciaux par la directive 2004/17/CE.

Le deuxième considérant de la directive 2004/18/CE rappelle - certains arrêts de la Cour l'avaient déjà retenu³³² - que d'une façon générale, la passation des marchés publics doit respecter « les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que des principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence » (deuxième considérant). Nous verrons cependant plus loin que le champ d'application de ces principes est incertain³³³. Le législateur européen a cependant estimé qu'il était recommandé, pour des marchés dépassant certains seuils, « d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation des marchés publics qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics » (deuxième considérant). Le législateur européen ajoute : « Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité ». Il est évident que ces explications valent également pour la directive 2004/17/CE, bien qu'elles ne se retrouvent pas dans les considérants de cette directive.

Le champ d'application de la directive 2004/18/CE ne comporte pas de changements notables par rapport au champ d'application des précédentes directives générales. Comme la directive 2004/17/CE, la directive 2004/18/CE précise que le cocontractant du pouvoir adjudicateur, désigné désormais comme « opérateur économique », est un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services qui « offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou ouvrages, des produits ou des services sur le marché » (article 1^{er}, paragraphes 2 et 8)³³⁴. Elle indique par ailleurs qu'un contrat sera considéré comme conclu par écrit s'il consiste en « un ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué » et que « cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques » (article 1^{er}, paragraphe 12)³³⁵. Cette définition passe à côté du

³³⁰ JO L 134 du 30 avril 2004, pp. 114 et s.

³³¹ La directive 92/50/CEE pour les marchés publics de services (voir ci-dessus no 57), la directive 93/36/CEE pour les marchés publics de fournitures (voir ci-dessus no 69) et la directive 93/37/CEE pour les marchés publics de travaux (voir ci-dessus no 68).

³³² Cf. pour ces arrêts voir notamment ci-dessus, nos 330 et 345 et s.

³³³ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 339 et s.

³³⁴ La directive 2004/17/CE contient les mêmes dispositions.

³³⁵ La directive 2004/17/CE contient les mêmes dispositions.

véritable problème. En réalité, l'exigence que le contrat soit conclu par écrit rétrécit le champ d'application des directives marchés publics et permet aux pouvoirs adjudicateurs, du moins pour certains marchés, d'échapper à leur emprise en s'abstenant de conclure des contrats écrits. Que le contrat soit écrit ou verbal, peu importe, les directives devraient s'appliquer. Les directives devraient d'ailleurs s'appliquer à plus forte raison lorsque le contrat repose sur un accord oral. N'est-ce pas là le comble de l'intransparence que le législateur européen se devait de réprimer ? L'exigence que le marché soit conclu par écrit n'est d'ailleurs pas conforme à l'Accord sur les marchés publics qui s'applique « aux marchés passés par tout moyen contractuel » (article 1^{er}, 2^e paragraphe)³³⁶.

§ 1^{er}.- Pouvoirs adjudicateurs

122.- La directive 2004/18/CE ne contient pas de modifications quant à la définition des pouvoirs adjudicateurs soumis au droit dérivé des marchés publics. Le champ d'application personnel des directives « marchés publics » fera plus loin l'objet de développements détaillés auxquels nous nous permettons de renvoyer le lecteur³³⁷.

§ 2.- Exclusion de certains marchés en raison de l'objectif poursuivi par ces marchés - délimitation par rapport à la directive sectorielle 2004/17/CE

123.- Comme déjà sous les directives précédentes (article 4 de la directive « marchés publics de travaux » 93/37/CEE ; article 2 de la directive « marchés publics de fournitures » 93/36/CEE), les marchés passés pour des activités sectorielles sont exclus du champ d'application de la directive 2004/18/CE³³⁸.

Les activités du secteur des télécommunications ont été soustraites au champ d'application de la directive sectorielle 2004/17/CE. Afin d'éviter qu'ils ne retombent sous l'emprise de la directive 2004/18/CE, il fallait évidemment exclure ces marchés du champ d'application de la directive 2004/18/CE. C'est ainsi que s'explique l'article 13 de la directive 2004/18/CE³³⁹.

§ 3.- Services prioritaires et services non prioritaires

124.- La directive 2004/18/CE continue de faire la distinction entre des services considérés comme prioritaires et d'autres, considérés comme non-prioritaires, les premiers seuls étant soumis à une obligation de mise en concurrence d'après les directives³⁴⁰.

§ 4.- Seuils

125.- Tout comme dans la directive sectorielle 2004/17/CE, les seuils monétaires pour l'application de la directive sont exprimés en euros, ce qui n'était pas le cas dans les directives précédentes. La directive 2004/18/CE prévoit trois seuils, un pour les marchés de travaux, le plus élevé, et deux autres pour les marchés de fournitures et les marchés de services, pour lesquels s'applique tantôt l'un tantôt l'autre, suivant des distinctions qui paraissent arbitraires. Pourquoi en effet un seuil plus élevé pour l'application des directives lorsqu'un marché de fournitures ou de services est passé par une collectivité territoriale que lorsqu'il est passé par une autorité centrale (cf. l'article 7 de la directive 2004/18/CE)³⁴¹ ?

³³⁶ Cf. ci-dessous nos 286 et s. au sujet de l'accord sur les marchés publics.

³³⁷ Cf. ci-dessous, nos 192 et s.

³³⁸ Cf. l'article 12 de la directive 2004/18/CE.

³³⁹ La même règle figure à l'article 28 de la directive 2004/17/CE.

³⁴⁰ Voir au sujet de cette distribution ci-dessous, no 253.

³⁴¹ Cf. ci-dessous, nos 277 et s., pour un examen détaillé du champ d'application *ratione valoris* des directives « marchés publics ».

D'autre part, la manière de calculer la valeur estimée des marchés comporte quelques précisions par rapport aux directives antérieures (article 9). Ces précisions n'impliquent cependant aucune modification majeure³⁴².

Pour le calcul de son seuil d'application, la directive précise qu'il sera également tenu compte de toute forme d'option éventuelle et des éventuelles reconductions du contrat (article 9, paragraphe 1^{er}). L'inclusion des options était déjà prévue dans la directive marchés publics de fournitures 93/36/CEE (article 5, paragraphe 5). La directive rapproche les dispositions concernant le calcul du seuil pour les services divisés en lots de celles concernant les marchés de fournitures divisés en lots. Tout comme sous l'ancienne directive fournitures 93/36/CEE « lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur de la totalité de ces lots est prise en compte » (article 9, 5., b)) de la directive 2004/18/CE). Elle ajoute cependant comme le faisait l'ancienne directive marchés publics de services 92/50/CEE que lorsque la valeur estimée hors tva de certains lots est inférieure à 80 000 EUR et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots, les pouvoirs adjudicateurs sont dispensés d'appliquer la directive à ces lots (article 9, paragraphe 5, b))³⁴³.

§ 5.- Opérations visées : marchés publics de travaux, de fournitures ou de services

1. Remplacement des trois directives 92/50/CEE (marchés publics de services), 93/36/CEE (marchés publics de fournitures) et 93/37/CEE (marchés publics de travaux) par une seule directive

126.- La directive 2004/18/CE vise à la fois les marchés publics de travaux, les marchés publics de fourniture et les marchés publics de services.

2. Contrat à titre onéreux

127.- Par rapport aux directives antérieures, les notions de « services » et de « travaux » ne changent en principe pas. Comme sous les précédentes directives, un marché public suppose un contrat écrit à titre onéreux³⁴⁴.

3. Exclusion expresse des concessions de service³⁴⁵

128.- Les concessions de service sont expressément exclues du champ d'application de la directive 2004/18/CE (article 17). Avant, ni la directive « marchés publics de services » 92/50/CEE, ni la directive 93/38/CEE, n'excluaient expressément les concessions de service. En se référant à la genèse de ces directives, la Cour avait cependant retenu que les concessions de service n'étaient pas couvertes, ni par la directive sectorielle 93/38/CEE, ni par la directive « marchés publics de services » 92/50/CEE³⁴⁶.

§ 6.- Capacités technique, économique et financière

129.- Les pouvoirs adjudicateurs « peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités » économique et financière ou technique auxquels les candidats et les soumissionnaires doivent satisfaire (article 44, paragraphe 2). Si des niveaux minimaux ont été fixés « ces niveaux minimaux

³⁴² La même chose vaut pour la disposition correspondante de la directive 2004/17/CE, c'est-à-dire pour l'article 17 de la directive 2004/17/CE.

³⁴³ La façon de déterminer la valeur estimée des marchés sous le régime des directives actuelles est examinée plus en détail ci-dessous, nos 277 et s.

³⁴⁴ Cf. également au sujet de la condition du « contrat à titre onéreux » ci-dessous, nos 240 et s.

³⁴⁵ Cf. au sujet des concessions de service et de travaux ci-dessus, nos 266 et s.

³⁴⁶ Arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C- 324/98, points 46 et s.

sont indiqués dans l'avis de marché » (article 44, paragraphe 2). Dans de nombreux cas, il sera difficile de fixer des niveaux minimaux. Bien souvent en effet, le pouvoir adjudicateur connaît insuffisamment le marché pour pouvoir fixer des niveaux minimaux. La directive n'indique pas expressément s'il est permis aux pouvoirs adjudicateurs, d'indiquer qu'ils sélectionneront les candidats qui leur paraissent les plus aptes du point de vue de leurs capacités économique et financière ou technique, sans fixer de niveaux minimaux. Cette façon de procéder paraît cependant conforme à la directive³⁴⁷, celle-ci les autorisant de restreindre le nombre de candidats « qu'ils inviteront à soumissionner, négocier ou à dialoguer, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible » (article 44, paragraphe 3)³⁴⁸.

Pour montrer qu'il satisfait aux critères de capacité économique, financière et technique, c'est-à-dire aux critères de sélection, un opérateur économique peut se prévaloir des « capacités d'autres entités quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités » (article 47, paragraphe 2, et article 48, paragraphe 3). Dans ce cas, il doit prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires « par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet » (article 47, paragraphe 2 ; cf. également l'article 48, paragraphe 3)³⁴⁹.

La directive introduit quatre cas d'exclusion obligatoires (article 45)³⁵⁰.

Tout comme les précédentes directives générales 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE, la directive 2004/18/CE indique ce qui peut être réclamé par les pouvoirs adjudicateurs comme justificatifs de la capacité économique et financière et de la capacité technique. La liste des informations et des références relatives à la capacité technique pouvant être exigées est exhaustive (en ce sens l'article 48, paragraphe 6), ce qui n'est pas le cas sous le régime de la directive 2004/17/CE (cf. article 52, paragraphe 1^{er}). Celle des informations et références pour la capacité économique et financière ne l'est pas (en ce sens l'article 47, paragraphe 4, qui envisage que le pouvoir adjudicateur indique « d'autres références probantes qui doivent être produites »). En revanche, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'exiger des bilans paraît limitée au cas où la publication du bilan est prescrite par la législation du pays où l'opérateur économique est établi (cf. en ce sens l'article 47, paragraphe 1^{er}, b)). La possibilité de demander les comptes des pertes et profits paraît exclue, seule une déclaration concernant le chiffre d'affaire global ou dans le domaine faisant l'objet du marché pour les trois derniers exercices pouvant être réclamée (article 47, paragraphe 1^{er}, point c)). Sur ces points, il n'y a pas à vrai dire eu de nouveauté.

³⁴⁷ Voir également, P. COENRAETS et Y. SCHNEIDER, « Le choix des critères de sélection et d'attribution : la clef de voûte des marchés publics » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011, pp. 371 et s., no 24, qui, implicitement du moins, paraissent approuver cette solution.

³⁴⁸ La directive 2004/17/CE contient une disposition équivalente (article 54, paragraphe 3).

³⁴⁹ Sous le régime de la directive 2004/17/CE, les opérateurs économiques ont également la faculté de se prévaloir des capacités économiques, financières ou techniques d'autres opérateurs, même s'ils ne font pas partie du même groupe, à condition qu'ils établissent que ces capacités sont à leur disposition (article 54, paragraphes 5 et 6), par exemple, en produisant un engagement contractuel. Le législateur européen a ainsi inscrit dans les directives des solutions dégagées auparavant par la Cour de Justice des dispositions moins expresses des directives antérieures (arrêt du 14 avril 1994, *Ballast Nedam Groep*, point 15 ; arrêt du 18 décembre 1997, *Ballast Nedam Groep*, C-5/97, points 9 à 13 ; arrêt du 2 décembre 1999, *Holst Italia*, C-176/98, points 23 et s. ; arrêt du 18 mars 2004, *Siemens*, C-314/01, points 40 et s.).

Les directives précisent que cette faculté n'existe que « pour un marché déterminé » (article 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE et article 54, paragraphes 5 et 6 de la directive 2004/17/CE). Cela empêcherait normalement les opérateurs économiques de se prévaloir des capacités d'autres opérateurs économiques lorsque, sous le régime de la directive 2004/17/CE, la mise en concurrence se fait par un avis sur l'existence d'un système de qualification. On se rappellera en effet que la vérification des capacités économiques, financières et techniques est effectuée en vue de l'admission au système, mais non pour les marchés spécifiques passés dans le cadre du système (cf. ci-dessus, no 99 à 104). C'est pourquoi, l'article 53, paragraphes 4 et 5, de la directive 2004/17/CE prévoit qu'en vue de l'admission à un système de qualification, un opérateur économique peut se prévaloir des capacités d'autres opérateurs économiques, mais qu'il devra prouver qu'il dispose de ces moyens pendant toute la durée du système de qualification.

³⁵⁰ Ces cas sont également obligatoires sous le régime de la directive 2004/17/CE (article 54, paragraphe 4) pour les pouvoirs adjudicateurs, mais non pour les entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs.

La directive 2004/18/CE fixe le nombre minimal de candidats à sélectionner dans le cadre des procédures restreintes et des procédures négociées (article 44, paragraphe 3). Le nombre minimum est de trois dans la procédure négociée avec publication d'un avis de marché et dans la procédure du dialogue compétitif. Elle est de cinq dans la procédure restreinte (article 44, paragraphe 3)³⁵¹.

§ 7.- Procédures

A. La directive 2004/18/CE indique de façon explicite quatre modes de mise en concurrence : procédure ouverte, procédure restreinte, procédure négociée et le dialogue compétitif

130.- La directive « marchés publics » générale 2004/18/CE prévoit quatre types de procédures de passation : la procédure ouverte, la procédure restreinte, la procédure négociée et la nouvelle procédure du dialogue compétitif (article 28 de la directive 2004/18/CE). A ces quatre procédures, s'ajoutent en réalité les systèmes d'acquisition dynamiques³⁵², également prévus par la directive 2004/18/CE, et certains accords-cadres prévus par la directive 2004/18/CE³⁵³.

La directive 2004/18/CE accorde dans tous les cas le choix entre la procédure ouverte et la procédure restreinte. Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre (article 1^{er}, paragraphe 11, a), de la directive 2004/18/CE). Lors d'une procédure restreinte, tout opérateur économique peut demander de participer ; en revanche, seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre (article 1^{er}, b), de la directive 2004/18/CE). Le choix des opérateurs économiques que le pouvoir adjudicateur invite à présenter une offre (« sélection » par opposition à l'« attribution » du marché) se fait lors d'une phase de présélection en fonction des critères de sélection concernant les capacités économique, financière et technique des intéressés (articles 44 à 50 de la directive 2004/18/CE).

Il convient de souligner que même dans la procédure ouverte, la vérification des capacités technique, économique et financière au moyen de critères de sélection et, d'autre part, l'attribution du marché sont deux opérations distinctes, la première précédant nécessairement la seconde, même si, dans la procédure ouverte, ces deux opérations se succèdent immédiatement. Ainsi, lors de l'*attribution* du marché, la prise en compte de critères de capacité est prohibée³⁵⁴. Il s'agit d'une particularité de la mise en concurrence sous le régime des directives que le droit primaire n'impose pas³⁵⁵.

Quant au dialogue compétitif et à la procédure négociée, il s'agit de procédures d'exception.

Dans un arrêt du 10 décembre 2009, rendu au sujet de la procédure française des « marchés de définition », la Cour de justice a retenu qu'« aux termes dudit article 28 [de la directive 2004/18/CE],

³⁵¹ La directive 2004/17/CE indique seulement que le nombre de candidats retenus doit tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante (article 54, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE).

³⁵² En ce sens également, P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, no 189. Cf. au sujet des systèmes d'acquisition dynamiques, ci-dessus, nos 114 à 118.

³⁵³ Cf. ci-dessous, no 144. Voir cependant en sens contraire, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e édition, London, Sweet & Maxwell, 2005, point 11.33, p. 696.

³⁵⁴ Cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, points 17, 18 et 19.

³⁵⁵ Cette particularité du régime de mise en concurrence des directives « marchés publics » est fréquemment critiquée. Voir, par exemple, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse et critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 394 et s. ; R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public procurement law review*, 2011, 5, NA 171 et s. no 11.6. Entre-temps, la jurisprudence accepte cependant que l'aptitude des soumissionnaires puisse intervenir lors de l'attribution de certains marchés. Il en est ainsi, lorsque la plus ou moins grande aptitude du soumissionnaire influe sur la qualité de son offre, par exemple, lors de marchés requérant des connaissances techniques poussées. Voir en ce sens, par exemple, l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, Europaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), T-457/07, discuté plus loin (no 418).

les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de passer leurs marchés publics en recourant soit à la procédure ouverte ou restreinte, soit, dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29 de la directive 2004/18, au dialogue compétitif, soit encore, dans les circonstances spécifiques expressément énoncées aux articles 30 et 31 de celle-ci, à une procédure négociée. La passation de marchés au moyen d'autres procédures n'est pas autorisée par cette directive »³⁵⁶. Dans cette affaire, le gouvernement français avait soutenu que les dispositions de la directive 2004/18/CE n'établissaient pas une réglementation communautaire uniforme et exhaustive et que la procédure française des marchés de définition était compatible avec la directive 2004/18/CE, laquelle préverrait deux procédures ayant des caractéristiques analogues à celles de la procédure des marchés de définition, à savoir l'accord-cadre et le dialogue compétitif. Par ces procédures, le législateur communautaire aurait lui-même institué des procédures complexes de mise en concurrence en deux étapes. La Cour a observé à juste titre qu'il existe une différence fondamentale entre les marchés de définition et le dialogue compétitif dans la mesure où le dialogue compétitif « est une procédure d'attribution d'un seul et même marché, tandis que la procédure des marchés de définition vise l'attribution de plusieurs marchés de nature différente, à savoir les marchés de définition, d'une part, le ou les marchés d'exécution, d'autre part »³⁵⁷.

La Cour n'a pas pris position par rapport à l'argument que la procédure critiquée était proche de celle des accords-cadres selon la directive 2004/18/CE. En réalité, lorsque les termes de l'accord-cadre ne sont pas tous définis, l'accord-cadre représente bien un type de procédure supplémentaire qui se greffe, selon le cas, sur une procédure ouverte, restreinte ou négociée, voire même un dialogue compétitif. Dans les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques dont les termes ne sont pas tous définis à l'avance, il y a des mises en concurrence successives, le cas échéant selon des critères d'attribution variables³⁵⁸.

B. La procédure négociée

131.- La directive 2004/18/CE a quelque peu précisé le déroulement de la procédure négociée avec avis de marché préalable (articles 30, paragraphes 2, 3 et 4)³⁵⁹. Les contours de cette procédure restent cependant vagues, tout comme ceux des procédures ouverte et restreinte.

³⁵⁶ Arrêt du 10 décembre 2009, Commission/France, C-299/08, point 29. A noter que les directives en matière de marchés publics ne réalisent pas une harmonisation intégrale des procédures de passation des marchés publics, mais seulement une coordination des procédures nationales qui doivent être adaptées pour les rendre conformes aux directives (Cf. à ce sujet, le no 190 ci-dessous). Sous certains points, mais non sur tous, les législateurs nationaux peuvent compléter les directives, à condition de respecter les principes du droit primaire. A cet égard, une certaine marge d'appréciation leur est reconnue, en particulier lorsqu'ils adoptent des mesures complémentaires destinées à garantir les principes d'égalité de traitement et de transparence, chaque Etat membre étant en effet « le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres ... les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ces principes » (arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, C-213/07, Michaniki, points 55 et 56). Les mesures choisies doivent cependant être conformes au principe de proportionnalité (arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, C-213/07, Michaniki, points 48 et 61).

³⁵⁷ L'arrêt de la Cour du 10 décembre 2009, Commission/France, C-299/08, point 37. La procédure française des marchés de définition prévoyait que l'attributaire d'un marché d'exécution faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet pouvait être choisi parmi les seuls titulaires de ces derniers.

³⁵⁸ Cf. au sujet des accords-cadres dans la directive 2004/18/CE, ci-dessous, nos 140 et s.

³⁵⁹ La définition que la directive donne de la procédure négociée laisse penser que le pouvoir adjudicateur choisit librement les opérateurs économiques avec lesquels il entre en négociations : « Les procédures négociées sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux » (article 1^{er}, paragraphe 11, d)).

Or, dans les cas où un avis de marché est obligatoire, le pouvoir adjudicateur doit, comme dans la procédure restreinte, faire précéder la phase de négociation d'une présélection suivant des critères objectifs, indiqués dans l'avis de marché (cf. en ce sens, l'article 40, paragraphe 1^{er}, et l'article 44, paragraphe 1^{er} ; voir également l'article 47, paragraphe 4, et l'article 48, paragraphe 6, et surtout les points 12, b) , 17, 19 et 20 sous « AVIS DE

La procédure négociée est seulement admise dans les cas énumérés aux articles 30 et 31 de la directive 2004/18/CE. La directive distingue entre la procédure négociée précédée d'un avis de marché (article 30) et celle sans avis de marché (article 31). La première implique une mise en concurrence, la seconde non³⁶⁰. Les cas dans lesquels il peut être recouru à cette dernière seront examinés en détail dans la deuxième partie³⁶¹. Dans un arrêt du 20 mai 2010, le Tribunal a estimé que ces mêmes marchés étaient exemptés de mise en concurrence selon le droit primaire³⁶².

C. Le dialogue compétitif

132.- Le législateur européen a été quelque peu plus précis au sujet de la procédure nouvelle du dialogue compétitif qu'il a ajoutée aux trois types de procédures déjà existantes qu'étaient la procédure ouverte, la procédure restreinte et la procédure négociée (article 29).

1. Principes - Conditions

133.- Les Etats membres peuvent introduire la procédure du dialogue compétitif dans leur droit national, mais n'y sont pas obligés (article 29).

Ce n'est que « dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29 que les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif » (article 28). Le dialogue compétitif n'est admis que dans le cas où un marché est « particulièrement complexe » au sens de l'article 1^{er}, 11, c) de la directive 2004/18/CE³⁶³.

Un marché est considéré comme « particulièrement complexe » lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs et/ou n'est pas objectivement en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet (article 1^{er}, 11., c) de la directive 2004/18/CE).

MARCHÉS » de l'annexe VII A). Le nombre de candidats peut être restreint, mais il faut un nombre suffisant de candidats appropriés (article 44, paragraphe 3). Le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis de marché le nombre minimal, qui ne peut être inférieur à trois, et, le cas échéant, le nombre maximal. Le pouvoir adjudicateur doit inviter à la négociation au moins le nombre minimal de candidats indiqué dans l'avis de marché, sauf si le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au minimum indiqué (article 44, paragraphe 3). Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec le ou les candidats satisfaisant aux critères de sélection (article 44, paragraphe 3).

Les pouvoirs adjudicateurs négocieront « avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1 [donc conformément aux critères d'attribution retenus pour le marché en question] » (article 30, paragraphe 2). Le pouvoir adjudicateur peut prévoir des phases successives de négociation, de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution du marché (article 30, paragraphe 4).

La directive 2004/17/CE contient moins de précisions concernant le déroulement de la procédure négociée. Elle précise que le nombre de candidats retenus doit pouvoir assurer une concurrence suffisante (article 54, paragraphe 3). Selon la directive 2004/17/CE les négociations doivent également être précédées d'une phase de présélection (cf. l'article 47, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE). Les candidats retenus seront invités à la négociation (article 47, paragraphe 1^{er}). Le marché sera attribué suivant les règles d'attribution indiquées à l'article 55 de la directive 2004/17/CE qui sont identiques à celles de la directive 2004/18/CE.

³⁶⁰ Cf. cependant les exigences à ce sujet de l'Accord sur les marchés publics, ci-dessous, no 289.

³⁶¹ Voir les nos 423 et s. ci-dessous.

³⁶² Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 141 (cf. au sujet de cet arrêt également ci-dessous, no 355) ; voir également la *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumis ou partiellement soumis aux directives marchés publics* (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s., point 2.1.4).

³⁶³ Article 29 de la directive 2004/18/CE.

Il convient de remarquer que dans l'absolu, il sera toujours possible au pouvoir adjudicateur de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage juridique et financier d'un projet. Il suffit pour cela qu'il s'entoure de spécialistes connaissant la matière. La question de savoir à partir de quand un marché est « particulièrement complexe » n'est donc pas évidente³⁶⁴. Il sera presque toujours possible de critiquer le choix de la procédure du dialogue compétitif. Inversement, il sera également possible, dans de nombreux cas, de défendre le recours au dialogue compétitif³⁶⁵. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de s'exprimer sur les conditions du recours à la procédure au dialogue compétitif.

2. Est-ce que le choix entre le dialogue compétitif et la procédure négociée est libre lorsque les conditions de chacune de ces procédures sont remplies ?

134.- Certains auteurs estiment que le pouvoir adjudicateur est autorisé de choisir librement entre le dialogue compétitif et la procédure négociée, si les conditions de chacune de ces procédures sont remplies. Selon ces auteurs, la directive ne prévoit aucune priorité entre ces procédures³⁶⁶.

D'autres estiment que dans certains cas, le recours à la procédure du dialogue compétitif pourrait être prioritaire³⁶⁷.

Ces auteurs font référence au cas où tant les conditions de l'exception de l'article 30, paragraphe 1^{er}, b), de la directive 2004/18/CE³⁶⁸ que celles du dialogue compétitif seraient remplies. Sont visées

³⁶⁴ Voir en ce sens, M. Dreher et K. Stockmann, *Kartellvergaberecht*, (extrait de Immenga/Mestmäcker - Wettbewerbsrecht, 4e édition, München, C.H. Beck, 2008, no 35) qui arrivent à la conclusion suivante : « „Der Begriff“ besondere Komplexität » ist trotz der genannten Beispielfälle von einem erheblichen Maß an Unbestimmtheit gekennzeichnet » [« en dépit des exemples donnés [par la Commission], la notion de « particulièrement complexe » se caractérise par une indétermination considérable »] ; voir en ce sens également A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier 2006, no 458).

³⁶⁵ Pour une critique de la procédure du dialogue compétitif, cf. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, nos 456 et s.; Ebert, *Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren*, Bundesanzeiger - Verlag, 2005, pp. 165 et s.

³⁶⁶ Dreher/Stockmann in *Kartellvergaberecht, Auszug aus Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, München, 4e édition, 2008, § 101, no 32.

³⁶⁷ Ainsi, Müller-Wrede s'exprime comme suit (dans Ingenstau - Korbion - VOB Teile A und B Kommentar, pp. 195-196): « Insbesondere die Abgrenzung zwischen dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren (mit Bekanntmachung) stellt aufgrund sich über schneidender Anwendungsbereiche eine Schwierigkeit dar. Hier sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Ist wegen der Komplexität des Auftrags neben dem wettbewerblichen Dialog auch der Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahren nach § 3a Nr. 5c VOB-A (eindeutig beschreibbare Leistungsbeschreibung unmöglich, Gesamtpreisbildung unmöglich) [A noter que le législateur allemand, plutôt que de s'en tenir strictement au libellé de l'article 30, paragraphe 1^{er}, b), de la directive 2004/18/CE, a préféré transposer dans sa législation l'interprétation particulière qu'il en faisait] eröffnet (Pünder/Franzius ZfBR 2006, 20, 24), ist richtigerweise der wettbewerbliche Dialog vorrangig anzuwenden (Kaelble in Müller-Wrede S. 49; Knauff NZBau 2005, 249, 256; a.A. Pünder/Franzius ZfBR 2006, 20, 24). Räumt man dem Auftraggeber in einem solchen Fall ein Wahlrecht zwischen dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren ein, wird dieser regelmäßig auf das weniger formalisierte und wettbewerbliche Verhandlungsverfahren zurückgreifen. Die Regelung zum wettbewerblichen Dialog würde dann **de facto leer laufen** (Kaelble in Müller-Wrede S.49). Liegt demgegenüber eine Konstellation vor, für die eine andere fallgruppe des Verhandlungsverfahrens (mit oder ohne Bekanntmachung) einschlägig ist, besteht kein Vorrang des wettbewerblichen Dialogs. Es handelt sich hier vielmehr allein um eine **zufällige Ereignisdopplung**, in der den allgemeinen Grundsätzen entsprechend dem Auftraggeber ein Wahlrecht zusteht. Liegen die Voraussetzungen hierfür vor, kann der Auftraggeber auch das formal ungebundener und wenig wettbewerbliche Verhandlungsverfahren anwenden (so auch Kaelble in Müller-Wrede S.49) ».

³⁶⁸ L'article 30, paragraphe 1, b) de la directive 2004/18/CE vise « des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ».

notamment des marchés de travaux comportant à la fois la conception et l'exécution de travaux et, le cas échéant, d'autres prestations concernant un ouvrage particulièrement complexe.

Formulé en ces termes, le problème nous paraît cependant mal posé.

Si la complexité d'un marché est telle qu'au départ, le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques où le montage financier et juridique répondant à ses besoins - cas d'application du dialogue compétitif - il est clair qu'à *ce moment* une mise en concurrence sur base d'offres comportant une fixation préalable et globale des prix ne se conçoit pas. En effet, dans ces cas, il est presque inévitable que les diverses offres, vu l'indétermination de l'objet du marché, se réfèrent à des prestations fondamentalement distinctes et ne soient pas suffisamment comparables. Si l'article 30, paragraphe 1^{er}, b), visait ces situations, il couvrirait l'ensemble des cas dans lesquels l'article 29 permet de recourir au dialogue compétitif. Cela étant, il faut supposer que l'article 30, paragraphe 1^{er}, b) de la directive 2004/18/CE - dont la portée n'a jamais été claire³⁶⁹ - ne couvre pas ces cas. A quoi bon, sinon d'avoir prévu la faculté pour les Etats membres d'introduire la procédure du dialogue compétitif, destinée au départ à éviter que les pouvoirs adjudicateurs ne se prévalent, de manière abusive, de certains cas d'exception pour recourir à la procédure négociée avec avis de marché ?

Ainsi, quand une fixation globale et préalable du prix est impossible en l'état initial du projet, dès lors que cela est dû à l'impossibilité du pouvoir adjudicateur de définir le marché de manière suffisamment précise et non pas en raison de son objet ou de ses aléas intrinsèques, mais en raison de sa complexité, seul le dialogue compétitif est admissible et non la procédure négociée sur base de l'article 30, paragraphe 1^{er}, b) de la directive 2004/18/CE. Si le pouvoir adjudicateur ne peut raisonnablement surmonter cette difficulté par ses propres moyens sans recourir à un dialogue compétitif, la procédure du dialogue compétitif est seule envisageable. A la fin du dialogue, le pouvoir adjudicateur, mieux éclairé, sera en mesure d'inviter les participants « à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées ou spécifiées au cours du dialogue »³⁷⁰. A ce moment, sauf exception, une « fixation préalable et globale des prix » sera possible.

Il convient donc de retenir que sous le régime des actuelles directives « marchés publics », l'article 30, paragraphe 1^{er}, b), ne vise que les cas dans lesquels ce sont bien la nature ou les aléas des travaux, fournitures ou services qui empêchent une fixation préalable et globale des prix, mais non ceux où c'est seulement la complexité du besoin du pouvoir adjudicateur qui empêche de procéder dès le départ à une mise en concurrence par une procédure ouverte ou restreinte.

La Cour de Justice n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ces questions.

3. Comparaison entre la procédure du dialogue compétitif et la procédure négociée

(a) Points communs

135.- Il y a une forte similitude entre la procédure négociée et celle du dialogue compétitif. Ainsi, un auteur a pu écrire : « Le dialogue compétitif est encadré de manière plus explicite que la procédure négociée, même si, sur le fond, il n'existe pratiquement aucune différence »³⁷¹.

Les points communs sont nombreux :

- Tout comme la procédure négociée avec publication d'un avis préalable, la procédure du dialogue compétitif implique une présélection des candidats admis au dialogue³⁷².

³⁶⁹ Voir à ce sujet, par exemple, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, points 8.10, 8.11 et 8.12 (pp. 566 à 569).

³⁷⁰ Article 29, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE.

³⁷¹ A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, no 459. Cf. également la Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique (CC/2005/04FR-Revision 1 du 5.10.2005) où la Commission défend le point de vue que dès lors que le recours à la procédure négociée avec avis de marché préalable est admis, les pouvoirs adjudicateurs pourraient prévoir dans le cahier des charges que la procédure du dialogue compétitif sera suivie.

³⁷² Article 29, paragraphe 3.

Cette présélection est à faire suivant les mêmes principes que dans la procédure négociée et la procédure restreinte.

- En vue du dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur précise ses besoins dans un document appelé « document descriptif »³⁷³. Ce document est appelé « cahier des charges » dans la procédure négociée.
- Après la présélection, le pouvoir adjudicateur fera parvenir aux candidats présélectionnés une invitation à participer au dialogue (dialogue compétitif) ou à négocier (procédure négociée)³⁷⁴. La communication du cahier des charges (procédure négociée) ou du document descriptif (dialogue compétitif) peut être retardée jusqu'à ce moment. Il n'est donc pas requis que le cahier des charges ou le document descriptif soient disponibles au moment où l'avis de marché est publié.
- Tout comme dans la procédure négociée, la procédure du dialogue compétitif permet de réduire progressivement le nombre de candidats ou de solutions³⁷⁵.
- Tant pour la procédure négociée que pour le dialogue compétitif, les règles à respecter sont formulées de façon vague³⁷⁶. Le caractère peu précis de ces dispositions est généralement critiqué³⁷⁷.
- L'article 2 de la directive 2004/18/CE dispose que « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissant avec transparence ». La Cour a déduit des principes d'égalité de traitement et de transparence des règles de mise en concurrence assez précises qui doivent être respectées tant lors d'une procédure de dialogue compétitif qu'à l'occasion des procédures négociées. Ainsi, la fixation de règles claires pour le déroulement de la procédure est un corollaire du principe de transparence que tout pouvoir adjudicateur est tenu de respecter d'après la Cour de Justice de l'Union Européenne pour les marchés soumis aux directives « marchés publics », mais également pour tous ceux présentant un intérêt transfrontalier certain³⁷⁸. Les modalités d'après lesquelles le pouvoir adjudicateur entend procéder doivent être portées à la connaissance de tous les candidats. Ces modalités seront indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges dans la procédure négociée. Dans le cas d'un dialogue compétitif, ces règles sont insérées dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Ces documents doivent être rédigés de façon cohérente et régler tous les points importants de la procédure. A défaut, le pouvoir adjudicateur risque facilement de se trouver pris dans des situations inextricables.

(b) La différence en apparence majeure : l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de lui soumettre leurs offres finales, sans possibilité d'en modifier ultérieurement des éléments fondamentaux

136.- Lorsque le pouvoir adjudicateur est en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins, il doit déclarer la conclusion du dialogue, en informer les participants et les inviter « à remettre leur offre finale sur base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue » (article 29, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE).

Le texte de la directive poursuit comme suit : « Sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire » (article 29, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE).

³⁷³ Article 29, paragraphe 2.

³⁷⁴ Article 40, paragraphe 2.

³⁷⁵ Article 29, paragraphe 4.

³⁷⁶ La loi luxembourgeoise du 25 juin 2009 sur les marchés publics et son règlement d'exécution les ont transposées mot à mot.

³⁷⁷ Cf., par exemple, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier 2006, no 459.

³⁷⁸ Ci-dessous, nos 389 et s. pour les règles de mise en concurrence.

Cette obligation de déclarer le dialogue clos et de demander aux candidats de remettre leurs offres finales pourrait faire penser que la procédure du dialogue compétitif présente des traits à la fois de la procédure négociée et de la procédure ouverte.

En réalité cependant, ces dispositions ne créent aucune différence fondamentale par rapport à la procédure négociée avec préavis. Dans la procédure négociée le pouvoir adjudicateur doit, forcément, à un moment donné, conclure et demander aux candidats de remettre leur meilleure offre³⁷⁹. Il est évident, par ailleurs, qu'une fois que le pouvoir adjudicateur a fixé dans une procédure négociée son choix sur l'un des concurrents, en écartant définitivement tous les autres, il lui reste à finaliser l'opération en se mettant d'accord sur les derniers détails. En revanche, aucune modification fondamentale de son offre finale ne pourra intervenir. Sinon, en effet, le principe d'égalité ne serait pas respecté à l'endroit des autres, écartés en considération de l'offre finale de l'adjudicataire.

(c) La différence véritable : précision apportée par l'arrêt de la Cour du 23 avril 2009 (Commission / Belgique, C-292/07)

137.- Dans cet arrêt, la Cour a précisé que sous le régime de la directive 2004/18/CE, la procédure négociée n'admet que des négociations limitées visant « exclusivement à adapter des offres soumises aux exigences prévues dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels, dans le but de rechercher la meilleure offre »³⁸⁰. Dès lors, dans la procédure négociée de la directive 2004/18/CE, les négociations portant sur le prix paraissent proscrites, alors qu'elles sont admises dans le dialogue compétitif³⁸¹.

(d) Conclusion

138.- Vu l'arrêt de la Cour du 23 avril 2009 (Commission/Belgique, C-292/07) le dialogue compétitif ne peut être considéré comme une variété de la procédure négociée sous la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE. Il en est de même sous le régime de la directive 2009/81/CE concernant les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité³⁸². En

³⁷⁹ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e édition, London, Sweet & Maxwell, 2005, point 38, p. 585.

³⁸⁰ Arrêt de la Cour du 23 avril 2009, Commission/Belgique, C-292/07, point 107.

³⁸¹ Les travaux préparatoires de la directive 2004/18/CE permettent cette conclusion (cf. la prise de position de la Commission par rapport à l'amendement 137 adopté par le Parlement européen dans la proposition de directive modifiée (JO C 203 E du 27 août 2002, p.213). Voir également en ce sens : A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier 2006, no 461 ; Fiche explicative - Dialogue compétitif - Directive classique (CC/2005/04 FR - Révision 1 du 5.10.2005), p. 7 ; en sens contraire cependant, A. DAGEFÖRDE, *Einführung in das Vergaberecht*, Lexion, 2008, no 303.

³⁸² L'article 26 de la directive 2009/81/CE contient la même précision que celle de la directive 2004/18/CE sur laquelle la Cour s'est fondée dans son arrêt du 23 avril 2009 (Commission/Belgique, C-292/07) pour limiter l'étendue des négociations dans la procédure négociée. Cf. également le quarante-quatrième considérant de la directive 2009/81/CE selon lequel l'obligation de définir le marché avec suffisamment de précision pour permettre aux concurrents de formuler leurs offres, s'oppose à procéder suivant la procédure du dialogue compétitif hormis les cas des marchés particulièrement complexes où celui-ci est expressément admis. Cette obligation quant à la définition du marché peut en effet être déduite de l'article 23 de la directive 2004/18/CE et de l'article 34 de la directive 2004/17/CE.

A notre avis, cela n'exclut cependant pas, sous le régime de la directive 2004/17/CE, d'agencer la procédure négociée à la manière d'un dialogue compétitif. Dès lors que le marché n'est pas particulièrement complexe, le pouvoir adjudicateur ne pourrait certes pas se dispenser de spécifier ses besoins de manière suffisamment précise. Cependant, même en présence de spécifications déjà assez précises, un dialogue avec les candidats, similaire à celui de la procédure du dialogue compétitif, peut être utile voire indispensable. Ainsi, l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE indique que dans la procédure négociée, les offres sont négociées afin notamment de les adapter aux exigences indiquées « dans le cahier des charges et dans les documents

revanche, sous le régime de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE - vu l'absence dans cette directive de précisions quant au déroulement d'une procédure négociée - rien ne s'oppose à ce que l'entité adjudicatrice procède selon les règles du dialogue compétitif³⁸³.

D. Les accords-cadres

140.- L'article 1^{er}, paragraphe 5, l'article 9, paragraphe 9 (méthode de calcul du seuil) ainsi que les articles 32 et 35, paragraphe 4, alinéas 1^{er} et 2, de la directive 2004/18/CE ont trait aux accords-cadres.

Sous le régime de la directive 2004/18/CE, l'« accord-cadre », désigne autre chose que sous la directive 2004/17/CE³⁸⁴. Bien que ces deux directives définissent « l'accord-cadre » de la même manière (article 1^{er}, paragraphe 5 de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 4 de la directive 2004/17/CE), le régime des accords-cadres n'y est pas le même³⁸⁵.

Dans la directive 2004/18/CE, comme sous le régime de la directive 2004/17/CE, l'accord-cadre n'est parfois rien d'autre qu'un marché public conclu après une mise en concurrence³⁸⁶. Cependant la directive 2004/18/CE envisage le mécanisme de l'accord-cadre également comme une mise en concurrence à deux niveaux : une première mise en concurrence pour déterminer ceux qui sont admis à l'accord-cadre - on pourrait dire également, ceux qui sont présélectionnés - puis pour désigner celui à qui une commande précise est passée. Il est regrettable que les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE utilisent la même expression pour désigner des choses distinctes.

Tout comme pour le régime des accords-cadres dans la directive 2004/17/CE, les dispositions de la directive 2004/18/CE concernant les accords-cadres comportent des lacunes, ce qui rend leur compréhension difficile.

Les Etats-membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres (article 32, paragraphe 1^{er}). Un Etat membre peut donc interdire aux pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres, ce qui n'est pas prévu dans la directive sectorielle 2004/17/CE (article 14, paragraphe 1^{er}). Cela tient à ce que la notion n'est pas la même dans les deux directives.

Pour les accords-cadres, la valeur à prendre en considération au regard des seuils d'application de la directive est la valeur maximale estimée hors tva de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre (article 9, paragraphe 9). Cela signifie que des commandes qui n'auraient normalement pas été soumises à la directive le seront, le cas échéant, pour la raison qu'elles interviennent dans un accord-cadre. En effet, d'une façon générale, pour le calcul de la valeur estimée en cas de marchés de fournitures ou de services présentant un certain caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, la directive prescrit de tenir compte en principe des commandes prévues pendant une durée de douze mois (article 9, paragraphe 7).

La directive 2004/18/CE envisage des accords-cadres conclus avec un opérateur économique et des accords-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques (article 32, paragraphes 3 et 4). Dans cette dernière hypothèse, il faut qu'il y en ait en principe au moins trois (article 32, paragraphe 4). Ce que la directive envisage, lorsqu'elle parle de contrats-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques, ce ne sont pas des contrats conclus avec plusieurs opérateurs économiques ayant formé un groupement en vue d'exécuter ensemble des marchés, mais bien des contrats-cadres auxquels participent plusieurs opérateurs économiques agissant comme concurrents les uns des autres dans le

complémentaires éventuels ». Cf. sur ces questions, notamment, B. HEUNINCKX, « The EU defence and Security Procurement Directive : Trick or Treat ? », *Public Procurement Law Review*, 2011, 1, pp. 9 et s., point 4.2.1.

³⁸³ Voir, par exemple, la Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique (CC/2005/04 FR – Revision 1 du 5.10.2005) de la Commission, p. 1, note 2.

³⁸⁴ Cf. pour les accords-cadres sous la directive 2004/17/CE, ci-dessus, nos 84 à 86.

³⁸⁵ Cf. en ce sens également la « Fiche explicative – Accords-cadres – directive classique » de la Commission du 14 juillet 2005, p. 2 (document CC/2005/03_rev1 FR).

³⁸⁶ Nous avons cependant vu que sous la directive 2004/17/CE, l'accord-cadre ne répond pas toujours à la définition stricte des marchés publics (cf. ci-dessus, no 86).

contrat-cadre envisagé, chose que n'envisage pas la directive 2004/17/CE. Dans sa fiche explicative³⁸⁷, la Commission appelle ces accords-cadres des « accords-cadres multiples ».

Pour la conclusion de l'accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les procédures prévues dans la directive (article 32, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE), ce qui veut dire, la procédure ouverte, la procédure restreinte, la procédure négociée ou celle du dialogue compétitif dans les cas où ces deux dernières sont permises³⁸⁸. L'article 32, paragraphe 2, 1^{er} alinéa, de la directive 2004/18/CE renvoie expressément à l'article 53 de la directive concernant les critères d'attribution, lequel prévoit l'attribution du marché soit à l'offre économiquement la plus avantageuse, soit à celle dont le prix est le plus bas.

La durée des accords-cadres est limitée à quatre ans, sauf cas exceptionnels (article 32, paragraphe 4, alinéa 4, de la directive 2004/18/CE)³⁸⁹. La directive 2004/18/CE dispose que « les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence » (article 32, paragraphe 2, dernier alinéa, de la directive 2004/18/CE)³⁹⁰.

Conformément à l'article 35, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE, les pouvoirs adjudicateurs doivent envoyer un avis d'attribution après la conclusion de l'accord-cadre, mais non après les marchés individuels conclus en vertu de l'accord-cadre.

1. Accords-cadres avec un seul opérateur économique

141.- Les marchés individuels passés sur base de l'accord-cadre ne font plus l'objet d'une mise en concurrence (article 32, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE). Dans ce cas, la façon de procéder est donc identique à ce qui se passe lorsqu'un accord-cadre est conclu sous le régime de la directive 2004/17/CE³⁹¹.

Bien que la directive omette de le préciser, lorsque plusieurs opérateurs économiques ont formé un groupement pour la conclusion de l'accord-cadre, ils doivent être considérés comme un seul opérateur économique.

La directive indique que « pour la passation de ces marchés [les marchés à conclure sur la base de l'accord-cadre], les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre » (article 32, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive 2004/18/CE)³⁹².

Comme la directive dispose que lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent apporter de modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre (article 32, paragraphe 3, alinéa 2), seuls des termes non substantiels devraient pouvoir rester ouverts. Sinon, le principe d'égalité de traitement se trouverait d'ailleurs violé. En effet, si les modifications avaient été connues lors de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, l'un des concurrents aurait éventuellement été en mesure de faire une offre plus avantageuse que celle de l'adjudicataire³⁹³.

³⁸⁷ « Fiche explicative – Accords-cadres – directive classique » de la Commission du 14 juillet 2005 (CC-2005/03_rev1 FR, p. 4).

³⁸⁸ Pour le dialogue compétitif, la note 12 en bas de la page 4 de la « Fiche explicative – Accords-Cadres – Directive Classique » de la Commission du 14 juillet 2005 (document CC/2005/03_rev1 FR) observe qu'il est difficile d'imaginer des cas dans lesquels les conditions pour le recours à un dialogue compétitif seraient remplies et où un accord-cadre serait praticable.

³⁸⁹ Selon, S. ARROWSMITH, la limite des quatre ans viserait probablement la dernière commande passée en vertu de l'accord-cadre (*The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 11.39, page 700).

³⁹⁰ Voir, à ce sujet, N. POURBAIX, « Droit des marchés publics et droit de la concurrence. Le yin et le yang de la commande juridique ? » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 927 et s., nos 21 et s.

³⁹¹ Cf. ci-dessus, no 84 à 87.

³⁹² Cette précision n'est pas donnée par la directive 2004/17/CE.

³⁹³ Cf. ci-dessous, nos 389 concernant les exigences de mise en concurrence déduites du droit primaire. Dans sa « Fiche explicative – Accords-Cadres – Directive Classique » du 14 juillet 2005, p. 6, point 2.2 (document

2. Accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques

142.- Dans ce cas, l'accord-cadre doit être conclu avec au moins trois opérateurs économiques (article 32, paragraphe 4). Comme « le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 53 » (article 32, paragraphe 2), c'est-à-dire suivant l'offre économiquement la plus avantageuse ou alors en fonction du prix seul, ainsi que le prévoit l'article 53 de la directive, l'accord sera conclu avec les soumissionnaires les mieux placés.

La directive envisage deux catégories d'accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques (article 32, paragraphe 4, alinéa 2).

(a) Tous les termes du marché sont fixés dans l'accord-cadre

143.- Ou bien tous les termes du marché ont été fixés dans l'accord-cadre. Dans ce cas, l'attribution du marché se fait « par application des termes fixés dans l'accord-cadre sans remise en concurrence » (article 32, paragraphe 4, 2^e alinéa).

La directive omet cependant d'indiquer suivant quel critère les marchés individuels seront attribués. Dans sa « Fiche explicative - Accords-Cadres - Directive Classique » de la Commission du 14 juillet 2005, p. 8 (document CC/2005/03_rev1 FR) la Commission dit que dans de pareils cas, le choix doit simplement se faire en respectant les principes de base d'égalité, de non-discrimination et de transparence, l'une des méthodes pouvant consister à d'abord contacter celui qui a fait la meilleure offre, puis le second, etc... La Commission indique que le pouvoir adjudicateur pourrait avoir recours au second placé si le premier placé n'est pas intéressé³⁹⁴. Ceci supposerait que l'accord-cadre permette au premier placé de décliner la commande du pouvoir adjudicateur. Pareille rédaction d'un accord-cadre ou d'un cahier des charges nous semble cependant à proscrire, sauf cas exceptionnels. Sinon, en effet, pour être bien placés, les soumissionnaires seraient tentés de faire des offres excessivement avantageuses, quitte à refuser ensuite d'exécuter le marché, s'ils disposent, le moment venu, d'opportunités plus intéressantes. En fin de compte, la concurrence serait faussée et l'égalité entre les soumissionnaires se trouverait rompue.

(b) Tous les termes du marché ne sont pas fixés dans l'accord-cadre

144.- Lorsque tous les termes n'ont pas été fixés dans un accord-cadre multiple, le système de la directive 2004/18/CE requiert une mise en concurrence supplémentaire.

CC/2005/03_rev1 FR), la Commission estime que même le prix pourrait ne pas avoir été fixé dans l'accord-cadre conclu avec un seul opérateur économique. La Commission invoque à cet égard l'article 54, paragraphe 2, de la directive qui prévoit que « l'enchère électronique peut être utilisée lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre visé à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, deuxième tiret ». Cette interprétation de la directive est très certainement contraire aux principes régissant les marchés publics que la Cour a déduits du droit primaire. Etant donné que le prix est un critère d'attribution essentiel, une mise en concurrence pour la désignation du titulaire de l'accord-cadre qui n'en tiendrait pas compte, violerait les principes d'égalité et de transparence. La disposition relative à l'enchère électronique qu'invoque la Commission suppose d'ailleurs que l'on se trouve dans le cas où il y a au moins trois opérateurs économiques participant à l'accord. L'hypothèse est donc différente de celle où il n'y a qu'un seul opérateur économique.

³⁹⁴ D'après la Commission, les accords-cadres fixant tous les termes correspondraient en réalité à la définition des marchés publics traditionnels, car tous les éléments sont fixés de façon contraignante (cf. « Fiche explicative – Accords-Cadres – Directive Classique » de la Commission du 14 juillet 2005, p. 3 en haut (document CC/2005/03_rev1 FR). Dans l'hypothèse envisagée, ce ne serait donc pas le cas, les cocontractants du pouvoir adjudicateur restant libres de ne pas exécuter les marchés individuels. A cela s'ajoute que dans un « marché public traditionnel », une fois le marché conclu, le pouvoir adjudicateur n'a plus de choix à faire quant à l'exécutant.

Dans ce cas, les parties à l'accord-cadre - et uniquement celles-ci - seront remises en concurrence « sur base des mêmes termes, si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre » (article 32, paragraphe 4, 2^e tiret, de la directive 2004/18/CE)³⁹⁵.

Selon le législateur européen, il pourrait donc y avoir deux catégories de critères d'attribution, les uns pour l'attribution de l'accord-cadre, les autres pour l'attribution des marchés individuels³⁹⁶.

Tout comme les systèmes d'acquisition dynamiques³⁹⁷, les accords-cadres multiples dont tous les termes n'ont pas été fixés représentent un mode de mise en concurrence supplémentaire s'ajoutant aux quatre modes de mise en concurrence que la directive 2004/18/CE indique de manière explicite³⁹⁸.

Ni la directive - ni la fiche explicative de la Commission - ne fournissent de réponse à la question de savoir comment il peut y avoir deux sortes de critères d'attribution sans porter atteinte aux principes d'égalité de traitement et de transparence, les uns pour la conclusion de l'accord-cadre, les autres pour la conclusion de marchés fondés sur l'accord-cadre. D'après la Commission, il serait même « tout à fait possible de baser la conclusion des accords-cadres exclusivement sur des critères « qualitatifs » dans le cadre du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse et de baser l'attribution des marchés spécifiques sur le critère du prix le plus bas uniquement » (pp. 9 et 10). Ces solutions sont difficiles à concilier avec les exigences du droit primaire de la mise en concurrence. En effet, d'après la Cour, le principe d'égalité, ainsi que le principe de transparence qui en découle, requièrent des critères d'attribution pertinents au regard de l'objectif du marché qui demeurent inchangés tout au long de la procédure d'attribution³⁹⁹. Tel ne serait pas le cas, si le pouvoir adjudicateur employait des critères d'attribution différents lors de deux phases successives d'une même procédure.

(c) Conclusion

145.- Sous le régime de la directive 2004/18/CE, les accords-cadres ne correspondent pas nécessairement à la définition stricte des marchés publics.

Après une mise en concurrence initiale, l'accord-cadre implique parfois - c'est le cas des accords-cadres multiples dont tous les termes ne sont pas fixés à l'avance - des mises en concurrence supplémentaires lors des différentes commandes fondées sur l'accord-cadre. Dans ce cas, l'accord-cadre constitue un mode de mise en concurrence présentant certains traits communs avec les systèmes d'acquisition dynamiques : dans les deux cas, sélection en fonction des capacités des candidats, remise d'offres suivie d'une admission au système d'acquisition si l'offre est conforme au cahier des charges ou, en cas d'accord-cadre, admission à ce dernier, si les critères d'attribution fixés dans le cahier des charges du contrat-cadre le permettent. Par la suite, mise en concurrence pour les marchés individuels. L'impossibilité pour de nouveaux opérateurs économiques d'adhérer à un contrat-cadre et de participer dans l'avenir aux mises en concurrence pour les marchés individuels constitue cependant une différence majeure entre ces deux modes de mise en concurrence.

Les accords-cadres dont tous les termes ne sont pas fixés peuvent poser un problème de conformité avec le droit primaire.

³⁹⁵ La Commission observe dans sa fiche explicative que « les accords-cadres constituent un système clos dans lequel personne ne peut entrer, ni du côté des acheteurs, ni du côté des fournisseurs » (page 5).

³⁹⁶ Cf. également la « Fiche explicative - Accords-Cadres - Directive Classique » de la Commission du 14 juillet 2005 (document CC/2005/03_rev1 FR), pp. 6,7, 9 et 10.

³⁹⁷ Cf. ci-dessus, nos 114 à 118.

³⁹⁸ En sens contraire, semble-t-il, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK « EC regulation of Public Procurement » *in Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 102, puisqu'ils considèrent sans réserve que les accords-cadres « ne constituent pas des procédures d'attribution, mais un mécanisme employé dans le cadre des procédures d'attribution usuelles » (« a mechanism used within the usual award procedures »). Tel n'est pas le cas des accords-cadres multiples dont tous les termes ne sont pas fixés, car ce type d'accord-cadre, une fois attribué suivant l'une des procédures nommément désignées par la directive 2004/18/CE, donne lieu à des mises en concurrence subséquentes.

³⁹⁹ Voir ci-dessous, nos 389 et s. quant aux exigences du droit primaire de la mise en concurrence.

E. Systèmes d'acquisition dynamiques - Enchères électroniques

146.- A propos de la directive 2004/17/CE, nous avons déjà mentionné l'introduction des enchères électroniques et les systèmes d'acquisition dynamiques, instruments assez étonnants qui sont ajoutés sans souci de cohérence aux procédures existantes⁴⁰⁰. La directive 2004/18/CE prévoit les mêmes instruments.

Les systèmes d'acquisition dynamiques constituent en réalité une procédure supplémentaire qui s'ajoute aux procédures expressément désignées comme telles par les directives.

Les enchères électroniques peuvent être utilisées dans toutes les procédures de mise en concurrence prévues par la directive, y compris les systèmes d'acquisition dynamique et les accords-cadres multiples dont tous les termes ne sont pas fixés (article 54 de la directive 2004/18/CE, paragraphe 2).

§ 8.- Innovations diverses

1. Délais

147.- Tout en indiquant comme par le passé des délais minimaux à respecter en tout état de cause, la directive dispose qu'« en fixant les délais de réception des offres et des demandes de participation, les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte en particulier de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres » (article 38, paragraphe 1^{er}). La même disposition se trouve à l'article 45, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE.

2. Marchés confiés à des ateliers protégés

148.- Les Etats membres peuvent autoriser les pouvoirs adjudicateurs de réserver la participation aux procédures de passation de certains marchés à des ateliers ou des programmes d'emplois dits protégés, c'est-à-dire, comprenant une majorité de travailleurs handicapés (article 19). Cela ne signifie pas que ces marchés peuvent être attribués directement à de pareils ateliers, mais que la mise en concurrence peut être limitée à de tels ateliers.

3. Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certifications par des organismes de droit public ou privé (directive 2004/18/CE)

149.- Les Etats membres peuvent introduire des listes d'opérateurs économiques agréés ou des certifications (article 52 de la directive 2004/18/CE). Pour des entreprises établies dans un Etat qui a rendu obligatoire un tel système, l'inscription sur une liste officielle ou la certification peuvent donc constituer un préalable indispensable à la participation à une procédure de marché public dans cet Etat. Ces systèmes ne sont cependant pas obligatoires pour les opérateurs économiques des autres Etats membres (article 52, paragraphe 5, 2^e alinéa, de la directive 2004/18/CE). Ces opérateurs restent autorisés à montrer à l'occasion de chaque procédure qu'ils remplissent les conditions de capacité économique et financière et de capacité technique requises, sans être obligés de se faire inscrire sur une liste officielle ou de se soumettre à une procédure de certification.

Les pouvoirs adjudicateurs d'un Etat qui n'a pas introduit un système de listes officielles ou un système de certification doivent reconnaître les certificats établis par des organismes établis dans les autres Etats membres (article 52, paragraphe 5, 2^e alinéa).

⁴⁰⁰ L'insistance mise sur le caractère électronique de ces procédures s'explique sans doute, du moins en partie, par l'engouement pour ce que l'on appelait au début du siècle la « nouvelle économie », liée à l'informatique et la croyance que l'utilisation des nouvelles technologies de la communication allait, on ne savait encore trop comment, transformer la nature même des échanges économiques. C'est ainsi que le simple fait d'avoir recours uniquement à des processus électroniques paraissait justifier des procédés qui n'étaient pas prévus dans les précédentes directives. Avec le recul, cette façon de voir les choses, paraîtra sans doute excessive, tout comme il nous paraîtrait extravagant, si des enchères n'étaient autorisées qu'à la condition qu'elles aient lieu exclusivement par télécopieur, par téléphone ou par vidéo-conférence.

Ces systèmes de listes ou de certifications rappellent les systèmes de qualifications prévues par l'article 53 de la directive 2004/17/CE. Ils en diffèrent notamment parce qu'ils ne constituent pas des moyens de mise en concurrence sous la directive 2004/17/CE. Sous le régime de la directive 2004/18/CE le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas se contenter de choisir sur ses listes les entreprises auxquelles il demanderait de présenter une offre, cela d'autant plus que ces systèmes ne peuvent être imposés aux entreprises des autres Etats membres. Dans le système de la directive 2004/18/CE, le pouvoir adjudicateur est tenu de lancer un avis de marché, seul moyen de mise en concurrence reconnu par cette directive.

Comme les exigences concernant la capacité économique et financière et la capacité technique sont variables suivant l'objet du marché, il paraît difficile de généraliser le recours à des listes d'opérateurs économiques agréés ou à des régimes de certification. La directive 2004/18/CE, permet - d'ailleurs à juste titre - aux pouvoirs adjudicateurs de fixer « les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé », lesquels « doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché » (article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE).

4. Eléments de transparence après la passation des marchés

150. La directive 2004/18/CE, tout comme la directive 2004/17/CE, contient des éléments de transparence à respecter après la passation des marchés. Il s'agit de l'obligation d'informer la Commission sur l'issue des procédures soumises à la directive (« avis d'attribution ») (article 35, paragraphe 4) - obligation ayant déjà existé dans les précédentes directives - de l'obligation d'établir un procès-verbal à propos de chaque marché, de tout accord-cadre et de toute mise en place d'un système d'acquisition dynamique (article 43), ainsi que d'informations à fournir aux opérateurs économiques concernant l'issue de la procédure (article 41).

Section 3.- Les marchés publics de défense et de sécurité (directive 2009/81/CE)

151.- Alors qu'au départ, les marchés de défense et de sécurité étaient visés par les directives 2004/18/CE et que la directive 2004/17/CE s'appliquait à certains marchés de sécurité, ces marchés font, depuis 2009, l'objet d'une directive spécifique⁴⁰¹. Certains marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité restent cependant soumis à la directive 2004/18/CE⁴⁰². D'autres peuvent relever de la directive 2004/17/CE. D'autres encore relèvent de l'une des exceptions de l'article 346 TFUE et ne sont pas soumis ni aux directives « marchés publics », ni au droit primaire de la mise en concurrence.

§ 1^{er}.- Position du problème : les exceptions à l'obligation de mise en concurrence découlant de l'article 346 TFUE

A. Portée de l'article 346 TFUE

152.- L'article 346 TFUE, premier paragraphe, dispose qu'« aucun Etat n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité » (point a)). D'autre part, « tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de

⁴⁰¹ La directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité (JO L 216 du 20 août 2009, pp. 76 et s.).

⁴⁰² Cf. l'article 10 modifié de la directive 2004/18/CE, selon lequel cette directive s'applique aux marchés dans le domaine de la sécurité et de la défense, à l'exception de ceux soumis à la directive 2009/81/CE et sous réserve de l'article 346 TFUE. Le législateur européen admet ainsi expressément que certains marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité restent soumis à la directive 2004/18/CE.

munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires » (point b)).

Ces dispositions peuvent justifier l'attribution de marchés publics sans mise en concurrence⁴⁰³.

Quant à la notion de « produits destinés à des fins spécifiquement militaires », la Cour a retenu dans un arrêt du 7 juin 2012 que « 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 [l'actuel article 346 TFUE] que si un tel usage est non seulement celui qu'entend lui conférer le pouvoir adjudicateur, mais également, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 48 de ses conclusions, celui qui découle de caractéristiques propres à un équipement spécialement conçu, développé ou modifié substantiellement à de telles fins »⁴⁰⁴.

Si les conditions prévues à l'article 346 TFUE sont remplies, les dispositions du traité ne s'appliquent pas. Le droit dérivé étant fondé sur le traité, il ne saurait imposer aux Etats membres des mesures que le traité leur permet de ne pas prendre⁴⁰⁵. L'exception de l'article 10 de la directive 2004/18/CE qui exclut du champ d'application de la directive les marchés relevant de l'une des exceptions de l'article 346 TFUE allait donc de soi. Si la directive 2004/18/CE ne la mentionnait pas, l'exception n'existerait pas moins⁴⁰⁶.

L'exception prévue par le point b) de l'article 346 TFUE est limitée aux produits figurant sur la liste arrêtée par le Conseil le 15 avril 1958⁴⁰⁷. En effet, l'article 223 du Traité de Rome, qui indiquait les mêmes exceptions que l'article 346 TFUE, prévoyait que le Conseil fixerait à l'unanimité la liste des produits auxquels s'appliquerait l'exception du point b). Cette liste n'a pas été modifiée depuis lors et demeure en vigueur. D'après l'article 346 TFUE, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut y apporter des modifications. L'inscription d'un produit sur cette liste ne produit aucun effet d'exemption automatique. L'exemption ne joue que si, en outre, la condition de la protection des intérêts essentiels de sécurité est remplie.

L'exception prévue au point a) de l'article 346 TFUE pourrait en revanche s'appliquer à d'autres produits que ceux figurant sur la liste⁴⁰⁸. Cette exception n'autorise cependant les Etats qu'à de ne pas fournir certains renseignements, mais non, d'une façon générale, de prendre des mesures qu'il estime nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Voir également en ce sens, notamment, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2^e édition, 2005, no 4.59 (p. 239).

⁴⁰⁴ Arrêt de la Cour du 7 juin 2012, *Insinöörtoimisto Instiimi Oy*, C-615/10, point 40.

⁴⁰⁵ Voir par exemple, N. POURBAIX, « The future scope of application of article 346 TFEU », *Public Procurement Law Review*, 2011, 1, pp. 1 et s. 1^{er} point.

⁴⁰⁶ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2^e édition, 2005, point 15.113, p. 918.

⁴⁰⁷ Cf. l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, T-26/01, *Fiocchi Munizioni/Commission*, point 61, en matière d'aides d'Etat. Voir cependant en faveur d'une interprétation plus large de l'exception, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e édition, London, Sweet & Maxwell, 2005, no 4.63, pp. 244 et 245. La Commission est d'avis que l'article 346, paragraphe 1^{er}, point b) « peut aussi intégrer les marchés de services et de travaux directement liés aux produits inclus dans la liste, ainsi que les méthodes d'acquisitions modernes centrées sur les capacités, pour autant que les autres conditions d'application de l'article 296 [actuel article 346 TFUE] soient satisfaites » (*Communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense* du 7 décembre 2006 (COM (2006) 779 final), p.6).

⁴⁰⁸ Voir en ce sens, la *Communication interprétative de la Commission sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense* du 7 décembre 2006 (COM (2006) 779 final), page 6.

⁴⁰⁹ En droit européen, il n'existe pas de réserve générale excluant de son champ d'application toute mesure prise dans l'intérêt de la sécurité publique (arrêt de la Cour du 26 octobre 1999, *Sirdar*, C-273/97, point 16 ; arrêt de la Cour du 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, point 16 ; arrêt de la Cour du 11 mars 2003, *Dory*, C-186/01, point 31).

Il incombe à l'Etat membre qui se prévaut de l'article 346 TFUE de prouver que les conditions d'application en sont remplies et que les limites n'en sont pas dépassées⁴¹⁰. Comme disposition d'exception, l'article 346 TFUE est d'interprétation stricte⁴¹¹. Il laisse toutefois incontestablement une marge d'appréciation aux Etats membres, puisqu'ils sont en droit de prendre les mesures « *qu'ils estiment nécessaires* »⁴¹². Dans une communication interprétative de 2006, la Commission insiste sur le fait que cette marge d'appréciation n'est pas sans limite⁴¹³. Dans le même sens, la Cour observe dans un arrêt du 7 juin 2012 que « bien que le paragraphe 1, sous b), de cet article [l'actuel article 346 TFUE] fasse état des mesures qu'un Etat membre peut estimer nécessaires à la protection des intérêts de sa sécurité, celui-ci ne saurait toutefois être interprété de manière à conférer aux Etats membres le pouvoir de déroger aux dispositions du traité CE par la seule invocation desdits intérêts »⁴¹⁴.

Les intérêts évoqués peuvent être de sécurité publique extérieure ou intérieure⁴¹⁵.

Les seuls intérêts visés par l'article 346 TFUE sont des intérêts essentiels de sécurité et non d'autres intérêts, en particulier, des intérêts industriels et économiques, bien que liés à la production et au commerce d'armes⁴¹⁶. Ainsi, la Commission estime que des compensations indirectes, de nature non militaire, réclamées à l'entreprise qui obtient le marché, ne servant pas d'intérêts de sécurité en particulier, mais des intérêts économiques d'ordre général, ne sont pas couvertes par l'article 346 TFUE, même si elles sont liées à un marché public de défense exempté sur base de cet article⁴¹⁷.

B. Considérations ayant motivé l'adoption d'une directive « marchés publics » spécifique dans le domaine de la défense et de la sécurité

153.- Dans sa communication interprétative du 7 décembre 2006 sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense, la Commission écrivait : « *La consultation [la consultation entreprise par le livre vert - Marchés publics de la défense] a confirmé que le cadre législatif actuel pour les marchés de la défense ne fonctionne pas correctement : (...) L'actuelle directive sur les marchés publics, même dans sa version révisée (2004/18/CE), est jugée inadaptée à de nombreux marchés de défense, car elle ne prend pas en compte certaines de leurs*

⁴¹⁰ Arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Commission/Espagne, C-414/97, point 22. En revanche, contrairement à ce qu'écrit M. TRYBUS (« The Hidden Remedies Directive : Review and Remedies Under the EU Defense and Security Procurement Directive », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 135 et s., point 2.2.) la Cour n'a pas encore procédé à un contrôle de proportionnalité des mesures prises sur base de l'article 346 TFUE. C'est en ce qui concerne le recours à l'exception de l'article 14 de la directive 2004/18/CE que la Cour a posé une exigence de proportionnalité (cf. ci-dessous, no 154). En faveur d'un contrôle de proportionnalité, voir A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 136.

⁴¹¹ Arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Commission/Espagne, C-414/97, point 21 ; arrêt de la Cour du 7 juin 2012, *Insinöörtoimisto Instiimi Oy*, C-615/10, point 35.

⁴¹² A ce sujet, le Tribunal a considéré dans un arrêt du 30 septembre 2003 (T-26/01, *Fiocchi Munizioni/Commission*) qu'« en disposant qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat membre prenne, en relation avec les activités concernées, les mesures « qu'il estime nécessaires » à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE confère aux Etats membres une discrétion particulièrement large dans l'appréciation des besoins participant d'une telle protection » (point 58).

⁴¹³ Page 7 de la *Communication interprétative de la Commission sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense du 7 décembre 2006*.

⁴¹⁴ Arrêt de la Cour du 7 juin 2012, *Insinöörtoimisto Instiimi Oy*, C-615/10, point 35.

⁴¹⁵ Arrêt de la Cour du 26 octobre 1999, *Sirdar*, C-273/97, point 17 ; arrêt de la Cour du 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, point 17 ; arrêt de la Cour du 11 mars 2003, *Dory*, C-186/01, point 32.

⁴¹⁶ Cf. également la *Communication interprétative de la Commission sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense du 7 décembre 2006* (COM (2006) 779 final), page 7.

⁴¹⁷ *Communication interprétative de la Commission sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense du 7 décembre 2006* (COM (2006) 779 final), page 7. Les compensations sont des avantages réclamés à l'adjudicataire en contrepartie de l'attribution du marché. Les compensations peuvent être de nature diverse. Voir au sujet des pratiques de compensations, A. GEORGOPOULOS, « Revisiting Offset Practices in European Defence Procurement : The European Agency's Code of Conduct on Offsets », *Public Procurement Law Review*, 2011, pp. 29 et s.

caractéristiques spécifiques. En conséquence, de nombreux Etats membres répugnent à utiliser la directive sur les marchés publics pour les équipements de défense, même si les conditions d'application de l'article 296 ne sont pas satisfaites »⁴¹⁸.

C. En réalité, l'article 14 de la directive 2004/18/CE permettait des exceptions en partie plus larges que l'actuel article 346 TFUE

154.- L'article 14 de la directive 2004/18/CE et l'article 21 de la directive 2004/17/CE disposent comme suit :

« La présente directive ne s'applique pas aux marchés lorsqu'ils sont déclarés secrets par les Etats membres ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de cet Etat l'exige ».

Cet article laisse une certaine latitude aux Etats membres.

Ainsi, dans un arrêt du 16 octobre 2003⁴¹⁹, la Cour a reconnu que la Belgique pouvait légitimement ne pas suivre la directive « marchés publics de services » 92/50/CE⁴²⁰ pour un marché public de prises de vues aériennes, pour lesquelles un certificat de sécurité militaire était exigé. Ce certificat de sécurité militaire impliquait notamment un contrôle complet de l'entreprise et des membres du personnel ayant accès aux prises de vue en question, ainsi que la réunion de certaines autres conditions de sécurité. Le certificat n'était cependant pas requis de façon absolue. En effet, si le prestataire n'en avait pas disposé, il aurait dû, avant tout traitement, transmettre les prises de vues aux services de renseignement généraux afin de faire masquer les objets classifiés, c'est-à-dire les objets considérés comme secrets.

Dans deux arrêts ultérieurs des 8 avril et 2 octobre 2008, la Cour a cependant estimé que le recours à l'exception de l'actuel article 14 de la directive 2004/18/CE n'était pas admis s'il apparaissait comme disproportionné au regard de l'objectif poursuivi consistant à empêcher la divulgation d'informations sensibles relatives à la production d'hélicoptères. La Cour y a considéré qu'il appartenait à l'Italie de montrer que cet « objectif n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence telle que prévue par la même directive »⁴²¹. La Cour a ainsi considérablement restreint la portée de l'exception prévue par les directives « marchés publics » en introduisant une condition de proportionnalité que le texte n'indique pas explicitement.

L'exception de l'article 14 de la directive 2004/18/CE permettait de ne pas appliquer la directive 2004/18/CE dans des cas voisins où les conditions strictes de l'article 346 TFUE n'étaient pas remplies. De fait, par rapport aux marchés publics, le champ d'application de l'exception de l'article 14 de la directive 2004/18/CE était potentiellement plus large que celui de l'article 346 TFUE. Dès lors que des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées avaient été adoptées au niveau national, l'article 14 de la directive 2004/18/CE dispensait l'ensemble des cas exemptés par l'article 346 TFUE, et cela même sans la restriction que « ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement similaires ». C'est un point qui n'a pas été signalé dans le livre vert de la Commission sur les marchés de la défense⁴²², ni dans sa communication interprétative sur l'application

⁴¹⁸ Communication interprétative de la Commission sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense du 7 décembre 2006 (COM (2006) 779 final), page 3. Voir également sur ce point, B. HEUNINCKX, « The EU Defence and Security Procurement Directive : Trick or Treat ? », *Public Procurement Law Review*, 2011, 1, pp. 9 et s., points 1 et 2.

⁴¹⁹ Arrêt du 16 octobre 2003, Commission/Belgique, C-252/01.

⁴²⁰ Cette directive contenait déjà une disposition équivalente à l'article 14 de la directive 2004/18/CE.

⁴²¹ Arrêt de la Cour du 8 avril 2008, C-337/05, Commission/Italie, point 53 ; arrêt de la Cour du 2 octobre 2008, C-157/06, Commission/Italie, point 31.

⁴²² Livre vert - Marchés publics de la défense du 23 septembre 2004 (COM (2004) 608 final).

de l'article 296 du traité (actuel article 346 TFUE) dans le domaine des marchés publics de la défense⁴²³.

S'il est assez probable, ainsi que la Commission l'a relevé dans sa communication interprétative concernant l'ancien article 296 du traité CE, que des Etats membres se soient prévalus à tort des dispositions de cet article pour soustraire des marchés à une mise en concurrence, il n'en reste pas moins que la directive 2004/18/CE contenait elle-même une disposition qui permettait de faire échapper à l'application des dispositions de cette directive un grand nombre de marchés dans le domaine de la défense qui n'auraient pas pu bénéficier des dispositions de l'article 296 CE (l'actuel article 346 TFUE)⁴²⁴. Comme la plupart des marchés dans le domaine de la sécurité relèvent aujourd'hui de la directive 2009/81/CE qui ne contient pas de disposition équivalente, la portée de l'article 14 de la directive 2004/18/CE est désormais nettement plus limitée.

§ 2.- Les principales particularités de la directive 2009/81/CE par rapport à la directive générale 2004/18/CE

A. L'absence d'une disposition équivalente à l'article 14 de la directive 2004/18/CE implique une extension du champ d'application du droit dérivé des marchés publics

155.- Pour qu'un marché dans le domaine de la défense échappe aux dispositions de cette directive, il suffisait, conformément à la lettre de l'article 14 de la directive 2004/18/CE, qu'il soit déclaré secret conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur. La menace d'intérêts essentiels de sécurité n'était à cet égard pas une condition nécessaire. L'absence de disposition équivalente dans la directive 2009/81/CE implique donc en principe une extension du champ d'application du droit dérivé des marchés publics. Cette extension est cependant atténuée par un certain nombre d'exclusions ponctuelles⁴²⁵.

Les marchés ou les informations dont la révélation sont considérées par l'Etat membre concerné comme contraire à ses intérêts essentiels de sécurité continuent cependant d'être protégés en vertu de l'article 346, 1^{er} paragraphe, a), TFUE. C'est d'ailleurs en ce sens que s'exprime le seizième considérant de la directive 2009/81/CE.

B. Une mise en concurrence plus souple

156.- Sous le régime de la directive 2009/81/CE, la mise en concurrence devient plus souple, la procédure négociée avec avis de marché préalable étant admise dans tous les cas de figure⁴²⁶.

En revanche, la procédure ouverte n'est pas permise⁴²⁷.

Le quarante-huitième considérant de la directive laisse penser que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas admis à agencer la procédure négociée à la façon d'un dialogue compétitif⁴²⁸. Comme sous le

⁴²³ Communication interprétative sur l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense du 7 décembre 2006. La Commission ne fait que citer l'article 14 dans une note en bas de page, sans relever l'importance de cet article.

⁴²⁴ Il s'agit d'un point qu'omettent de relever les auteurs que nous avons pu consulter. Voir, par exemple, M. TRYBUS, « The Hidden Remedies Directive : Review and Remedies Under the EU Defence and Security Procurement Directive », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 135 et s., en particulier le point 3.1, p. 43 où cette différence entre les directives 2004/18/CE et 2009/81/CE aurait mérité d'être signalée.

⁴²⁵ Voir, à ce sujet, ci-dessous no 168.

⁴²⁶ Cf. à ce sujet, ci-dessus no 134 à 139.

⁴²⁷ Voir également, B. HEUNINCKX, « The EU Defence and Security Procurement Directive : Trick or Treat ? », *Public Procurement Law Review*, 2011, 1, point 4.1.

⁴²⁸ D'après le quarante-huitième considérant de la directive 2009/81/CE, la procédure négociée avec avis de marché préalable suppose que le marché puisse être défini avec suffisamment de précision pour permettre aux opérateurs économiques de formuler leurs offres, ce qui n'est pas le cas pour le dialogue compétitif qui

régime de la directive 2004/18/CE, la procédure négociée avec avis de marché est donc moins souple sous le régime de la directive 2009/81/CE que sous celui de la directive 2004/17/CE.

C. Le champ d'application de la directive 2009/81/CE est évidemment différent de celui de la directive 2004/18/CE

1. Champ d'application « Ratione personae »

157.- La directive 2009/81/CE vise des marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive 2004/18/CE ou par des entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17/CE, ainsi que l'atteste la référence répétée tant aux « pouvoirs adjudicateurs » qu'aux « entités adjudicatrices ».

L'application des règles de la directives 2009/81/CE aux « entreprises publiques » peut de prime abord étonner. C'est cependant oublier que les marchés sectoriels peuvent porter sur des « équipements sensibles », « des travaux sensibles » ou des « services sensibles »⁴²⁹. Dans ces cas, le marché sera soumis à la directive 2009/81/CE. Rappelons à cet égard que la directive 2004/17/CE ne s'applique pas indifféremment aux contrats qu'elle définit comme des marchés de fournitures, de travaux et de services, mais seulement si ces marchés sont passés pour la poursuite d'une activité sectorielle, ainsi que le précise l'article de la directive 2004/17/CE. L'application de la directive 2009/81/CE à des « marchés de fournitures, de travaux et de services » passés par des entités adjudicatrices, en particulier des entreprises publiques au sens de la directive 2004/17/CE, suppose donc que le marché en question soit passé pour une activité sectorielle.

2. Champ d'application ratione materiae

158.- Pour l'expression « marchés » l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive renvoie aux notions de « marchés publics » de la directive 2004/18/CE et « marchés de fournitures, de travaux et de services » de la directive 2004/17/CE.

La directive 2009/81/CE s'applique à la passation des marchés publics passés « dans le domaine de la défense et de la sécurité ayant pour objet :

- a) la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ;
- b) la fourniture d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ;
- c) des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux points a) et b) pour tout ou partie de son cycle de vie ;
- d) des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles » (article 2 de la directive 2009/81/CE).

Ces quatre catégories se recoupent en partie.

Bien que le législateur européen omette de le préciser, il est évident que pour relever de la directive *ratione materiae*, il suffit qu'un le contrat porte sur un ou plusieurs éléments de l'une des catégories indiquées.

La directive 2009/81/CE définit l'« équipement militaire » comme « un équipement spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munitions ou matériel de guerre »⁴³⁰.

Ce que sont des « équipements sensibles », « travaux sensibles » ou des « services sensibles » dépend des classifications de sécurité nationale. Il s'agit, d'après la directive 2009/81/CE, d'« équipements, travaux, services destinés à des fins de sécurité qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées »⁴³¹. La directive ne définit pas ce qu'elle entend exactement

comporte une phase de dialogue précisément en vue de permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins.

⁴²⁹ Cf. article 1^{er}, paragraphe 7, et article 2 de la directive 2009/81/CE.

⁴³⁰ Article 1^{er}, paragraphe 6, de la directive 2009/81/CE.

⁴³¹ Article 1^{er}, paragraphe 7, de la directive 2009/81/CE.

par les termes « destiné à des fins de sécurité ». Les « informations classifiées » sont « toute information ou tout matériel [!], quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission, auquel un certain niveau de protection a été attribué et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale et conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré, requiert une protection contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout autre accès par des personnes non autorisées ou tout autre type de compromission »⁴³².

Comme ce qui relève du domaine de la défense et de la sécurité relève en partie de classifications nationales, le champ d'application de la directive 2009/81/CE n'est pas uniforme dans toute l'Union.

3. Concession de travaux ou de services

159.- La directive 2009/81/CE ne mentionne ni les concessions de travaux, ni les concessions de service. Vu l'objet des contrats couverts par la directive 2009/81/CE, les cas où le titulaire d'un tel marché pourrait être rémunéré par des usagers privés sont très rares, sinon inexistants.

L'exploitation, par exemple, d'une cantine exclusivement réservée à des militaires ne pourrait - eu égard à l'arrêt de la Cour du 7 juin 2012⁴³³ - être considérée comme un service destiné à des fins spécifiquement militaires. Un service consistant à donner accès aux particuliers, sur demande, à certaines informations classifiées les concernant, pourrait être exploité en théorie sous la forme d'une concession de service. L'objet d'une telle concession ne figurerait pas non plus parmi ceux visés par l'article 2, car le service ne serait pas *destiné à des fins de sécurité*, ainsi que l'exige l'article 1^{er}, paragraphe 7, de la directive.

La directive 2009/81, contrairement aux directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, ne mentionne les concessions de services ou travaux ni pour les inclure, ni pour les exclure de son champ d'application. La question de savoir quel seraient les règles à suivre pour l'attribution d'une telle concession de services paraît assez théorique. Si la directive 2009/81/CE ne mentionne ni les concessions de travaux, ni les concessions de service, c'est peut être que le législateur a estimé que le cas ne se présentait guère.

Comme ni la directive 2004/18/CE, ni la directive 2004/17/CE ne s'appliquent aux concessions de service, il devrait en être de même pour la directive 2009/81/CE. En revanche, ces concessions de services resteraient soumises aux principes du traité et donc à l'obligation de mise en concurrence, si elles présentaient un intérêt transfrontalier⁴³⁴.

Une concession portant sur la construction et l'exploitation d'une infrastructure destinée à des fins spécifiquement militaires, ne serait à notre avis pas non plus soumise à la directive 2009/81/CE, vu l'absence de disposition spécifique concernant les concessions de travaux. N'étant pas soumise aux dispositions de la directive 2009/81/CE, une telle concession serait soumise à la directive 2004/18/CE.

4. Concours en matière de services

160.- Contrairement aux directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, la directive 2009/81/CE ne vise pas les concours en matière de services. Il s'agit de procédures qui permettent à un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice d'acquérir un plan ou un projet, souvent dans le domaine de l'architecture⁴³⁵. Or, il est assez facile d'imaginer des situations dans lesquelles un projet architectural répondrait des fins spécifiquement militaires. Un concours pour un tel projet serait soumis à la directive générale 2004/18/CE.

⁴³² Article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2009/81/CE.

⁴³³ Arrêt de la Cour du 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, point 40. Comme la directive ne définit pas ce qu'elle entend par « fins spécifiquement militaires », on peut supposer que si la Cour avait à connaître cette question, elle s'inspirerait de la réponse qu'elle a fournie dans l'arrêt *Insinööritoimisto* du 7 juin 2012 (C-615/10, point 46) concernant la notion de « produits non destinés à des fins spécifiquement militaires » de l'article 346 TFUE (cf. au sujet de cet arrêt, ci-dessus, no 152).

⁴³⁴ Cf. à ce sujet, ci-dessous, les nos 333 et s.

⁴³⁵ Cf. à ce sujet les nos 273 et s.

5. Extensions de l'obligation de mise en concurrence à des opérateurs économiques privés lors de la conclusion de contrats de sous-traitance

161.- A ce sujet la directive prévoit deux différences très importantes par rapport à la directive 2004/18/CE. Ces différences aboutissent à une extension du champ d'application de l'obligation de mise en concurrence.

(a) *Mise en concurrence pour la passation de contrats de sous-traitance*

(i) *Principe*

162.- Le titre III de la directive (articles 50 à 53) définit des règles de mise en concurrence à respecter lors de la passation de contrats de sous-traitance. Ces dispositions ne s'appliquent que si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice l'imposent. L'Etat membre concerné peut inviter ces derniers à agir en ce sens (article 21, paragraphe 3).

Les titulaires d'un marché principal qui sont eux-mêmes des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ne sont pas soumises aux règles particulières de mise en concurrence pour la passation des contrats de sous-traitance (article 50, paragraphe 1^{er}).

En effet, ainsi que l'article 54 de la directive le précise expressément, pour contracter avec des sous-traitants, ces entités devront respecter les règles ordinaires de mise en concurrence de la directive, comme si le contrat de sous-traitance était un marché principal soumis à la directive 2009/81/CE.

En l'absence de disposition en ce sens, cela ne serait pas allé de soi, car un contrat de sous-traitance passé par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, attributaire d'un marché principal soumis à la directive 2009/81/CE, ne porte pas nécessairement sur l'un des objets visés par l'article 2 de la directive 2009/81/CE.

L'article 54 de la directive 2009/81/CE envisage des marchés sous-traités par des entités adjudicatrices. Ce faisant, elle suppose que le marché principal représente pour l'entité adjudicatrice, titulaire de ce marché, l'exercice d'une activité sectorielle. A défaut, l'utilisation de l'expression « *entité adjudicatrice* » ne serait pas pertinente. Le cas peut-il se présenter ? Autrement dit, l'exécution d'un marché public dont l'objet se situe dans le champ d'application matériel de la directive 2009/81/CE, peut-elle constituer une activité sectorielle visée par la directive 2004/17/CE⁴³⁶ ? Cela ne pourrait être le cas que très exceptionnellement. Le cas ne pourrait guère se présenter qu'à propos de prestations de services postaux ou en vue de la mise à disposition de terminaux de transports qui constituent également des activités sectorielles. Encore faudrait-il que cette activité sectorielle constitue l'objet principal du marché, sinon le marché sous-traité ne serait pas principalement destiné à une activité sectorielle et ne serait pas visé par la directive 2004/17/CE (article 9 de la directive 2004/17/CE).

(ii) *Obligation de mise en concurrence à charge de l'opérateur économique, titulaire du marché principal*

163.- Dans les cas où les dispositions concernant la passation des contrats de sous-traitance sont appliquées, elles imposent de lourdes contraintes aux entreprises privées, attributaires d'un marché principal⁴³⁷. Il s'agit essentiellement, dès lors que les seuils d'application de la directive sont dépassés, de la publication d'un avis de marché conforme au modèle figurant à l'annexe V de la directive, (article 52, paragraphe 2), ainsi que de l'obligation de traiter les sous-traitants potentiels sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire (article 51).

D'après quels critères le choix des sous-traitants doit-il s'effectuer ?

⁴³⁶ Cette question diffère de celle de savoir si le marché principal est destiné à une activité sectorielle du pouvoir adjudicateur qui attribue ce marché. Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 50 et 90 et s.

⁴³⁷ Voir également en ce sens, B. HEUNINCKX, « The EU Defence and Security Procurement Directive : Trick or Treat ? », *Public Procurement Law Review*, 2011, 1, pp. 9 et s., point 6.1.

La directive indique que les critères de sélection qualitative des sous-traitants doivent être « objectifs, non-discriminatoires et cohérents avec les critères appliqués par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal » (article 53). La directive précise que « les capacités requises doivent être directement liées à l'objet du contrat de sous-traitance » et que « les niveaux minimaux de capacités exigés doivent être proportionnés à cet objet » (article 53).

En revanche, la directive reste imprécise sur les critères d'attribution. Il résulte de l'annexe V de la directive que l'avis de sous-traitance doit indiquer « les critères objectifs qui seront utilisés pour la sélection des sous-traitants concernant leur situation personnelle ou l'évaluation de leur offre » (point 7). L'article 53, alinéa 2, accorde au titulaire du marché principal de ne pas sous-traiter « s'il apporte la preuve, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, qu'aucun des sous-traitants participant à la mise en concurrence ou qu'aucune des offres présentées ne satisfait aux critères figurant dans l'avis de sous-traitance, empêchant ainsi le soumissionnaire retenu de satisfaire aux exigences figurant dans le marché principal ».

Cela sous-entend que le titulaire du marché principal ne pourrait pas rejeter les offres remises pour un motif étranger aux exigences du marché principal, en particulier celui que le prix demandé aura pour effet que le marché principal deviendra déficitaire⁴³⁸. De même, l'avis de sous-traitance ne pourrait pas indiquer un prix maximal à ne pas dépasser. Cette façon de procéder aurait permis d'éviter au titulaire du marché principal un risque de perte. Le titulaire du marché aurait retrouvé le droit d'exécuter les volets concernés par ses propres moyens, si les offres remises étaient trop élevées.

Les modalités qui précèdent s'appliquent aux marchés dont la valeur estimée dépasse les seuils d'application de la directive. Pour la passation des contrats de sous-traitance dont la valeur hors tva est inférieure aux seuils d'application de la directive, la directive précise que l'entreprise qui a obtenu le marché doit appliquer « les principes du traité relatifs à la transparence et à la concurrence » (article 52, paragraphe 7).

Cela n'aurait pas été le cas sans cette précision. En effet, les dispositions du traité FUE, ainsi que les principes généraux du droit européen, dont le principe d'égalité, ne lient pas les entreprises privées. Elles n'obligent que les Etats, y compris les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les entreprises publiques, du moins, dans la mesure où, du point de vue fonctionnel, par leur intermédiaire c'est l'Etat qui agit⁴³⁹. Contrairement aux pouvoirs adjudicateurs qui, même si les seuils des directives ne sont pas atteints⁴⁴⁰, doivent respecter les principes d'égalité et de transparence, dès lors qu'un marché présente un intérêt transfrontalier, les entreprises privées ne sont tenues d'aucune obligation de ce type.

Quant au type de procédure de passation à suivre par le titulaire du marché principal, la directive reste muette, sauf à préciser que pour le choix des sous-traitants, le titulaire du marché principal peut procéder par accords-cadres⁴⁴¹, si l'Etat-membre concerné le lui permet (article 51, paragraphe 6). Si le droit national n'impose pas de règles particulières, l'entreprise privée, titulaire du marché principal, pourra donc librement choisir les modalités de mise en concurrence, sauf à respecter les principes d'égalité et de transparence. Vu l'article 51, paragraphe 6, le recours aux accords-cadres devra être expressément autorisé par le droit de l'Etat membre concerné.

(iii) Appréciation : l'excès de mise en concurrence nuit à la mise en concurrence

164.- Que penser de cette possibilité donnée aux Etats membres de prévoir que l'attribution des contrats de sous-traitance devra être précédée d'une mise en concurrence ?

A première vue, l'obligation pour le titulaire du marché principal de veiller à ce qu'il y ait une mise en concurrence paraît être une mesure défendable et proportionnée, puisqu'elle permet d'assurer le respect de l'égalité entre les sous-traitants potentiels. La directive 2004/18/CE imposait déjà une mise

⁴³⁸ Dans son document intitulé « Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security - Guidance note - Subcontracting », la Commission n'envisage pas cette possibilité.

⁴³⁹ Cf. à ce sujet ci-dessous, nos 192 et s.

⁴⁴⁰ Cf. à ce sujet ci-dessous, nos 341 et s.

⁴⁴¹ La réglementation des accords-cadres dans la directive 2009/81/CE est identique à celle de la directive 2004/18/CE, sauf qu'il est prévu que la durée des accords-cadres ne peut excéder sept ans en principe et non seulement quatre ans (article 29 de la directive 2009/81/CE).

en concurrence des contrats de sous-traitance passés par les concessionnaires privés de travaux publics avec des tiers qui n'étaient pas des entreprises liées, dès lors que le seuil d'application de la directive pour les marchés de travaux était dépassé (articles 63, 64 et 65 de la directive 2004/18/CE)⁴⁴². Il pourrait sembler qu'en l'absence de dispositions en ce sens de la directive 2009/81/CE, les Etats membres auraient pu adopter des prescriptions similaires.

En réalité, la manière de procéder envisagée par la directive pose de sérieux problèmes.

L'obligation de procéder à une mise en concurrence pour l'attribution des contrats de sous-traitance rend en effet aléatoire le calcul du prix de l'offre à remettre pour le marché principal. Ainsi, d'ordinaire, en vue du calcul des prix à indiquer dans leur offre, les soumissionnaires tiennent compte des devis remis par les sous-traitants avec lesquels ils envisagent de travailler. Ils évitent ainsi de remettre une offre trop basse ou trop élevée. Cette démarche ne remplit vraiment son objectif que si le devis lie le sous-traitant. Si, cependant, le contrat de sous-traitance ne peut être passé qu'après une mise en concurrence, le sous-traitant pressenti devrait prendre l'engagement de participer à la procédure de mise en concurrence ultérieure et de remettre à cette occasion une offre identique. Cette méthode se concilie cependant mal avec une procédure de mise en concurrence fondée sur les principes d'égalité et de transparence⁴⁴³. D'une part, l'opérateur pressenti a l'avantage d'avoir été consulté avant toute mise en concurrence. D'autre part, cette façon de procéder pourrait créer l'impression que les jeux sont faits et dissuader d'autres opérateurs de participer à la mise en concurrence pour le marché sous-traité.

Si les intéressés au marché principal s'abstenaient de se procurer au préalable un engagement ferme pour les contrats de sous-traitance qu'ils comptent passer, leurs offres seraient en partie spéculatives. Le marché principal comportant un élément aléatoire qui aurait pu être évité, l'objectif du pouvoir adjudicateur de le conclure aux meilleures conditions se trouve compromis.

Il s'y ajoute qu'une mise en concurrence pour les contrats de sous-traitance suivant les mêmes principes que ceux qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices comporte une charge administrative considérable ainsi que des risques importants de contestations et de procès⁴⁴⁴. Cela crée une inégalité entre les soumissionnaires qui prévoient de faire appel à des sous-traitants et ceux qui entendent exécuter le marché par leurs propres moyens.

Ainsi, une mise en concurrence pour les contrats de sous-traitance selon les règles du droit primaire des marchés publics⁴⁴⁵ finit par enfreindre ces mêmes principes dans les rapports entre la pouvoir

⁴⁴² L'article 63 de la directive 2004/18/CE prévoit que des entreprises qui se sont groupées pour obtenir une concession ne sont pas considérées comme des entreprises tierces.

⁴⁴³ A noter que dans le document intitulé « Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defense and security - Guidance Note - Subcontracting », la Commission estime qu'il serait satisfait à l'obligation de mise en concurrence si l'attributaire du marché avait procédé à la mise en concurrence des contrats de sous-traitance au cours de la procédure lors de la préparation de son offre (point 33). Cette faculté, n'opérant qu'un décalage dans le temps, n'enlève bien sûr rien à la lourdeur des obligations pesant sur l'attribution du marché. Elle soulève au demeurant d'autres questions. Ainsi, notamment quant à sa praticabilité eu égard aux délais de remise des offres pour le marché principal.

⁴⁴⁴ Les droits nationaux prévoient en général la possibilité d'engager la responsabilité d'une partie qui a commis une faute lors de négociations en vue de la conclusion d'un contrat (« culpa in contrahendo »). Toutefois, dans ces situations, la partie qui met en cause la responsabilité de cette partie ne peut prétendre à être indemnisée du préjudice de ne pas avoir obtenu le marché, car l'autre partie n'avait aucune obligation de le lui attribuer. Il en serait autrement si, pour conclure des marchés, les entreprises privées étaient tenues de respecter les mêmes principes que les pouvoirs adjudicateurs. Dans ce cas, en effet, c'est en principe avec l'entreprise qui a soumis la meilleure offre conforme au cahier des charges que le contrat de sous-traitance devra être conclu. L'entrepreneur, titulaire du marché principal devra écarter des offres incomplètes ou tardives, mêmes si elles paraissent économiquement les plus avantageuses. Il devra d'autre part s'en tenir strictement aux critères d'attribution initialement fixés et n'accorder de faveur avec aucun des candidats, même s'il entretient avec l'un d'eux des relations commerciales privilégiées. S'il s'avérait plus tard, que ces principes n'ont pas été suivis, la régularité de l'attribution pourrait être mise en question et, le cas échéant, les tiers intéressés pourraient obtenir des dommages-intérêts. Les dommages-intérêts compenseraient, suivant le cas, le bénéfice manqué ou la perte de la chance d'obtenir le contrat de sous-traitance et de réaliser un bénéfice, montant en général nettement plus élevé que ce à quoi peut donner droit une indemnisation fondée sur une *culpa in contrahendo*.

⁴⁴⁵ Pour ces règles voir ci-dessous, nos 389 et s.

adjudicateur et les entreprises intéressées au marché principal : l'excès de mise en concurrence empêche ainsi la mise en concurrence.

Remarquons que les soumissionnaires pourraient sans enfreindre la directive éviter de s'exposer au risque de remettre une offre spéculative en formant un groupement avec les entreprises avec lesquelles ils auraient normalement conclu des contrats de sous-traitance. Cette possibilité peut cependant se trouver exclue si, conformément à l'option que la directive laisse aux Etats membres, l'Etat membre en question a imposé ou permis aux pouvoirs adjudicateurs de rendre obligatoire (!) le recours à des sous-traitants (cf. ci-dessous le point (ii)).

Relevons que l'obligation de procéder à une mise en concurrence ne s'applique pas lorsque le contrat de sous-traitance est confié à une entreprise liée (article 50, paragraphe 2).

(b) L'obligation d'avoir recours à des sous-traitants

165.- Les Etats membres peuvent permettre aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices - et même leur imposer - d'exiger que l'adjudicataire ait recours à des sous-traitants (article 21, paragraphe 4) à concurrence d'un certain pourcentage de la valeur du marché qui ne pourra cependant être fixé à plus de 30%. La directive ne précise cependant pas quelle autorité pourrait demander aux pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de sous-traiter une partie du marché. Il appartient donc aux Etats membres de désigner les instances compétentes.

A noter que la directive 2004/18/CE prévoyait déjà pour les concessions de travaux que les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander aux concessionnaires de travaux publics de recourir à des sous-traitants pour un minimum de 30% de la valeur des travaux faisant l'objet de la concession⁴⁴⁶.

Lorsque le titulaire du marché principal soumis à la directive 2009/81/CE est obligé d'avoir recours à la sous-traitance pour une partie de son marché, il doit procéder à une mise en concurrence suivant le titre III de la directive, c'est-à-dire suivant les règles ci-avant exposées (article 21, paragraphe 4, dernier alinéa).

Si le recours à des sous-traitants a été rendu obligatoire, même des entreprises qui, en vue du marché, ont formé un groupement, sont obligées de sous-traiter à des tiers un pourcentage déterminé du marché⁴⁴⁷. Les objections formulées ci-dessus à l'encontre de la mise en concurrence obligatoire pour le choix de tout ou partie des sous-traitants valent à plus forte raison, car, dans ce cas-ci, le soumissionnaire ne peut pas s'y soustraire en formant un groupement.

(c) Conclusion

166.- La mise en concurrence obligatoire des marchés sous-traités ainsi que l'obligation de sous-traiter une partie du marché principal, risquent de conduire à des effets indésirables, soit que le titulaire du marché principal, constatant qu'il réalisera des pertes abandonnera le marché, soit que le titulaire du marché principal tentera de se soustraire à la mise en concurrence du marché sous-traité par des subterfuges ; ainsi, par exemple, en faisant participer à la mise en concurrence un opérateur dont il a déjà reçu un devis au préalable ou en prétextant l'impossibilité de trouver un sous-traitant approprié par voie de mise en concurrence.

Quant à insérer dans le marché principal une clause permettant d'adapter le prix de celui-ci en fonction du résultat des mises en concurrence pour les parties sous-traitées, ce serait là un procédé inadmissible. En effet, le prix du marché principal dépendrait de la plus ou moins grande habileté du titulaire du marché principal lors de l'attribution des contrats de sous-traitance. Ce dernier serait d'ailleurs d'autant moins motivé à bien négocier qu'il pourrait récupérer le prix du marché sous-traité sur le prix du marché principal.

⁴⁴⁶ Article 60, de la directive 2004/18/CE.

⁴⁴⁷ Cela résulte de l'article 50, paragraphe 2, de la directive 2009/81/CE qui précise que ni les entreprises qui se sont groupées pour obtenir le marché, ni les entreprises qui leur sont liées ne sont considérées comme des tiers.

6. Services prioritaires et services non prioritaires

167.- Les articles 15 et 16 de la directive distinguent entre les marchés de services prioritaires de l'annexe I et les marchés de services non prioritaires de l'annexe II de la directive.

Tout comme les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, la directive 2009/81/CE ne soumet les marchés de services non prioritaires qu'aux règles concernant les spécifications techniques (article 18) et à l'obligation de faire parvenir à la Commission un avis sur l'attribution de ces marchés (article 30, paragraphe 3).

En revanche, les listes des services prioritaires et des services non prioritaires diffèrent de celles des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Les services bancaires et d'investissement qui sont des services non prioritaires sous le régime des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE n'y figurent pas - de tels marchés n'étant guère susceptibles d'entrer dans le champ d'application matériel de la directive 2009/81/CE - tandis que certains marchés de services à caractère militaire ou confidentiel sont des marchés de services prioritaires (rubriques 2, 3, 4 et 20 de l'annexe I). Pour ces marchés, la directive 2009/81/CE instaure donc un régime de passation nettement plus lourd que ce n'était le cas sous la directive 2004/18/CE.

7. Exclusions

168.- La directive 2009/81/CE contient certaines « exclusions spécifiques » que les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE ne prévoient pas : ainsi, les marchés destinés aux activités de renseignement (article 13, b)) ou les marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et de développement mené conjointement par au moins deux Etats membres en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, des phases ultérieures de tout ou partie du cycle de vie de ce produit (article 13, c)).

L'article 13, a) indique que la directive ne s'applique pas aux marchés pour lesquels l'application des règles de la directive obligerait un Etat membre à fournir des informations dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité. Cette exception est une application particulière du paragraphe 1^{er}, point a) de l'article 346 TFUE. D'après le second alinéa du vingtième considérant de la directive 2009/81/CE, cela pourrait notamment être le cas « lorsque les marchés sont à ce point sensibles que leur existence même doit être tenue secrète ». Signalons que l'article 2 de la directive mentionne déjà qu'elle ne s'applique que sous réserve de l'actuel article 346 TFUE.

L'article 13, d) exempte « les marchés passés dans un pays tiers, y compris pour des achats civils, réalisés lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union, lorsque les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ».

Autre particularité par rapport à la directive 2004/18/CE, les marchés passés entre gouvernements sont exclus. Il s'agit conformément à l'article 13, f) des marchés « concernant

- i) la fourniture d'équipements militaires ou d'équipements sensibles ;
- ii) des travaux et des services directement liés à de tels équipements ; ou des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles ».

Il s'agit, exprimée de façon plus concise, de la liste des marchés visés par la directive conformément à l'article 2, c'est-à-dire de l'ensemble des marchés visés par la directive. Cela signifie que la directive ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de marchés entre gouvernements. La restriction est importante. Elle n'existait pas dans la directive 2004/18/CE. Sa compatibilité avec le droit primaire ne paraît pas évidente.

8. Seuils - Ratione valoris

169.- La directive prévoit les mêmes seuils d'application que la directive 2004/17/CE⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Voir également ci-dessous, nos 277 et s.

Les dispositions concernant le calcul de la valeur des marchés pour l'application des seuils en revanche sont calquées sur celles de la directive 2004/18/CE⁴⁴⁹ qui divergent légèrement de celles de la directive 2004/17/CE.

Le préambule de la directive aborde la question des marchés présentant néanmoins un intérêt transfrontalier dont la valeur se situe en-dessous des seuils. Le quinzième considérant explique que dans ces cas, les obligations de transparence et de mise en concurrence devraient être déterminées par les Etats membres dans le respect des principes du droit primaire, notamment les principes d'égalité de traitement et de transparence. Ces explications sont inspirées de la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics, d'après laquelle, même en-dessous des seuils, le droit primaire entraîne une obligation de mise en concurrence, dès lors que le marché présente un intérêt transfrontalier certain⁴⁵⁰.

D. La directive 2009/81/CE ne prévoit pas les « systèmes d'acquisition dynamiques »

170.- La mise en concurrence par systèmes d'acquisition dynamiques n'est pas prévu sous le régime de la directive 2009/81/CE. Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ont introduit les systèmes d'acquisition dynamiques pour des « achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins » de l'entité adjudicatrice, respectivement du pouvoir adjudicateur. Le législateur européen a sans doute considéré que l'intérêt de ce type de procédure était fort réduit dans le domaine de la défense et de la sécurité.

E. Dispositions diverses

171.- La directive 2009/81/CE comporte des dispositions relatives à la sécurité de l'information⁴⁵¹. Bien que les directives 2004/18/CE ou 2004/17/CE ne l'aient pas prévu explicitement avant la directive 2009/81/CE, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices pouvaient déjà recourir à ce même type de clauses⁴⁵². L'énumération que donne l'article 22 de la directive des engagements et des informations que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent demander n'est qu'exemplative.

L'article 23 de la directive 2009/81/CE indique de façon non exhaustive des clauses que les documents peuvent contenir pour garantir la sécurité d'approvisionnement. Là encore, rien qui n'ait déjà été permis avant. En revanche, cet article interdit d'exiger du soumissionnaire qu'il obtienne « un engagement d'un Etat membre qui porterait atteinte à la liberté de cet Etat membre d'appliquer, conformément au droit international ou communautaire pertinent, ses critères nationaux en matière d'autorisation des exportations, transferts ou transits, dans les circonstances prévalant au moment de la décision d'autorisation » (article 23, dernière phrase).

§ 3.- Les dispositions strictement identiques ou très similaires à celles de la directive 2004/18/CE

1. Nécessité d'un avis de marché en vue de la mise en concurrence

172.- Comme dans la directive 2004/18/CE, la publication d'un avis de marché est indispensable (article 30, paragraphe 2) pour la passation des marchés qui dépassent les seuils d'application de la directive 2009/81/CE. La publication d'un avis de préinformation n'est pas suffisante. On se rappellera que dans le système de la directive 2004/17/CE, l'équivalent de l'avis de préinformation,

⁴⁴⁹ On n'y retrouve cependant pas l'indication figurant dans la directive 2004/18/CE concernant le calcul de la valeur des marchés concernant les services bancaires et autres services financiers (article 9, paragraphe 8). Le législateur européen a sans doute estimé que de pareils marchés ne peuvent entrer dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE.

⁴⁵⁰ Cf. ci-dessous, nos 333 et s.

⁴⁵¹ Article 22 de la directive 2009/81/CE.

⁴⁵² Voir en ce sens également, B. HEUNINCKX, « The EU Defense and Security Procurement Directive : Trick or Treat ? », *Public Procurement Law Review*, 2011, 1, pp. 9 et s., point 7 ; M. TRYBUS, « The Hidden Remedies Directive : Review and Remedies Under the EU Defense and Security Procurement Directive », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 145 et s., no 3.3.

appelé « avis périodique indicatif », peut être utilisé comme moyen de mise en concurrence (article 42 de la directive 2004/17/CE). De même, la mise en concurrence par un avis sur l'existence d'un système de qualification, prévue par la directive 2004/17/CE, n'existe pas sous la directive 2009/81/CE.

2. La publication d'un avis de préinformation est facultative

173.- Tout comme sous le régime des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, la directive 2009/81/CE prévoit que la publication d'un avis de préinformation est facultative. L'absence de publication d'un avis de préinformation a pour seule conséquence que le pouvoir adjudicateur ne pourra pas réduire le délai de réception des offres conformément à l'article 33, paragraphe 3.

3. Marchés négociés sans publication d'un avis de marché

174.- La procédure négociée sans publication d'un avis de marché n'est admise que dans les cas limitativement énumérés à l'article 28. Ce sont en principe les mêmes cas qui permettent de recourir au marché négocié sans publication d'un avis de marché sous le régime de la directive 2004/18/CE.

S'y ajoutent les marchés portant sur des services de recherche et de développement autres que ceux déjà exclus du champ d'application de la directive en vertu de l'article 13 de la directive⁴⁵³.

La directive 2009/81/CE prévoit encore deux autres cas non prévus par la directive 2004/18/CE.

Il s'agit du cas d'« urgence résultant de situations de crise »⁴⁵⁴, pour lequel les conditions sont moins strictes que le cas d'urgence « impérieuse »⁴⁵⁵.

D'autre part, il s'agit des « marchés liés à la fourniture de services de transport maritime et aérien pour les forces armées ou les forces de sécurité d'un Etat membre, qui sont ou vont être déployées à l'étranger, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doivent obtenir ces services d'opérateurs économiques qui garantissent la validité de leur offre uniquement pour des périodes très brèves de sorte que les délais applicables à la procédure restreinte ou à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, y compris les délais réduits⁴⁵⁶ visés à l'article 33, paragraphe 7, ne peuvent être respectés » (article 28, paragraphe 5).

4. Procédure négociée avec publication d'un avis de marché

175.- Les dispositions de la directive 2009/81/CE (article 1^{er}, paragraphe 20 et article 26) concernant la procédure négociée avec publication d'un avis de marché préalable sont identiques à celles de la directive 2004/18/CE. Quant au déroulement de la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, la directive 2009/81/CE fournit à l'article 26 les mêmes précisions que les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 30 de la directive 2004/18/CE⁴⁵⁷.

5. Accords-cadres

176.- La réglementation des accords-cadres est identique à celle de la directive 2004/18/CE⁴⁵⁸, sauf que la durée des accords-cadres ne peut en principe excéder sept ans et non seulement quatre ans (article 29).

⁴⁵³ Article 28, paragraphe 2, a), de la directive 2009/81/CE.

⁴⁵⁴ Article 28, paragraphe 1^{er}, c), de la directive 2009/81/CE.

⁴⁵⁵ Voir quant à cette exception, nos 432 et 433.

⁴⁵⁶ En cas d'urgence, l'article 33, paragraphe 7, de la directive 2009/81/CE permet de réduire les délais minimaux pour les demandes de participation dans les procédures restreintes à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis (dix jours en cas de transmission de l'avis par voie électronique conformément à la directive) et le délai de réception des offres à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner. Cette disposition correspond à l'article 38, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE.

⁴⁵⁷ Nous renvoyons aux nos 131 et s. ci-dessus pour une description de la procédure négociée d'après les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE (cf. en particulier le no 131 en note).

⁴⁵⁸ Cf. ci-dessus nos 140 et s.

6. Enchères électroniques

177.- Les dispositions de la directive 2009/81/CE sont à cet égard identiques à celles des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

7. Centrales d'achat

178.- D'après la directive 2009/81/CE, la centrale d'achat peut être un pouvoir adjudicateur au sens de la directive 2004/18/CE, une entité adjudicatrice soumise à la directive 2004/17/CE, mais également « un organisme public européen » (article 1^{er}, paragraphe 18). Pour des marchés soumis à la directive 2009/81/CE, des entreprises publiques pourraient donc faire fonction de centrales d'achat pour d'autres pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, ce qui n'est pas le cas sous le régime de la directive 2004/17/CE.

Lorsque c'est un organisme de droit public européen qui fait fonction de centrale d'achat, il faut que « les règles de passation de marché qu'elle applique soient conformes à l'ensemble des dispositions de la présente directive [la directive 2009/81/CE] » (article 10, paragraphe 2, premier tiret). L'attribution des marchés doit « faire l'objet de recours efficaces comparables à ceux prévus au titre IV de la directive » (article 10, paragraphe 2, second tiret)⁴⁵⁹.

§ 4.- Marchés mixtes

179.- L'article 3 de la directive 2009/81/CE édicte des règles particulières quant au régime de passation des marchés mixtes qui entrent en partie dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE et en partie dans celui de la directive 2004/17/CE ou celui de la directive 2004/18/CE. Ces règles de conflit sont différentes de celles qui existent entre les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, d'après lesquelles il y a lieu de prendre en considération en tout premier lieu l'activité à laquelle le marché est principalement destiné (article 9 de la directive 2004/17/CE)⁴⁶⁰. Les règles de conflit de la directive 2009/81/CE diffèrent également de la règle de conflit générale retenue par la Cour pour les marchés mixtes.

1. Principe général retenu par la Cour pour les marchés mixtes

180.- La Cour a en effet décidé que lorsqu'un marché comprend différents objets qui, séparément, seraient soumis à des régimes différents, les règles applicables à la passation du marché sont déterminées d'après « l'objet principal du contrat ou l'élément prépondérant du contrat »⁴⁶¹ à condition que les différents volets du contrat soient « liés d'une manière inséparable et forment ainsi un tout indivisible »⁴⁶². En particulier, si l'objet principal d'un marché est étranger aux directives « marchés publics », le marché échappe pour le tout à leur emprise, même si certains aspects, envisagés isolément, y seraient soumis.

Ainsi, dans l'affaire Club Hotel Loutraki⁴⁶³, la Cour a considéré que l'objet principal du contrat était une cession de parts. En conséquence, la passation de l'ensemble du contrat échappait à la directive 2004/18/CE, alors même que le contrat comportait également des travaux soumis normalement à la directive 2004/18/CE.

⁴⁵⁹ Quant aux dispositions de la directive 2009/81/CE concernant les recours, voir ci-dessus, no 35.

⁴⁶⁰ Cf. ci-dessus nos 93 et s.

⁴⁶¹ Arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, points 48 et 49 ; arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, point 36 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 19 avril 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, points 23 et 26 qui, sans utiliser cette formule, s'exprime dans le même sens.

⁴⁶² Arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, points 48 et 49 ; arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, points 36, 39 et 45.

⁴⁶³ Arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, points 58 et 59.

2. Contrats entrant partiellement dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE et en partie dans celui de la directive 2004/81/CE ou de la directive 2004/17/CE

181.- La directive 2009/81/CE⁴⁶⁴ prévoit que la passation d'un contrat entrant partiellement dans le champ d'application de cette directive et partiellement dans celui de la directive 2004/18/CE ou 2004/17/CE, suivra les règles de la directive 2009/81/CE pour le tout (article 3, paragraphe 2), à condition que la conclusion d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives. Ainsi, les règles de la directive 2009/81/CE sont prioritaires par rapport à celles des deux autres directives, même si, d'après son objet principal, le contrat relevait de l'une d'elles.

3. Contrat entrant pour partie dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE et ne relevant pour le reste ni de la directive 2004/17/CE ni de la directive 2004/18/CE

182.- Lorsque l'objet du contrat entre pour partie dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE et qu'il ne relève pour le reste ni de la directive 2004/17/CE, ni de la directive 2004/18/CE, aucune des trois directives ne s'applique (article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/81/CE). Ici encore, la directive requiert que la conclusion d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives. Que le choix doive être objectivement justifié ne signifie pas que les différents volets du marché doivent être inséparables. Le fait qu'il soit utile ou avantageux de passer par un marché unique devrait suffire. Cette solution diverge également de la règle générale posée par la Cour.

4. Appréciation

183.- La condition posée par les règles de conflit de la directive 2009/81/CE que la conclusion d'un contrat unique soit objectivement justifiée réserve forcément un certain pouvoir d'appréciation au pouvoir adjudicateur. Si le choix doit être objectivement justifié, cela ne signifie pas pour autant qu'il doit s'agir du seul choix possible.

La directive indique que la décision de passer un marché unique ne peut pas être prise dans le but de soustraire des marchés à l'application de la directive 2009/81/CE, de la directive 2004/17/CE ou de la directive 2004/18/CE (article 3, paragraphe 3).

Dans la plupart des cas, le respect de cette disposition sera difficile, voir impossible à contrôler. Un pouvoir adjudicateur préférera nécessairement un régime de passation de marchés moins contraignant (en l'espèce, la procédure négociée admise de manière générale par la directive 2009/81/CE) au régime plus astreignant de la directive 2004/18/CE qui impose en principe la procédure ouverte ou la procédure restreinte. La possibilité de recourir à la procédure négociée sera en général un argument s'ajoutant à toutes les autres « justifications objectives » du choix de conclure un seul contrat.

En général, ce n'est que si les différents volets du marché sont réellement inséparables ou alors si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'ont pas recours à la procédure négociée que l'on pourra vraiment dire que la décision de passer un marché unique n'a pas été prise en vue d'échapper à l'application de l'une des directives « marchés publics ».

C'est des directives « marchés publics » et non du droit primaire que la Cour a déduit la règle qu'en présence d'un contrat ayant plusieurs volets inséparables, l'objet principal du contrat détermine le régime de passation à appliquer⁴⁶⁵. Il ne paraît donc à première vue pas y avoir d'empêchement à ce que la directive 2009/81/CE impose une autre règle.

Il faut cependant se poser la question de savoir si la règle retenue par la Cour ne s'impose pas également en vertu de la libre prestation des services, de la liberté d'établissement et du principe d'égalité de traitement. La Cour déduit l'obligation de mise en concurrence du droit primaire à partir de ces principes⁴⁶⁶. Il existe des exceptions à cette obligation, par exemple, pour des motifs impérieux

⁴⁶⁴ L'article 3, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/81/CE s'exprime comme suit : « Un marché ayant pour objet des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ d'application de la présente directive et en partie dans le champ d'application de la directive 2004/17/CE ou de la directive 2004/18/CE est passé conformément à la présente directive, sous réserve que la passation d'un marché unique soit justifié par des raisons objectives ».

⁴⁶⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, points 26 à 27.

⁴⁶⁶ Cf. sur cette question plus particulièrement les nos 364 et s.

d'intérêt général⁴⁶⁷. De simples considérations de commodité ou d'opportunité, même objectivement justifiées, ayant fait réunir en un seul marché divers volets, dont le principal ne se prête pas à une mise en concurrence, ne devraient donc pas dispenser d'une mise en concurrence pour le tout.

Il convient toutefois de remarquer que si l'article 3 de la directive 2009/81/CE dispose que dans certains cas qu'il indique, la directive 2009/81/CE ne s'applique pas, cela ne signifie pas que le législateur entend exclure toute mise en concurrence, y compris celle imposée par le droit primaire. Ce n'est que si l'on interprétait les règles de conflit de l'article 3 de la directive 2009/81/CE en sens opposé qu'elles heurteraient le droit primaire.

Chapitre III.- La délimitation du champ d'application des directives « marchés publics »

184. Introduction.- En décrivant l'évolution historique des directives « marchés publics », nous avons déjà examiné les changements qui ont successivement affecté le champ d'application des directives « marchés publics ». Il s'agit à présent d'explorer de plus près le champ d'application personnel (Sections 3, et 5) et matériel (Section 6) des directives « marchés publics » actuelles, tout comme leur champ d'application *ratione valoris* (Section 7) et leur champ d'application *ratione temporis* (Section 8).

Il nous a paru utile de commencer le présent chapitre par deux sections traitant de sujets plus fondamentaux, à savoir, d'abord l'interprétation des directives « marchés publics » (Section 1^{re}), puis la compétence du législateur européen pour adopter des directives concernant la passation des marchés publics (Section 2). Traitant du champ d'application matériel des directives « marchés publics », le présent chapitre s'intéressera naturellement à la distinction entre les marchés publics et les concessions. Les sections 9 et 10 examinent l'incidence des accords internationaux traitant de la passation des marchés publics, en particulier celle de l'Accord sur les marchés publics. Nous examinerons ensuite quels sont les principales modifications prévues par les trois propositions de directive du 20 décembre 2011, dont l'une vise à remplacer l'actuelle directive 2004/18/CE, une autre l'actuelle directive sectorielle 2004/17/CE et une troisième concerne les contrats de concession, appelés à faire l'objet d'une directive spécifique (Section 11). Il sera enfin question de l'incidence de la *dématérialisation* des marchés publics (Section 12).

Section 1^{re}.- Interprétation téléologique et interprétation « fonctionnelle » en vue de la délimitation du champ d'application des directives « marchés publics »

185.- En interprétant les directives « marchés publics », la Cour se réfère souvent expressément à l'objectif qu'elles visent à atteindre⁴⁶⁸. En droit européen, cette démarche téléologique est souvent indispensable⁴⁶⁹. Cela dit, ce qui compte, en tout premier lieu, c'est le texte tel que le législateur européen l'a adopté⁴⁷⁰. La volonté du législateur étant, à elle seule, insuffisante pour créer une

⁴⁶⁷ Cf. quant à ces questions, ci-dessous, nos 412 et s.

⁴⁶⁸ Voir par exemple : arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, point 11 ; arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti, C-399/08, points 51 à 56 ; arrêt de la Cour du 14 novembre 2002, Felix Swoboda, C-411/00, point 45 ; arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, point 35 ; arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Michaniki AE, C-213/07, point 39 ; arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CoNISMA, C-305/08, point 37.

⁴⁶⁹ Voir, quant à l'interprétation téléologique du droit européen, W. FRENZ, *Handbuch Europarecht, Band 5, Wirkungen und Rechtsschutz*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, nos 409 et s.

⁴⁷⁰ Cf. en ce sens également les conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire C-451/08 Helmut Müller) : « Il nous semble dès lors clair que, au contraire, le champ d'application de la directive doit être déterminé par référence, en premier lieu, aux conditions objectives qui sont définies par la directive elle-même. Naturellement, cela ne signifie pas que l'interprète doive éviter toute considération d'ordre « fonctionnel ». En réalité, les objectifs poursuivis par la directive forment, à l'évidence, l'un des principaux repères aux fins de l'interprétation (26) : ils ne sauraient cependant constituer le seul critère de référence, ni contourner la volonté du législateur de définir le champ d'application de la norme » (point 39).

obligation, il lui incombe d'adopter les dispositions qu'il estime indiquées en vue d'atteindre les objectifs visés⁴⁷¹. Aussi faut-il supposer qu'en principe du moins, le texte que le législateur a adopté représente, à ses yeux, la manière la plus adéquate d'atteindre les objectifs qu'il avait en vue.

L'interprétation fonctionnelle - qu'il convient de ne pas confondre avec l'interprétation téléologique - tend à étendre un terme employé par un texte normatif à des entités, des institutions ou des actes non couverts par le sens strict du terme, mais remplissant une fonction identique, supposée visée par le législateur⁴⁷². Le terme « interprétation fonctionnelle » est nouveau. Il apparaît dans la jurisprudence de la Cour, les conclusions des avocats généraux et dans la doctrine relative au droit des marchés publics. Les ouvrages traditionnels ignorent cette expression. Cela ne signifie cependant pas que le procédé soit entièrement nouveau. Le plus souvent, l'interprétation fonctionnelle met en œuvre le procédé d'interprétation par élargissement d'un concept⁴⁷³.

La Cour a régulièrement recours à l'interprétation fonctionnelle pour la délimitation du champ d'application des directives « marchés publics ». C'est ainsi qu'elle a considéré par exemple qu'une disposition qui n'indique expressément que l'Etat s'applique à une entité entièrement dominée par l'Etat, financée par celui-ci et dont l'intérêt se confond avec celui de l'Etat⁴⁷⁴. Cette approche se justifie parce que le droit européen ne définit pas la notion d'Etat à laquelle les droits nationaux prêtent un contenu variable.

L'interprétation fonctionnelle ne revient pas nécessairement à une interprétation large. A ne considérer que sa fonction mais non la forme, un concept peut se trouver rétréci. Ainsi la notion de « contrat » au sens des directives ne comprend que des contrats conclus entre des personnes dont l'une n'exerce pas sur l'autre un contrôle qui soit analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services⁴⁷⁵.

Le plus souvent, la Cour justifie le recours à l'interprétation fonctionnelle par l'objectif du texte normatif qui serait compromis à défaut de donner à celui-ci une interprétation fonctionnelle⁴⁷⁶. L'inverse en revanche n'est pas vrai : une interprétation téléologique des directives « marchés publics » n'est pas toujours fonctionnelle⁴⁷⁷. Il faut donc se garder de confondre interprétation téléologique et interprétation fonctionnelle.

186.- Le premier cas d'interprétation dite expressément « fonctionnelle » en matière de marchés publics : l'arrêt *Beentjes* du 20 septembre 1988 d'après lequel les commissions locales de remembrement prévues dans la loi néerlandaise sur le remembrement de 1954 devaient être considérées comme faisant partie de l'Etat, bien que n'en faisant pas partie du point de vue formel. - Dans cette affaire, il s'agissait de l'interprétation à donner à la notion d'Etat au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la première directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE⁴⁷⁸. Cet article indiquait comme pouvoirs adjudicateurs « l'Etat, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public énumérées à la liste de l'annexe I » de la directive.

⁴⁷¹ Voir également P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, no 233.

⁴⁷² Ainsi que la Cour l'a précisé dans un arrêt du 12 septembre 2013 (*Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, C-526/11, point 21), l'interprétation fonctionnelle d'un critère revient à une interprétation « indépendante des modalités formelles de sa mise en œuvre ».

⁴⁷³ Cf. concernant ce procédé P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1978 (réimpression avec mise à jour), no 236, qui fait remarquer que « la considération de la *ratio legis* forme l'une des bases de l'argument par analogie : *ubi eadem ratio, ibi idem jus* ».

⁴⁷⁴ Cf. l'arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beentjes*, affaire 31/87, points 8 à 11.

⁴⁷⁵ Voir en ce sens l'arrêt du 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, points 49 à 51. Voir, plus particulièrement pour l'exception *Teckal* les nos 221 et s.

⁴⁷⁶ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beentjes*, affaire 31/87, point 11 ; l'arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, *BFI*, C-360/96, points 61 et 62 ; l'arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, *Commission/Irlande*, C-353/96, points 35 et 36 ; l'arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, *Commission/France*, points 42 et 43 ; l'arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, C-470/99, points 52 et 53.

⁴⁷⁷ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, *CONISMA*, C-305/08, point 37 à 43 quant à la question d'exclusion d'un « opérateur économique » en raison d'un financement public. Cet arrêt applique plusieurs méthodes interprétatives : interprétation systématique ou contextuelle en fonction de l'économie générale de la directive, interprétation *a contrario*, interprétation en fonction de l'effet utile de la directive et interprétation téléologique proprement dite. En revanche, le procédé fonctionnel n'est pas employé.

⁴⁷⁸ Concernant cette directive, cf. ci-dessus les nos 8 et s.

Fallait-il considérer les commissions locales de remembrement prévues par la loi néerlandaise de 1954 sur le remembrement comme faisant partie de « l'Etat » au sens de la première directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE et, dès lors, comme des pouvoirs adjudicateurs ? La juridiction néerlandaise de renvoi hésitait sur la réponse à donner à cette question.

D'après les indications figurant dans l'arrêt *Beentjes*, ces commissions locales étaient dépourvues de personnalité juridique propre, leur mission et leur composition étaient réglées par la loi et leurs membres étaient désignés par la députation provinciale de la province concernée. Elles étaient tenues d'appliquer les instructions établies par une commission centrale, instituée par arrêté royal, dont les membres étaient désignés par la couronne. Le respect des obligations découlant des actes juridiques des commissions était garanti par l'Etat néerlandais qui finançait les travaux publics adjugés par les commissions locales.

Suivant les conclusions de l'avocat général Darmon, la Cour retint ceci :

« La notion d'Etat, au sens de cette disposition [l'article 1^{er}, b) de la directive 71/305/ CEE], doit recevoir une interprétation fonctionnelle. Le but de la directive, qui vise la réalisation effective de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services en matière de marchés publics de travaux, serait en effet compromis si l'application du régime de la directive devait être exclue du seul fait qu'un marché de public de travaux est adjugé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches que la loi lui confère, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'Etat »⁴⁷⁹.

En conséquence, la Cour a conclu que « la directive 71/305/CEE s'applique [s'appliquait] à des marchés publics de travaux passés par un organisme tel que la commission locale de remembrement »⁴⁸⁰.

L'avocat général avait recommandé à la Cour « de ne pas s'en tenir strictement à la lettre de termes tels que « Etat » ou « collectivité territoriale »⁴⁸¹ et avait justifié sa recommandation comme suit :

« Il importe, à cet égard, de ne pas confondre indépendance fonctionnelle et autonomie. Délivrés de la subordination hiérarchique à l'égard de l'administration « classique », centrale ou locale, les organismes considérés n'agissent pas dans un intérêt distinct de celui de l'Etat ou d'une collectivité territoriale. Ils poursuivent des objectifs relevant de la compétence normale de l'Etat ou d'une telle collectivité. C'est au nom de l'Etat ou, suivant la législation concernée, d'une collectivité territoriale, qu'un jury de concours statue en matière de délivrance de diplômes, et pas au nom d'introuvables intérêts distincts. La prise en compte d'intérêts des administrés, soit à travers la composition des organismes, soit à travers leur indépendance fonctionnelle, ne transforme pas pour autant leur finalité qui, en l'absence de personnalité juridique propre, n'est que de représenter, suivant des modalités originales, l'Etat ou une collectivité territoriale. Aussi, sauf dispositions particulières, les règles communautaires applicables à l'Etat ou aux collectivités territoriales doivent régir de plein droit les activités d'organismes du type de ceux envisagés ici [point 12].

Il est nécessaire, cependant, s'agissant de l'application des règles communautaires en cause, de déterminer les critères d'une telle indissociabilité entre certains organismes, d'une part, l'Etat ou les collectivités territoriales d'autre part [point 13].

Nous vous proposons de considérer que dès lors qu'un organisme dépourvu de personnalité juridique propre, dont les membres sont désignés par des autorités de l'Etat ou d'une collectivité territoriale, est investi d'une mission rentrant dans les compétences normales de celle-ci ou de celui-là, et doté par eux des moyens permettant de l'accomplir, la passation des marchés de travaux se rattachant à l'exercice de cette mission « est régie par les dispositions de directive » [point 14].

187.- Le recours à l'interprétation fonctionnelle tend à devenir systématique pour le droit dérivé des marchés publics et tend à se confondre avec l'interprétation téléologique.- Le recours à l'interprétation fonctionnelle tend à devenir systématique pour le droit dérivé des marchés publics.

⁴⁷⁹ Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beentjes*, affaire 31/87, point 11.

⁴⁸⁰ Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beentjes*, affaire 31/87, point 13.

⁴⁸¹ Conclusions de l'avocat général Darmon du 4 mai 1988 dans l'affaire *Beentjes* (31/87), point 15.

Ainsi, la Cour s'est notamment prononcée en faveur d'une interprétation « fonctionnelle » des notions d'« organisme de droit public »⁴⁸² et de « pouvoir adjudicateur »⁴⁸³.

Dans ces cas, l'interprétation n'est plus « fonctionnelle » dans le sens où elle donnerait à tel terme précis, au-delà de son sens strict, une signification couvrant des choses qui remplissent la même fonction. Elle est « fonctionnelle » dans le sens où elle s'attache simplement à interpréter la directive dans un sens conforme à sa fonction, c'est-à-dire à l'objectif supposé de la directive. L'interprétation dite « fonctionnelle », ainsi entendue, se confond avec l'interprétation téléologique.

188.- Un recours systématique à l'interprétation fonctionnelle serait abusif - Exemple.- Il serait abusif de recourir systématiquement à la méthode « fonctionnelle » pour l'interprétation des directives⁴⁸⁴. En effet, les directives s'attachent à définir leur champ d'application de manière précise et comportent de nombreuses définitions. Ces dispositions font parfois plus de la moitié du texte.

Pour certaines notions employées par les directives, une interprétation fonctionnelle serait tout à fait inadaptée.

Ainsi en serait-il, par exemple, pour les termes « contrats onéreux conclus par écrit » employés par les directives pour définir la notion de « marché public ». Incontestablement, un contrat oral remplit la même fonction qu'un contrat écrit. Pourtant, de manière expresse, le législateur, ne vise que les contrats passés par écrit. On ne peut donc appliquer le texte de la directive à des contrats oraux en considérant qu'un contrat oral remplit la même fonction qu'un contrat écrit. Cet exemple montre qu'en aucun cas la méthode de l'interprétation fonctionnelle ne se prête pas à une application systématique.

Section 2.- Les limites de la compétence du législateur européen pour adopter des directives dans le domaine des marchés publics et des concessions

189. Condition nécessaire à l'intervention du législateur européen : des distorsions de concurrence sensibles.- Les directives « marchés publics » actuelles ont été adoptées sur base des articles 47, paragraphe 2, CE (actuel article 53, paragraphe 1^{er} TFUE), 55 CE (actuel article 62 TFUE)

⁴⁸² Interprétation fonctionnelle de la notion d'« organisme de droit public » : arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, point 53.

⁴⁸³ Interprétation fonctionnelle de la notion de « pouvoir adjudicateur » : arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, *Commission/Irlande*, C-353/96, points 35 et 36 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, *BFI*, C-360/96, point 62.

Interprétation fonctionnelle des notions de « pouvoir adjudicateur » et d'« organisme de droit public » : arrêt du 1^{er} février 2001, *Commission/France*, C-237/99, point 43.

⁴⁸⁴ Voir, en ce sens, les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi présentées le 17 novembre 2009 dans l'affaire C-451/08 (*Helmut Müller*), points 38 à 39 :

« Certes, comme on le sait, dans certains domaines, la jurisprudence de la Cour a suivi une interprétation expressément « fonctionnelle » des dispositions du droit communautaire. Tel a été notamment le cas, dans le cadre du droit des marchés publics, en ce qui concerne les notions de « pouvoir adjudicateur » et d'« organisme de droit public » (23). A cet égard, force est cependant de relever tout d'abord que, à ces occasions, l'interprétation fonctionnelle a été utilisée en vue de préciser la portée d'une notion spécifique, et non pour définir de manière générale le champ d'application de l'ensemble du corpus réglementaire en matière de marchés publics. En outre, dans les cas cités, le recours à l'interprétation fonctionnelle a eu essentiellement pour but de prévenir la formation de lacunes considérables qui auraient ouvert de vastes possibilités d'abus : nous songeons, par exemple, au cas dans lequel la fonction typique d'un organisme de droit public a été assumée à un moment ultérieur à la constitution d'une société, sans adaptation de son statut (24), ou au cas dans lequel le financement public (en l'occurrence, le financement d'un organisme de radiodiffusion) a eu lieu en imposant le paiement d'une redevance à tous les détenteurs d'un poste récepteur et non par le versement direct de ressources publiques (25).

Il nous semble dès lors clair que, au contraire, le champ d'application de la directive doit être déterminé par référence, en premier lieu, aux conditions objectives qui sont définies par la directive elle-même. Naturellement, cela ne signifie pas que l'interprète doit éviter toute considération d'ordre « fonctionnel ». En réalité, les objectifs poursuivis par la directive forment, à l'évidence, l'un des principaux repères aux fins de l'interprétation (26) : ils ne sauraient cependant constituer le seul critère de référence ni contourner la volonté du législateur de définir le champ d'application de la norme ».

et 95 CE (actuel article 114 TFUE). C'est sur le fondement des mêmes textes ou de textes équivalents antérieurs que les directives « marchés publics » précédentes ont été adoptées⁴⁸⁵. Les trois nouvelles propositions de directive, l'une concernant la passation des marchés publics en général⁴⁸⁶, la deuxième relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie ou des transports⁴⁸⁷, la troisième sur l'attribution de contrats de concessions⁴⁸⁸, se réfèrent également à ces dispositions.

Ses compétences étant d'attribution⁴⁸⁹, l'Union n'a que les compétences particulières qui lui sont attribués par les traités, mais non une compétence générale. En particulier, le législateur européen ne dispose pas d'une compétence générale pour adopter des réglementations dans le domaine économique⁴⁹⁰. Il en résulte que le domaine d'action de l'Union en fait de marchés publics, comme dans tant d'autres matières, n'est pas sans limites.

Quelles sont ces limites ?

Les directives visées par l'article 114 TFUE ne peuvent avoir pour objet que « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». L'article 26, paragraphe 2, TFUE dispose que « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ». Un acte adopté sur base de l'article 114 TFUE « doit avoir effectivement pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »⁴⁹¹. Selon la Cour, « la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales ainsi que du risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence susceptible d'en découler » est insuffisante pour motiver le recours à l'article 114 TFUE⁴⁹². Les distorsions de concurrence doivent être sensibles⁴⁹³. Des distorsions minimales sont insuffisantes pour justifier une action du législateur⁴⁹⁴. De même, des effets « *lointains et indirects* » sur la concurrence ne donnent pas lieu à des distorsions sensibles⁴⁹⁵.

L'adoption de directives sur le fondement des articles 53, paragraphe 1^{er}, combiné le cas échéant avec l'article 62 TFUE est soumise aux mêmes conditions⁴⁹⁶.

Il suit de ce qui précède que l'harmonisation des législations relatives à la passation des marchés publics ne peut donc être un objectif autonome des directives « marchés publics »⁴⁹⁷.

⁴⁸⁵ Les directives sectorielles 90/531/CEE et 93/38/CEE ont également été prises sur base de l'article 113 CE relatif à la mise en œuvre de la politique commerciale commune.

⁴⁸⁶ Proposition de directive du Parlement et du Conseil sur la passation des marchés publics du 20 décembre 2011 (voir à ce sujet, ci-dessous, nos 308 et s.).

⁴⁸⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics du 20 décembre 2011 (voir à ce sujet, ci-dessous, nos 308 et s.).

⁴⁸⁸ Proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession du 20 décembre 2011 (voir à ce sujet, ci-dessous, nos 308 et s.).

⁴⁸⁹ Article 5, paragraphes 1^{er} et 2, TUE ; article 7 TFUE.

⁴⁹⁰ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement européen, C-376/98, point 83 ou encore les conclusions de l'avocat général Tizzano du 25 mars 2004 dans l'affaire C-442/02 (CaixaBank France).

⁴⁹¹ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement européen, C-376/98, point 84.

⁴⁹² Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement européen, C-376/98, point 84.

⁴⁹³ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement, C-376/98, point 108 ; arrêt de la Cour du 11 juin 1991, C-300/89, Commission/Parlement européen (affaire dite du « dioxyde de titane »), point 23. L'exposé des motifs de la Commission pour la proposition de directive du 20 décembre 2011, sur l'attribution de contrats de concession fait état de « graves distorsions sur le marché intérieur, notamment en termes de limitation d'accès des entreprises européennes et, en particulier, des petites et moyennes entreprises » (premier point, 2^e alinéa).

⁴⁹⁴ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement, C-376/98, point 107.

⁴⁹⁵ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement, C-376/98, point 109. Voir sur ces questions également R. BARENTS, « The internal Market unlimited : Some observations on the legal Basis of Community legislation », *Common Market Law Review*, 1993, pp. 85 - 109, en particulier pp. 106 à 109, qui souligne la très large compétence du législateur européen sur base de l'article 100A du traité CEE modifié qui correspond à l'actuel article 114 TFUE.

⁴⁹⁶ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement, C-376/98, point 87.

Notons qu'il n'est pas exigé que les distorsions de concurrence aient un effet transfrontalier. Ainsi, des distorsions de concurrence à l'intérieur de divers Etats membres pourraient suffire. Les directives adoptées sur base de ces articles 114 ne doivent donc pas avoir nécessairement pour objectif de garantir le respect des libertés fondamentales⁴⁹⁸. Le champ d'application d'une directive adoptée sur base de l'article 114 TFUE peut donc légitimement comprendre des situations qui ne présentent pas de lien avec l'exercice des libertés fondamentales⁴⁹⁹.

A la condition que les directives adoptées doivent avoir pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, s'ajoutent l'exigence du principe de subsidiarité que les objectifs poursuivis ne puissent être atteints de manière suffisante par les Etats membres⁵⁰⁰, de même que le respect du principe de proportionnalité⁵⁰¹.

Les développements qui précèdent conduisent à la question - à laquelle des réponses variées sont possibles - si le législateur européen a pu valablement adopter les directives « marchés publics ». Les délais de recours contre les directives actuelles sont expirés depuis longtemps. Ces directives se trouvent transposées dans les droits nationaux. Pour ces directives, la question n'a donc plus qu'un intérêt théorique. En revanche, elle revêt une importance fondamentale pour les directives à venir. Relevons à cet égard que la participation transfrontalière aux marchés publics reste faible. D'autre part, en fait, de nombreux marchés visés par les directives ne présentent pas d'intérêt transfrontalier. Enfin, la Cour a déduit des principes du traité FUE un régime de mise en concurrence assez proche de celui des directives « marchés publics ». Si les directives ne constituent pour l'essentiel qu'un doublement d'un régime de droit primaire déjà existant, en quoi remédient-elles à des distorsions de concurrence et comment se justifient-elles au regard du principe de proportionnalité⁵⁰² ?

⁴⁹⁷ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, « The law of public and utilities procurement », *Sweet & Maxwell*, London, 2^e édition, 2005, p. 135.

⁴⁹⁸ Ainsi, la Cour a jugé « qu'une action visant à rapprocher les règles nationales relatives aux conditions de production dans un secteur déterminé de l'industrie, dans le but d'éliminer les distorsions de concurrence dans ce secteur, est de nature à contribuer à la réalisation du marché intérieur et relève, de ce fait, du champ d'application de l'article 100A, disposition particulièrement adaptée aux fins de l'achèvement du marché intérieur » (arrêt de la Cour du 11 juin 1991, Commission/Parlement (affaire dite du « dioxyde de titane »). Dans un arrêt ultérieur du 5 octobre 2000 (Allemagne/Parlement européen, C-376/98), concernant un recours en nullité dirigé contre une directive interdisant toute forme de publicité ou de parrainage en faveur de produits du tabac, la Cour a examiné si « la directive contribue effectivement à l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services ainsi qu'à la suppression de distorsions de concurrence » (point 84). Détachée de son contexte, cette démarche pourrait faire croire qu'une action du législateur européen sur base de l'article 114 TFUE suppose, outre l'amélioration des conditions de concurrence, la suppression d'entraves aux libertés fondamentales. En réalité, cette manière de procéder de la Cour s'explique par la vérification, obligatoire d'après la Cour, du point de savoir si la directive poursuivait effectivement les objectifs invoqués par le législateur européen (cf. points 85, 90 et 95 de cet arrêt). Notons par ailleurs « que le recours à la base juridique de l'article 100 A du traité ne présuppose pas l'existence d'un lien effectif avec la libre circulation entre Etats membres dans chacune des situations visées par l'acte fondé sur une telle base » (arrêt de la Cour du 20 mai 2003, Rechnungshof/Österreichischer Rundfunk, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, point 41).

⁴⁹⁹ Cf. tout particulièrement l'arrêt de la Cour du 20 mai 2003, Rechnungshof/Österreichischer Rundfunk, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, point 41 et 42.

⁵⁰⁰ Article 5, paragraphe 3, TUE.

⁵⁰¹ Voir, l'article 5, paragraphe 4, TUE. Voir également, en ce sens, faisant référence notamment aux directives « marchés publics », T. RONSE, « Intégration européenne : Le principe de non-discrimination, source d'obligations de faire à charge des pouvoirs adjudicateurs » in *Chronique des Marchés Publics*, C. De Koninck, P. Flamey, P. Thiel et B. Demeulenaere (éditeurs), EBP, 2010-2011, pp. 691 et s., pp. 696 et 697. De façon plus générale, lors de l'examen de la validité des directives du Conseil 2002/55/CE et 2009/55/145 concernant la commercialisation des semences de légumes, voir l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, Association Kokopelli, C-59/11, point 38.

⁵⁰² Voir à cet égard également, F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., III, 4. A relever également le point de vue de S. ARROWSMITH, « Modernizing the European Union's public procurement regime : A blueprint for real simplicity

Il s'ajoute à ces objections que les directives édictent des règles très contraignantes, limitant considérablement la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs et empêchant un usage optimal des deniers publics. Il n'apparaît pas comment ces dispositions seraient aptes à remédier à des distorsions de concurrence. Nous songeons en particulier à la rigidité, généralement critiquée, que la directive générale 2004/18/CE impose quant au choix des procédures de passation.

Sauf à lui reconnaître un large pouvoir d'appréciation quant à sa propre compétence, le législateur européen, paraît à cet égard avoir dépassé son champ de compétence. De manière générale, la jurisprudence reconnaît au législateur européen un large pouvoir d'appréciation « lorsque son action implique des choix de nature politique, économique et sociale et lorsqu'il est appelé à effectuer des appréciations et de évaluations complexes »⁵⁰³. Il s'y ajoute, sous les mêmes conditions, la possibilité d'une approche par étapes et, notamment, en fonction de l'expérience acquise⁵⁰⁴. Or, la délimitation du champ de compétence de l'Union est une question juridique qui nous paraît échapper à l'appréciation du législateur de l'Union.

190.- L'intervention du législateur communautaire ne prive pas nécessairement les Etats membres de toute marge de manœuvre. Ainsi, dans leur champ d'application, les directives « marchés publics » ne prévoient pas « une réglementation communautaire uniforme et exhaustive »⁵⁰⁵. Les Etats membres gardent donc une certaine marge d'appréciation pour adopter des mesures nationales complétant le régime des directives⁵⁰⁶. Alors même que les directives sont devenues plus détaillées, il en est toujours ainsi à l'heure actuelle bien que la marge de manœuvre des Etats membres soit évidemment devenue moindre⁵⁰⁷. La Cour a jugé qu'en principe, les dispositions concernant le champ d'application matériel et personnel de l'ancienne directive « marchés publics de services » 92/50/CE, ses prescriptions techniques, les règles de publicité ainsi que ses critères de sélection et d'attribution étaient inconditionnelles et suffisamment précises pour être invoquées devant une juridiction nationale⁵⁰⁸.

191. Corollaire : le législateur européen pourrait adopter des directives ou des règlements concernant la passation des marchés qui ne présentent pas d'intérêt transfrontalier .- Le champ d'intervention du législateur européen pour la réalisation du marché intérieur ne se limitant pas au champ d'application des libertés fondamentales, le domaine potentiel des interventions du législateur

and flexibility », *Public procurement Law Review*, 2012, pp. 71 et s., p. 72, qui sans remettre en question la régularité de l'action du législateur européen, estime que les Etats membres devraient seulement être tenus de respecter le droit primaire de la mise en concurrence.

⁵⁰³ Cf. l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Arcelor atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57.

Voir les conclusions de l'avocat général Fennelly du 15 juin 2000 dans l'affaire C-376/98, point 98, pour l'application de cette jurisprudence lorsqu'il s'agit d'apprécier la compétence du législateur européen : « Même s'il s'agit ici de déterminer les limites des compétences législatives communautaires, l'appréciation concrète indispensable portée sur le rapport que présente la mesure adoptée avec ses objectifs annoncés, implique, à notre avis, d'utiliser le type de contrôle exercé par la Cour dans le cas où les institutions bénéficient de vastes pouvoirs d'appréciation. Lorsque les institutions « dispose[nt] d'un large pouvoir d'appréciation, notamment quant à la nature et à l'étendue des mesures [qu'elles adoptent], le contrôle du juge communautaire doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si [les institutions n'ont] manifestement pas dépassé les limites de [leur] pouvoir d'appréciation » » [l'avocat général se réfère à plusieurs arrêts de la Cour].

⁵⁰⁴ Voir, concernant cette jurisprudence, constante à propos de questions autres que la compétence du législateur européen, notamment l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Arcelor atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57, de même que, par exemple, l'arrêt de la Cour du 14 décembre 2004 (grande chambre), *Swedish match*, C-210/03, point 48.

⁵⁰⁵ Arrêt de la Cour du 9 juillet 1987, CEI, 27/86, 28/86 et 29/86, point 15 ; arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beetjes*, 31/87, point 20.

⁵⁰⁶ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, point 55.

⁵⁰⁷ Voir également S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulations of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 90 à 92.

⁵⁰⁸ Arrêt de la Cour du 4 mars 1999, *Hospital Ingenieure*, C-258/97, points 31 et 38 ; arrêt de la Cour du 24 septembre 1998, *Walter Tögel*, C-76/97, points 42 et 44.

européen est plus vaste et s'étend, en conséquence, au-delà du domaine d'application du droit primaire de la mise en concurrence⁵⁰⁹. Ainsi, visant l'objectif d'une concurrence parfaite, le législateur européen pourrait considérer comme une « défaillance du marché » nécessitant des corrections, un comportement jugé trop peu efficace d'entreprises privées lors de l'acquisition de travaux, de produits ou de services (par exemple, le fait de garder des années durant les mêmes fournisseurs par habitude ou par commodité, sans rediscuter périodiquement les prix) et, sous certaines conditions, leur imposer de mettre ces achats en concurrence⁵¹⁰.

Sans aller jusqu'à de telles extrémités, l'existence de distorsions de concurrence sensibles pourrait justifier le cas échéant une action du législateur européen couvrant largement des marchés qui ne présentent pas d'intérêt transfrontalier au sens où cela s'entend aujourd'hui⁵¹¹, c'est-à-dire des marchés que des entreprises situées dans d'autres Etats membres n'ont pas d'intérêt à obtenir⁵¹². Dans ces cas, les dispositions du traité relatives aux libertés fondamentales ne s'appliquent pas. D'après la jurisprudence majoritaire de la Cour⁵¹³, la passation du marché échappe alors aux principes de mises en concurrence dégagés du droit primaire. Déjà aujourd'hui, les directives « marchés publics » s'appliquent à un grand nombre de marchés dont la valeur dépasse les seuils d'application des directives, mais qui, en fait, n'intéressent pas les entreprises établies dans un autre Etat membre⁵¹⁴.

Section 3.- Personnes tenues au respect de l'obligation de mise en concurrence sous le régime des directives « marchés publics »

§ 1^{er}.- Considérations générales

A. Terminologie

192.- Les personnes tenues de respecter les procédures de mise en concurrence des directives 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE sont, pour la première, les « pouvoirs adjudicateurs », pour la

⁵⁰⁹ Cf. au sujet du champ d'application du droit primaire de la mise en concurrence, ci-dessous, nos 341 et s. et 473 et s.

⁵¹⁰ Selon une certaine analyse de la réglementation des marchés publics, celle-ci procéderait justement de la nécessité de corriger « les perturbations apportées à la concurrence idéale par la présence d'un organisme public plus ou moins placé dans l'orbite de l'Etat » (voir L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 202). De telles « perturbations » pourraient cependant également être le fait d'entreprises privées affichant sous certains égards un comportement plus ou moins léthargique, sans qu'un tel comportement aboutisse nécessairement à leur disparition. Pour autant une intervention législative tendant à contrer ce genre d'attitude nous semblerait des plus déplacées.

⁵¹¹ Pour la condition de l'intérêt transfrontalier, voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 20. A remarquer qu'il ne s'agit pas là d'une manière de considérer les choses spécifique aux marchés publics. D'une manière générale, la Cour considère que les libertés fondamentales ne sont pas entravées, lorsque les effets d'une restriction ne les touchent que de façon « trop aléatoire et trop indirecte » (voir en ce sens, par exemple, l'arrêt de la Cour du 20 juin 1996, Semeraro, C-418/93, point 31 ; ou encore l'arrêt de la Cour du 25 novembre 1986, Forest, affaire 148/85, point 19).

⁵¹² Contre une telle extension, en l'état actuel du moins, voir R. CARANTA et S. TREUMER dans la préface à *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), DJØF Publishing, 2012 ; F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., p. 87.

⁵¹³ Voir sur cette jurisprudence que nous désignerons comme la *jurisprudence dominante*, ci-dessous, nos 341 et 345 *in fine* pour l'explication de cette expression.

⁵¹⁴ Voir en ce sens également, F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., p. 88. Pour autant, afin de passer un tel marché, le pouvoir adjudicateur devra suivre les règles de la directive « marchés publics » correspondante.

deuxième les « entités adjudicatrices » et, sous le régime de la dernière, à la fois les « pouvoirs adjudicateurs » et les « entités adjudicatrices ».

La directive « marchés publics » générale 2004/18/CE connaît essentiellement trois catégories de pouvoirs adjudicateurs : l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public⁵¹⁵. A cela s'ajoutent les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs organismes de droit public⁵¹⁶.

Les « entités adjudicatrices » auxquelles s'applique la directive 2004/17/CE sont les « pouvoirs adjudicateurs »⁵¹⁷ définis de la même façon que dans la directive 2004/18/CE, les « entreprises publiques »⁵¹⁸, ainsi que les entités dotées de « droits spéciaux ou exclusifs »⁵¹⁹, à condition toutefois qu'ils exercent l'une au moins des activités sectorielles visées par la directive 2004/17/CE⁵²⁰.

Lorsqu'un marché fait partie du champ d'application matériel de la directive 2009/81/CE, celle-ci s'applique tant aux « pouvoirs adjudicateurs » qu'aux « entités adjudicatrices »⁵²¹, si ces dernières concluent un tel marché en vue d'une activité sectorielle.

193.- Les directives « marchés publics » indiquent qu'elles ne s'appliquent pas aux marchés attribués suivant la procédure particulière d'une organisation internationale⁵²².

Selon certains auteurs, l'exception en faveur des organisations internationales ne jouerait qu'en faveur de celles constituées exclusivement d'Etats non membres de l'Union européenne⁵²³ ?

A notre avis, cette exception vise toutes les organisations internationales⁵²⁴. Une organisation internationale dont aucun Etat membre ne ferait partie ne nous paraît de toute façon pas remplir les conditions d'un organisme de droit public au sens des directives « marchés publics ». En effet, si les membres de l'organisation sont uniquement des Etats non membres de l'Union européenne, la condition du « contrôle » par un Etat ou un autre pouvoir adjudicateur n'est pas remplie. En désignant les Etats comme des pouvoirs adjudicateurs, les directives « marchés publics » ne visent évidemment que les Etats membres de l'Union. S'il en était autrement, les Etats non membres seraient censés respecter les directives « marchés publics », chose évidemment absurde.

Dans une affaire concernant l'un de ses marchés dont a eu à connaître le Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, la Banque européenne d'investissement ne s'était pas prévaluée de l'exception de la directive 2004/18/CE en faveur des organisations internationales. La Banque européenne d'investissement défendait la position que le marché litigieux ne relevait pas de la directive parce qu'elle n'était pas un organisme de droit public au sens de cette dernière.

En est-il ainsi ?

Seuls les Etats membres de l'Union participent à la Banque européenne d'investissement. Conformément à l'article 309 TFUE, la Banque européenne d'investissement exerce son activité sans but de lucre. Elle n'accorde des financements que « pour autant que des moyens provenant d'autres ressources ne soient pas disponibles à des conditions raisonnables » (article 16, paragraphe 1^{er}, des statuts du protocole additionnel no 5 du TFUE). Dans ces circonstances, il ne fait guère de doute que son activité répond à des besoins d'intérêt général autres que commerciaux ou industriels au sens où la Cour a interprété cette condition⁵²⁵. D'autre part, la Banque européenne d'investissement dispose de la personnalité juridique. En revanche, est-elle contrôlée par l'Etat ? Un contrôle collectif des Etats membres constitue-t-il un contrôle d'Etat au sens où l'entend la directive 2004/18/CE (article 1^{er}, 9., c) ? Dans son jugement du 17 novembre 2008, le Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg (no 22 447a du rôle) y a fourni une réponse négative en considérant notamment que la

⁵¹⁵ Article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE.

⁵¹⁶ Article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE.

⁵¹⁷ Article 2, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2004/17/CE.

⁵¹⁸ Article 2, paragraphe 1^{er}, b), de la directive 2004/17/CE.

⁵¹⁹ Article 2, paragraphes 2, b) et 3, de la directive 2004/17/CE.

⁵²⁰ Article 2, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE.

⁵²¹ Article 1^{er}, paragraphe 17, de la directive 2009/81/CE.

⁵²² Cf. l'article 15, (c), de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE.

⁵²³ Voir en ce sens, TRYBUS, « Procurement for the Armed Forces », *European Law Review*, 2002, pp. 709 à 711.

⁵²⁴ En ce sens également, B. HEUNINCKX, « Applicable Law to the Procurement of International Organizations in the European Union », *Public Procurement Law Review*, 2011, 4, pp. 103 et s., p. 114.

⁵²⁵ Sur cette condition voir ci-dessous, nos 204 et s.

condition de la désignation de la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance n'était pas remplie. De son côté, la Banque européenne d'investissement ne s'estimait visée ni par le règlement 1605/2002⁵²⁶, ni par la directive 2004/18/CE. En revanche, suivant le « guide de la BEI pour la passation des marchés », publié sur le site internet de la BEI, elle déclare vouloir en principe suivre les règles de la directive 2004/18/CE.

B. Considérations méthodologiques

194. Au sens des directives « marchés publics », une entité ne saurait faire partie que d'une seule catégorie.- La Cour a retenu qu'au sens des directives « marchés publics », une entité déterminée ne saurait faire partie que d'une seule catégorie de pouvoirs adjudicateurs⁵²⁷. La Cour a également jugé que la catégorie des associations de collectivités territoriales ou d'organismes de droit public forme une catégorie résiduelle⁵²⁸. Avant de classer une entité dans cette catégorie, il convient donc de vérifier si elle ne fait pas partie d'une autre catégorie⁵²⁹.

195. Conséquence.- De ce qui précède, il résulte notamment que la notion d'Etat au sens du droit primaire⁵³⁰, qui recouvre également la catégorie des « organismes de droit public » des directives « marchés publics », est plus large que la notion d'Etat au sens de ces dernières. Une personnalité juridique distincte de l'Etat au sens formel exclut la qualification d'Etat sous le régime des directives « marchés publics »⁵³¹, alors que tel n'est nullement le cas pour l'application du droit primaire.

196. Les notions de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » recouvrent en principe la notion d'Etat au sens du droit primaire.- Les notions de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » recouvrent en principe la notion d'Etat au sens du droit primaire, cette notion ayant, ainsi que nous le verrons plus loin, une portée fonctionnelle⁵³².

D'après la Cour, la notion de pouvoir adjudicateur doit également recevoir une interprétation fonctionnelle⁵³³.

197. Application de la directive 2004/18/CE aux pouvoirs adjudicateurs, même pour des activités commerciales soumises à des conditions de concurrence normale.- Sous le régime de la directive 2004/18/CE, les pouvoirs adjudicateurs ne cessent pas d'être soumis aux règles de cette directive lorsqu'ils passent des marchés pour des activités commerciales soumis à des conditions de concurrence normales (« théorie de la contamination »)⁵³⁴. La Cour a précisé que « cette conclusion s'impose également pour des entités qui appliquent une comptabilité visant à une séparation nette interne entre les activités qu'elles exercent pour accomplir leur mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et les activités qu'elles exercent dans des conditions de concurrence »⁵³⁵. La Cour a justifié cette solution par l'impossibilité d'établir en pratique une séparation nette « entre les différentes activités d'une entité qui forme une personne morale unique, qui a un régime de patrimoine et de propriété unique et dont les décisions en matière de direction et de gestion sont prises de manière unitaire, et ceci même en faisant abstraction des nombreux autres obstacles d'ordre pratique quant au contrôle, ex ante et ex post, de la séparation absolue entre les différents domaines d'activité de l'entité

⁵²⁶ Voir à ce sujet, ci-dessous nos 726 et s.

⁵²⁷ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 27.

⁵²⁸ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 27.

⁵²⁹ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 27.

⁵³⁰ Cf. à ce sujet ci-dessous, nos 508 et s.

⁵³¹ Arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, points 32 et 33.

⁵³² Cf. ci-dessous, nos 508 et s.

⁵³³ Arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99 (5^e chambre), point 43.

⁵³⁴ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, points 49 à 53 ; voir également, au sujet des précédentes directives « marchés publics », l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria., C-44/96, points 31 à 35 ; arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, points 25 et 26.

⁵³⁵ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, points 52.

concernée et de l'appartenance de l'activité en cause à tel ou tel domaine »⁵³⁶. Dès lors, la Cour a considéré qu'« eu égard aux raisons de sécurité juridique, de transparence et de prévisibilité qui régissent la mise en œuvre des procédures de tous les marchés publics », il y a lieu d'appliquer la solution correspondant à la « théorie de la contamination » même en cas de comptabilité visant à une séparation nette interne⁵³⁷.

198. Conséquence lorsqu'une entité n'est un organisme de droit public que du point de vue d'une activité sectorielle.- Ce qui précède conduit à la solution qu'un organisme de droit public, considéré comme tel uniquement en raison d'une activité sectorielle, exercée dans des conditions telles que cette activité correspond à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial⁵³⁸, est soumis aux règles de la directive 2004/17/CE pour tous les marchés qu'il passe pour l'exercice de l'activité sectorielle concernée, et à celles de la directive 2004/18/CE pour tous les marchés passés pour ses activités non sectorielles exercées en situation de concurrence normale, même en cas de comptabilité séparée⁵³⁹.

En revanche, dès lors qu'un organisme de droit public ou un autre pouvoir adjudicateur n'est plus soumis dans l'exercice d'une activité sectorielle à la directive 2004/17/CE parce que l'activité sectorielle en question « est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité »⁵⁴⁰, l'attribution de ces marchés échappe tant à l'application de la directive 2004/17/CE qu'à celle de la directive 2004/18/CE⁵⁴¹. A notre avis, dans ces cas, l'obligation de mise en concurrence du droit primaire ne s'applique pas non plus⁵⁴².

199. Cas des entreprises publiques.- Les entreprises publiques tenues au respect de la directive 2004/17/CE, répondent en principe à la définition de la notion d'« organisme de droit public »⁵⁴³. En effet, elles se trouvent par définition sous l'*influence dominante* des pouvoirs publics (cf. l'article 2, b), de la directive 2004/17/CE), elles disposent en général d'une personnalité juridique propre et, enfin, en principe, leur activité n'est pas « directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité » (cf. l'article 30 de la directive 2004/17/CE). Cela laisse supposer que leur activité répond au critère du « besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial »⁵⁴⁴.

L'idée de départ de la directive 2004/17/CE est justement que les activités sectorielles auxquelles elle s'applique ne sont en principe pas exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité (voir notamment les considérants 3 et 8 de la directive 2004/17/CE).

Les entreprises publiques opérant dans de pareilles conditions relèvent de l'Etat au sens fonctionnel et sont tenues, à ce titre, de respecter les principes du droit primaire dont les libertés fondamentales et les règles de mise en concurrence qui en dérivent. Elles peuvent être dispensées d'observer les règles de la directive en montrant qu'elles sont soumises directement à la concurrence sur des marchés sans barrières d'accès suivant la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE.

Relevons d'autre part que bien que les entreprises publiques ne soient pas nommément désignées par la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE, elles y sont néanmoins soumises pour les marchés qui ne sont pas passés dans l'intérêt d'une activité sectorielle, lorsque les circonstances dans lesquelles elles opèrent permettent de les qualifier d'« organisme de droit public »⁵⁴⁵.

⁵³⁶ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, points 53.

⁵³⁷ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, points 54.

⁵³⁸ Cf. au sujet de cette condition ci-dessous, no 208.

⁵³⁹ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 59.

⁵⁴⁰ Voir l'article 30 de la directive 2004/17/CE.

⁵⁴¹ Voir l'article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/18/CE.

⁵⁴² Cf. ci-dessous, no 512.

⁵⁴³ Cf. ci-dessous, nos 204 et s.

⁵⁴⁴ Cf. ci-dessous, points 206 et s.

⁵⁴⁵ Ainsi, par exemple, la Cour a considéré que « Bestattung Wien GmbH », une société de pompes funèbres dont l'intégralité du capital était détenu indirectement par la ville de Vienne, était susceptible de remplir les conditions d'un organisme de droit public (arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley, C- 373/00, voir en particulier les points 13, 14, 17, 57, 66 et le dispositif).

200. Les entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.- Les entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs sont tenues de respecter les dispositions de la directive sectorielle 2004/17/CE quand elles passent des marchés en vue d'une activité sectorielle. Quant à la notion de droits spéciaux ou exclusifs, nous renvoyons le lecteur au no 80 ci-dessus.

C. L'interprétation fonctionnelle de la notion de pouvoir adjudicateur dans la jurisprudence de la Cour

201.- La Cour a décidé que la notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une interprétation fonctionnelle⁵⁴⁶. De même, la Cour a décidé que la notion d'Etat, au sens des directives « marchés publics » doit recevoir une interprétation fonctionnelle⁵⁴⁷. Cette solution ne vaut cependant dans le champ d'application des directives « marchés publics » que si l'organisme concerné n'est pas doté d'une personnalité juridique propre, distincte de l'Etat au sens formel du terme⁵⁴⁸.

§ 2.- Les Etats - La notion d'Etat au sens des directives « marchés publics »

202.- Concernant la notion d'Etat au sens des directives « marchés publics », la Cour a jugé comme suit :

« 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 »⁵⁴⁹.

De même, la Cour a considéré qu'une commission locale de remembrement est visée par la notion d'Etat au sens des directives « marchés publics », nonobstant le fait que cet organisme n'était pas formellement intégré à l'administration de l'Etat⁵⁵⁰.

En revanche, une personnalité juridique distincte de l'Etat au sens formel exclut la qualification d'Etat au sens des directives « marchés publics »⁵⁵¹.

§ 3.- Les collectivités territoriales

203.- Cette catégorie n'a jusqu'ici pas donné lieu à des difficultés d'interprétation.

§ 4.- Les organismes de droit public

A. Définition

204.- Au sens des directives « marchés publics », une entité constitue un « organisme de droit public » s'il satisfait cumulativement⁵⁵² aux trois conditions suivantes⁵⁵³ :

- a) l'entité doit avoir été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

⁵⁴⁶ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 62 ; arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, point 36.

⁵⁴⁷ Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, point 11.

⁵⁴⁸ Arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, points 32 et 33.

⁵⁴⁹ Arrêt de la Cour du 17 septembre 1998, Commission/Belgique, C-323/96, point 27.

⁵⁵⁰ Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, point 11.

⁵⁵¹ Arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, points 32 et 33.

⁵⁵² Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria, C-44/96, point 21 ; arrêt de la Cour du 10 mai 2001, Agora, C-223/99 et C-260/99, point 26 ; arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns GbR, C-300/07, point 48 ; arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 36 ; arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 34 ; arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01, point 32 ; arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, point 40 ; arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, point 27 ; arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11, point 19.

⁵⁵³ Cf. l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE et l'article 2, paragraphe 1^{er}, a), de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE.

- b) elle doit être dotée de la personnalité juridique ;
- c) elle doit satisfaire à l'une au moins des trois conditions suivantes :
 - (1) son activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public,
 - (2) sa gestion est soumise à un contrôle par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public,
 - (3) son organe de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

B. Considérations méthodologiques

205.- La Cour a non seulement souligné que la notion d'organisme de droit public est définie d'un point de vue fonctionnel⁵⁵⁴, mais également qu'elle doit recevoir une interprétation fonctionnelle⁵⁵⁵. Cette interprétation doit être large⁵⁵⁶. Elle doit être autonome et uniforme dans toute l'Union⁵⁵⁷.

Une entreprise publique peut être un organisme de droit public, si elle en remplit les conditions⁵⁵⁸. De même, le statut de droit privé d'une entité ne constitue pas à lui seul un motif excluant sa qualification d'organisme de droit public⁵⁵⁹.

L'inscription sur les listes d'organismes de droit public à l'annexe III de la directive 2004/18/CE ne constitue pas une condition suffisante pour retenir la qualification d'organisme de droit public⁵⁶⁰. Inversement, qu'une entité n'y figure pas, ne signifie pas que la qualification d'organisme de droit public est à exclure. Ainsi que le précise d'ailleurs la directive 2004/18/CE, ces listes ne sont pas exhaustives⁵⁶¹.

C. Examen des conditions d'existence d'un organisme de droit public

1. Première condition : l'entité doit avoir été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

206.- Cette condition présente des divergences notables suivant les versions linguistiques. Ainsi, par exemple, le sens littéral de la version allemande des directives est radicalement différent, le texte

⁵⁵⁴ Arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, point 27.

⁵⁵⁵ Arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, point 43 ; arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, point 53 ; arrêt de la Cour du 15 mai 2003, Commission/Espagne, C-214/00, point 53 ; arrêt de la Cour du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, C-283/00, point 73 ; arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 37 ; arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, points 37. Cf. au sujet de l'interprétation fonctionnelle des directives ci-dessus, les points nos 185 et s. Dès lors que le législateur européen a pris soin de définir une notion de manière fonctionnelle, l'interprétation de cette notion devrait à notre avis s'en tenir aux termes utilisés par le législateur. En ce sens, l'affirmation de la Cour que la notion d'organisme de droit public doit elle-même être interprétée de manière fonctionnelle est critiquable.

⁵⁵⁶ Arrêt de la Cour du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, C-283/00, point 73 ; arrêt de la Cour du 15 mai 2003, Commission/Espagne, C-214/00, point 53.

⁵⁵⁷ Arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, point 27.

⁵⁵⁸ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, précité, point 76 et l'arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, point 30.

⁵⁵⁹ Arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, point 28 ; arrêt de la Cour du 15 mai 2003, Commission/Espagne, précité, point 55.

⁵⁶⁰ Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns GbR, C-300/07, points 42 à 45 ; voir en ce sens également, l'arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11, point 18.

⁵⁶¹ Article 1^{er}, paragraphe 9, *in fine*, de la directive 2004/18/CE ; cf. également pour l'ancienne directive « marchés publics de fournitures » 93/36/CEE, l'arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 39 ; pour l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 93/37/CE voir l'arrêt de la Cour du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, C-283/00, point 77.

allemand indiquant que l'entité doit avoir été « créé avec l'objectif spécifique d'accomplir des tâches non commerciales d'intérêt général »⁵⁶². Dans cette version, l'accent est donc mis sur les tâches à accomplir plutôt que sur la nature du besoin auquel répond l'entité concernée.

Aussi, la condition en question ne peut faire l'objet d'une interprétation littérale⁵⁶³. Ci-après, nous examinerons les différents éléments qu'elle comporte selon la jurisprudence de la Cour.

(a) L'entité concernée doit d'abord avoir pour objectif la satisfaction d'un besoin d'intérêt général

207.- Il importe peu que les tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial aient seulement été confiées à l'entité en question après sa création⁵⁶⁴.

Comme le texte ne contient aucun renvoi exprès au droit des Etats membres, la notion de « *besoin d'intérêt général* » est à considérer comme une notion autonome du droit communautaire qui doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans toute l'Union⁵⁶⁵.

Ont été considérés comme des besoins d'intérêt général :

- les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables. En effet, « l'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général »⁵⁶⁶ ;
- le chauffage d'une agglomération urbaine par un procédé respectueux de l'environnement⁵⁶⁷ ;
- la création de zones d'activités par les collectivités territoriales, dans la mesure où elles sont susceptibles de donner une impulsion aux échanges ainsi qu'au développement économique et social de la collectivité territoriale concernée⁵⁶⁸.
- Les services mortuaires et de pompes funèbres⁵⁶⁹. L'existence d'une disposition légale qui oblige une autorité publique à prendre en charge l'inhumation ou la crémation si elles n'ont eu lieu dans un délai de cinq jours à dater de l'établissement du certificat de décès constitue « un indice du fait que les activités en cause sont susceptibles de satisfaire un besoin d'intérêt général »⁵⁷⁰.

⁵⁶² Notre traduction littérale de la version allemande.

⁵⁶³ D'après une jurisprudence que la Cour qualifie elle-même de constante, « la formulation utilisée dans une des versions linguistiques spécifique d'une des dispositions du droit de l'Union ne saurait servir de base unique à l'interprétation de cette disposition ou se voir attribuer un caractère prioritaire par rapport aux autres versions linguistiques » (arrêt de la Cour du 15 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 38 à propos de la directive marchés publics générale 2004/18/CE ; cf. également les arrêts de la Cour du 27 mars 1990, Cricket St. Thomas, C-372/88, point 18, et du 19 avril 2007, Velvet & Steel Immobilien, C-455/05, point 19 au sujet de la sixième directive tva).

La Cour considère que « la nécessité d'une interprétation uniforme des règles communautaires exclut de considérer un texte déterminé isolément, mais exige, en cas de doute, qu'il soit interprété à la lumière des versions établies » dans d'autres langues (arrêt de la Cour du 27 mars 1990, Cricket St. Thomas, C-372/88, point 19). La Cour ajoute « que les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire doivent être interprétées de façon uniforme et, dès lors, en cas de divergence entre ces versions, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément » (arrêt de la Cour du 27 mars 1990, Cricket St. Thomas, C-372/88, point 19, voir également l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 58).

⁵⁶⁴ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, point 57.

⁵⁶⁵ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, points 35, 36 et 45.

⁵⁶⁶ Arrêt de la Cour du 10 mai 2001, Agora, C-223/99 et C-260/99, points 33 et 34.

⁵⁶⁷ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 39.

⁵⁶⁸ Arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01, point 45.

⁵⁶⁹ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, points 51 et 52.

⁵⁷⁰ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 53.

(b) Le besoin d'intérêt général en question doit avoir un caractère autre qu'industriel ou commercial

208.- Suivant une jurisprudence constante de la Cour, constituent « en général des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (...) des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante »⁵⁷¹.

La Cour a indiqué que pour vérifier si les besoins que satisfait l'entité en question ont un caractère autre qu'industriel ou commercial, « il convient de prendre en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité »⁵⁷².

Ainsi :

- En particulier, « il importe notamment de vérifier si l'organisme en question exerce ses activités en situation de concurrence »⁵⁷³, ce fait n'étant cependant pas concluant à lui seul⁵⁷⁴. Une concurrence développée peut être un indice⁵⁷⁵ que l'activité ne répond pas à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial, mais ne permet pas nécessairement de conclure que l'entité en question n'est pas un organisme de droit public⁵⁷⁶.
- Il y a également lieu de tenir compte des circonstances ayant présidé à la création de l'organisme⁵⁷⁷.
- Constitue un indice que l'entité satisfait des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, le fait que l'entité fonctionne « selon des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité » et qu'« aucun mécanisme ne soit prévu pour compenser d'éventuelles pertes financières », l'entité supportant ainsi elle-même le risque économique de ses activités⁵⁷⁸.
- De même, le fait que la recherche de bénéfices ne constitue pas l'objectif principal de l'entité concernée ou un financement public sont des indices dans le même sens⁵⁷⁹.
- La Cour a retenu que « si l'organisme opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale »⁵⁸⁰.
- Il convient de tenir compte des activités que l'entité exerce effectivement⁵⁸¹.

⁵⁷¹ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 50 ; arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01, point 47 ; arrêt de la Cour du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, C-283/00, point 80.

⁵⁷² Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 41.

⁵⁷³ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 41 ; arrêt du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01, points 49.

⁵⁷⁴ Arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01, points 50 ; arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, points 61.

⁵⁷⁵ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 49.

⁵⁷⁶ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, points 61 et 66.

⁵⁷⁷ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 61 ; arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01, point 48 ; arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 41.

⁵⁷⁸ Arrêt de la Cour du 10 mai 2001, Agora, C-223/99 et C-260/99, point 40.

⁵⁷⁹ Arrêt de la Cour du 22 mai 2003 Korhonen, C-18/01, point 54 ; arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 42.

⁵⁸⁰ Arrêt de la Cour du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, C-283/00, point 82 ; arrêt de la Cour du 22 mai 2003 Korhonen, C-18/01, point 51.

⁵⁸¹ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, points 55 et 56.

En revanche, n'ont pas été considérés comme pertinents pour la qualification d'organisme de droit public :

- Le fait que ces besoins soient également satisfaits par des entreprises privées ou puissent l'être en théorie⁵⁸². A cet égard, la Cour a fait remarquer « 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 »⁵⁸³.
- De même, n'est pas pertinent qu'« outre sa mission d'intérêt général, ladite entité accomplit également d'autres activités dans un but de lucratif, dès lors qu'elle continue à se charger des besoins d'intérêt général qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire »⁵⁸⁴.
- « la part qu'occupent les activités exercées dans un but lucratif dans le cadre des activités globales de cette entité est sans importance »⁵⁸⁵.
- Le fait que les statuts de l'entité n'aient pas été adaptés pour couvrir son activité réelle⁵⁸⁶.
- La forme juridique de l'entité est indifférente⁵⁸⁷.

2. Deuxième condition : l'entité doit être dotée de la personnalité juridique

209.- En tant que telle, cette condition n'a pas donné lieu à des problèmes d'interprétation. En effet, déterminer si une entité dispose d'une personnalité juridique propre ne soulève normalement aucune difficulté⁵⁸⁸.

L'absence de personnalité juridique fait échapper l'entité en question à la qualification d'« organisme de droit public ». En revanche, elle ne la fait pas nécessairement échapper à

⁵⁸² Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 40 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 40.

⁵⁸³ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 44 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 59.

⁵⁸⁴ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 47 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, point 54 ; l'arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 56.

⁵⁸⁵ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 47 ; Arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01, points 57 et 58 ; arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 56 ; arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau, C-44/96, point 25. Aussi, est-il étonnant que la Cour ait indiqué dans l'arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, que le marché à prendre en considération est celui pour lequel l'entité a été créé initialement : « Pour ce qui est, ensuite, de l'environnement économique pertinent ou, autrement dit, du marché de référence dont il faut tenir compte afin de vérifier si l'entité en question exerce ou non ses activités en situation de concurrence, il convient de prendre en considération, comme le propose M. l'avocat général aux points 53 et 54 de ses conclusions, eu égard à l'interprétation fonctionnelle de la notion d'« organisme de droit public », le secteur pour lequel Fernwärme Wien a été créée, à savoir celui de la fourniture de chauffage urbain par l'utilisation de l'énergie issue de la combustion des déchets » (point 43). Il s'agit-là, nous semble-t-il, d'une inadvertance de la Cour. Conformément à la « théorie de la contamination » que la Cour défend dans ce même arrêt (cf. les points 50 à 52), il convient en effet de reconnaître la qualité d'organisme de droit public à toute entité dotée d'une personnalité juridique propre et soumise à un contrôle étroit des pouvoirs publics qui n'agit pas en situation de concurrence pour l'une quelconque de ses activités, peu importe laquelle. Il y a donc lieu de prendre en considération chacun des marchés qui correspondent à ces différentes activités et non un seul marché de référence.

⁵⁸⁶ Arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, point 58.

⁵⁸⁷ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, point 63.

⁵⁸⁸ Voir, par exemple, l'ordonnance du Tribunal du 4 juin 2013, Elitaliana SpA c. Eulex Kosovo, T-213/12, point 37 : le Tribunal constate qu'Eulex Kosovo ne dispose pas de la personnalité juridique et, partant, exclut la qualification d'organisme de droit public.

l'application des directives « marchés publics ». Ainsi, une entité qui remplirait les deux autres conditions d'un organisme de droit public, sans néanmoins disposer d'une personnalité juridique propre, devrait normalement être considérée, suivant les circonstances, comme relevant de l'Etat⁵⁸⁹ ou alors comme relevant de la catégorie résiduelle⁵⁹⁰ des « associations formées par une ou plusieurs collectivités territoriales ou un ou plusieurs organismes de droit public ».

La condition n'en revêt pas moins une importance capitale dans le système des directives. Sans cette condition, il serait impossible d'appliquer la « théorie de la contamination » aux organismes de droit public. Nous avons vu ci-dessus qu'un organisme de droit public reste soumis aux directives « marchés publics » même pour les marchés passés en rapport avec ses activités commerciales soumises à des conditions de concurrence normales sur des marchés ouverts⁵⁹¹. La constitution par cet organisme de droit public d'une société filiale, pour les activités exercées dans des conditions de concurrence effective, permettra cependant de soustraire les marchés conclus dans l'intérêt de ces activités au champ d'application des directives⁵⁹². Ces marchés échapperont également, à notre avis, au droit primaire de la mise en concurrence, non parce qu'ils sont passés par une personne juridique distincte de l'organisme de droit public, mais parce qu'il s'agit d'activités exercées dans des conditions de marché ordinaires⁵⁹³.

Nous avons signalé plus haut que selon la Cour la notion d'« organisme de droit public » doit recevoir une interprétation fonctionnelle⁵⁹⁴. Cela ne peut cependant valoir pour la condition que l'entité soit dotée d'une personnalité juridique, mais seulement pour les deux autres conditions d'existence d'un organisme de droit public. Comment en effet, cette exigence de personnalité juridique distincte, de nature essentiellement formelle, pourrait-elle recevoir une interprétation « fonctionnelle » ? Au demeurant, cette condition renvoie incontestablement au droit national régissant l'entité en question⁵⁹⁵.

Aussi, la condition d'une personnalité juridique distincte, ainsi que la « théorie de la contamination » qui s'y articule, paraissent-elles propres aux directives « marchés publics »⁵⁹⁶. Pour la délimitation du domaine d'application *ratione personae* du droit primaire, ce ne sont pas tant des critères formels qui sont déterminants, mais la dépendance par rapport aux pouvoirs publics et les conditions dans lesquelles l'activité⁵⁹⁷ est exercée, y compris le cas échéant l'existence de prérogatives de puissance publique⁵⁹⁸.

⁵⁸⁹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Bentjees, affaire 31/87, aux termes duquel la notion d'Etat au sens de l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE doit recevoir une interprétation fonctionnelle et qui considère comme relevant de l'Etat un organisme qui n'en fait pas partie de manière formelle, mais dont « la composition et les fonctions sont prévues par la loi et qui dépend des pouvoirs publics de par la nomination de ses membres, par la garantie des obligations découlant de ses actes et par le financement des marchés publics qu'il est chargé d'adjudger » (point 12).

⁵⁹⁰ Voir l'arrêt de la cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, point 27 et les conclusions de l'avocat général Antonio La Pergola présentées le 19 février 1998 dans cette même affaire, point 41.

⁵⁹¹ Cf. ci-dessus, no 95.

⁵⁹² Voir, par exemple, en ce sens l'affirmation de la Cour dans son arrêt du 10 novembre 1998, BFI (C-360/96, point 56) qu'une société peut, sans devoir être considéré pour autant comme un pouvoir adjudicateur, faire partie d'un groupe de sociétés dont fait partie un organisme de droit public.

⁵⁹³ Ainsi que l'examen auquel nous procéderons plus loin le montrera, le droit primaire de la mise en concurrence oblige toutes les entités relevant de l'Etat au sens du droit primaire, la conception de la notion d'Etat de ce dernier étant fonctionnelle et non formelle ou organique (cf. ci-dessous, nos 508 et s.).

⁵⁹⁴ Cf. ci-dessus, no 205.

⁵⁹⁵ Traditionnellement, en droit luxembourgeois, c'est la loi du siège réel de l'entité qui détermine si celle-ci dispose d'une personnalité juridique propre. D'autres droits privilégient la loi désignée par l'acte constitutif, système que paraît privilégier la Cour de justice (sur ces questions, voir par exemple A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 3^e édition, Luxembourg, 2011, Editions Saint-Paul, nos 80 et s.).

⁵⁹⁶ Cf. également à ce sujet, ci-dessous, no 513.

⁵⁹⁷ Cf. ci-dessous, nos 508 et s.

⁵⁹⁸ Cf. ci-dessous, nos 508 et s.

3. La troisième condition : l'exigence d'une dépendance étroite vis-à-vis de l'Etat, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

210.- D'après la Cour, les trois conditions alternatives formant la troisième condition de la définition des organismes de droit public « reflètent chacune la dépendance étroite d'un organisme vis-à-vis de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public »⁵⁹⁹. Cette disposition « définit par conséquent les trois formes sous lesquelles se présente un organisme de droit public comme trois variantes d'une « dépendance étroite » à l'égard d'un autre « pouvoir adjudicateur »⁶⁰⁰. Cette dépendance étroite a en effet été définie par la Cour comme étant telle qu'elle permet d'influencer les décisions de l'organisme en question en rapport avec les marchés qu'il passe⁶⁰¹. Selon la Cour, chacun de ces critères alternatifs doit recevoir une interprétation fonctionnelle⁶⁰².

(a) La première branche de la condition alternative : une activité financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

(i) Eléments méthodologiques

211.- La Cour a également donné une interprétation fonctionnelle à la notion de « financement par l'Etat »⁶⁰³. La Cour justifie cette démarche par l'objectif des directives « marchés publics » qui visent « 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 État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre », ainsi que « l'ouverture à la concurrence non faussée la plus large possible dans les États membres »⁶⁰⁴.

Dans l'arrêt *University of Cambridge* du 3 octobre 2000, la Cour a retenu que l'exigence d'un financement majoritairement public est une condition quantitative⁶⁰⁵. Cela signifie que plus de cinquante pour cent du financement doit être public, signification que revêt usuellement le terme « majoritairement ». Dans l'affaire en question, l'université de Cambridge avait soutenu que l'exigence que le financement soit « majoritairement » public ne pouvait être remplie que si les fonds versés donnent effectivement à l'autorité qui les verse le contrôle de l'attribution des marchés ou, si le critère était quantitatif, que le financement public représente au moins les trois quarts du financement global.

⁵⁹⁹ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, point 20 ; arrêt du 1^{er} février 2001, *Commission/France*, C-237/99, point 44. Voir dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, *Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, C-526/11, point 20.

⁶⁰⁰ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, point 20.

⁶⁰¹ Cf. l'arrêt de la Cour du 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, C-373/00, point 69, et l'arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, *Commission/France*, C-237/99, point 59.

⁶⁰² Arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, *Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, C-526/11, point 21.

⁶⁰³ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, *Rundfunkanstalten*, C-337/06, point 40.

⁶⁰⁴ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, *Rundfunkanstalten*, C-337/06, points 38 et 39.

⁶⁰⁵ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, points 29, 30, 31 et 32 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, *Rundfunkanstalten*, C-337/06, point 33. Cette interprétation contredit l'affirmation au point 20 de l'arrêt *University of Cambridge* que le financement majoritaire par un ou des pouvoirs adjudicateurs n'est qu'une variante d'une « dépendance étroite » à l'égard d'un pouvoir adjudicateur. Cette dépendance étroite a en effet été définie par la Cour comme étant telle qu'elle permet d'influencer les décisions de l'organisme en question en rapport avec les marchés qu'il passe (cf. l'arrêt de la Cour du 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, C-373/00, point 69, et l'arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, *Commission/France*, C-237/99, point 59). La Cour considère même que les bourses d'études versées à certains étudiants par des autorités régionales sont à considérer comme un financement public (cf. ci-dessous, no 214). Or, un financement majoritaire constitué de bourses d'études ne créerait normalement pas une « dépendance étroite » comme il y en aurait si ces autorités pouvaient désigner la majorité des membres de l'organe d'administration de l'université.

La Cour a considéré que « pour parvenir à une appréciation correcte du pourcentage de financement public d'un organisme donné, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des revenus dont il bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale »⁶⁰⁶.

D'autre part, la Cour a estimé que la période à prendre en considération pour le calcul du pourcentage de financement public est d'une année⁶⁰⁷. 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 budgétaire⁶⁰⁸. La Cour a également considéré qu'« un pouvoir adjudicateur » conserve son statut pendant douze mois à compter du début de chaque exercice budgétaire »⁶⁰⁹.

Enfin, la Cour a retenu 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 « marchés publics » demeure, pour ce marché, soumis aux exigences de ces directives « jusqu'à la clôture de la procédure concernée »⁶¹⁰. Cette solution s'impose, selon la Cour, en raison de l'exigence de sécurité juridique qui veut qu'une règle de droit européen « soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés » ainsi « que des impératifs liés à la protection des intérêts des soumissionnaires »⁶¹¹.

(ii) Eléments retenus par la Cour pour déterminer ce qui correspond à un financement public

212.- Bien que provenant d'un pouvoir adjudicateur, certains versements ne constituent pas un financement public. En effet, « 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 »⁶¹².

Sont pris en compte les aides financières versées sans contrepartie spécifique et finançant ou soutenant les activités de l'entité concernée⁶¹³ provenant ou bien directement d'un budget public ou alors représentant des fonds perçus le cas échéant par l'organisme lui-même en vertu de prérogatives de puissance publique⁶¹⁴.

(iii) Circonstances indifférentes

213.- Le fait que l'organisme en question ait le droit de percevoir directement les montants correspondants au financement n'empêche pas de considérer que le financement est public⁶¹⁵. Le

⁶⁰⁶ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 36.

⁶⁰⁷ Arrêt du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 40. Pour retenir cette solution, la Cour s'est référée, faute de mieux, aux dispositions des directives « marchés publics » 92/50/CEE (services) et 93/36/CEE (fournitures) relatives à la publication d'avis périodiques indicatifs concernant les marchés à passer au cours des douze mois qui suivent le début de l'exercice budgétaire. Nous disons *faute de mieux*, car ces dispositions font partie des modalités de publicité des marchés prévues par le législateur européen et indiquent des ordres de grandeurs requérant aux yeux du législateur européen une telle publicité eu égard à l'intérêt transfrontalier que peuvent comporter les marchés concernés. Cette question est bien sûr étrangère à la question de savoir quels sont les organismes tenus au respect des dispositions des directives « marchés publics ».

⁶⁰⁸ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 41.

⁶⁰⁹ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 39.

⁶¹⁰ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 43.

⁶¹¹ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 43.

⁶¹² Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 21.

⁶¹³ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 21 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, point 57 ; arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11, point 22.

⁶¹⁴ Arrêt du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, points 44 et 47 ; arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns GbR, C-300/07, point 51.

⁶¹⁵ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, point 47.

financement public peut donc être indirect⁶¹⁶, « sans qu'il soit nécessaire que l'État établisse ou désigne lui-même un organisme public ou privé chargé du recouvrement de la redevance »⁶¹⁷.

N'est pas déterminant « le fait que la redevance soit prévue dans un texte réglementaire » car « sinon tous les médecins, avocats et architectes établis en Allemagne seraient « financés par l'État », puisque les tarifs de leurs honoraires sont fixés par l'État. En effet, même si ces tarifs sont réglementés par l'État, le consommateur entre toujours de sa libre volonté dans une relation contractuelle avec les membres de ces professions et reçoit toujours un service effectif. En outre, le financement des activités des membres des professions libérales en question n'est ni assuré ni garanti par l'État »⁶¹⁸. De même, « la circonstance que, formellement, un organisme fixe lui-même le montant des contributions qui assurent son financement majoritaire n'exclut pas qu'il puisse y avoir un financement indirect satisfaisant audit critère »⁶¹⁹.

(iv) Exemples

214.- La Cour a considéré que les versements suivants représentent un financement public :

- des bourses ou subventions accordées aux fins de promouvoir des travaux de recherche universitaires, même si le bénéficiaire n'est pas l'université elle-même, si du moins le financement profite à l'institution dans son ensemble dans le cadre de ses activités de recherche⁶²⁰ ;
- des bourses accordées par des autorités régionales couvrant les frais d'étudiants nommément désignés, étant donné que de tels versements constituent une mesure sociale sans aucune contrepartie contractuelle « instituée au profit de certains étudiants qui, seuls, ne peuvent supporter la charge de frais de scolarité parfois très élevés »⁶²¹ ;
- les redevances instituées en Allemagne au profit des organismes de radiodiffusion publics et à charge des personnes détenant un appareil récepteur de radiodiffusion, non liées à l'utilisation de l'appareil, le recouvrement en étant assuré grâce à des prérogatives de puissance publique accordées aux organismes en question⁶²² ;
- des cotisations d'assurance maladie obligatoires dont ni le principe, ni le montant ne constituent le résultat d'un accord, qui ne correspondent à aucune contrepartie contractuelle concrète, pour lesquelles la marge d'appréciation de la caisse de maladie quant au taux est extrêmement réduite et dont la perception se fait sans aucune possibilité d'intervention de l'assuré (recouvrement des cotisations effectué en vertu de dispositions de droit public)⁶²³.

En revanche, ne constituent pas un financement public, les rémunérations versées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs en contrepartie d'une prestation de service auxquels le pouvoir public a un intérêt économique, tels par exemple des travaux de recherche ou la prestation d'autres services, comme des travaux d'expertise ou l'organisation de conférences⁶²⁴. Même si de tels paiements peuvent déterminer une certaine forme de dépendance, la Cour considère qu'« une telle dépendance doit

⁶¹⁶ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, points 34 et 49 ; arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns GbR, C-300/07, point 51 ; arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11, point 23.

⁶¹⁷ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, point 49.

⁶¹⁸ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, point 46.

⁶¹⁹ Arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11, point 25.

⁶²⁰ En ce sens, l'arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 22.

⁶²¹ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 23. L'inclusion de ces versements nous paraît contestable. Il s'agit en effet, principalement, d'une aide aux étudiants concernés. De pareils versements ne créent normalement pas un rapport de dépendance permettant aux autorités publiques d'influer sur les choix de l'établissement concerné pour les marchés qu'ils concluent (cf. également la note 585 ci-dessus).

⁶²² Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06, points 41 et 45.

⁶²³ Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns GbR, C-300/07, point 57.

⁶²⁴ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 24.

d'avantage être assimilée à celle existant dans les relations commerciales normales, qui se développent dans le cadre de contrats à caractère synallagmatique librement négociés entre les cocontractants »⁶²⁵.

De même, la condition d'un financement majoritairement public n'est pas remplie, si la situation de l'organisme en question « est caractérisée par l'importante autonomie que lui laisse (cette) [la] loi pour déterminer la nature, l'étendue et les modalités d'exécution des actions qu'il entreprend en vue de l'accomplissement de ses missions, partant, pour fixer le budget nécessaire à cette fin et, par voie de conséquence, le montant des cotisations qu'il réclamera à ses membres. La circonstance que le règlement qui fixe ce montant doit être approuvé par une autorité publique de tutelle n'est pas déterminante dès lors que cette autorité se limite à vérifier que le budget de l'organisme concerné est à l'équilibre, c'est-à-dire que ce dernier s'assure, au moyen des cotisations de ses membres et de ses autres ressources, des recettes suffisantes pour couvrir l'ensemble des coûts liés à son fonctionnement selon les modalités qu'il a lui-même arrêtées (...) Cette autonomie par rapport aux pouvoirs publics est encore renforcée en l'occurrence par le fait que ledit règlement est adopté par une assemblée constituée des cotisants eux-mêmes »⁶²⁶.

(v) *Appréciation de ce qui précède par rapport au droit primaire*

215.- La jurisprudence de la Cour relative à la condition d'un « financement majoritairement public » prend appui sur le texte des directives « marchés publics ». Les solutions retenues ne reflètent donc pas nécessairement les vues de la Cour quant à savoir si une entité relève de l'Etat au sens du droit primaire⁶²⁷ et se trouve, dès lors, tenu au droit primaire de la mise en concurrence.

Selon les circonstances, même une entité dont l'activité serait financée à moins de cinquante pour cent par les pouvoirs publics, devrait être considérée comme relevant de l'Etat au sens du droit primaire, un tel financement pouvant créer une dépendance étroite⁶²⁸.

Il convient, d'autre part, de remarquer que sous le régime de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE, des entreprises dont la majorité du capital est détenue par les pouvoirs publics, sont présumées être sous l'influence dominante de ceux-ci. Une telle participation peut représenter nettement moins qu'un financement majoritaire *de l'activité* de l'entité concernée.

(b) *La deuxième branche de la condition alternative : la gestion de l'entité est soumise à un contrôle par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public*

216- La Cour a retenu que ce contrôle « doit créer une dépendance de l'organisme concerné à l'égard des pouvoirs publics, équivalente à celle qui existe lorsqu'un des deux autres critères est rempli, à savoir un financement provenant majoritairement des pouvoirs publics ou la nomination par ces derniers d'une majorité des membres composant l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de cet organisme »⁶²⁹.

Ce contrôle doit être tel qu'il permette d'influencer les décisions de l'organisme concernant la passation des marchés publics⁶³⁰.

⁶²⁵ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, point 25.

⁶²⁶ Arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11, point 27 et 28.

⁶²⁷ Cf. ci-dessous, nos 508 et s.

⁶²⁸ Cf. à ce sujet ci-dessous, no 216.

⁶²⁹ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 69 ; cf. également l'arrêt du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, point 49.

⁶³⁰ Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 69 ; arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, point 59. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que tel était le cas pour les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré françaises, le gouvernement disposant du pouvoir

- de prononcer la dissolution de l'organisme, de nommer un liquidateur, de suspendre les dirigeants, de nommer un administrateur provisoire en cas d'irrégularités graves, de faute grave dans la gestion ou de carence,
- d'imposer à l'organisme un profil de gestion déterminé,
- d'effectuer des contrôles sur pièces et sur place et
- de contrôler la mise en œuvre des propositions formulées à la suite de rapports d'inspection (points 51 à 58).

Il n'est pas requis que le contrôle étatique permette un contrôle direct de la passation des marchés publics. Ce contrôle peut être indirect⁶³¹. Un simple contrôle *a posteriori* est cependant insuffisant⁶³².

(c) La troisième branche de la condition alternative : l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entité en question est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

217.- Concernant cette condition, la Cour n'a pas encore été saisie de questions d'interprétation.

A prendre les directives « marchés publics » à la lettre, la possibilité pour le pouvoir public de désigner plus de la moitié des membres d'un conseil de surveillance sans pouvoirs réels serait suffisant. Il nous semble peu probable que la Cour confirme une telle interprétation du texte des directives « marchés publics ». Il faut en effet partir du principe que le législateur européen a voulu désigner des organes d'administration, de direction ou de surveillance disposant de pouvoirs réels et non des organes dépourvus de tels pouvoirs.

Aux fins de l'application du droit primaire de la mise en concurrence, la désignation de plus de la moitié des membres de l'un de ces organes, de manière à permettre aux pouvoirs publics d'exercer une influence déterminante⁶³³ permettrait de considérer que l'entité se trouve sous le « contrôle effectif »⁶³⁴ des pouvoirs publics. Encore faudrait-il que les pouvoirs de l'organe en question permettent réellement d'exercer une influence déterminante. Ainsi, sous le régime du droit primaire des marchés publics, le pouvoir de désigner plus de la moitié des membres d'un organe de surveillance qui exercerait seulement un contrôle *a posteriori* ne devrait pas être considéré comme permettant une influence déterminante.

Section 4.- Cas dans lesquels il n'y a pas lieu de respecter les dispositions des directives « marchés publics » : accomplissement des tâches incombant aux pouvoirs adjudicateurs par leurs propres moyens et la collaboration entre pouvoirs adjudicateurs lorsque certaines conditions sont remplies

§ 1^{er}.- Les pouvoirs publics peuvent accomplir les tâches qui leur incombent par leurs propres moyens sans être obligés de faire appel à des opérateurs externes

218.- En droit européen, un pouvoir adjudicateur « peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligé de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services »⁶³⁵.

Une telle situation n'est pas susceptible de donner lieu à un contrat au sens des directives « marchés publics »⁶³⁶. Un contrat au sens des directives « marchés publics » suppose en effet une convention entre deux personnes distinctes⁶³⁷.

⁶³¹ Arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, point 39.

⁶³² Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, point 70 ; arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11, point 29.

⁶³³ Voir l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall AG, C-91/08, point 52. Voir pour la même interprétation de la jurisprudence de la Cour, A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « La relation « in house » en droit européen : état de la question » *in Chronique des marchés publics*, 2011-2012, Constant De Koninck en EBP, pp. 725 et s., no 3.

⁶³⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall AG, C-91/08, point 49. Ce « contrôle effectif » est l'une des deux conditions requises pour qu'une entité soit tenue à mettre ses contrats en concurrence en vertu du droit primaire, la seconde condition étant que l'entité en question n'opère pas en situation de concurrence sur le marché. Cf. à ce sujet, ci-dessous, no 510.

⁶³⁵ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-23/03, point 49 ; cf. également dans le même sens : arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen, C-215/09, point 31 ; arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, point 57 ; Arrêt de la Cour du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, C-480/06, point 45 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 48 ; arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, point 61.

⁶³⁶ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-23/03, point 48.

⁶³⁷ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, point 49.

Relevons que le droit national pourrait cependant contraindre les pouvoirs publics d'abandonner certaines tâches à des opérateurs privés. Ainsi, entre 1980 et 2000, les autorités locales britanniques, n'étaient autorisées à fournir elles-mêmes certaines prestations que si elles l'emportaient sur le secteur privé dans une procédure de mise en compétition assez complexe et rigide⁶³⁸.

§ 2.- Application des règles des directives en matière de marchés publics aux contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs

219. Principe.- Les directives « marchés publics » s'appliquent également lorsqu'un pouvoir adjudicateur conclut un marché public avec un autre pouvoir adjudicateur⁶³⁹. Les directives envisagent d'ailleurs expressément que des entités publiques participent à des procédures de passation de marchés publics⁶⁴⁰.

220. Exceptions.- La Cour a admis que certains cas de collaboration entre autorités publiques, juridiquement distinctes, qui seraient normalement qualifiés de « marchés publics » échappent aux règles de mise en concurrence des directives⁶⁴¹. Vu la manière restrictive dont la Cour s'était exprimée dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999⁶⁴², la dispense de l'obligation de mise en concurrence, en cas de marchés entre pouvoirs adjudicateurs, paraissait d'abord limitée aux seuls cas répondant aux conditions indiquées dans cet arrêt.

§ 3.- Conditions à respecter d'après la Cour lorsqu'un ou plusieurs pouvoirs publics créent une entité commune pour lui confier des marchés publics ou des concessions : les critères *Teckal* (l'exception de quasi-régie)

221.- Dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999, la Cour a posé deux conditions à l'attribution directe de marchés publics par un pouvoir public à une entité juridiquement distincte. Ces conditions sont connues sous le nom de critères ou conditions *Teckal*. Les conditions suivantes doivent être remplies cumulativement :

- 1) le pouvoir public doit exercer sur l'entité en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et
- 2) cette entité doit réaliser l'essentiel de son activité avec la où les collectivités qui la détiennent⁶⁴³.

⁶³⁸ Voir sur cette législation de mise en concurrence obligatoire (« Compulsory Competitive Tendering » (CCI)), S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e édition, London, Sweet & Maxwell, 2005, points 2.6 (pp. 14 et 15), 2.13 à 2.15 (pp. 22 à 25).

⁶³⁹ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, point 51; arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, *ARGE*, C-94/99, Rec. p. I-11037, point 28; arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, point 45; même solution dans l'arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, *Commission/Espagne*, C-84/03, points 37 à 41.

⁶⁴⁰ Cf. l'article 1^{er}, paragraphe 2, 8., de la directive 2004/18/CE; article 1^{er}, paragraphe 7, de la directive 2004/17/CE; article 1^{er}, paragraphe 13, de la directive 2009/81/CE.

⁶⁴¹ Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, *Mehiläinen*, C-215/09, point 31; arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, point 58; arrêt de la Cour du 9 juin 2009, *Commission/Allemagne*, C-480/06, point 45; arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, point 49; arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-23/03, point 49.

⁶⁴² Voir l'arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, point 51 : « Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où ... ».

⁶⁴³ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, point 51; arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, point 58; arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, point 49; arrêt de la Cour du 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, point 55; arrêt de la Cour du 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, point 33; arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a.*, C-220/05, point 63; arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, *Commission/France*, point 50; arrêt de la Cour du 8 mai 2003,

En dehors du champ d'application des directives « marchés publics », l'exception *Teckal* trouve notamment à s'appliquer à la conclusion des concessions de service. La Cour a en effet estimé que lorsque les conditions *Teckal* sont réunies, « l'application des règles énoncées aux articles 12 CE [actuel article 18 TFUE], 43 CE [actuel article 49 TFUE] et 49 CE [actuel article 56 TFUE] est exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient »⁶⁴⁴.

La Cour a précisé que l'exception *Teckal* est d'interprétation restrictive et qu'il appartient à celui qui s'en prévaut d'établir que les conditions en sont remplies⁶⁴⁵.

A. Quant à la condition que le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur l'entité à laquelle est confié le marché ou la concession doit être analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services

1. Principe

222.- Cette condition n'est remplie que si le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'influencer de manière déterminante les objectifs stratégiques ainsi que les décisions importantes de l'entité à laquelle le marché est confié. En effet, la Cour a retenu ce qui suit :

*« Pour apprécier si une autorité publique concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que l'entité concessionnaire en question est soumise à un contrôle permettant à l'autorité publique concédante d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité »*⁶⁴⁶.

Il doit s'agir d'un contrôle effectif⁶⁴⁷.

Une trop large autonomie et une vocation de marché trop forte excluent que le pouvoir adjudicateur contrôle l'entité concernée comme ses propres services⁶⁴⁸.

Espagne/Commission, C-349/97, point 204 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, point 34 ; arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, C-220/06, point 58 ; ordonnance de la Cour du 10 avril 2008, Termoraggi SpA, C-323/07, point 18 ; arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, point 33 ; arrêt de la Cour de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11, point 25 ; arrêt de la Cour du 13 juin 2013, Piepenbrock, C-386/11, point 34.

⁶⁴⁴ Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, point 62 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea SRL, C-573/07, point 37 et l'arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, C-196/08, Acoset, point 52. Voir pour la même interprétation de la jurisprudence de la Cour, A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « La relation « in house » en droit européen : état de la question », in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 725 et s., no 3.

⁶⁴⁵ Arrêt de la Cour du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, point 26 ; arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, point 63.

⁶⁴⁶ Arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA, C-324/07, point 28 ; arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Carbotermo SpA, C-340/04, point 36 ; arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/Italie, C-371/05, point 24 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, point 65.

⁶⁴⁷ Arrêt de la Cour de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11, point 27.

⁶⁴⁸ Arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA, C-324/07, point 36 ; arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, points 67 à 72. Ainsi : « Les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une autorité publique attribue, sans une mise en concurrence, une concession de services publics à une société par actions issue de la transformation d'une entreprise spéciale de cette autorité publique, société dont le l'objet social a été élargi à de nouveaux domaines importants, dont le capital social doit obligatoirement être élargi à court terme à d'autres capitaux, dont le domaine territorial d'activités a été élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger et dont le conseil d'administration possède de très amples

2. L'entité concernée peut revêtir la forme d'une société de capitaux

223.- L'entité qui exécute le marché peut revêtir la forme d'une société de capitaux sans que cela exclue que le pouvoir adjudicateur puisse exercer sur elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services⁶⁴⁹. La Cour a même décidé que « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »⁶⁵⁰. Toutefois, une forte autonomie du conseil d'administration par rapport à l'assemblée générale, ne disposant que des pouvoirs que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés⁶⁵¹, risque d'exclure la possibilité d'un contrôle analogue à celui que l'autorité publique exerce sur ses propres services⁶⁵².

3. La condition du contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services n'est pas remplie en cas de participation privée

224.- La Cour exclut un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services en cas de participation privée⁶⁵³. En effet, une prise de participation privée dans une société obéit à des considérations étrangères aux objectifs publics que le pouvoir adjudicateur est censé poursuivre⁶⁵⁴.

D'autre part, l'attribution directe d'un marché ou d'une concession à une entité à capital mixte serait contraire au principe d'égalité de traitement, puisqu'elle offrirait à l'associé privé un avantage par rapport à ses concurrents⁶⁵⁵.

En revanche, la simple possibilité pour des personnes privées de participer à l'entité concernée, en l'absence de participation effective, n'empêche pas un contrôle comme sur ses propres services par le pouvoir adjudicateur⁶⁵⁶. De même, l'octroi d'un prêt ordinaire par une personne privée n'empêche pas la qualification d'entité *Teckal*⁶⁵⁷.

pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome » (arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, point 72).

⁶⁴⁹ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, points 41 et 81 à 89.

⁶⁵⁰ Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermio et Consorzio Alisei, C-340/04, point 37 ; arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea SRL, C-573/07, point 45 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 31, ainsi que l'arrêt de la Cour du 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05, point 57.

⁶⁵¹ Le recours aux seules règles supplétives des sociétés anonymes sera donc insuffisant pour garantir le degré de contrôle requis par la Cour. Voir en ce sens, A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « La relation « in house » en droit européen : état de la question », in *Chronique des marchés publics*, 2011-2012, Constant De Koninck en EBP, pp. 725 et s., nos 17 et 18.

⁶⁵² Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, points 67 à 70 ; arrêt du 11 mai 2006, Carbotermio SpA, C-340/04, point 38.

⁶⁵³ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea SRL, C-573/07, point 46 ; arrêt de la Cour du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, point 30 ; arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 26 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA, C-324/07, point 30 ; arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, point 32.

⁶⁵⁴ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, point 50 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, point 47.

⁶⁵⁵ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, point 51 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, point 48 ; arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, C-196/08, Acoset, point 56 ; arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea SRL, C-573/07, point 51 ; arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, point 41. Voir dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-282/11 et C-183/11, point 27.

⁶⁵⁶ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea SRL, C-573/07, point 49.

⁶⁵⁷ Cf. en ce sens, le *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public privé »)* du 4 octobre 2011 (SEC (2011) 1169 final), point 3.2.1.

4. Date à laquelle la vérification doit être faite

225.- A cet égard, la jurisprudence de la Cour a évolué⁶⁵⁸. Dans divers arrêts, la Cour avait retenu que la date à prendre en considération pour vérifier si la condition du contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services était remplie était la date à laquelle le contrat était attribué⁶⁵⁹. La Cour exceptait cependant le cas de circonstances particulières, comme une construction artificielle⁶⁶⁰, ainsi que celui de l'ouverture à du capital privé à court terme⁶⁶¹. Dans d'autres arrêts, en particulier dans un arrêt plus récent du 10 septembre 2009, la Cour a retenu qu'une mise en concurrence était requise en cas de cession de tout ou partie du capital de l'entité concernée en cours d'exécution du contrat⁶⁶².

5. Le contrôle effectué sur l'entité en question ne doit pas être individuel

226.- A cet égard, la Cour a décidé ce qui suit :

« La jurisprudence exige que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par une autorité publique concédante soit analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais non pas qu'il soit identique en tous points à celui-ci (voir, en ce sens, arrêt Parking Brixen, précité, point 62). Il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel »⁶⁶³.

Cependant, la Cour a retenu qu'« il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint »⁶⁶⁴. Une affiliation purement formelle serait insuffisante pour faire échec à l'application des règles européennes concernant les marchés publics et les concessions⁶⁶⁵. Aussi, la Cour requiert-elle que « chacune des autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité »⁶⁶⁶.

6. Le contrôle ne doit pas nécessairement être direct

227.- La Cour n'a pas exclu que le contrôle puisse s'exercer par l'intermédiaire d'une société holding, ce fait pouvant cependant affaiblir le contrôle et conduire à la conclusion qu'il n'est pas analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services⁶⁶⁷.

⁶⁵⁸ Voir à cet égard également A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « La relation « in house » en droit européen : état de la question », in *Chronique des marchés publics*, 2011-2012, Constant De Koninck en EBP, pp. 625 et s., nos 14 et 15.

⁶⁵⁹ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, point 38 ; arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/Italie, C-371/05, point 29.

⁶⁶⁰ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, points 38 et 39.

⁶⁶¹ Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, point 67 ; arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/Italie, C-371/05, point 29.

⁶⁶² Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea SRL, C-573/07, point 53 ; arrêt de la Cour du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, point 30. Voir en sens contraire, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, pp. 118 et s. qui proposent de procéder par analogie comme en matière de contrôle des fusions et d'admettre que les marchés entre le pouvoir adjudicateur qui cède une entité in-house et celle-ci pourront être exécutés pendant une durée limitée après la cession, de nombreuses cessions étant sinon impossibles à réaliser.

⁶⁶³ Arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 46 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea SRL, C-573/07, point 55. Voir, dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11, point 28.

⁶⁶⁴ Arrêt de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11, point 30.

⁶⁶⁵ Arrêt de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11, point 31.

⁶⁶⁶ Arrêt de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11, point 33.

⁶⁶⁷ Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Carbotermo SpA, C-340/04, point 39.

Dans un arrêt du 17 juillet 2008, la Cour a admis que des sociétés publiques détenues par le même pouvoir adjudicateur figurent parmi les associés de l'entité concernée au moment de la conclusion de la convention⁶⁶⁸.

B. Quant à la condition que l'entité doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent

1. Justification de cette condition

228.- La Cour a justifié comme suit l'exigence que l'entité *Teckal* réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent :

« L'exigence que la personne en cause réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent a particulièrement pour objet de garantir que la directive 93/96 demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises »⁶⁶⁹. « En effet », ajoute la Cour, « une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs »⁶⁷⁰.

2. Lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs détiennent l'entité, il est tenu compte de l'activité que celle-ci réalise avec l'ensemble de ces pouvoirs adjudicateurs

229.- La Cour a retenu que « lorsqu'une entité concessionnaire est détenue par plusieurs autorités publiques, la condition relative à l'essentiel de l'activité de cette entité peut être satisfaite en prenant en compte l'activité que cette entité réalise avec l'ensemble de ces autorités »⁶⁷¹.

3. Il ne peut être satisfait à cette condition que si toute autre activité ne revêt qu'un caractère marginal

230.- La Cour a précisé qu'« on ne peut considérer que l'entreprise en cause réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, au sens de l'arrêt *Teckal*, précité, que si l'activité de cette entreprise est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal »⁶⁷².

Dans une affaire où l'entité concernée réalisait 90% de son chiffre d'affaires avec les entités publiques qui la détenaient, la Cour a considéré que cette condition était remplie⁶⁷³.

D'autre part, la Cour a indiqué que pour évaluer si toute autre activité ne revêt qu'un caractère marginal « le juge compétent doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives ou quantitatives »⁶⁷⁴. La Cour n'a cependant pas précisé ce qu'elle entend exactement par « circonstances qualitatives » et quelle serait l'importance de « circonstances qualitatives » par rapport aux « circonstances quantitatives », ces dernières paraissant simplement désigner le chiffre d'affaires.

⁶⁶⁸ Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/Italie, C-371/05, point 28.

⁶⁶⁹ Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermo et Consorzio Alisei, C-340/04, point 60 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, point 62.

⁶⁷⁰ Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermo et Consorzio Alisei, C-340/04, point 61.

⁶⁷¹ Arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 44 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermo et Consorzio Alisei, C-340/04, points 70 et 71, l'arrêt de la Cour du 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05, point 62, ainsi que l'arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/Italie, C-371/05, point 31.

⁶⁷² Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermo SpA, C-340/04, point 63.

⁶⁷³ Arrêt de la Cour du 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05, points 63 et 64.

⁶⁷⁴ Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermo SpA, C-340/04, point 64.

4. Ce qui est déterminant, c'est le chiffre d'affaires réalisé en exécution de la décision qui attribue le marché ou la concession et non la question de savoir si le chiffre d'affaires est réalisé sur le territoire de la ou des collectivités qui détiennent une participation dans l'entité en cause

231.- A cet égard, la Cour a décidé ce qui suit :

« Quant à la question de savoir s'il faut prendre en compte dans ce contexte le seul chiffre d'affaires réalisé avec la collectivité de tutelle ou celui réalisé sur le territoire de cette collectivité, il faut considérer que le chiffre d'affaires déterminant est celui que l'entreprise en question réalise avec des utilisateurs en exécution de telles décisions.

En effet, les activités d'une entreprise adjudicataire dont il convient de tenir compte sont toutes celles que cette entreprise réalise dans le cadre d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de l'identité du bénéficiaire, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations.

Il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée, que ce soit la collectivité qui la détient ou les usagers de prestations fournies en vertu de concessions ou d'autres relations juridiques établies par ladite collectivité. Il est également sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies »⁶⁷⁵.

C. Observations supplémentaires

232.- La notion d'Etat au sens du droit primaire - comme le montrera l'examen de la jurisprudence de la Cour auquel nous procéderons plus loin⁶⁷⁶ - n'est pas une notion organique, n'englobant qu'un nombre limité d'organes, sans égard aux fonctions qu'ils assument réellement. L'Etat au sens du droit primaire se détermine par les activités considérées comme étatiques, le contrôle des pouvoirs publics sur ces activités, les objectifs d'intérêt général qu'elles poursuivent, ainsi que les moyens de puissance publique pouvant être mis en œuvre lors de ces activités. Relève de l'Etat, une entité qui exerce de pareilles activités, peu importe sa forme. Comme le droit européen définit l'Etat de manière fonctionnelle, il n'intervient pas dans l'ajustement formel des Etats membres.

D'autre part, les pouvoirs publics peuvent accomplir les tâches qui leur incombent par leurs propres moyens.

Il résulte de ces principes qu'aussi longtemps que le domaine de l'Etat au sens fonctionnel n'est pas quitté, l'utilisation, à cette fin, d'une entité juridique distincte devrait être indifférente aux yeux du droit européen.

Aussi n'est-il pas étonnant que la jurisprudence *Teckal* ainsi que la précision apportée par l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005 fixent les limites de l'exception là où s'arrête l'Etat au sens du droit primaire⁶⁷⁷.

Ainsi, l'exclusion de toute participation privée dans une entité *Teckal*, même après l'attribution du marché ou de la concession, s'explique d'une part par le contrôle que le pouvoir public doit garder sur l'entité en question, d'autre part, par la nécessité que l'entité concernée ne soit pas orientée vers la

⁶⁷⁵ Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, points 65, 66 et 67.

⁶⁷⁶ Cf. ci-dessous, nos 508 et s.

⁶⁷⁷ Cf. A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 193 qui estime, mais sans approfondir la question, que l'exception *Teckal* pourrait se justifier par la jurisprudence développée au sujet du droit primaire de la concurrence. Cet auteur se réfère-t-il au droit primaire des aides d'Etat ? C'est probable. En effet, dans ce domaine, la question du champ d'application *ratione personae* du droit primaire se pose en des termes similaires (voir à cet égard, ci-dessous, no 537). Pour L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 330, « l'exception du « in house » est fondée non sur une interprétation des directives (notion de « contrat avec un tiers »), mais sur l'existence de circonstances objectives justifiant la dérogation à l'égalité de traitement ». Au contraire, pour d'autres, « la solution des arrêts *Teckal* et autres se fonde sur l'idée simple qu'on ne contracte pas avec soi-même » P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, no 27.

poursuite d'intérêts privés, ce qui serait immanquablement le cas si elle comportait parmi ses associés des personnes privées.

La condition que l'entité *Teckal* réalise l'essentiel de ses affaires avec les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent, s'explique en partie par le souci que le contrôle du pouvoir public puisse effectivement s'exercer⁶⁷⁸. D'autre part, si l'entité exerçait de façon significative une activité commerciale en situation de concurrence, elle adopterait une attitude d'entreprise et, partant, ne pourrait plus être considérée comme faisant partie de l'Etat au sens fonctionnel. Si l'entité *Teckal* réalisait une partie importante de ses affaires avec une autre entité *Teckal* détenue par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, il faudrait considérer que la condition relative aux affaires qu'effectue l'entité *Teckal* serait également remplie⁶⁷⁹. Dans ce cas, en effet, l'entité concernée ne quitterait pas la sphère étatique. Ce point n'a pas encore été tranché par la Cour.

Relevons cependant que la Cour a assorti le recours collectif de plusieurs pouvoirs adjudicateurs à l'exception *Teckal* à des conditions restrictives qui vont, nous paraît-il, au-delà de ce que requièrent les principes qui sont à la base de l'exception⁶⁸⁰.

Les mêmes principes du droit primaire qui expliquent la jurisprudence *Teckal* justifient que dans d'autres cas qui ne répondent pas strictement aux conditions *Teckal*, un pouvoir adjudicateur puisse être dispensé de mise en concurrence. En particulier, ils justifient la solution retenue par la Cour dans un arrêt *Commission/Allemagne* du 9 juin 2009 relative à la collaboration contractuelle entre les pouvoirs publics⁶⁸¹.

Certains auteurs ont tenté de cerner la notion de contrat au sens des directives « marchés publics » à partir de la jurisprudence de la Cour relative à l'exception « *Teckal* » et à la coopération entre pouvoirs publics⁶⁸². Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Teckal* prend en effet pour point de départ l'affirmation que l'existence d'un contrat suppose une convention entre deux personnes distinctes⁶⁸³. C'est ainsi que la Cour a justifié la première condition *Teckal*. La seconde condition *Teckal*, en

⁶⁷⁸ Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, *Cabotermo et Consorzio Alisei*, C-340/04, point 61.

⁶⁷⁹ Voir en ce sens également, J. WIGGEN, « Public procurement law and public - public co-operation : Reduced flexibility but greater legal certainty ahead ? The Commission's Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive », *Public Procurement Law Review*, 2012, NA 235 et s., NA 230.

⁶⁸⁰ Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2012 (C- 182/11 et 183/11, *Econord*), les communes de Cagne et de Solibiate avaient conclu une convention avec la commune de Varese par laquelle elles apportaient, à titre onéreux, leurs services de propreté à ASPEM, une société chargée de services publics, principalement des services de propreté urbaine, dont la commune di Varese détenait presque l'intégralité du capital et qui remplissait à l'égard de cette dernière les conditions d'une entité *Teckal* (point 10). En même temps, les communes de Cagno et de Solibiate acquéraient, chacune, une action d'ASPEM. D'après la Cour, cette très faible participation ne leur permettait aucun contrôle conjoint effectif d'ASPEM (point 17). La Cour retint que dans ces circonstances, les conditions de l'exception *Teckal* n'étaient pas remplies à leur égard (points 32 et 33), c'est-à-dire qu'il ne leur était pas permis d'attribuer des marchés d'élimination de déchets sur leur territoire à ASPEM sans respecter les dispositions de la directive « marchés publics » 2004/18/CE. Or, de fait, la sphère étatique n'avait pas été quittée. Les services dont il s'agissait étaient intégralement accomplis par l'Etat au sens fonctionnel du terme. Les communes agissaient uniquement en vue de la poursuite d'objectifs d'intérêt public relevant de leurs compétences, sans participation privée, et aucune entreprise privée ne se trouvait placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Dans ces conditions, la Cour accepte d'ailleurs que les pouvoirs publics concluent des accords de collaboration sans mise en concurrence (arrêt de la Cour du 9 juin 2009, *Commission/Allemagne*, C-480/06, points 45, 46 et 47 ; arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, C-159/11, point 35). Ainsi que la Cour l'a observé dans son arrêt du 9 juin 2009 (*Commission/Allemagne*, C-480/06), « le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière » (point 47). Or, que la collaboration entre pouvoirs publics fasse ou non appel à une entité juridique commune - en général par le biais d'un contrat de société - les conditions de la dispense de mise en concurrence devraient être identiques.

⁶⁸¹ Cf. ci-dessous, no 233.

⁶⁸² Voir J. WIGGEN, « Public procurement rules and cooperation between sector entities : the limits of the in-house doctrine under EU procurement law », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, pp. 157 et s.

⁶⁸³ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, C-107/98, point 49.

revanche, se rattache à l'activité du cocontractant du pouvoir adjudicateur en général. Elle ne s'intéresse nullement à l'opération précise dont il s'agit. A l'égard de cette condition, le caractère contractuel ou non de cette opération n'a aucune importance.

Selon nous, la jurisprudence *Teckal* procède en réalité de considérations qui n'ont strictement rien à voir avec la notion de « contrat » au sens des directives « marchés publics ». Ainsi que nous l'avons vu plus haut, la compétence du législateur européen en matière de marchés publics est limitée et conditionnée par l'objectif d'éviter des atteintes aux libertés de circulation ou des distorsions de compétences sensibles⁶⁸⁴.

Pour être conforme au droit primaire, l'interprétation des directives « marchés publics » requiert donc que leur champ d'application soit limité aux cas susceptibles de mettre en cause les libertés fondamentales ou de conduire à des distorsions de concurrence sensibles. Or des opérations conformes aux conditions *Teckal* ou à celles présentes dans l'affaire C-480/06 (Commission/Allemagne)⁶⁸⁵, ne sont pas susceptibles de donner lieu à des distorsions de concurrence. Afin d'aboutir à une interprétation des directives « marchés publics » conforme au droit primaire, la Cour devait donc exclure ces cas du champ d'application des directives « marchés publics »⁶⁸⁶. Qu'elle ait choisit dans l'arrêt *Teckal* de se référer à la notion de contrat nous paraît tout à fait secondaire. Peut-être qu'aujourd'hui, la Cour choisirait plutôt comme point de départ la notion d'opérateur économique, introduite par les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE⁶⁸⁷. A noter d'ailleurs que l'arrêt *Sea* du 10 septembre 2009⁶⁸⁸, dans lequel la Cour consacre de longs développements à l'exception *Teckal*, ne se réfère plus à la notion de contrat des directives « marchés publics ».

Quant à l'exigence posée par la Cour d'un contrôle sur l'entité *Teckal*, analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services, elle nous paraît être formulée de façon trop stricte. Ces conditions devraient exclure le recours aux centrales d'achat pourtant autorisé par les directives « marchés publics »⁶⁸⁹. L'objectif présidant aux conditions de l'exception *Teckal* - éviter une entrave aux libertés fondamentales ou, à la limite, de simples distorsions de concurrence⁶⁹⁰ - nous paraît satisfait, lorsque le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur est tel que l'entité *Teckal* en devient une entité soumise au droit primaire de la mise en concurrence ou aux règles des directives « marchés publics »⁶⁹¹. Dans les deux cas, le critère du contrôle est en substance identique⁶⁹² : « dépendance étroite » pour les organismes de droit public sous le régime des directives « marchés publics » et « contrôle effectif » sous celui du droit primaire⁶⁹³.

⁶⁸⁴ Cf. ci-dessus, no 189.

⁶⁸⁵ Arrêt de la Cour du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, C-480/06, point 47.

⁶⁸⁶ Voir en ce sens également, K. WAUTERS et K. MAN, « Samenwerking tussen overheden en de wetgeving overheidsopdrachten : ziekenhuizen en universiteiten » in *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, Constant De Koninck en EBP, 2011, p. 399 et s., points 26 et s.

⁶⁸⁷ Cf. ci-dessous no 236.

⁶⁸⁸ Voir l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, points 35 à 40.

⁶⁸⁹ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 6.189, page 406.

⁶⁹⁰ Cf. quant au fondement de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, ci-dessous nos 341 et quant aux conditions de l'intervention du législateur européen en matière de marchés publics, à voir ci-dessus nos 189 et s.

⁶⁹¹ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 523 (page 278) considère également qu'une entité *Teckal* est en principe un pouvoir adjudicateur au sens des directives « marchés publics ».

⁶⁹² Cf. les nos 210 et s., ainsi que les nos 510 et 515.

⁶⁹³ A comparer avec les exigences de la Cour pour une dispense de mise en concurrence pour l'octroi d'autorisations limitées en nombre, no 482 ci-dessous. La dispense de mise en concurrence en cas de contrôle étroit sur un opérateur privé - l'exception *Teckal* ne jouant qu'en l'absence de toute participation privée - est quelque peu étrange, mais s'explique peut-être par des considérations particulières à la matière des jeux de hasard.

§ 4.- L'exemption de procéder à une mise en concurrence en cas de collaboration entre des pouvoirs publics qui ne porte pas atteinte aux libertés de circulation (coopération dite « horizontale »)

233.- La manière dont la Cour s'est exprimée quelques années après l'arrêt *Teckal* dans une autre décision, l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, n'excluait plus qu'il existe, hormis l'exception *Teckal*, d'autres contrats entre pouvoirs adjudicateurs et des entités juridiques distinctes dispensées de mise en concurrence⁶⁹⁴.

Dans un arrêt du 9 juin 2009 (Commission/Allemagne, C-480/06), la Cour s'est exprimée comme suit :

*« Toutefois, il y a lieu, d'une part, de relever que le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière. D'autre part, pareille collaboration entre autorités publiques ne saurait remettre en cause l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, à savoir la libre prestation circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres dès lors que la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et que le principe d'égalité de traitement des intéressés visés par la directive 92/50 est garanti, de sorte qu'aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents »*⁶⁹⁵.

Interprétées à la lettre, les directives « marchés publics » auraient exigé, dans l'hypothèse envisagée par la Cour, que les procédures de marchés publics qu'elles prévoient soient respectées. La solution adoptée par la Cour est cependant absolument cohérente avec les principes du droit primaire.

Des arrêts ultérieurs ont quelque peu précisé les conditions indiquées par l'arrêt du 9 juin 2009 en précisant qu'elles sont cumulatives et que la collaboration doit avoir lieu exclusivement entre des entités publiques⁶⁹⁶.

En respectant les conditions fixées par la Cour, les pouvoirs publics se limitent à exercer des tâches de l'Etat au sens fonctionnel du terme⁶⁹⁷. Comme le droit européen laisse aux Etats membres la liberté de décider de leur organisation interne, il est indifférent, du point de vue du droit primaire de la mise en concurrence, si l'organisation de l'Etat concerné prévoit un seul organisme pour accomplir une tâche ou permet à plusieurs organismes de collaborer à cet effet. Aussi, la solution retenue par la Cour ne devrait pas être limitée au cas de figure précis qui a donné lieu à l'arrêt du 9 juin 2009 et peut être généralisée.

La faculté accordée aux Etats membres par les directives « marchés publics » de permettre à leurs pouvoirs adjudicateurs et à leurs entités adjudicatrices d'acquérir des travaux, des fournitures ou des

⁶⁹⁴ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, *Stadt Halle* et *RPL Lochau*, C-26/03, point 49. Cf. en ce sens également K. WAUTERS et K. MAN, « Samenwerking trussen overheden en de wetgeving overheidsopdrachten : ziekenhuizen en universiteiten » in *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, Constant De Koninck en EBP, 2011, p. 399 et s., en particulier les nos 15 et 23.

⁶⁹⁵ Arrêt de la Cour du 9 juin 2009, *Commission/Allemagne*, C-480/06, point 47 ; voir également, dans le même sens, arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, C-159/11, point 35 ; arrêt de la Cour du 8 mai 2013, *Libert*, C-197/11 et C-203/11, point 118. Cf. également concernant cette exception le *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs* (« coopération public-privé »), du 4 octobre 2011 (SEC (2011) 1169 final), point 3.3.

⁶⁹⁶ Arrêt de la Cour du 13 juin 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, points 36 et 37 ; arrêt de la Cour du 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, points 44 et 45.

⁶⁹⁷ Aussi il est cohérent de ne pas appliquer l'exception à une coopération ayant une vocation de marché prédominante (cf. en ce sens le *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs* (« coopération public-privé »), point 3.4.

services en recourant à des centrales d'achat nous paraît en être une illustration⁶⁹⁸. Aussi est-il regrettable que dans de récents arrêts la Cour considère qu'en dehors de l'exception *Teckal* et celle de la *coopération entre des entités publiques* aux conditions fixées par la Cour⁶⁹⁹, il n'existe pas d'autre exception.

Dans l'affaire *Piepenbrock* (C-386/11)⁷⁰⁰, le Kreis Düren, un groupement de communes, avait chargé l'un de ses membres, la ville de Düren du nettoyage des bâtiments appartenant au Kreis. Il avait été signalé que la ville de Düren était autorisée à recourir à des tiers pour remplir cette tâche. Concrètement, les travaux de nettoyage devaient être effectués par une société appartenant à la ville de Düren, vraisemblablement une entité *Teckal* par rapport à la ville de Düren. Il est évident que ni les conditions *Teckal*, ni les conditions de la collaboration entre des entités publiques, telles qu'indiquées dans l'arrêt de la Cour du 9 juin 2009⁷⁰¹ n'étaient remplies. Pourtant, pour que les conditions *Teckal* soient remplies, il aurait suffi que le Kreis Düren prenne une participation dans cette entité *Teckal* de la ville de Düren et qu'il soit représenté dans l'organe de direction ou d'administration. On ne voit pas en quoi, ces critères plutôt de pure forme et facile à remplir en l'espèce pourraient être déterminants pour l'application « du droit de l'Union en matière de marchés publics »⁷⁰², ce qui sous-entend le droit dérivé et le droit primaire ? En particulier, du point de vue du droit primaire, c'est-à-dire des libertés de circulation, l'absence de participation dans l'entité *Teckal* appartenant à la ville de Düren et l'absence de représentation dans l'organe de direction ou d'administration de cette entité n'est pas susceptible de porter davantage atteinte aux libertés de circulation que dans le cas contraire.

Remarquons d'autre part que si la ville de Düren n'avait été qu'une subdivision administrative de Kreis Düren sans personnalité juridique distincte, l'opération en question n'aurait pas non plus soulevé d'objection au regard de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics favorise l'organisation centralisée des Etats membres. De par ses conditions strictes qu'elle pose, la jurisprudence de la Cour porte donc en définitive atteinte à la liberté des Etats membres d'organiser leur organisation interne.

§ 5.- Transferts de compétences entre pouvoirs publics

234.- A la lecture d'un arrêt de la Cour du 20 octobre 2005 (Commission/France, C-264/03), on pourrait croire qu'en cas de transfert contractuel de l'autorité publique conférant au bénéficiaire « une autonomie suffisante dans l'accomplissement de ses actes pour être considéré comme bénéficiaire d'un transfert d'autorité publique » les directives « marchés publics » ne s'appliqueraient pas⁷⁰³.

En réalité - les conclusions de l'avocat général auxquelles la Cour se réfère dans cet arrêt le montrent - la Cour avait en vue l'exception concernant les activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, prévue aujourd'hui par l'article 51 TFUE⁷⁰⁴.

⁶⁹⁸ Relevons que d'après la Commission, pour être exempte des règles des directives « marchés publics », la coopération entre pouvoirs publics devrait comporter des « droits et obligations réciproques allant au-delà de l'exécution d'une tâche contre rémunération (cf. le *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-privé »)*, point 3.4, p.17). Notons cependant que c'est à cela que peut précisément se limiter la collaboration entre un pouvoir adjudicateur et une centrale d'achat au sens des directives « marchés publics ». Cf. au sujet des centrales d'achat, ci-dessus no 119.

⁶⁹⁹ Arrêt de la Cour du 13 juin 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, point 33 ; arrêt de la Cour du 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, point 40 ; arrêt de la Cour du 8 mai 2013, *Libert*, C-197/11 et C-203/11, points 116 à 118.

⁷⁰⁰ Arrêt de la Cour du 13 juin 2013, *Piepenbrock*, C-386/11.

⁷⁰¹ Arrêt de la Cour du 9 juin 2009, *Commission/Allemagne*, C-480/06.

⁷⁰² Cf. le point 33 de l'arrêt de la Cour du 13 juin 2013, *Piepenbrock*, C-386/11.

⁷⁰³ Arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, *Commission/France*, C-264/03, point 54 ; voir en faveur d'une telle lecture de l'arrêt, le « *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-privé »)*, point 4.1.

⁷⁰⁴ Voir les conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO du 24 novembre 2004, points 33 et s., et, en particulier, les références aux arrêts de la Cour du 26 avril 1994 (*Commission/Italie*, C-272/91) (note 24) et à

Ainsi que nous allons le voir, cette exception n'a qu'un champ très limité⁷⁰⁵. Elle suppose « un exercice suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition »⁷⁰⁶. Même en cas de transfert de compétences impliquant, suivant l'expression de la Cour dans son arrêt du 20 octobre 2005, une « autonomie suffisante », cette condition ne se trouve remplie que dans de très rares cas.

Indépendamment de l'arrêt de la Cour du 20 octobre 2005 - qui manque de clarté - un transfert de compétences entre activités publiques, sans implication de parties privées, devrait, à notre sens, être considéré comme ne tombant ni sous le régime des directives, ni sous le droit primaire de la mise en concurrence⁷⁰⁷. De tels transferts ne portent pas atteinte aux libertés fondamentales et ne sont pas non plus susceptibles d'engendrer des distorsions. Cependant, ainsi que nous l'avons signalé au numéro précédent, la Cour a choisi d'adopter une position nettement plus restrictive et n'admet de collaboration à l'intérieur de la sphère publique qu'aux conditions de l'exception *Teckal* et des conditions strictes, qu'elle a fixées, d'une collaboration entre entités publiques. Un transfert de compétences - du moins un transfert de compétences contractuel⁷⁰⁸ - n'échappera donc aux directives « marchés publics » qu'à ces conditions. Quant aux transferts de compétences en vertu des dispositions législatives ou réglementaires - à condition qu'il s'agisse de transferts au sein de l'Etat au sens fonctionnel du terme⁷⁰⁹, en particulier sans participation privée - il faut considérer qu'elles relèvent en tout état de cause de l'organisation interne des Etats membres⁷¹⁰.

§ 6.- Attribution d'un marché public de services à un autre pouvoir adjudicateur disposant d'un droit exclusif

235.- L'article 18 de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE et l'article 25 de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE prévoient que les directives ne s'appliquent pas lorsqu'un marché public de services est attribué par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice à un pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs « sur base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ».

Ces dispositions sont à rapprocher des dispositions de ces mêmes directives qui permettent de recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché notamment lorsque « pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être exécuté que par un opérateur économique déterminé »⁷¹¹.

Contrairement à ce que pourrait faire croire la lecture de l'article 18 de la directive 2004/18/CE et de l'article 25 de la directive 2004/17/CE, la dispense d'une mise en concurrence en raison de droits exclusifs n'existe donc pas seulement sous les conditions énoncées dans ces articles. En fait, il y a dispensé de mise en concurrence à chaque fois qu'il n'existe, en conformité avec le droit européen,

l'arrêt de la Cour du 13 juillet 1993 (Thyssen, C-42/92) (note 28). Quant à cette exception, cf. ci-dessous, nos 449 et s.

⁷⁰⁵ Voir ci-dessous, nos 449 et s.

⁷⁰⁶ Arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, point 78.

⁷⁰⁷ Voir en ce sens également, *Document de Travail des Services de la Commission - Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat, de « marchés publics » et de « marché intérieur »*, du 29 avril 2013 (SWD (2013), 53 final / 2), p. 101, note 192, qui précise cependant que le service devrait être assuré par le bénéficiaire du transfert « en toute indépendance et sous sa responsabilité ».

⁷⁰⁸ Voir en faveur de transferts contractuels de compétences, à condition que l'autorité délégante abandonne effectivement ses compétences, W. FRENZ, « *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* », 2010, pp. 609 et s., point 7.

⁷⁰⁹ Sur cette notion voir ci-dessus, nos 509 et s.

⁷¹⁰ Il convient de distinguer de pareils transferts de marchés ou de concessions qui seraient attribués par des dispositions législatives ou réglementaires à des entités non comprises dans l'Etat au sens fonctionnel (voir ci-dessous, no 483).

⁷¹¹ Article 40, paragraphe 3, c), de la directive 2004/17/CE ; cf. également l'article 31, 1), b) de la directive 2004/18/CE. Voir au sujet de cette exception ci-dessous, nos 428 et s.

qu'un seul opérateur qui soit habilité à fournir un produit, à prester un travail ou un service. Il est également indifférent que l'opérateur en question soit, ou non, lui-même un pouvoir adjudicateur.

L'absence de mise en concurrence se justifie par son incontestable inutilité. Comme il n'y a qu'un seul opérateur habilité à exécuter le marché, une mise en concurrence ne pourrait conduire qu'à la désignation de ce seul opérateur pour l'exécution du marché.

En définitive, l'exception au principe de mise en concurrence dans les cas envisagés par l'article 18 de la directive 2004/18/CE et l'article 25 de la directive 2004/17/CE ne se fonde donc pas sur la considération que le marché est attribué à l'intérieur de la sphère étatique au sens fonctionnel du terme⁷¹². Il peut arriver que l'opérateur disposant de droits exclusifs soit une entité privée. En fin de compte, la question qui se pose est celle de savoir si les droits exclusifs - en principe contraires au traité FUE car restreignant les libertés fondamentales - correspondent à l'une des dérogations prévues dans le traité FUE ou sont justifiées par des motifs impérieux d'intérêt général. Ce n'est que sous cette condition que l'attribution sans mise en concurrence d'un marché à cette entité sera conforme au droit européen. Le cas échéant, c'est l'attribution même des droits exclusifs qui requerra une mise en concurrence⁷¹³.

Section 5.- Le cocontractant du pouvoir adjudicateur

236.- Les directives « marchés publics » actuelles 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE, ne s'appliquent qu'aux marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice et, d'autre part, un « opérateur économique », terme qui désigne « toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, de produits ou des services sur le marché »⁷¹⁴.

La précision que le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit offrir la réalisation de travaux, de produits ou de services *sur le marché* ne se trouvait pas dans les précédentes directives. Si cet ajout devait être pris à la lettre, il en découlerait des conséquences non négligeables, sauf à considérer que l'opérateur agit sur un marché par le seul fait de conclure un contrat avec un pouvoir adjudicateur. Dans cette dernière hypothèse, l'ajout en question serait dépourvu de toute utilité. La Cour, de son côté, a retenu « qu'il est indifférent que l'entité concernée ne poursuive pas à titre principal une finalité lucrative, qu'elle n'ait pas une structure d'entreprise ou encore qu'elle n'assure pas une présence continue sur le marché »⁷¹⁵.

A moins de dénier toute utilité à la précision apportée par le législateur, le contrat qu'un pouvoir adjudicateur conclurait avec une société qu'il a spécialement créée avec *l'objet unique* de lui fournir certaines prestations de service ne devrait pas être soumis aux prescriptions des directives, même s'il n'était pas satisfait à l'exigence d'un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services et à celle de l'absence de participation privée dans une entité *Teckal*. Or, même après l'entrée en vigueur des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE la Cour n'a jamais laissé transparaître que les conditions de l'exception *Teckal* pourraient être assouplies, lorsque l'entité avec laquelle le pouvoir adjudicateur contracte n'exerce pas d'autre activité sur un marché.

Ceci dit, relevons quant au cocontractant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice les points suivants qui résultent de la jurisprudence de la Cour :

- Le cocontractant peut être un pouvoir adjudicateur lui-même. Un marché entre pouvoirs adjudicateurs portant sur des travaux, des services ou des fournitures qui dépassent les

⁷¹² Voir en sens contraire, J. AICHER, « Die Ausnahmetatbestände » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, 1^{re} édition, Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008, pp. 251 et s., no 24.

⁷¹³ Cf. ci-dessous, nos 476 et s. Voir également le *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »)* du 4 octobre 2011 (SEC (2011) 1169 final), point 4.2.

⁷¹⁴ Article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE, alinéa 1^{er} et 2 de ce paragraphe combinés ; article 1^{er}, paragraphe 7, de la directive 2004/17/CE, alinéa 1^{er} et 2 de ce paragraphe combinés.

⁷¹⁵ Arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, C-159/11, point 26.

seuils d'application des directives « marchés publics » est en principe soumis aux procédures de passation des directives⁷¹⁶.

- Un contrat conclu avec une association bénévole, n'échappe en principe pas à la qualification de marché public⁷¹⁷.
- Il est indifférent que l'adjudicataire exécute les travaux par ses propres moyens ou en ayant recours à des sous-traitants⁷¹⁸.
- « Le législateur communautaire n'a pas entendu limiter la notion d'« opérateur économique qui offre des services sur le marché » aux seuls opérateurs qui sont dotés d'une organisation d'entreprise, ni introduire des conditions particulières susceptibles d'établir une limitation, en amont, de l'accès aux appels d'offres fondés sur la forme juridique et l'organisation interne des opérateurs économiques »⁷¹⁹.
- « L'éventualité d'une position privilégiée d'un opérateur économique en raison de financements publics ou d'aides d'État ne saurait justifier l'exclusion de la participation à un marché public, a priori et sans autre examen ... »⁷²⁰.

Section 6.- Le champ d'application matériel des directives « marchés publics »

§ 1^{er}.- Les marchés publics sont des « contrats à titre onéreux »

A. Définition des « marchés publics » d'après les directives en matière de marchés publics

237.- La directive 2004/18/CE définit les marchés publics comme « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive »⁷²¹. La notion de marché public est la même dans les trois directives « marchés publics » 2004/18/CE, 2004/17/CE⁷²² et 2009/81/CE⁷²³.

Les directives précisent que les concessions de travaux et de services sont des contrats ayant les mêmes caractéristiques qu'un marché public, à l'exception du fait que la contrepartie d'une concession de travaux ou de services est le droit d'exploiter les travaux ou le service fourni ou alors ce droit assorti d'un prix⁷²⁴.

B. Les marchés publics sont des contrats

238.- La Cour a considéré que « la notion de contrat est essentielle dans le cadre de la définition du champ d'application de la directive 2004/18/CE »⁷²⁵. Pourtant, les directives « marchés publics » ne définissent pas la notion de contrat.

La qualification d'une opération de « contrat » au sens des directives marchés publics relève du droit européen. Dès lors, la qualification d'une opération en droit national n'est pas déterminante⁷²⁶. A notre avis, il est assez évident que le législateur européen a entendu conférer à la notion de « *contrat* »

⁷¹⁶ Article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 7, de la directive 2004/17/CE ; cf. également l'arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CONISMA, C-305/08, point 30.

⁷¹⁷ Arrêt de la Cour du 29 novembre 2007, Commission/Italie, C-119/06, point 47 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CONISMA, C-305/08, point 30.

⁷¹⁸ Cf. notamment l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 61 ; l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, point 44 ; l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti, C-399/98, point 90.

⁷¹⁹ Arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CONISMA, C-305/08, point 35.

⁷²⁰ Arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CONISMA, C-305/08, point 34.

⁷²¹ Article 1^{er}, 2., a) de la directive 2004/18/CE.

⁷²² Cf. l'article 1^{er}, paragraphe 2, a), de la directive 2004/17/CE.

⁷²³ Cf. l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/81/CE.

⁷²⁴ Article 1^{er}, 3. et 4., de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, 3., a) et b), de la directive 2004/17/CE.

⁷²⁵ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 46. La même chose vaut dès lors pour les directives 2004/17/CE et 2009/81/CE.

⁷²⁶ Arrêt de la Cour du 29 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-536/07, point 54.

le sens qu'elle revêt usuellement en droit civil⁷²⁷. Il faut cependant reconnaître que la Cour n'a pas suivi cette façon de voir les choses.

Bien que la Cour n'ait pas donné de définition de la notion de contrat, au sens des directives marchés publics, cette notion peut cependant, au vu de la jurisprudence de la Cour, être circonscrite comme suit :

- Un contrat suppose un accord entre deux personnes distinctes, c'est-à-dire des entités distinctes au plan formel et autonomes, l'une par rapport à l'autre, au plan décisionnel⁷²⁸. La Cour en a déduit qu'il n'y a pas de contrat au sens des directives « marchés publics », dès lors qu'une collectivité territoriale « exerce sur la personne en cause [son cocontractant] 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 »⁷²⁹. Sur ce point, la notion de contrat au sens des directives s'écarte donc de la notion de contrat au sens du droit civil.
- Il importe peu que le cocontractant du pouvoir adjudicateur soit lui-même un pouvoir adjudicateur ou non⁷³⁰.
- La notion de contrat au sens des directives « marchés publics » suppose des « obligations contraignantes »⁷³¹. Il n'en est ainsi que si l'exécution des obligations peut être réclamée en justice⁷³². A cet égard, la Cour a retenu qu'« en l'absence d'une réglementation prévue par le droit de l'Union et en conformité avec le principe d'autonomie procédurale, les modalités d'exécution de telles obligations sont laissées au droit national »⁷³³.
- De simples intentions « ne constituent pas des obligations contraignantes et ne peuvent nullement satisfaire à la condition de contrat écrit exigée par la notion même de marché public »⁷³⁴.
- Des « actes administratifs unilatéraux » ne constituent pas des contrats⁷³⁵.
- Il ne saurait y avoir de contrat au sens des directives « marchés publics », si le prestataire « ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par les autorités compétentes en cause, ni quant au tarif applicable à ses prestations »⁷³⁶. En revanche, doit néanmoins être qualifiée de contractuelle une relation entre une administration et un prestataire de service universel qui ne se distingue pas de celle qui existe entre ce même prestataire et un client privé⁷³⁷.
- Le fait que le contrat relève du droit public suivant le droit national applicable n'empêche pas la qualification de contrat au sens des directives « marchés publics »⁷³⁸.
- « Le fait que [d'après le droit national] les pouvoirs publics n'ont pas la possibilité de choisir leur cocontractant ne peut pas, en soi, justifier la non-application de la directive, parce qu'une telle éventualité aboutirait à exclusion de la concurrence communautaire la réalisation d'un ouvrage auquel cette directive serait autrement applicable »⁷³⁹.

⁷²⁷ Cf. ci-dessous, nos 240 et s. les développements relatifs à la notion de « contrat à titre onéreux ».

⁷²⁸ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, points 48 et 51.

⁷²⁹ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, point 50.

⁷³⁰ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, point 51.

⁷³¹ Arrêt de la Cour du 25 mars 2012, Helmut Müller, C-451/08, point 88.

⁷³² Arrêt de la Cour du 25 mars 2012, Helmut Müller, C-451/08, point 62.

⁷³³ Arrêt de la Cour du 25 mars 2012, Helmut Müller, C-451/08, point 62.

⁷³⁴ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 88.

⁷³⁵ Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, point 54. Voir l'analyse en sens contraire avant cet arrêt par A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public*, Bruxelles, Larcier, 2006, no 41.

⁷³⁶ Arrêt de la Cour du 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05, point 54 ; voir également les conclusions de l'avocat général Jàn Mazák du 4 octobre 2012 dans les affaires C-197/11 et C-203/11, points 88 à 92.

⁷³⁷ Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, point 54.

⁷³⁸ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Ordine degli Architelli, C-399/98, point 73 ; arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, point 90.

⁷³⁹ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti, C-399/98, point 75.

- Dans son arrêt *Ordine degli Architetti* du 12 juillet 2001, la Cour a retenu qu'une personne privée peut conduire la procédure de marché public et conclure le marché comme détenteur d'un mandat exprès accordé par un pouvoir adjudicateur, en l'espèce un marché de travaux⁷⁴⁰. De façon assez contradictoire, la Cour a retenu dans le même arrêt que « le fait que les ouvrages d'équipement sont réalisés par le titulaire du permis en son nom propre, avant qu'il ne les cède à la commune, n'est pas de nature à enlever à cette dernière la qualité de pouvoir adjudicateur par rapport à la réalisation d'un tel ouvrage »⁷⁴¹. Dans un cas pareil, il n'y a, au point de vue du droit civil, aucun contrat entre le pouvoir public et l'entrepreneur qui exécute les travaux. La Cour a fourni ultérieurement, dans un arrêt du 20 octobre 2005⁷⁴², quelques éclaircissements au sujet de l'arrêt *Ordine degli Architetli* : lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas le choix de son cocontractant, l'effet utile de la directive « marchés publics de travaux » 93/37/CE est préservé, dès lors que la personne désignée par la loi applique les procédures de passation prévues par la directive au lieu du pouvoir adjudicateur.

En fin de compte, l'arrêt *Ordine degli Architetti* reste obscur⁷⁴³. L'affaire au fond qui a conduit à cet arrêt nous paraît en réalité soulever un problème plus fondamental, à savoir dans quelle mesure la loi nationale est autorisée à désigner un cocontractant obligatoire à l'administration. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour relative à la collaboration entre les pouvoirs publics, la désignation d'un cocontractant obligatoire ne devrait pas poser de problème, dès lors que la personne ainsi désignée remplit une fonction étatique, cette répartition des tâches relevant alors de l'organisation interne de l'Etat membre en question⁷⁴⁴. En revanche, si la personne désignée remplit une fonction privée, tant le droit primaire que les directives « marchés publics » sont contournés. Dans ce cas, la loi nationale est contraire au droit primaire ainsi qu'aux directives « marchés publics », si le marché entre dans leur champ d'application matériel. Tel nous semble avoir été le cas dans l'affaire *Ordine degli Architetti*⁷⁴⁵.

- Pour l'application de la directive 2004/18/CE, il n'y a pas lieu de distinguer suivant le but poursuivi par le marché, à savoir satisfaire des besoins d'intérêt général ou non⁷⁴⁶.
- La Cour a retenu qu'il était « judicieux de ne pas exclure d'emblée l'application de la directive 2004/18 à une procédure en deux phases, caractérisée par la vente d'un terrain qui fera ultérieurement l'objet d'un marché de travaux, en considérant ces opérations comme un tout »⁷⁴⁷.

C. Les directives ne visent expressément que les contrats conclus par écrit

239.- Cette condition est régulièrement rappelée par la Cour⁷⁴⁸.

D. Il doit s'agir d'un contrat à titre onéreux

⁷⁴⁰ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, point 100.

⁷⁴¹ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, point 95.

⁷⁴² Arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, *Commission/France*, C-264/03, points 56 et 57 ; cf. également le point 100 de l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetli*, C-399/98.

⁷⁴³ Voir en ce sens également, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public*, Bruxelles, Larcier, 2006, no 39.

⁷⁴⁴ Cf. à ce sujet ci-dessus no 232.

⁷⁴⁵ Sous réserve d'un examen détaillé des circonstances de fait et de la législation nationale applicable. La lecture de l'arrêt de la Cour n'en donne qu'une idée approximative.

⁷⁴⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2004, *Commission/Allemagne*, C-126/03, point 21.

⁷⁴⁷ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 82.

⁷⁴⁸ Arrêt de la Cour du 8 mai 2013, *Libert*, C-197/11 et C-203/11, points 111 et 112 ; arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, point 87 ; arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, *Commission/France*, C-264/03, point 38 ; arrêt de la Cour du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 88 ; arrêt de la Cour du 15 juillet 2010, *Commission/Allemagne*, C-271/08, point 69. Cf. en sens contraire, mais à tort, G. ERVYN, « La notion de marché public de travaux suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011, pp. 75 et s., no 45.

240.- D'après certains arrêts de la Cour, « le caractère onéreux d'un contrat se réfère à la contre-prestation offerte au prestataire en raison de la prestation de services visée par le pouvoir adjudicateur »⁷⁴⁹. L'accent est donc mis sur la prestation que reçoit le cocontractant du pouvoir adjudicateur. Cette affirmation se trouve de manière légèrement différente dans deux arrêts antérieurs⁷⁵⁰. Il n'est pas requis que la contre-prestation offerte à l'adjudicataire soit exclusivement financière⁷⁵¹.

Dans l'arrêt *Helmut Müller* du 25 mars 2010, le caractère onéreux du contrat résulte tant de la prestation de l'adjudicataire que de la contrepartie qu'il reçoit⁷⁵².

La Cour a précisé qu'« il ressort du sens normal et habituel des termes « à titre onéreux », [qu'] un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu »⁷⁵³.

La question de savoir ce que recouvre la notion « à titre onéreux » donne lieu à de longs débats en rapport avec l'action des pouvoirs publics dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire. La jurisprudence allemande était divisée sur le point de savoir si certaines conventions dans ce domaine, passées par des municipalités, devaient être qualifiées de marchés publics, bien que le pouvoir public ne retire aucun avantage direct de l'opération en question. C'est dans ce contexte que la Cour a rendu un important arrêt le 25 mars 2010 dans l'affaire C-451/08 (*Helmut Müller*). Cet arrêt permet de considérer que de pareilles opérations ne sont en principe pas à qualifier de marchés publics de travaux à défaut de caractère onéreux, vu l'absence d'un « intérêt économique direct » pour le pouvoir adjudicateur concerné.

La Cour s'y est exprimée comme suit : « Le caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une prestation moyennant une contrepartie »⁷⁵⁴.

Il ne suffit cependant pas de n'importe quelle prestation à charge de l'adjudicataire. La Cour a jugé dans ce même arrêt qu'« en raison de sa nature ainsi que du système et des objectifs de la directive 2004/18, [une telle prestation] doit comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur »⁷⁵⁵.

Un peu plus loin, la Cour précise quels sont les cas dans lesquels il existe un intérêt économique direct :

« Cet intérêt économique est clairement établi lorsqu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché [point 50].

⁷⁴⁹ Arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, *Commission/Italie*, C-382/05, point 39 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, *Jean Auroux*, C-220/05, point 45, ainsi que l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, point 77.

⁷⁵⁰ Cf. l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, *Jean Auroux*, C-220/05, point 45, ainsi que l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, point 77.

⁷⁵¹ Voir notamment en ce sens, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public*, Bruxelles, Larcier, 2006, no 24.

⁷⁵² Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 48.

⁷⁵³ Arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, C-159/11, point 29 ; voir également l'arrêt de la Cour du 13 juin 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, point 31 ; l'arrêt de la Cour du 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, point 38.

⁷⁵⁴ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 48.

⁷⁵⁵ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 49. L'arrêt *Helmut Müller* confirme la solution adoptée par une loi fédérale allemande après la décision de renvoi (cf. les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi dans la même affaire, note 7). Bien que fondée d'après la Cour sur la « nature ainsi que ...[le] système et ... [les] objectifs de la directive 2004/18 » l'interprétation retenue n'en aboutit pas moins à restreindre le champ d'application des directives. Aux conditions d'existence d'un marché public expressément indiquées par les directives, elle ajoute celle d'un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur. La Cour n'explique cependant ni pourquoi une interprétation de la notion de « contrat à titre onéreux », conforme au sens commun de ces mots en droit civil, manquerait d'atteindre les objectifs de la directive, ni en quoi les objectifs de la directive imposeraient l'interprétation restrictive qu'elle en donne. Aussi, la démarche de la Cour manque de netteté. De fait, par rapport à l'objectif des directives « marchés publics » qui consiste à garantir l'exercice des libertés fondamentales, l'existence d'un intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur est dépourvu de pertinence (cf. à ce sujet également ci-dessous, nos 244 et 245).

Un tel intérêt économique peut être également constaté s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique (voir, en ce sens, arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, précité, points 67, 71 et 77) [point 51].

L'intérêt économique peut encore résider dans les avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage (voir, en ce sens, arrêt *Auroux e.a.*, précité, points 13, 17, 18 et 45) [point 52] ».

Encore plus loin, la Cour retient que « le simple exercice de compétences de régulation en matière d'urbanisme, visant à la réalisation de l'intérêt général, n'a pas pour objet la réception d'une prestation contractuelle ni la satisfaction de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur, ainsi que l'exige l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a)⁷⁵⁶, de la directive 2004/18 »⁷⁵⁷.

Il y a lieu de penser que l'énumération des cas d'intérêt économique direct donnée par la Cour n'est pas exhaustive⁷⁵⁸. En effet, dans un arrêt du 13 juillet 2010⁷⁵⁹, la Cour a reconnu qu'un marché de services conclu par un pouvoir adjudicateur afin de remplir une obligation légale qui lui incombait présentait pour lui un intérêt économique direct, bien qu'il ne fût pas le bénéficiaire final des prestations. Il faut supposer que cette solution vaut également pour des marchés publics de travaux.

La notion « d'intérêt économique direct » que l'arrêt *Helmut Müller* introduit dans le droit européen des marchés publics constitue à notre sens une complication inutile. On remarquera d'abord que la Cour ne définit pas ce qu'elle entend par « intérêt économique direct », se limitant à fournir des exemples. Parmi les cas cités se trouve également celui où le pouvoir adjudicateur « a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ». L'intérêt économique direct existe donc tantôt par ce que donne le pouvoir adjudicateur, tantôt par ce qu'il reçoit. Le contenu de la notion restant indéfini, il est impossible de prédire comment elle sera utilisée à l'avenir⁷⁶⁰. Il est peu besoin de souligner que cette façon de procéder est source d'insécurité juridique.

En définitive, il nous semble que l'usage de la notion d'« intérêt économique direct », de contenu indéfini, ait été dicté par l'embarras de justifier pourquoi certains contrats conclus par des pouvoirs publics dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire échappent à la directive 2004/18/CE.

Or, beaucoup de ces contrats échappent à l'emprise de la directive 2004/18/CE, parce qu'ils ne comportent pas d'engagement de construire contraignant à charge de l'opérateur économique concerné, soit parce que, indiquant plutôt à quelles conditions une autorisation ou une approbation sont données, ils n'ont pas pour *objet* des travaux, ou encore pour d'autres motifs.

E. Ne convient-il pas plutôt - à défaut d'autres éléments décisifs - d'interpréter l'exigence du caractère « onéreux » du contrat selon sa signification usuelle au moment où le législateur l'a introduite ?

241.- La doctrine refuse en général l'interprétation des directives suivant des concepts nationaux⁷⁶¹. En principe, la Cour n'admet l'interprétation d'une notion de droit européen en fonction d'un droit

⁷⁵⁶ Ce point définit la notion de « marché public ».

⁷⁵⁷ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 57.

⁷⁵⁸ Voir en ce sens également les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet du 11 avril 2013 dans l'affaire *Commission/Pays-Bas* (C-576/10), point 112.

⁷⁵⁹ Arrêt de la Cour du 15 juillet 2010, *Commission/Allemagne*, C-271/08, points 75 à 80.

⁷⁶⁰ Voir en ce sens notamment, P. ELEFTHERIADIS, « Planning Agreements as Public Contracts under the EU Procurement Rules », *Public Procurement Law Review*, 2011, 2, pp. 43 et s., en particulier, points 6 et 9 ; A.L. DURVIAUX, « Droit européen des marchés et autres contrats publics (1^{er} janvier - 31 décembre 2013) », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, pp. 425 et s., pp. 434 et 435.

⁷⁶¹ Cf. W. FRENZ, *Handbuch Europarecht, Band 5, Wirkungen und Rechtsschutz*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, no 384. Voir également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 297, no 6.19 quant à l'interprétation des terres « à titre onéreux ».

national qu'en présence d'un renvoi exprès au droit national⁷⁶². En particulier, quant à la condition de l'existence d'un contrat au sens des directives « marchés publics », la Cour a retenu au sujet d'un accord de collaboration que « la qualification ... [de celui-ci] en droit espagnol n'est pas pertinente aux fins de juger si ce dernier relève du champ d'application de la directive 92/50 ». Peut-on cependant supposer qu'en 1971, au moment de l'adoption de la première directive « marchés publics de travaux », le législateur européen ait voulu donner à l'expression « contrat à titre onéreux » une signification autre que celle du code civil ? Nous ne le pensons pas⁷⁶³. La Communauté ne comportait à l'époque que six membres. Dans trois de ces Etats, le code civil français de 1804 était en vigueur. Un quatrième, les Pays-Bas, avait adopté en 1837 une traduction néerlandaise du code civil qui ne se distinguait que peu de l'original français. Que l'Union comporte aujourd'hui vingt-huit membres et que les premières directives marchés publics aient été remplacées successivement par d'autres directives nous paraît sans importance à cet égard. C'est en effet depuis 1971 que la définition de la notion de « marché public » requiert que l'on soit en présence d'un contrat à titre onéreux. Rien ne permet de supposer qu'en adoptant successivement des directives concernant la passation des marchés publics, le législateur européen ait voulu changer la portée de cette condition. De même, l'adhésion de nouveaux Etats n'y change rien, car sauf à avoir négocié des réserves, les nouveaux adhérents acceptent le droit de l'Union tel qu'il existe au moment de leur adhésion. Au sens du droit civil, « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose »⁷⁶⁴. Le code civil oppose ainsi la catégorie des contrats à titre onéreux aux contrats de bienfaisance « dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit »⁷⁶⁵.

En droit civil, un contrat entre un pouvoir public et son cocontractant est à titre onéreux, dès lors que celui-ci doit fournir une contrepartie en échange de l'avantage qu'il obtient, même si cette contrepartie ne représente pas d'intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur, mais seulement, le cas échéant, un avantage pour des tiers. Une stipulation au profit de tiers pourrait éventuellement s'analyser en une donation indirecte, ce qui n'empêcherait cependant pas le contrat principal d'être à titre onéreux⁷⁶⁶.

F. Les concessions sont également des contrats à titre onéreux

242.- Il a parfois été soutenu que le critère distinctif entre les marchés publics et les concessions consistait dans le caractère onéreux des premiers et l'absence de caractère onéreux des secondes⁷⁶⁷.

Dans plusieurs décisions, toutes rendues sous le régime des directives 92/50/CEE et 93/38/CEE qui, contrairement aux directives actuelles, ne définissaient pas les concessions de services, la Cour s'exprimait en effet en ce sens⁷⁶⁸.

La directive 93/37/CEE, comme l'actuelle directive 2004/18/CE, définissait déjà les concessions de travaux publics par référence à la notion de marché public de travaux. Dans un arrêt du 27 octobre 2005, rendu sous le régime de l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 93/37/CEE, la Cour

⁷⁶² Voir, par exemple, en matière de marchés publics, l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, point 40 ; arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, Commission/France, C-264/03, point 36.

⁷⁶³ Voir, en sens contraire, P. NIHOUL, « La notion de « marché public : éléments transversaux et matériels », *Marchés publics et contrats publics*, 2011, pp. 5 et s., p. 5, qui recommande de « s'abstraire, dans le droit des marchés publics, de la notion civiliste de contrat ».

⁷⁶⁴ Article 1106 des codes civils français, belge et luxembourgeois.

⁷⁶⁵ Article 1105 des codes civil français, belge et luxembourgeois.

⁷⁶⁶ Cf. par exemple H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, 1^{er} volume, Bruxelles, éditions Bruylant, 1962, point 503.

⁷⁶⁷ Cf. F. MOISES et V. BERTRAND, observations sous l'arrêt du Conseil d'Etat belge du 19 juin 2009, *Journal des Tribunaux*, 2009, pp. 752 et s. ; M. BURGI, « Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen : Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz » NZBau, 2005, pp. 610 et s., pp. 612 et 616. Cf. également par exemple le jugement du tribunal administratif de Luxembourg du 25 février 2010 (no de rôle 24553), p. 10.

⁷⁶⁸ Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, Telaustria, C-324/98, point 57 ; ordonnance de la Cour du 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, points 28 et 29 ; arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, C-382/05, Commission/Italie, point 33. Cf. en ce sens également les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen du 16 septembre 2010 dans l'affaire C-306/08 (Commission/Espagne), point 91.

affirmait qu'« (...) une concession de travaux publics est un contrat à titre onéreux, conclu par écrit (...) »⁷⁶⁹.

De fait, les textes des directives actuelles, qui définissent tant les concessions de services que les concessions de travaux publics comme des formes particulières de marchés publics, s'opposent à ce que l'on adopte comme critère de distinction entre les marchés publics et les concessions le caractère onéreux ou non du contrat. La contrepartie du service fourni en vertu d'une concession de services pouvant consister partiellement dans le règlement d'un prix, comment une telle concession pourrait-elle ne pas avoir été conclue à titre onéreux ? Si nonobstant le règlement d'un prix, elle était dépourvue de caractère onéreux, les marchés publics qui, par définition, ne comportent comme contrepartie que le règlement d'un prix, seraient également dépourvus de caractère onéreux⁷⁷⁰ ?

Aussi, dans des arrêts plus récents, la Cour distingue les concessions de services et les marchés publics de services suivant d'autres critères⁷⁷¹.

G. Un contrat à titre onéreux au sens des directives marchés publics, suppose-t-il la mise en œuvre de ressources d'Etat au sens de l'article 107 TFUE (aides d'Etat) ?

243.- Ni les concessions de services, ni les concessions de travaux publics, que les directives définissent à partir de la notion de « marché public » n'impliquent nécessairement la mise en œuvre de ressources étatiques (voir la définition des « concessions de travaux publics » et des « concessions de services » dans les directives 2004/18/CE (article 1^{er}, paragraphes 3 et 4) et 2004/17/CE (article 1^{er}, paragraphe 3)).

Le contraire a été soutenu⁷⁷². Un auteur soutient dans un ouvrage assez récent que l'adjectif « onéreux » au sens des directives 2004/17 et 2004/18 ne viserait que les avantages provenant directement ou indirectement d'un budget étatique. Cette interprétation s'imposerait en raison du « rapport systémique » qu'entretiendrait la matière des marchés publics avec celui des aides d'Etat⁷⁷³.

Cette opinion est erronée. Ainsi que l'a retenu la Cour dans un arrêt du 18 novembre 2004, « l'emploi de ressources publiques [...] n'est pas un élément constitutif de l'existence ou non d'un marché public ... »⁷⁷⁴. Remarquons par ailleurs que les concessions sont également des contrats à titre onéreux⁷⁷⁵. Or, la rémunération des concessionnaires peut provenir exclusivement des utilisateurs. A cela s'ajoute que dans d'autres domaines que les marchés publics, des textes de droit dérivé ainsi que, dans le champ d'application du seul droit primaire, la jurisprudence de la Cour imposent des mises en concurrence en l'absence de toute mise en œuvre de ressources étatiques. Enfin, relevons que selon l'arrêt *Helmut Müller* du 25 mars 2010, la participation financière du pouvoir adjudicateur à la réalisation d'un ouvrage n'est qu'un cas parmi d'autres donnant lieu à un contrat à titre onéreux.

⁷⁶⁹ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Italie, C-187/04 et C-188/04, point 20.

⁷⁷⁰ Cf. pour toutes ces questions également les développements ci-dessous aux nos 258 et s. concernant les concessions.

⁷⁷¹ Voir le dispositif de l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Eurawasser, C-206/08 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, points 39 et s. Le mode de rémunération et la prise en charge du risque économique permettent de distinguer les concessions de services des marchés publics de services. Cf. également dans le sens que nous indiquons, G. ERVYN, « Le droit d'exploiter ou quand le marché public devient concession », in *Chronique des Marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 233 et s., no 5 et les notes de référence 124 et 125. Cf. au sujet des concessions également ci-dessous, nos 258 et s.

⁷⁷² Cf. par exemple les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen du 16 septembre 2010 dans l'affaire C-306/08 (Commission/Espagne) qui écrit :

« Selon moi, pour qu'il y ait un contrat à titre onéreux, il faut que le pouvoir adjudicateur supporte la charge économique soit positivement, sous la forme d'une obligation de paiement à l'opérateur économique, soit négativement, sous la forme d'une perte de revenus ou de ressources auxquels il aurait normalement droit » (point 86).

⁷⁷³ J. BREHME, *Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung*, Mohr Siebeck 2010, pp. 392 et s. L'article 107 TFUE (ancien article 87 CE) n'interdit que les aides allouées par des ressources qui peuvent être considérées comme étatiques, directement ou indirectement (« aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat »).

⁷⁷⁴ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne, C-126/03, point 20.

⁷⁷⁵ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Italie, C-187/04 et C-188/04, point 20.

En dépit d'incontestables parallèles, les points de vue du droit des aides d'Etat et du droit des marchés publics sont différents⁷⁷⁶. Plutôt que des articles 107 et suivants du traité FUE, la réglementation des marchés publics procède des articles 49 et 56 TFUE (liberté d'établissement et libre prestation des services). Les directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2004/17/CE ne contiennent d'ailleurs chacune qu'une référence ponctuelle à la réglementation des aides d'Etat dans les dispositions qu'elles consacrent aux offres anormalement basses⁷⁷⁷.

H. Ni la condition d'un contrat à titre onéreux, ni l'exigence d'un « intérêt économique direct » ne sont pertinentes pour l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire

244.- En écartant, la qualification de marché public en raison de l'absence d'intérêt économique direct à l'endroit du pouvoir adjudicateur, la conclusion du contrat échappera à l'application des directives « marchés publics ». En revanche, ce critère étant sans pertinence pour l'obligation de mise en concurrence d'après le droit primaire, l'opération ne sera pas pour autant exemptée de toute mise en concurrence⁷⁷⁸. Ainsi, l'octroi d'autorisations limitées en nombre est en principe sujet à mise en concurrence selon le droit primaire⁷⁷⁹. De même, si, au lieu de conclure un contrat d'entreprise avec l'attributaire d'un marché, un Etat membre se contentait de lui confier les travaux par une disposition législative ou réglementaire, la procédure échapperait aux directives, vu l'absence de contrat écrit, mais non à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire⁷⁸⁰.

245.- Lorsqu'un pouvoir adjudicataire passe commande pour la construction d'un bâtiment administratif pour ses propres besoins, il a manifestement un intérêt économique direct à la construction de cet immeuble au sens où l'entend la Cour, car le pouvoir adjudicateur, réglant le prix des travaux au constructeur, « participe financièrement à la réalisation de l'ouvrage »⁷⁸¹. L'on est donc en présence d'un marché public de travaux au sens des directives « marchés publics ».

En revanche, si, aux termes d'un contrat de vente de terrains conclu avec un pouvoir adjudicateur, un promoteur s'engage, sans contribution financière publique, de lotir et de mettre en valeur les parcelles cédées en y réalisant certaines infrastructures, d'y construire des habitations, de les vendre ou de les donner en location, il n'existe *a priori* pas d'intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur au sens où l'entend la Cour⁷⁸². On n'est dans ce cas qu'en présence d'une prestation de services en faveur des particuliers, locataires, qui règlent en contrepartie un loyer. En même temps, l'ensemble immobilier en question, le cas échéant même son chantier, constitue un établissement au sens de l'article 49 TFUE. Dans ces circonstances, la question de savoir si le pouvoir adjudicateur a un intérêt économique direct à la construction et à la mise en location du complexe n'est pas pertinente du point de vue du droit primaire. En effet, qu'il ait ou non un intérêt économique direct, le pouvoir adjudicateur qui omet de procéder à une mise en concurrence rend plus difficile l'exercice de l'activité en question par des ressortissants d'autres Etats membres⁷⁸³.

⁷⁷⁶ Pour une comparaison de la réglementation des aides d'Etat et du droit des marchés publics, voir les nos 531 et s.

⁷⁷⁷ Article 55 de la directive 2004/18/CE ; article 57 de la directive 2004/17/CE.

⁷⁷⁸ Cf. également en ce sens, le « Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-privé ») du 4 octobre 2011 (SEC (2011) 1169 final), point 4.2., p. 21. Voir, également, A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « La relation « in house » en droit européen : état de la question », in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 726 et s., no 5.

⁷⁷⁹ Voir à ce sujet ci-dessous, no 584.

⁷⁸⁰ Voir, en ce sens, également A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « La relation « in house » en droit européen : état de la question », in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 725 et s., no 41.

⁷⁸¹ Cf. l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 52.

⁷⁸² Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen dans l'affaire C-306/08 (Commission/Espagne), points 80 à 91.

⁷⁸³ Cf. ci-dessus, nos 364 et s. quant aux fondements de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire.

§ 2.- L'objet du contrat

246.- Les contrats dont l'objet ne porte pas sur des travaux, des fournitures ou des services au sens des directives « marchés publics » se trouvent hors du champ d'application de celles-ci. Ainsi, par exemple, « la constitution, par un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique privé, d'une entreprise commune ne relève pas, en tant que telle, de la directive 2004/18 »⁷⁸⁴. De même, « la cession d'actions à un soumissionnaire dans le cadre d'une opération de privatisation d'une entreprise publique ne relève pas des directives en matière de marchés publics »⁷⁸⁵. Ou encore, « la vente à une entreprise, par une autorité publique, d'un terrain nu ou comprenant des bâtiments déjà construits ne constitue pas un marché public de travaux au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b) de la directive 2004/18 »⁷⁸⁶.

En vue de déterminer si les directives « marchés publics » s'appliquent, il importe donc de distinguer suivant que le contrat porte ou non sur des travaux, des fournitures ou des services au sens de ces directives. Il faut ensuite distinguer entre les marchés de travaux, de fournitures ou de services, parce que les seuils d'application des directives « marchés publics » diffèrent selon que le marché porte sur des travaux, d'une part, ou des fournitures ou des services d'autre part⁷⁸⁷. Les règles qui s'appliquent à cet égard sont exposées au point A. ci-après.

Enfin, se pose le problème des marchés mixtes. A cet égard, plusieurs cas de figure peuvent se présenter :

- 1) des marchés qui comportent à la fois des travaux, des services ou des fournitures (point B, 1., ci-après) ;
- 2) des marchés comportant à la fois des services prioritaires et des services non prioritaires (point B, 2. ci-après) ;
- 3) des marchés qui relèvent du champ d'application non seulement de l'une des directives « marchés publics », mais de deux d'entre elles ou même des trois directives à la fois (point B, 3. ci-après) ;
- 4) des marchés qui relèvent partiellement d'une, de deux ou de trois directives, mais dont une partie n'est pas visée par les directives (point B, 4. ci-après).

A. Les notions de marchés publics de « travaux », de « fournitures » ou de « services » au sens des directives marchés publics

1. Marchés publics de « travaux »

(a) La signification du mot « travaux » dans l'expression « marchés publics de travaux »

247.- La définition des marchés publics de « travaux » dans les directives « marchés publics » est complexe et passablement confuse. Ces marchés correspondent en règle générale à des contrats d'entreprise de travaux de construction ou des contrats d'entreprise de conception et d'exécution de travaux de construction.

La version française des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE définit les marchés publics de travaux comme des marchés publics « ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I [« annexe XII » (directive 2004/17/CE) ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur [« entité adjudicatrice » (directive 2004/17/CE)] »⁷⁸⁸. Un « ouvrage » est « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie

⁷⁸⁴ Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, point 33.

⁷⁸⁵ Arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, point 59.

⁷⁸⁶ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 41.

⁷⁸⁷ Article 7 de la directive 2004/18/CE ; article 16 de la directive 2004/17/CE ; article 8 de la directive 2009/81/CE.

⁷⁸⁸ Article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive 2004/17/CE.

civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique » (article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive 2004/17/CE). Les annexes des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE se réfèrent à la nomenclature CPV⁷⁸⁹, de même qu'à la nomenclature NACE⁷⁹⁰.

Dans la directive 2009/81/CE, la définition des marchés publics de travaux est identique sauf qu'elle renvoie directement à la division 45 du CPV⁷⁹¹ et non à l'une de ses annexes.

Les directives envisagent donc trois catégories de « travaux » : exécution, éventuellement accompagnée de la conception de travaux relatifs à l'une des activités mentionnés à l'annexe I (directive 2004/18/CE) ou XII (directive 2004/17/CE) ; exécution d'un ouvrage, éventuellement accompagnée de sa conception ; ouvrage réalisé par quelque moyen que ce soit, répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

La version allemande des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE diverge légèrement de la version française. Il en est de même pour la version portugaise qui n'envisage que deux catégories (travail ou ouvrage)⁷⁹².

A cet égard, l'avocat général Mengozzi a fait observer dans ses conclusions du 17 novembre 2009 dans l'affaire C-451/08 (Helmut Müller) :

« En ce qui concerne l'objet du marché, la directive 2004/18 définit, comme nous l'avons vu plus haut, trois catégories principales. Toutefois, en résumé, on peut cependant dire que, en vertu de l'article 1^{er} de ladite directive, relèvent de la notion de marché de travaux publics, d'une part, l'accomplissement de travaux spécifiques, relevant des types énumérés à l'annexe I de la directive, et, d'autre part, la réalisation d'ouvrages. En d'autres termes, la notion comprend soit des activités de construction, indépendamment du fait que le résultat des travaux constitue un bien d'une nature définie et/ou achevée, soit des activités de réalisation, éventuellement aussi par des parties tierces, de biens spécifiques « achevés ». Ces biens, dont le caractère « achevé » est déterminé par la directive en indiquant qu'ils remplissent une « fonction économique ou technique » sont normalement définis comme des « ouvrages ».

S'agissant des différentes situations particulières qui doivent être appréciées, il convient naturellement d'examiner au cas par cas si elles s'inscrivent ou non dans le champ d'application de la directive 2004/18. Il nous semble cependant que, d'une manière générale, une approche flexible, fondée non sur la tripartition figurant dans la plupart des versions linguistiques de l'article 1^{er}, mais plutôt sur la bipartition travaux/ouvrages, telle qu'exposée au point précédent, permet dans une grande majorité de cas de résoudre le problème relatif à l'existence des conditions objectives pour l'application de la directive » (points 28 et 29).

(b) La notion d'« ouvrage » dans la jurisprudence de la Cour

248.- Les directives « marchés publics » définissent l'ouvrage comme « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou

⁷⁸⁹ Il s'agit du « Common procurement vocabulary » (voir le règlement (CE) no 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 modifiant le règlement (CE) no 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV).

⁷⁹⁰ Ce sigle désigne la « Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne ». Cette nomenclature a entre-temps subi des modifications. La NACE actuelle ne correspond donc plus à celle à laquelle se réfèrent les directives.

⁷⁹¹ Article 1^{er}, 3., de la directive 2009/81/CE.

⁷⁹² Suivant une jurisprudence constante de la Cour, « en cas de divergence entre les versions linguistiques, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément » (arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 38).

technique »⁷⁹³. C'est en recourant au concept d'ouvrage que le législateur de l'Union évite que le morcellement des marchés ne les soustraie à l'emprise des directives⁷⁹⁴.

La Cour a eu l'occasion de fournir un certain nombre de précisions quant à la notion d'« ouvrage » :

- Ainsi, elle a retenu que « pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins au sens de ladite disposition, il faut que ce dernier ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci »⁷⁹⁵.
- Un arrêt de la Cour du 5 octobre 2000⁷⁹⁶ met en évidence que la notion d'ouvrage au sens des directives « marchés publics » donne lieu à des appréciations complexes, en partie assez subjectives. Ainsi des travaux d'électrification et d'éclairage public n'ont pas été considérés comme donnant lieu, dans leur ensemble, à un ouvrage unique, car ayant des fonctions technique et économique différentes (point 54). En revanche, la création de réseaux de distribution d'électricité, même s'ils sont seulement interconnectables au moyen de réseaux de transport d'électricité, ne faisant pas l'objet des marchés, remplissent une même fonction économique et technique (points 63 et 64). Pour des réseaux d'éclairage public, la Cour a au contraire décidé qu'« il n'est pas possible de considérer que tous ces réseaux forment un ensemble ayant une fonction économique et technique unique au niveau départemental » (point 70).

Dans ce même arrêt, la Cour relève par ailleurs ce qui suit :

« (...) que chaque cas de passation d'un marché doit être apprécié en fonction de son contexte et de ses propres particularités. 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 » (point 65).

- Le nombre d'entités adjudicatrices ou la possibilité de faire réaliser les travaux par une seule entreprise ne sont pas déterminants. Ainsi, la Cour s'est exprimée comme suit dans son arrêt *Commission/France* (C-16/98) du 5 octobre 2000 : *« Il convient de relever que, si l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice et la possibilité pour une entreprise de la Communauté de réaliser l'ensemble des travaux qui sont visés par les marchés concernés peuvent, selon les circonstances, constituer des indices corroborant l'existence d'un ouvrage au sens de la directive, elles ne sauraient, en revanche, constituer des critères déterminants à cet égard. Ainsi, la pluralité d'entités adjudicatrices et l'impossibilité de réalisation de l'ensemble des travaux concernés par une seule et même 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, paragraphe 10, premier alinéa, seconde phrase, de la directive [ancienne directive « marchés publics sectoriels » 93/38/CE].*

En effet, la définition de la notion d'ouvrage que comporte cette disposition 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.

Cette interprétation est conforme à l'objectif de la directive qui tend à 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 »⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive 2004/17/CE.

⁷⁹⁴ Voir en ce sens également, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public*, Bruxelles, Larcier, 2006, no 69.

⁷⁹⁵ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 67 ; cf. par ailleurs l'arrêt de la Cour du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne* (Kölnmesse), C- 536/07, points 54 à 59, ainsi que l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, point 42.

⁷⁹⁶ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, *Commission/France*, C-16/98, points 51 à 71.

⁷⁹⁷ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, *Commission/France*, C-16/98, points 42, 43 et 44.

Lorsque, l'ensemble des travaux regroupés dans plusieurs marchés distincts tend à la réalisation d'un ouvrage unique dont la valeur estimée dépasse le seuil d'application des directives, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas obligés de réunir l'ensemble des travaux en un seul marché et de procéder suivant une procédure unique⁷⁹⁸. Ils sont cependant obligés d'appliquer pour les différents marchés les procédures de mise en concurrence des directives, même si, individuellement, les marchés n'atteignent pas le seuil d'application.

(c) La qualification de l'opération d'après le droit national est indifférente

249.- Comme les directives ne comportent aucun renvoi exprès au droit des Etats membres, la qualification juridique du contrat d'après le droit national est indifférente⁷⁹⁹. Ainsi, que le contrat soit qualifié d'après le droit français de « vente en l'état futur d'achèvement » ne le fait pas nécessairement échapper aux directives « marchés publics »⁸⁰⁰.

De même, la qualification donnée au contrat par les parties ne saurait empêcher la qualification de marché public de travaux, si l'objet principal du contrat consiste en la réalisation de travaux. C'est ainsi que, la Cour a requalifié en marché public de travaux un contrat de location pour une durée de trente ans portant sur des immeubles dont la construction n'avait pas encore commencé au moment de la conclusion de l'opération. La Cour a estimé que « l'objectif prioritaire de ce contrat ne pouvait logiquement être que la construction desdits ouvrages, qui devraient par la suite être mis à la disposition de la ville de Cologne par le biais d'une relation contractuelle qualifiée de « contrat de location » »⁸⁰¹. La Cour a d'ailleurs fait remarquer dans ce même arrêt que l'absence d'option ou d'obligation d'achat par le pouvoir adjudicateur ou l'utilisateur de la construction n'empêchait pas la qualification de marché public de travaux⁸⁰².

(d) L'importance des annexes des directives indiquant les activités de travaux visées

250.- Il convient de ne pas sous-estimer l'importance des annexes I et XII des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE pour la définition des marchés publics de travaux. En effet, à moins que le marché ne prévoise la réalisation d'un « ouvrage » au sens des directives, ce sont les positions indiquées dans ces annexes qui permettent de qualifier l'opération de marché public de travaux et non de marché public de services. A leur tour, les annexes en question se réfèrent aux nomenclatures CPV et NACE⁸⁰³. L'examen de ces annexes confirme que tout ce qu'on entend dans le langage courant par

⁷⁹⁸ Cf. l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, point 45 : « ... il est concevable que, pour des motifs de nature administrative ou autre, un programme de travaux tendant à la réalisation d'un ouvrage au sens de la directive puisse faire l'objet de plusieurs procédures, dont l'initiative reviendrait à différents pouvoirs adjudicateurs. Tel pourrait être le cas, par exemple, de la construction d'une route traversant le terrain de plusieurs collectivités locales, dont chacune détient la responsabilité administrative sur une partie de la route. Dans une telle hypothèse, l'objectif susmentionné ne serait pas atteint si l'application de la directive était exclue au motif que la valeur estimée de chaque partie de l'ouvrage est inférieure au seuil de 5 000 000 euros ».

⁷⁹⁹ Arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, point 40.

⁸⁰⁰ Arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, points 33 et 40.

⁸⁰¹ Arrêt de la Cour du 29 octobre 2009, Commission/Allemagne (Kölnmesse), C-536/07, point 56. La Cour ajoute plus loin : « Il convient de constater en outre que les ouvrages concernés ont été réalisés conformément aux spécifications très détaillées explicitées par la ville de Cologne dans le contrat principal. Il ressort de ce contrat et de ses annexes que lesdites spécifications, qui se rapportent à un descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure » (point 58).

⁸⁰² Arrêt de la Cour du 29 octobre 2009, Commission/Allemagne (Kölnmesse), C-536/07, point 62 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, point 47.

⁸⁰³ C'est à juste titre que la complexité de la définition de la notion de travaux au sens des directives « marchés publics » a été critiquée. Voir, ainsi, R.BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s., no 11.1.

« travaux de construction » constitue en principe des « travaux » au sens des directives « marchés publics ».

Quelques précisions, soulignant l'importance des annexes I et XII des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, s'imposent cependant :

- 1) Les rubriques de la nomenclature CPV à laquelle se réfèrent les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE contiennent de longues énumérations de travaux. Ainsi, on y trouve, par exemple, des travaux de terrassement, des travaux de pose de revêtement de sols ou de façade. Il est clair que des marchés portant sur des prestations pareilles constituent des marchés de travaux. A côté de telles prestations, la nomenclature contient un assez grand nombre de prestations que le langage courant ne considère pas forcément comme travaux de construction. A défaut d'y être énumérés, ces prestations donneraient lieu, le cas échéant, à des marchés de services et non des marchés de travaux. Dans ce cas, le seuil d'application des directives serait beaucoup moins élevé. Citons à titre d'exemple les prestations suivantes : « travaux de débroussaillage » (45111220-6), « remise en valeur de terrains vagues » (45112350-3), « travaux de nivelage de jardins » (45236230-1), « travaux de stabilisation des falaises » (45243110-6), « travaux d'entretien de fresques » (45262710-1), « installation de cloisons » 45421152-4) ou encore des « travaux de montage d'échafaudages » (45262120-8).
- 2) La nomenclature CPV se réfère non seulement à des activités déterminées, mais comprend également de très nombreuses positions désignant des ouvrages déterminés⁸⁰⁴. Vu que la notion de travaux au sens des directives « marchés publics » comprend d'une façon générale la réalisation d'ouvrages, ces positions restent sans incidence sur le champ d'application des directives.
- 3) Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE prévoient que la Commission peut changer les numéros de référence à la nomenclature prévue à l'annexe I de la directive 2004/18/CE et à l'annexe XII de la directive 2004/17/CE, à condition que cela ne change pas le champ d'application matériel des directives (article 79, f), de la directive 2004/18/CE ; article 70, e), de la directive 2004/17/CE). De fait, la Commission a procédé des modifications des numéros de référence par un règlement du 28 novembre 2007⁸⁰⁵.

Ainsi, parmi les travaux de la rubrique 45230000 du CPV ont été exclus notamment les « travaux de construction de pipelines, de lignes de communications et de lignes électriques » (45231000-5) qui correspondent à une position de la nomenclature manifestement visée par la référence CPV se trouvant dans la version initiale des annexes. Serait-ce que la Commission ait considéré que la position correspondante de la nomenclature NACE, dont l'interprétation l'emporte en cas de divergences d'après les annexes I de la directive 2004/18/CE et XII de la directive 2004/17/CE, ne comprenait pas ces travaux⁸⁰⁶ ?

Quoiqu'il en soit, les marchés portant sur la construction d'un réseau de transport électrique n'en restent pas moins des marchés publics de travaux⁸⁰⁷, ne fût-ce que parce qu'un réseau de transport d'électricité est considéré comme un « ouvrage » de génie civil dans les notes des annexes I (directive 2004/18/CE) et XII (directive 2004/17/CE) relatives à la classe 45.21 du CPV. Comme les annexes I et XII des deux directives considèrent un réseau de transport électrique comme un « ouvrage » de génie civil, il faut, pour rester cohérent, considérer qu'un pipeline est également un « ouvrage » au sens des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE (cf. article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive 2004/18/CE et l'article 1^{er}, paragraphe 2, b) de la directive 2004/17/CE.

Les marchés publics qui portent sur la conception et l'exécution d'un ouvrage restent des marchés publics de travaux, même si la prestation principale consiste dans la conception de l'ouvrage, vu la

⁸⁰⁴ La nomenclature CPV n'épargne aucun effort pour énumérer à côté de constructions courantes comme des « travaux de construction de maisons » des constructions rares ou insolites, voire tout simplement impossibles à strictement parler : « travaux de construction de médecine légale », « travaux de construction de châteaux », « bâtiments présentant un intérêt historique ou architectural particulier », « travaux de construction de monuments préhistoriques » (sic !).

⁸⁰⁵ Règlement (CE) no 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 (JO L 74 du 15 mars 2008, p. 1 et s.).

⁸⁰⁶ Cf. la note 1 des annexes I (directive 2004/18/CE) et XII (directive 2004/17/CE).

⁸⁰⁷ Cf. d'ailleurs l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, notamment le point 66.

définition des marchés publics de travaux qui inclut expressément les travaux portant sur la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage. Ainsi, par exemple, un marché portant à la fois sur la conception et la réalisation d'un monument serait un marché public de travaux, même si les prestations de conception constituaient l'objet principal du marché.

2. Marchés publics de « fournitures »

251.- D'après les directives « marchés publics », les « marchés publics de fournitures » sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux « ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat, de produits » (article 1^{er}, paragraphe 2, c), de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 2, c), de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 4, de la directive 2009/81/CE).

Ainsi, les marchés publics de fournitures ne se limitent donc pas à des contrats de vente. Un marché public de fournitures ne suppose donc pas que l'administration devienne propriétaire des produits fournis⁸⁰⁸.

La Cour a eu l'occasion de préciser que la notion de marché public de fournitures « porte sur des opérations telles que, par exemple, l'achat ou la location, concernant des « produits », sans spécification à cet égard et sans distinguer selon que le produit en question a été fabriqué de manière standardisée ou de manière individualisée, à savoir suivant les préférences et les besoins concrets du client »⁸⁰⁹. La Cour en a déduit que « par conséquent, la notion de « produit », à laquelle se réfère de manière générale cette disposition, comprend également le procédé de confection, indépendamment de la question de savoir si le produit considéré est mis à la disposition des consommateurs déjà prêt ou après avoir été fabriqué selon les exigences de ceux-ci »⁸¹⁰.

Par exemple, un marché portant sur la fabrication d'uniformes pour forces de l'ordre est un marché public de fournitures et non un marché public de services, même si la valeur de la main d'œuvre main excède celle des matériaux mis en œuvre⁸¹¹. En revanche, si l'utilisateur doit être individuellement conseillé sur l'utilisation du produit, les conseils d'utilisation correspondent à une prestation de service⁸¹². Si la valeur de ce service excédait celle des produits faisant partie du marché, le marché serait traité pour le tout comme un marché public de services⁸¹³.

3. Marchés publics de « services »

(a) La définition des services au sens des directives marchés publics

252.- Les directives « marchés publics » définissent les marchés publics de services comme des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés dans une annexe de chacune des directives (annexe II pour la directive 2004/18/CE ; annexe XVII pour la directive 2004/17/CE ; annexes I et II de la directive 2009/81/CE) (article 1^{er}, paragraphe 2, d), de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 2, d) de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 5, de la directive 2009/81/CE).

Il est indifférent de savoir si les services en question contribuent à l'exercice d'une mission d'intérêt général ou non⁸¹⁴.

L'énumération des services dans les annexes des directives est exhaustive, puisque les annexes comportent une rubrique intitulée « autres services ».

En apparence donc, la réglementation paraît simple. A bien y regarder, elle s'avère cependant nettement plus complexe.

Les services au sens des directives « marchés publics » sont certes tous des « services » au sens de l'article 56 TFUE (libre circulation des services). Toutefois, la notion de services au sens de l'article

⁸⁰⁸ Cf. à ce sujet, l'arrêt de la Cour du 26 avril 1994, Commission/Italie, C-272/91, point 25.

⁸⁰⁹ Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymans, C-300/07, point 64.

⁸¹⁰ Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymans, C-300/07, point 64.

⁸¹¹ Cf. en ce sens, l'arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymans, C-300/07, point 66.

⁸¹² Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymans, C-300/07, point 64.

⁸¹³ Cf. à ce sujet, ci-dessous, no 255.

⁸¹⁴ Arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, Commission/France, point 48.

56 TFUE est plus large, puisqu'elle comprend également les travaux. La délimitation entre « services » et « travaux » au sens des directives « marchés publics » se fait en fonction de la liste des activités définies comme « travaux » conformément aux annexes des directives et des nomenclatures CPV et NACE auxquelles les annexes renvoient. Ceci conduit à des résultats assez arbitraires, si l'on garde à l'esprit que la qualification d'un contrat comme marché de travaux ou marché de services peut faire échapper un marché aux procédures de mise en concurrence prévues par les directives, soit en raison du seuil d'application très nettement plus élevé pour les marchés publics de travaux, soit par l'exemption générale des marchés publics portant sur les services non prioritaires qui ne sont actuellement pas soumis à une obligation de mise en concurrence d'après les directives.

Ainsi, des « travaux de décapage »⁸¹⁵ et des « travaux de débroussaillage »⁸¹⁶ constituent des travaux, alors que des « services de défrichage »⁸¹⁷, les « services d'enlèvement des graffitis »⁸¹⁸ et les « services de désamiantage »⁸¹⁹ constituent des services. L'« installation de cuisines équipées »⁸²⁰ ou l'« installation de meubles encastrés »⁸²¹ par exemple constituent des travaux. En revanche, d'une façon générale, les « services d'installation de machines et d'équipements »⁸²² constituent des services. Il serait facile d'indiquer d'autres exemples du même genre.

D'après la Cour, les seuils d'application des directives reflètent le seuil à partir duquel le marché présente un intérêt transfrontalier dans l'esprit du législateur européen⁸²³. De même, l'exemption de l'obligation de mise en concurrence des marchés publics de services non prioritaires s'explique d'après la Cour par le fait que le législateur européen a considéré que ces marchés ne présentent en l'état actuel pas d'intérêt transfrontalier suffisant⁸²⁴. Dans bien des cas - les exemples que nous venons d'indiquer le montrent - la manière dont des prestations sont classées comme « travaux » ou comme « services » concorde mal avec cette idée.

(b) Marchés publics de services prioritaires et marchés publics de services non prioritaires

253.- Les directives « marchés publics » distinguent entre les marchés publics de services dits « prioritaires » auxquels elles s'appliquent entièrement et les marchés publics de services « non prioritaires » pour lesquels les directives « marchés publics » n'imposent pas de mise en concurrence⁸²⁵. Cela n'empêcherait cependant pas les Etats membres de prescrire que l'ensemble des dispositions des directives « marchés publics » s'appliquent également aux services de la liste B⁸²⁶.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur passe un marché de services non prioritaires, il est seulement tenu de respecter les règles des directives « marchés publics » relatives aux spécifications techniques ainsi que d'adresser à la Commission un avis d'attribution⁸²⁷.

⁸¹⁵ Rubrique 45442190-5 de la nomenclature CPV.

⁸¹⁶ Rubrique 45111220-6 de la nomenclature CPV.

⁸¹⁷ Rubrique 77211300-5 de la nomenclature CPV.

⁸¹⁸ Rubrique 90690000-0 de la nomenclature CPV.

⁸¹⁹ Rubrique 90650000-8 de la nomenclature CPV.

⁸²⁰ Rubrique 45421151-7 de la nomenclature CPV.

⁸²¹ Rubrique 45421153-1 de la nomenclature CPV.

⁸²² Rubrique 51510000-7 de la nomenclature CPV.

⁸²³ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, points 53 et 54.

⁸²⁴ Arrêt de la Cour du 17 mars 2011, Strong Segurança, C-95/10, point 35 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, point 25 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, points 25 à 29.

⁸²⁵ Articles 20 et 21 de la directive 2004/18/CE et ses annexes II A et II B ; articles 31 et 32 de la directive 2004/17/CE et ses annexes XVII A et XVII B ; articles 15 et 16 de la directive 2009/81/CE et ses annexes I et II.

⁸²⁶ En ce sens également, M. BURGI et F. KOCH, « Contracts below the Thresholds and List B Services from a German Perspective », in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty ?*, R. CARANTA et DDRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 119 et s., 2.2.

⁸²⁷ Article 21 de la directive 2004/18/CE ; article 32 de la directive 2004/17/CE ; article 16 de la directive 2009/81/CE). Cf. également à ce sujet l'arrêt de la Cour du 17 mars 2011, Strong Segurança, C-95/10, point 34, ainsi que l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, point 24.

Les marchés publics de services « non prioritaires » ne sont pas pour autant dispensés de toute mise en concurrence. La Cour a considéré que l'absence, sous le régime des directives « marchés publics », de mise en concurrence obligatoire pour les marchés de services non prioritaires ne signifie pas que le législateur européen ait voulu nécessairement exempter ces marchés de toute mise en concurrence⁸²⁸. D'après la Cour, le législateur européen a exempté ces marchés des règles de mise en concurrence des directives en considérant qu'en général, ces marchés ne revêtent pas d'intérêt transfrontalier suffisant⁸²⁹, ce qui n'empêche pas que dans certains cas, il puisse en être autrement. Lorsqu'un marché de services prioritaires présente un intérêt transfrontalier certain⁸³⁰, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à une mise en concurrence⁸³¹. L'obligation de mise en concurrence résulte alors du droit primaire et non du droit dérivé.

B. Régime de passation à respecter pour les marchés mixtes

1. Marchés mixtes comportant à la fois des travaux, des fournitures ou des services

(a) Marchés mixtes de travaux d'une part, de fournitures ou de services d'autre part

254.- Le régime de passation des marchés mixtes de travaux d'une part, de fournitures ou de services d'autre part, est déterminé d'après l'objet principal du contrat⁸³². Cette règle se trouve inscrite expressément dans les directives marchés publics pour les contrats mixtes de travaux et de fournitures (article 1^{er}, paragraphe 2, c), alinéa 2, de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 2, c), alinéa 2, de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 4, alinéa 2, de la directive 2009/81/CE) et pour les marchés mixtes de travaux et de services (article 1^{er}, paragraphe 2, d), dernier alinéa, de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 2, d), dernier alinéa, de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 5, dernier alinéa, de la directive 2009/81/CE).

La détermination de l'objet principal du contrat « 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, le montant respectif des différentes prestations en présence n'étant, à cet égard, qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte aux fins de ladite détermination »⁸³³.

(b) Marchés mixtes de fournitures et de services

255.- Pour le cas des marchés mixtes de fournitures et de services, les directives prévoient qu'« un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services [...] est à considérer comme un « marché public de services » lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché » (article 1^{er}, paragraphe 2, d), 2^e alinéa, de la directive 2004/18/CE ; article

⁸²⁸ Arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, point 28 ; arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, points 30 et 31.

⁸²⁹ Arrêt de la Cour du 17 mars 2011, Strong Segurança, C-95/10, point 35 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, point 25 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, points 25 à 29.

⁸³⁰ Cf. les nos 344 et s. quant à l'exigence d'un intérêt transfrontalier certain.

⁸³¹ Arrêt de la Cour du 17 mars 2011, Strong Segurança, C-95/10, point 35 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, point 29 ; arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, point 32.

⁸³² Arrêt de la Cour du 26 mai 2011, Commission/Espagne, C-306/08, point 90 ; arrêt de la Cour du 29 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-536, point 57 ; arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Aurox, C-220/05, point 37 ; arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et 149/08, points 48 et 49.

⁸³³ Arrêt de la Cour du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04, point 49.

⁸³⁴ « Visés à l'annexe II » de la directive 2004/18/CE, « visés à l'annexe XVII » de la directive 2004/17/CE ; la directive 2009/81/CE utilise l'expression « services » sans se référer à ses annexes. Cela ne porte pas à conséquence, les annexes visant de toute façon l'ensemble des services, puisqu'elles comprennent une catégorie intitulée « autres services ».

1^{er}, paragraphe 2, d), 2^e alinéa de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 5, alinéa 2, de la directive 2009/81/CE).

Pour la Cour, « il résulte, a contrario, de l'article 2 de la directive 92/50 que, si un marché public a pour objet à la fois des produits au sens de la directive 93/36 [l'ancienne directive « marchés publics de fournitures »] et des services au sens de la directive 92/50 [l'ancienne directive « marchés publics de services »], il relève de la directive 93/36 [ce qui signifie qu'il s'agit d'un marché public de fournitures] lorsque la valeur des produits incorporés dans le marché est supérieure à celle des services »⁸³⁵.

Le critère de la valeur « a un caractère quantitatif, à savoir qu'il se réfère concrètement à la valeur de la contrepartie due en tant que rémunération de la composante « produits » et de la composante « services » incorporés dans le marché en cause »⁸³⁶.

2. Marchés mixtes de services « prioritaires » et de services « non prioritaires »

256.- Comme la passation des marchés de services « prioritaires » et des marchés de services « non prioritaires » sont soumis à des régimes distincts⁸³⁷, les premiers étant soumis aux procédures de passation des directives, les seconds en étant exemptés, les directives « marchés publics » fixent le principe permettant de déterminer le régime de passation des marchés mixtes de services « prioritaires » et de services « non prioritaires ».

Chacune des trois directives prévoit qu'il convient de tenir compte de la valeur respective des services « prioritaires » et des services « non prioritaires »⁸³⁸. Lorsque la valeur des services prioritaires excède celle des services non prioritaires, le marché doit être passé suivant les procédures de mise en concurrence des directives. Dans le cas contraire, l'ensemble du marché échappe à ces procédures et n'est soumis qu'au respect des dispositions des directives sur les spécifications techniques et à l'obligation d'envoyer un avis d'attribution à la Commission⁸³⁹. Dans les marchés mixtes de services prioritaires et de services non prioritaires, ce n'est donc pas l'objet principal du contrat qui détermine le régime de passation à suivre⁸⁴⁰.

Le regroupement de services prioritaires et non prioritaires en un seul marché ne peut cependant être artificiel. Il doit exister entre ces services un lien « résultant d'un objectif ou d'une opération commune »⁸⁴¹.

3. Les conflits entre les directives 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE (Renvoi⁸⁴²)

4. Marchés mixtes comportant d'une part des travaux, des fournitures ou des services et, d'autre part, un objet non visé par les directives « marchés publics ».

257.- Suivant une jurisprudence constante, la Cour a retenu que le régime applicable à la passation de marchés mixtes comportant d'une part des travaux, des fournitures ou des services et, d'autre part, un objet non visé par les directives « marchés publics », est déterminé par « l'objet principal du

⁸³⁵ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, point 38 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermo, C-340/04, point 31.

⁸³⁶ Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymans, C-300/07, point 61 ; cf. également l'ordonnance de la Cour du 10 avril 2008, Temoraggi, C-323/07, point 15.

⁸³⁷ Cf. les nos 253 ci-dessus.

⁸³⁸ Article 22 de la directive 2004/18/CE ; article 33 de la directive 2004/17/CE ; article 17 de la directive 2009/81/CE.

⁸³⁹ Pour des exemples d'application de la règle, l'arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, notamment le point 122, l'arrêt de la Cour du 14 novembre 2002, Félix Swoboda, C-411/00, points 45 à 66, l'arrêt de la Cour du 24 septembre 1998, Walter Tögel, C-76/97, notamment le point 40.

⁸⁴⁰ Voir expressément en ce sens, arrêt de la Cour du 14 novembre 2002, Félix Swoboda, C-411/00, point 49.

⁸⁴¹ Arrêt de la Cour, Felix Swoboda, C-411/00, point 57.

⁸⁴² Les conflits entre les directives 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE ont été traités dans la première partie. Nous y renvoyons donc le lecteur. Pour les conflits entre les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, il convient de se reporter aux nos 93 à 96. Quant aux conflits entre les directives 2009/81/CE et 2004/18/CE ou 2009/81/CE et 2004/17/CE, ils ont été discutés aux nos 179 à 183.

contrat » ou encore son « élément prépondérant »⁸⁴³. Il n'en est cependant ainsi que si les différents volets du contrat sont liés d'une manière inséparable et forment un tout indivisible⁸⁴⁴.

Si les travaux, les fournitures ou les services constituent un volet détachable du reste du contrat, portant par exemple sur la création d'une entreprise commune, les travaux, fournitures ou services détachables doivent suivre le régime prévu par les directives⁸⁴⁵.

L'article 3 de la directive 2009/81/CE énonce une règle difficilement intelligible qui paraît diverger en partie de ce que nous venons de dire⁸⁴⁶ :

« Un marché ayant pour objet des travaux, fournitures ou services entrant pour partie dans le champ d'application de la ... directive [2009/81/CE] et, pour l'autre partie, ne relevant ni de la ... directive [2009/81/CE], ni de la directive 2004/17/CE, ni de la directive 2004/18/CE, ne relève pas de l'application de la ... directive [2009/81/CE], sous réserve que l'attribution d'un marché unique soit justifié par des raisons objectives ... ».

A notre avis, l'article 3 de la directive 2009/81/CE ne se réfère pas à des travaux, fournitures ou services non soumis aux directives « marchés publics » *ratione valoris* ; sinon, la règle aboutirait à des résultats absurdes. Ne sont visés que des *travaux, fournitures ou services* ne relevant ni de la directive 2004/17/CE, ni de la directive 2004/18/CE, ni de la directive 2009/81/CE. Il n'est pas question d'autres objets, tels des cessions de parts sociales ou d'immeubles.

§ 3.- L'exclusion des concessions de services

A. Définition de la notion de concession de services

258.- Les directives « marchés publics » 2004/17/CE et 2004/18/CE définissent les concessions de service comme des contrats « présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix » (article 1^{er}, point 4., de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, 3., b), de la directive 2004/18/CE).

Les définitions de la notion de concession de services étant en substance identiques dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, cette notion doit être interprétée de la même manière dans les domaines d'application de ces deux directives⁸⁴⁷. La définition de la notion de concession de services relevant du droit européen, les qualifications nationales sont indifférentes⁸⁴⁸.

Tout comme les marchés publics, les concessions sont des contrats à titre onéreux⁸⁴⁹.

Aujourd'hui, la Cour distingue les concessions de services et les marchés publics de services suivant d'autres critères que le caractère « onéreux » ou non du contrat⁸⁵⁰. Ce sont en effet le mode de rémunération et la prise en charge du risque économique qui permettent de distinguer la concession de services du marché public de services :

⁸⁴³ Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen, C-215/09, points 36 et 37 ; arrêt de la Cour du 19 avril 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, point 26 ; arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, points 48, 49 et 50 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, points 18 et 19.

⁸⁴⁴ Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen, C-215/09, points 36 ; arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08, point 48 ; cf. en ce sens également l'arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, point 19.

⁸⁴⁵ Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen, C-215/09, point 46.

⁸⁴⁶ Cf. au sujet de cette règle également ci-dessus, no 242.

⁸⁴⁷ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, point 39 ; arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, points 42 et 43.

⁸⁴⁸ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, point 40 ; arrêt de la Cour du 10 mars 2011, Stadler, C-274/09, point 23 ; arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, point 38 ; arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, Commission/Italie, C-382/05, point 31.

⁸⁴⁹ Cf. à ce sujet, les explications ci-dessus au nos 240 et s.

⁸⁵⁰ Voir le dispositif de l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Eurawasser, C-206/08 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, points 39 et s. Cf. également ci-dessus, no 242.

- 1) « Le marché de services comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix »⁸⁵¹.

La perception d'une rémunération de la part de tiers et non du pouvoir adjudicateur indique que le concessionnaire exploite le service⁸⁵². Il s'agit-là d'après un arrêt de la Cour du 10 septembre 2009 « de l'une des formes que peut prendre l'exercice du droit, reconnu au prestataire, d'exploiter le service »⁸⁵³. Les versements de tiers envisagés dans cet arrêt provenaient des utilisateurs. Les versements peuvent également provenir d'un tiers autre que les utilisateurs⁸⁵⁴. Dans un arrêt du 18 décembre 2007, la Cour paraît avoir exclu la qualification de concession lorsque le prestataire est exclusivement rémunéré par le pouvoir adjudicateur⁸⁵⁵. Dans l'arrêt *Hans & Christophorus Oymans* du 11 juin 2009, au contraire, la Cour a considéré implicitement que le pouvoir adjudicateur pouvait être le seul débiteur de la rémunération du concessionnaire⁸⁵⁶.

Il n'importe pas de savoir si la rémunération est régie par le droit privé ou par le droit public⁸⁵⁷.

En fin de compte, le critère de la rémunération ne peut pas être considéré comme décisif à lui seul⁸⁵⁸.

- 2) En outre, « la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question. L'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services »⁸⁵⁹.

Il s'agit pour la Cour d'une conséquence de ce que le mode de rémunération du concessionnaire consiste du moins partiellement dans le droit d'exploiter sa propre prestation⁸⁶⁰. Le droit d'exploiter sa propre prestation implique une « certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce droit »⁸⁶¹.

Il faut que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire « une part significative du risque lié à l'exploitation qu'il encourt »⁸⁶². Cette part peut être « très limitée »⁸⁶³, à tout le

⁸⁵¹ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, point 41 ; voir également l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, point 51, ainsi que l'arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, point 39.

⁸⁵² Cf. en ce sens, les arrêts de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348, point 42, et du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, point 57.

⁸⁵³ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, point 53.

⁸⁵⁴ Arrêt de la Cour du 10 mars 2011, Stadler, C- 274/09, point 26.

⁸⁵⁵ Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Frigerio Luigi, C-357/06, point 17.

⁸⁵⁶ Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Cristophorus Oymans, C-300/07, point 73. La Cour a cependant refusé la qualification de concession, vu l'absence de liberté économique du prestataire et l'absence « de risque considérable lié à l'exploitation de ses prestations » (point 73).

⁸⁵⁷ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, point 55.

⁸⁵⁸ Voir en ce sens, G. ERVYN, « Le droit d'exploiter ou quand le marché public devient concession », *in Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck, 2011-2012, pp. 233 et s., no 12.

⁸⁵⁹ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, point 44 ; voir également l'arrêt de la Cour du 10 mars 2011, Stadler, C-274/09, point 26, ainsi que l'arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, point 39.

⁸⁶⁰ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, point 59.

⁸⁶¹ Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Cristophorus Oymans, C-300/07, point 71.

⁸⁶² Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, point 50 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, point 74.

⁸⁶³ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08, point 77 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, point 50. A ce propos, la Cour retient ce qui suit dans l'arrêt *WAZV Gotha/Eurawasser* :

moins « lorsque la rémunération du prestataire provient exclusivement de tiers »⁸⁶⁴. En revanche, en l'absence complète de transfert de risque au prestataire, l'opération constitue un marché public de services et non une concession de services⁸⁶⁵.

Le risque d'exploitation « doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché (voir en ce sens, arrêt Eurawasser, précité, point 67), lequel peut notamment se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service (voir en ce sens, arrêt Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, précité, point 37) »⁸⁶⁶.

La Cour a précisé dans l'arrêt *Norma-A SIA* du 10 novembre 2011 qu'« en revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services »⁸⁶⁷.

Cela revient à dire que si le prestataire ne supporte qu'un *risque de disponibilité* au sens des règles d'Eurostat sur le traitement comptable dans les comptes nationaux des partenariats public-privé, le contrat ne saurait être qualifié de concession de services⁸⁶⁸. Dans l'affaire

« Il doit demeurer loisible aux pouvoirs adjudicateurs, agissant en toute bonne foi, d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service public concerné, et cela même si le risque lié à l'exploitation est très limité.

Il ne serait pas, par ailleurs, raisonnable de demander à une autorité publique concédante de créer des conditions de concurrence et de risque économique plus élevées que celles qui, en raison de la réglementation applicable au secteur concerné, existent dans ce dernier » (points 74 et 75).

Ce raisonnement n'est pas pertinent. En effet, même si la Cour avait défini la notion de concession de services de manière plus restrictive, les pouvoirs adjudicateurs ne seraient pas contraints de transférer un risque économique plus élevé pour pouvoir réaliser l'opération.

En revanche, le pouvoir adjudicateur a intérêt à ce que l'opération soit qualifiée de concession plutôt que de marché de services, parce que le régime de passation d'une concession est considérablement moins lourd que celui d'un marché public de services.

S'il s'était agi dans l'affaire en question d'un marché public de services, il aurait été soumis, d'après la Cour, à la directive 2004/17/CE. Cette dernière aurait permis de recourir à une procédure de passation négociée, tout comme en cas de concession de services. En cas de marché de services prioritaires soumis à la directive 2004/18/CE, il eût fallu suivre la procédure ouverte ou restreinte, c'est-à-dire que des négociations auraient été exclues. Ainsi, une définition restrictive de la notion de concession pourrait porter les pouvoirs adjudicateurs à transférer davantage de risques à l'opérateur privé afin que l'opération soit qualifiée de concession de services. Afin d'éviter que les pouvoirs adjudicateurs n'adaptent la répartition des risques en raison de telles considérations, il peut en effet paraître souhaitable d'interpréter la notion de concession de services de manière large. Ne serait-ce en définitive pas cela que la Cour a souhaité exprimer dans l'arrêt *WAZV Gotha/Eurawasser* ? Voir également l'arrêt de la Cour du 10 mars 2011, *Stadler, C-274/09*, points 34 et 35, où la Cour adopte le même raisonnement.

⁸⁶⁴ Arrêt de la Cour du 10 mars 2011, *Stadler, C-274/09*, points 33 et 48.

⁸⁶⁵ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08*, point 68.

⁸⁶⁶ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, *Norma-A SIA*, point 48.

⁸⁶⁷ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, *Norma-A SIA*, point 49 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 10 mars 2011, *Stadler, C-274/09*, point 38.

⁸⁶⁸ Voir la décision d'Eurostat sur le traitement comptable des partenariats public-privé du 11 février 2004, page 2 : « Une deuxième catégorie [de risques] est le « risque de disponibilité » dans lequel la responsabilité du partenaire est relativement évidente. Celui-ci ne peut pas être en mesure de livrer le volume contractuellement convenu ou de répondre, comme spécifié dans le contrat, aux normes de sécurité ou de certification publiques liées à la prestation de services aux utilisateurs finals. Ceci s'applique également lorsque le partenaire ne répond pas aux normes de qualité relatives à la prestation de services, requises dans le contrat et découlant d'un manque évident de « performance » du partenaire. L'Etat est réputé ne pas supporter un tel risque s'il lui est permis de réduire de façon significative (à titre de pénalité) ses paiements périodiques, comme tout « client normal » pourrait l'exiger dans un contrat commercial. Les paiements publics doivent dépendre du degré effectif de disponibilité fourni par le partenaire durant une certaine période de temps. Mais

Norma-A SIA, la loi lettone sur les partenariats public-privé paraissait permettre de considérer le contrat de services de transport en commun concerné comme un contrat de concession, le risque lié à la disponibilité étant assumé par le partenaire privé. La Cour n'a pas admis cette qualification.

B. Les concessions sont-elles des marchés publics ?

259.- Il a été soutenu que la notion de « marchés publics » englobe les concessions de travaux ou de services⁸⁶⁹.

Il s'agit d'un débat essentiellement théorique, car, qu'il en soit ainsi ou non, le droit européen n'y rattache aucune incidence quant au régime de passation des concessions. La détermination des régimes de passation des marchés publics et des concessions ne pose en effet aucune difficulté : régime des marchés publics pour tous les marchés publics soumis aux directives, régime des concessions de travaux pour les concessions de travaux soumis à la directive 2004/18/CE, régime de passation du droit primaire pour les concessions de services.

Dans les droits nationaux, la question peut, dans certains cas de figure, avoir un intérêt pratique. Ainsi, le livre I^{er} de la loi luxembourgeoise du 25 juin 2009 sur les marchés publics contenant le régime général de passation ne prévoit pas d'exclusion expresse en faveur des concessions de service. La question s'est donc posée de savoir si la notion de « marché public », dont la définition dans la loi luxembourgeoise est strictement identique à celle des directives, visait également les concessions de service. La Cour administrative du Grand-Duché de Luxembourg a pris position comme suit dans un arrêt du 6 décembre 2011⁸⁷⁰ :

« S'il est vrai que la loi du 25 juin 2009 distingue les « marchés publics » à proprement parler des « concessions de travaux publics », il n'en reste pas moins qu'elle relève aussi le fait que les concessions de travaux publics et de services présentent essentiellement les mêmes caractéristiques que respectivement un marché public de travaux ou de services.

Au regard de la loi du 25 juin 2009, la Cour est encore amenée à constater que le législateur entrevoit clairement tant les « marchés publics » que les « concessions de services » et les « concessions de travaux publics » comme constituant des « marchés », au sens large employé à l'article I^{er} de ladite loi.

En l'absence d'une exclusion en des termes exprès, il ne saurait être dégagé de la distinction de principe entre « marché public » et « concession de travaux publics ou de services » la volonté du législateur d'exclure implicitement les concessions de travaux publics ou de services du champ d'application de la loi du 25 juin 2009.

(...)

Sans préjudice d'un certain nombre d'inspirations terminologiques et de modifications ponctuelles apportées par 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, au niveau des dispositions purement nationales figurant au livre I de la loi du 25 juin 2009, il n'appert pas en quoi cette conclusion serait affectée par les dispositions de ladite directive ».

C. Durée des concessions

260.- La durée d'une concession doit être limitée de manière à permettre des mises en concurrence régulières. L'attribution d'une concession sans limitation de durée serait d'après la Cour « contraire à

l'application des pénalités lorsque le partenaire fait défaut sur ses obligations de service doit être automatique et doit également avoir un effet sur les recettes/profits du partenaire, et ne pas être purement « cosmétique » ou symbolique ».

⁸⁶⁹ A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics », *Journal des Tribunaux*, 2011, pp. 429 et s., no 20.

⁸⁷⁰ *Journal des Tribunaux Luxembourg*, 2011, p. 29, obs. M. THEWES.

l'ordre juridique de l'Union »⁸⁷¹ une telle situation « entravant la concurrence entre prestataires de services potentiels »⁸⁷².

D. Définition proposée

261.- Vu la définition des « concessions de services » dans les directives « marchés publics » et la jurisprudence de la Cour, nous proposons, en l'état actuel du droit européen, de définir les concessions de services comme suit : une concession de services est un contrat à titre onéreux passé par écrit entre un pouvoir adjudicateur ou une entités adjudicatrice, le concédant, d'une part, et, d'autre part, un opérateur économique, le concessionnaire, aux termes duquel celui-ci assume l'exploitation d'un service en faveur de tiers, les utilisateurs, en supportant une part significative du risque, mais disposant d'une certaine liberté pour en fixer les conditions, sa rémunération étant à charge, en tout ou en partie, des utilisateurs ou d'une ou plusieurs personnes autres que le concédant.

E. Utilité de la notion de concession de services en l'état actuel du droit européen

262.- Les concessions de services présentant un intérêt transfrontalier sont soumises au droit primaire de la mise en concurrence. D'autres situations, similaires aux concessions de services, mais ne répondant pas à la définition de « concession de services », notamment des situations non contractuelles⁸⁷³, requièrent également une mise en concurrence d'après le droit primaire.

En l'état actuel du droit européen, la notion de « concession de services » des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE sert essentiellement à distinguer les marchés publics de services au sens strict, soumis à ces directives, d'autres situations qui n'y sont pas soumises. En l'état actuel du droit dérivé, Les concessions de services ne sont en principe pas soumises à une obligation de mise en concurrence⁸⁷⁴. Relevons cependant que le règlement (CE) no 1370/2007 prévoit une mise en concurrence obligatoire pour certaines concessions de services publics de transport de voyageurs⁸⁷⁵. Les concessions de service présentant un intérêt transfrontalier sont en revanche sujettes à mise en concurrence d'après les principes du droit primaire⁸⁷⁶.

F. Concessions mixtes

263.- D'après la Cour, lorsque la concession comporte à la fois l'exécution de travaux et la prestation de services, c'est l'objet principal de la concession qui détermine s'il s'agit d'une concession de services ou d'une concession de travaux publics⁸⁷⁷. Dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire de 2000, la Commission avait estimé que dès lors cependant que les objets d'une concession étaient dissociables, il convenait d'appliquer à chacun des volets du contrat les règles qui le concernent⁸⁷⁸. Cette solution doit être approuvée.

G. Exemple de concessions de services

264.- Constituent notamment des concessions de services :

- 1) L'exploitation d'un parking public, l'exploitant étant rémunéré par les usagers⁸⁷⁹.

⁸⁷¹ Arrêt de la Cour du 25 mai 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 79.

⁸⁷² Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, point 73.

⁸⁷³ Voir par exemple ci-dessous, nos 474 et s. les autorisations limitées en nombre pour l'organisation de jeux de hasard.

⁸⁷⁴ Cf. ci-après, nos 265 et 311 et s. quant à la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession.

⁸⁷⁵ Cf. concernant ce régime, ci-dessous, nos 667 et s.

⁸⁷⁶ Voir, pour ces règles, les nos 333 et s. ci-dessous.

⁸⁷⁷ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, point 45.

⁸⁷⁸ *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire*, JO, C 121 du 29 avril 2000, point 2.3, p. 5.

⁸⁷⁹ Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 43.

- 2) Un service d'autobus rémunéré à tout le moins en partie par les usagers⁸⁸⁰. De telles concessions sont soumises au règlement (CE) no 1370/2007 qui prévoit une période transitoire pour la mise en concurrence⁸⁸¹.
- 3) La gestion d'un réseau de télédistribution, lorsque la rémunération de l'exploitant provient de paiements effectués par les utilisateurs du réseau⁸⁸².
- 4) L'exploitation d'hôtels, de restaurants ou de cafétérias appartenant à des pouvoirs publics par des opérateurs privés qui en supportent le risque économique et sont rémunérés par les usagers.
- 5) Signalons un type de concession de services assez étrange mis en œuvre en Italie, impliquant, en apparence du moins, l'exercice de prérogatives de puissance publique, à savoir des services d'établissement, de recouvrement de toutes recettes, mêmes fiscales des provinces et des communes. Après avoir déduit la commission de perception, le gain des concessionnaires provient d'opérations financières réalisées sur les fonds se trouvant entre leurs mains⁸⁸³.

H. La proposition de directive du parlement et du Conseil du 20 décembre 2011 sur l'attribution de contrats de concession

265.- Cette proposition de directive vise à soumettre tant les concessions de services que les concessions de travaux à un régime de passation de droit dérivé. Jusqu'ici ce n'était le cas que pour la passation des concessions de travaux visées par la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE.

La proposition vise d'autre part à introduire dans le droit dérivé certaines solutions que la Cour a dégagées du droit primaire (exception *Teckal* et, d'une façon générale, collaboration entre pouvoirs adjudicateurs (article 15) ; durée des concessions (article 16) ; modification des concessions en cours (article 42)).

Le pouvoir adjudicateur garde la liberté d'agencer la procédure de passation suivant ce qu'il estime convenir, pourvu que l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires soit assurée (article 35, paragraphe 2). Il peut donc opter pour une procédure négociée.

En revanche, la définition des concessions de travaux et de services s'écarte très considérablement de la jurisprudence actuelle de la Cour. En effet, suivant la définition de la proposition de directive, la prise en charge par l'opérateur économique d'un risque lié seulement à la disponibilité de l'infrastructure qu'il met à disposition ou qu'il utilise pour fournir des services aux usagers serait suffisante (article 2, paragraphe 2, b)). La question de savoir si, oui ou non, l'intégralité de la rémunération du prestataire doit être réglée par le pouvoir adjudicateur n'est pas précisée. De même, la question de liberté du prestataire dans l'organisation de l'exploitation n'est pas abordée.

Actuellement, la prise en charge du seul « risque lié à la disponibilité » ne permet pas de considérer l'opération comme une concession⁸⁸⁴. Si la proposition de directive était adoptée telle quelle, de nombreux contrats, considérés aujourd'hui comme des « marchés publics », pourraient dorénavant passer pour des concessions.

D'après la proposition de directive, des marchés de travaux comportant accessoirement l'entretien et la maintenance d'une infrastructure pendant un certain nombre d'années pourraient être considérés comme des concessions. Ces marchés pourraient ainsi faire l'objet d'une procédure de passation comportant des négociations. Si, en revanche, le contrat ne visait que la construction de l'infrastructure, il s'agirait d'un marché public de travaux à passer en principe suivant la procédure ouverte ou la procédure restreinte. Le contenu des contrats restant en fin de compte très similaire, l'application de règles de passation distinctes ne se justifierait guère. Le texte adopté en première lecture par le Parlement européen le 15 janvier 2014 refuse l'approche de la proposition de directive s'en tient en substance aux critères actuels.

⁸⁸⁰ Arrêt de la Cour du 6 août 2006, ANAV, C-410/04, point 16.

⁸⁸¹ Cf. à ce sujet ci-dessous, no 689.

⁸⁸² Cf. l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 24.

⁸⁸³ Cf. l'arrêt de la Cour du 12 mai 2012, *Duomo Gpa*, C-357/10, C-358/10 et C-359/10, points 17 et 41.

⁸⁸⁴ Cf. ci-dessus, no 258 et plus bas, no 312.

§ 4.- Les concessions de travaux sont visées par la directive 2004/18/CE, mais non par les directives 2004/17/CE et 2009/81/CE

A. Définition des directives

266.- Tout comme elles le font pour les concessions de services, les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE définissent les concessions de travaux par rapport à la notion de marché public. En effet, d'après ces directives, une « concession de travaux publics » est « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » (article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 3, a), de la directive 2004/17/CE).

B. Jurisprudence de la Cour

267.- La Cour a moins souvent eu à connaître de concessions de travaux que de concessions de services. Pour la définition des concessions de travaux, elle s'est référée à sa jurisprudence en matière de concessions de services⁸⁸⁵. La Cour a ainsi précisé « que l'essence de la concession réside dans le fait que le concessionnaire supporte lui-même le risque économique principal ou, en tout cas, substantiel, lié à l'exploitation »⁸⁸⁶. Le critère de la prise en charge du risque d'exploitation⁸⁸⁷ vaut donc également pour les concessions de travaux publics⁸⁸⁸.

La Cour a précisé que la notion de concession de travaux publics suppose que le pouvoir adjudicateur puisse disposer de l'exploitation de l'ouvrage⁸⁸⁹. Par conséquent, un contrat suivant lequel une autorité publique cède un terrain à un promoteur, avec l'obligation pour celui-ci, de construire certains immeubles sur ce terrain qu'il pourra ensuite vendre ou donner en location n'est pas une concession de travaux publics selon la Cour, car dans ce cas, « le droit d'exploitation prend sa seule source dans le droit de propriété de l'opérateur concerné »⁸⁹⁰. Cette interprétation de la notion de concession de travaux restreint considérablement le domaine d'application des règles de la directive 2004/18/CE relative à la passation des concessions de travaux publics.

D'autre part, la Cour a estimé qu'une opération qui n'est pas susceptible de faire à certains intervalles l'objet d'une nouvelle mise en concurrence ne peut être considérée comme une concession de travaux. La Cour a justifié cette solution en considérant que « l'attribution de concessions sans limitation de durée serait contraire à l'ordre juridique de l'Union »⁸⁹¹, parce qu'elle s'opposerait au maintien de la concurrence. Cela dit, la Cour ne formule aucune objection quant à la licéité de l'opération qu'elle a refusé de qualifier de concession de travaux publics, à savoir la vente d'un terrain sur lequel l'acquéreur était censé effectuer certains travaux. De fait, il n'y a aucune raison de penser qu'une telle opération pourrait, en soi, heurter l'ordre juridique de l'Union. La notion de « concession » relevant du droit dérivé, l'ordre juridique de l'Union ne serait pas affecté si l'opération était qualifiée de concession. Le droit primaire, de son côté, ne s'oppose pas à ce que des opérations non susceptibles de faire l'objet de mises en concurrence répétées soient considérées comme des concessions. C'est pourtant ce qu'implique le raisonnement de la Cour. En faisant échapper une opération à la qualification de « concession de travaux », au motif que la mise en concurrence n'est

⁸⁸⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 75.

⁸⁸⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 75.

⁸⁸⁷ Cf. ci-dessus no 258 pour les concessions de services publics.

⁸⁸⁸ Voir en ce sens également G. ERVYN, « Le droit d'exploiter ou quand le marché public devient concession », in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 633 et s., no 4 ; L. HORN, « Sachbereichsspezifische Verfahren, insbesondere Baukonzessionen » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 401.

⁸⁸⁹ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 72.

⁸⁹⁰ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 73 ; voir en ce sens également les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet du 11 avril 2013 dans l'affaire *Commission/Pays-Bas* (C-576/10), point 168.

⁸⁹¹ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 79.

pas susceptible d'être renouvelée à des intervalles réguliers, la Cour les soustrait aux dispositions relatives aux concessions de travaux de la directive 2004/18/CE. Ainsi, le résultat de sa démarche est à l'opposé de l'objectif de concurrence qui constitue le point de départ de son raisonnement⁸⁹².

C. Définition proposée eu égard à la jurisprudence de la Cour

268.- Compte tenu de la jurisprudence de la Cour, les concessions de travaux publics peuvent être définis comme suit : une concession de travaux publics est un contrat à titre onéreux, susceptible de mises en concurrence répétées, passé par écrit entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, le concédant et, d'autre part, un opérateur économique, le concessionnaire, aux termes duquel ce dernier exécutera pour le concédant un ouvrage qu'il exploitera en contrepartie d'une rémunération à charge, en tout ou en partie, des tiers, utilisateurs de l'ouvrage, ou d'une ou plusieurs personnes autres que le concédant, tout en assumant une part significative du risque lié à l'exploitation et en gardant une certaine liberté dans l'organisation de celle-ci.

D. Régime de mise en concurrence des concessions de travaux soumises à la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE

269.- La directive 2004/18/CE soumet la conclusion de concessions de travaux publics à un régime de mise en concurrence qu'elle ne définit que très sommairement (articles 56 à 65).

Outre une mise en concurrence pour l'octroi de la concession, ces dispositions imposent au concessionnaire de procéder à une mise en concurrence, lorsque les marchés confiés à des tiers dépassent un seuil donné (article 63). Le droit primaire n'impose pas de procéder à une mise en concurrence dans des cas pareils. En effet, un concessionnaire privé de travaux publics ne peut être assimilé à l'Etat au sens fonctionnel du terme⁸⁹³. La directive 2004/18/CE prévoit que l'obligation de mise en concurrence ne s'applique pas aux marchés que le concessionnaire passe avec des entreprises liées, ni aux conventions entre les membres d'un groupement qui s'est constitué en vue d'obtenir la concession (article 63, paragraphe 2). L'obligation pour le concessionnaire de procéder à une mise en concurrence pour les marchés de travaux dépassant certains seuils qu'il confie à des tiers est critiquable, parce qu'elle rend aléatoire les calculs faits par le concessionnaire en vue de la remise de son offre⁸⁹⁴.

E. Exemple de concessions de travaux : la construction et l'exploitation d'un tronçon autoroutier

270.- Un marché ayant pour objet la construction et l'exploitation d'un tronçon d'autoroute à péage⁸⁹⁵ constitue le plus souvent une concession de travaux.

Dans certains cas, le contrat prévoit que la rémunération de l'exploitant sera calculée sur base de péages fictifs.

S'agit-il encore d'une concession dans ce cas ? A notre avis oui, car une concession ne suppose pas nécessairement des paiements de la part de tiers.

Nous avons vu ci-dessus qu'à ce sujet la position de la Cour n'est pas claire⁸⁹⁶.

Il convient de bien distinguer la notion de concessions au sens des directives « marchés publics » de celle des règles concernant les comptes nationaux et régionaux (dites « SEC 95 »), une opération pouvant être considérée comme une concession du point de vue des directives « marchés publics », même si les redevances perçues auprès des utilisateurs sont inférieures aux montants touchés de la part

⁸⁹² Cf. en ce sens également les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet du 11 avril 2013 dans l'affaire *Commission/Pays-Bas* (C-576/10), point 137 ; A.L. DURVIAUX, « Droit européen des marchés publics et autres contrats publics », *RTD eur.*, 2011, pp. 423 et s., no 13.

⁸⁹³ Il s'agit-là en effet du critère déterminant pour la délimitation du champ d'application *ratione personae* du droit primaire de la mise en concurrence. Cf. à ce sujet ci-dessous, nos 504 et s.

⁸⁹⁴ Cf. notre critique de la réglementation de la directive 2009/81/CE pour les contrats de sous-traitance, ci-dessus, nos 164 et 166 et s.

⁸⁹⁵ Cf. l'arrêt de la Cour du 22 avril 2010, *Commission/Espagne*, C-423/07, points 13 et 51.

⁸⁹⁶ Cf. ci-dessus, no 258.

du pouvoir public, à condition qu'il reste un risque économique significatif à charge du concessionnaire. En revanche, d'après le régime SEC 95, cette opération ne serait pas considérée comme une concession⁸⁹⁷.

F. La proposition de directive du Parlement et du Conseil du 20 décembre 2011 sur l'attribution de contrats de concession

271.- Ainsi que nous l'avons signalé ci-dessus⁸⁹⁸, d'après la proposition de directive de la Commission sur l'attribution de contrats de concession, certains contrats qui sont aujourd'hui considérés comme des marchés de travaux seraient à l'avenir considérés comme des concessions de travaux. Comme nous l'avons signalé ci-dessus, le texte adopté en première lecture par le Parlement européen le 15 janvier 2014 s'en tient cependant, en substance, à la définition actuelle des concessions⁸⁹⁹.

Ni la proposition de directive, ni le texte adopté par le Parlement en première lecture, ne prévoient d'ailleurs une mise en concurrence pour les marchés de travaux à conclure par un concessionnaire.

§ 5.- Concessions de fournitures

272.- En l'absence de disposition spécifique des directives quant à des concessions de fournitures, un contrat portant sur la fourniture de produits dans lesquels le fournisseur assume le risque d'exploitation doit à notre avis être qualifié de marché de fournitures. En tant que tel, il est soumis aux dispositions ordinaires des directives⁹⁰⁰.

§ 6.- Les concours dans le domaine des services

A. Explications introductives : le régime des concours des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE

1. Définition des concours d'après les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE

273.- Les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE définissent les concours comme « des procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur [à l'entité adjudicatrice (directive 2004/17/CE)] d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes »⁹⁰¹.

Pour les concours, les directives indiquent également des seuils en-dessous desquels elles ne s'appliquent pas. Pour le calcul de ces seuils, il est tenu compte tant des primes que de la valeur des marchés de services qui seront attribués directement à la suite du concours ou qui pourraient l'être⁹⁰².

2. Les différences entre les marchés publics et les concours

274.- Relevons les différences suivantes entre les marchés publics et les concours :

⁸⁹⁷ Voir à ce sujet, E. GILLET et C. DUBOIS, « Le financement des infrastructures publiques au regard des règles SEC 95 », in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck, 2011-2012, pp. 801 et s., nos 23 et s.

⁸⁹⁸ Cf. ci-dessus, no 271.

⁸⁹⁹ Voir ci-dessus, no 265.

⁹⁰⁰ Cf. plutôt en sens contraire, mais dubitative, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, nos 6.36 et 6.37, pp. 307 et 308.

⁹⁰¹ Article 1^{er}, paragraphe 11, e) de la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, paragraphe 10, de la directive 2004/17/CE.

⁹⁰² Article 67, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE ; article 61, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE. Cf. ci-dessus, nos 444 à 446 quant à la possibilité d'attribuer des marchés de services à la suite d'un concours sans procéder à une nouvelle mise en concurrence.

- Un concours vise à procurer au pouvoir adjudicateur un plan ou un projet. Tel peut également être l'objet d'un marché public, mais, souvent, il n'en est pas ainsi.
- Un concours peut servir à désigner la ou les personnes avec lesquelles un marché public subséquent doit être passé, mais ce n'est pas nécessairement le cas.
- En pratique, la logique du concours suppose que les participants au concours marquent pour le moins implicitement leur accord avec le règlement du concours qui devrait normalement assurer au pouvoir adjudicateur certains droits sur les projets remis par les participants. On peut considérer qu'il en résultera en général un rapport contractuel entre les participants et le pouvoir adjudicateur. Si le concours est accompagné de surcroît d'un versement de primes, le caractère onéreux du rapport contractuel ne devrait guère faire de doute. Au sens des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, ce rapport contractuel n'est pas considéré comme un marché public.
- Un concours prend fin avec la proclamation du ou des lauréats. A ce moment, les participants ont fourni la prestation qui fait l'objet du concours. Les prestations qui font l'objet d'un marché public ne sont en principe exécutées qu'après l'attribution du marché⁹⁰³.
- Les candidats participant à un concours ont en principe la possibilité de se retirer à tout moment. Une fois qu'un marché public est conclu, l'adjudicataire n'a plus la possibilité de se retirer.
- Les concours comportent obligatoirement la désignation d'un jury. Tel n'est pas le cas pour les marchés publics. Lors des procédures de marché public, les pouvoirs adjudicateurs se font cependant régulièrement assister de consultants externes, assistance en principe indispensable lors des dialogues compétitifs⁹⁰⁴.
- Dans les concours, il existe une plus grande liberté pour fixer les critères d'attribution, puisque le choix peut s'opérer selon d'autres règles que celles des articles 53 de la directive 2004/18 et 55 de la directive 2004/17/CE. Le ou les lauréats du concours ne doivent donc pas être désignés en fonction du caractère économiquement le plus avantageux du plan ou du projet remis ou du coût le moins élevé.
- Les marchés publics peuvent avoir pour objet la prestation de travaux, de services ou la livraison de fournitures. Les concours ne portent que sur des services. Un concours au sens des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE n'est pas envisageable pour un marché portant à la fois sur la conception et l'exécution de travaux
La procédure du dialogue compétitif se rapproche des concours au sens des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, puisque les candidats sont amenés à élaborer pendant la procédure des solutions, des projets ou des plans, dont la qualité importera en vue de l'attribution du marché.
- Les directives prévoient que lors d'un concours « les candidats peuvent être invités, le cas échéant, à répondre aux questions que le jury a consignées dans le projet de procès-verbal, afin de clarifier tel ou tel aspect d'un projet » (article 74, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ; article 66, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE). Toutefois, l'anonymat des participants doit être respecté jusqu'à l'avis ou la décision du jury (article 74, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ; article 66, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE). Contrairement à la pratique suivie dans les procédures négociées et dans le dialogue compétitif⁹⁰⁵, il ne peut donc y avoir d'explications directes entre les participants et le jury du concours.

3. Application du droit primaire aux concours présentant un intérêt transfrontalier en dessous des seuils d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE

275.- La comparaison qui précède montre qu'il peut parfois y avoir entre deux marchés publics des divergences plus grandes qu'entre un marché public et un concours.

Tout comme aux marchés publics, les articles 49 et 56 TFUE peuvent s'appliquer aux concours et imposer une mise en concurrence lorsque le concours présente un intérêt transfrontalier⁹⁰⁶.

⁹⁰³ Voir en ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 14.39, p. 897.

⁹⁰⁴ Cf. au sujet de ces procédures, ci-dessus, no 444 et s.

⁹⁰⁵ Cf. ci-dessus, nos 130 et s. concernant les procédures négociées et le dialogue compétitif.

⁹⁰⁶ Cf. ci-dessous, nos 342 et s. au sujet de l'exigence d'un intérêt transfrontalier.

Cela est évident, lorsque les concours comportent l'attribution de primes. Celles-ci sont réglées soit à tous les participants ou, du moins, à un ou plusieurs lauréats. Dans ce cas, il s'agit de services fournis contre rémunération⁹⁰⁷, couverts par la libre circulation des services. Que certains participants n'obtiennent en définitive pas de prime importe peu. Il n'en est pas autrement lors des procédures de passation de marchés publics où un seul des soumissionnaires obtiendra le marché. Les autres n'auront en définitive fait que soumettre leurs offres. Cela n'empêche pas la Cour, dès lors qu'un marché présente un intérêt transfrontalier certain, d'exiger une mise en concurrence et d'interdire des discriminations indirectes en raison de la nationalité ainsi que, suivant la *jurisprudence dominante*⁹⁰⁸, tous autres traitements inégalitaires.

Même, en l'absence de primes, la libre prestation des services est incontestablement en cause, lorsqu'il a été prévu qu'un marché subséquent serait confié au premier lauréat ou à l'un des lauréats du concours. Dans ce cas, la procédure du concours remplace la mise en concurrence qui devrait précéder l'attribution du marché en l'absence de concours.

En revanche, lorsque le concours ne donne lieu ni à l'attribution d'un marché public, ni à des primes, la question est moins évidente. La prestation des candidats est fournie sans contrepartie. Les participants ne peuvent pas non plus espérer obtenir un marché public consécutivement à leur participation, du moins pas directement. Il faut cependant supposer que ceux qui participent à ce type de concours le font afin de faire reconnaître leurs talents dans l'espoir d'obtenir plus facilement des commandes à l'avenir, autrement dit, pour promouvoir leur activité. Cela vaut en particulier pour les concours d'architectes. Il ne nous semble cependant pas exclu que les effets d'une discrimination indirecte suivant la nationalité ou d'un traitement inégalitaire lors d'un concours ne comportant ni prime, ni attribution d'un marché public, soient «trop aléatoires et trop indirects» sur la libre prestation des services et la liberté d'établissement⁹⁰⁹. Notons cependant qu'à propos de l'activité de jeux de hasard, la Cour a décidé que la libre prestation des services vise également la promotion, laquelle « ne constitue qu'une modalité concrète d'organisation et de fonctionnement des jeux auxquels elle se rattache »⁹¹⁰.

4. Règles prévues par les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE pour la mise en concurrence lors des concours

276.- Les règles prévues par les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE pour la mise en concurrence lors des concours sont les suivantes :

- Il résulte de la définition même que les directives donnent des concours que le choix du lauréat se fait « après mise en concurrence ».
- Un avis de concours doit être publié au Journal Officiel (article 69, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/18/CE ; article 63, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE).
- Un avis sur les résultats du concours doit être envoyé à la Commission (article 69, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE ; article 63, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE).
- L'accès à la participation au concours ne peut être limité au territoire ou à une partie du territoire d'un Etat membre, ou être limité aux personnes physiques ou aux personnes morales (article 66, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE ; article 60, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE).
- Le jury n'a le droit de prendre connaissance du contenu des plans et projets qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de ceux-ci (article 71, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE ; article 64, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE).

⁹⁰⁷ Cf. l'article 57 TFUE.

⁹⁰⁸ Sur les divers courants dans la jurisprudence de la Cour, cf. ci-dessous, nos 345 et s.

⁹⁰⁹ Voir en particulier l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 20 ; cf. également ci-dessous les nos 342 et s., 359 et 360.

⁹¹⁰ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 septembre 2010, Stoß, C-316/07, point 56 ; arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 septembre 2010, Winner Wetten, C-409/06, point 43 ; arrêt de la Cour du 24 mars 1994, Schindler, C-275/92, point 22 ; cf. également les conclusions de l'avocat général Ján Mazák du 17 avril 2012 dans l'affaire C-176/11 (HIT) ainsi que l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, HIT, C-176/11, point 17.

- Aux termes de l'article 72 de la directive 2004/18/CE et de l'article 65, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE, « le nombre de candidats admis doit tenir compte du besoin d'assurer une concurrence réelle ». Le nombre de candidats admis au concours peut donc être limité. Cela résulte également des annexes VII D de la directive 2004/18/CE et XVIII de la directive 2004/17/CE qui prévoient que les concours peuvent être ouverts ou restreints, tout comme les marchés publics.
- Que le concours soit ouvert ou restreint, l'avis de concours doit indiquer les « critères qui seront appliqués lors de l'évaluation des projets » (point 7 des annexes VII D (directive 2004/18/CE) et XVIII (directive 2004/17/CE)).
- L'article 72 de la directive 2004/18/CE et l'article 65, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE disposent que « lorsque les concours réunissent un nombre limité de participants, les pouvoirs adjudicateurs établissent des critères de sélection clairs et non discriminatoires ». Les directives ne précisent pas expressément ce qu'il faut entendre par « nombre limité de participants ». En l'absence d'autres indications, il convient de supposer qu'elles entendent par là un « concours restreint », par opposition à un « concours ouvert », distinction qu'effectuent leurs annexes VII D (directive 2004/18/CE) et XVIII (directive 2004/17/CE).

A contrario, lorsque le nombre de participants n'est pas limité, les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils procéder suivant des critères de sélection qui ne seraient pas clairs et non discriminatoires? Tel que le texte est libellé, on pourrait le croire.

En réalité, il n'en est rien, car un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice qui procéderait suivant des critères obscurs ou discriminatoires manquerait à l'article 2 de la directive 2004/18 ou à l'article 10 de la directive 2004/17/CE d'après lesquels « les pouvoirs adjudicateurs [entités adjudicatrices (directive 2004/17/CE)] traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ». D'autre part, si les directives étaient à interpréter dans le sens que les pouvoirs adjudicateurs pourraient établir des critères obscurs ou discriminatoires, elles seraient contraires au principe d'égalité de traitement dont le respect s'impose au législateur européen. Aussi n'est-il pas étonnant que la Cour ait considéré que l'obligation d'établir des critères de sélection clairs et non-discriminatoires s'impose généralement dans le cadre des concours et que l'article 72, première phrase, de la directive 2004/18/CE « concerne une situation bien définie pour laquelle il est important de rappeler les conditions auxquelles doivent satisfaire les critères de sélection »⁹¹¹.

Section 7.- Champ d'application des directives quant à la valeur des marchés (*ratione valoris*)

§ 1^{re}.- Règles générales

277.- C'est la valeur estimée d'un marché public qui est déterminante pour dire si le seuil d'application des directives est atteint (articles 7 et 9 de la directive 2004/18/CE ; article 17 directive 2004/17/CE ; articles 8 et 9 de la directive 2009/81/CE). Les directives prévoient que « le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable hors tva, estimé par le pouvoir adjudicateur [ou l'entité adjudicatrice]. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les éventuelles reconductions du contrat » (article 9 de la directive 2004/18/CE ; article 9 de la directive 2004/17/CE ; article 9 de la directive 2009/81/CE).

La valeur estimée doit tenir compte de toutes primes et de tous paiements prévus au profit des candidats ou des soumissionnaires (article 9, paragraphe 1^{er}, 2^e alinéa, de la directive 2004/18/CE ; article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2009/81/CE). Sont visées par-là notamment d'éventuelles primes pour la remise d'une offre. La valeur estimée devra tenir compte également des contreparties de nature non financière⁹¹².

Pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, il est tenu compte « de la valeur maximale estimée hors tva de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord ou du système » (article 17, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE ; cf. également l'article 9,

⁹¹¹ Arrêt de la Cour du 23 avril 2009, Commission/Belgique, C-292/07, point 182.

⁹¹² En ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 3.138, p. 374.

paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE, identique en substance, et l'article 9, paragraphe 9, de la directive 2009/81/CE qui n'envisage pas les systèmes d'acquisition dynamiques, puisqu'ils ne sont pas prévus pour les marchés soumis à cette directive)⁹¹³.

La directive 2004/18/CE précise que l'estimation doit « valoir » au moment de l'envoi de l'avis de marché et, en l'absence d'avis de marché, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure d'attribution du marché (article 9, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE). Les deux autres directives ne fournissent pas cette précision.

Les directives 2004/18/CE et 2009/81/CE précisent que « le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application de la présente directive » (article 9, paragraphe 7, dernier alinéa, de la directive 2004/18/CE ; article 9, paragraphe 7, de la directive 2009/81/CE).

Les directives indiquent expressément qu'une scission des marchés ne permettra pas d'échapper à l'application de la directive (article 9, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE ; article 17, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphe 3, de la directive 2009/81/CE). Les directives ne visent évidemment par-là que des scissions artificielles de marchés⁹¹⁴.

Si la directive 2004/17/CE contient en principe les mêmes règles pour la détermination de la valeur estimée, elle contient cependant deux règles⁹¹⁵ supplémentaires qui ne se trouvent pas dans les directives 2004/18/CE et 2009/81/CE.

Signalons enfin que la Cour a retenu que si le cocontractant du pouvoir adjudicateur est censé recevoir des paiements à la fois du pouvoir adjudicateur et de tiers, la valeur estimée du marché doit tenir compte de l'ensemble de ces paiements. En effet, « étant donné que l'objectif des procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive [l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 93/37/CEE] est précisément de garantir à des soumissionnaires établis dans la Communauté européenne l'accès aux marchés publics qui les intéressent, il s'ensuit que c'est à partir de leur point de vue qu'il y a lieu de calculer si la valeur d'un marché atteint le seuil fixé à l'article 6 de la directive »⁹¹⁶.

§ 2.- Marchés publics de travaux

278.- Le seuil d'application des directives est actuellement⁹¹⁷ de 5 186 000 euros hors tva pour les marchés publics de travaux (article 7 de la directive 2004/18/CE ; article 16 de la directive 2004/17/CE ; article 8 de la directive 2009/81/CE). La valeur des matériaux de construction mis à disposition par le pouvoir adjudicateur est à inclure dans l'estimation⁹¹⁸.

Lorsqu'il s'agit de la construction d'un ouvrage, les directives s'appliquent en principe à tous les marchés publics de travaux passés pour cet ouvrage⁹¹⁹, dès que la valeur estimée de l'ensemble des travaux atteint 5 186 000 euros hors tva même si, individuellement, ils n'atteignent pas ce seuil. Les directives permettent cependant aux pouvoirs adjudicateurs de déroger à l'application des directives pour les lots dont la valeur est inférieure à un million d'euros, « pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots » (article 9, paragraphe 5, a), de

⁹¹³ Cf. également à ce sujet, l'arrêt de la Cour du 4 mai 1995, Commission/Grèce, C-79/94, point 15.

⁹¹⁴ Cf. en ce sens l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, point 60 ; arrêt de la Cour du 14 novembre 2002, Felix Swoboda, C-411/00, point 58.

⁹¹⁵ Article 17, paragraphes 4 et 8 de la directive 2004/17/CE. Il s'agit de précisions bien utiles. On peut estimer que ces mêmes règles peuvent être appliquées pour les marchés relevant des directives 2004/18/CE ou 2009/81/CE.

⁹¹⁶ Arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, points 53 et 54.

⁹¹⁷ Conformément à la dernière adaptation, effectuée par le règlement (UE) no 1336/2013 de la Commission du 13 décembre 2013 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés (JO L 17 du 14 décembre 2013, pp 17 et 18).

⁹¹⁸ Article 9, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ; article 17, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphe 4, de la directive 2009/81/CE.

⁹¹⁹ Sur la notion d'ouvrage, cf. ci-dessus nos 247 et 248.

la directive 2004/18/CE ; article 9, paragraphe 5, a), de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphe 5, a), de la directive 2004/81/CE)⁹²⁰.

§ 3.- Marchés publics de fournitures

279.- Le seuil d'application des directives 2004/17/CE et 2009/81/CE est de 414 000 euros hors tva pour les marchés publics de fournitures (article 16 de la directive 2004/17/CE ; article 8 de la directive 2009/81/CE). La directive 2004/18/CE fixe le seuil à partir duquel elle s'applique aux marchés publics de fournitures en principe à 134 000 euros hors tva pour les marchés passés par les autorités centrales et à 207 000 euros hors tva pour les collectivités territoriales et les organismes de droit public (article 7 de la directive 2004/18/CE).

Les directives indiquent des règles pour le calcul de la valeur estimée des marchés publics de fournitures conclus sous la forme d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente (prise en compte de la valeur totale du marché lorsqu'il est à durée déterminée, sinon la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit) ou encore lorsqu'il s'agit de fournitures présentant un caractère de régularité ou destinées à être renouvelées au cours d'une période donnée (valeur *réelle* globale des contrats successifs analogues pendant une durée de douze mois ou alors la valeur *estimée* globale en principe pendant douze mois) (article 9, paragraphes 6 et 7, de la directive 2004/18/CE ; article 17, paragraphes 7 et 9 de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphes 6 et 7, de la directive 2009/81/CE).

Comme pour les marchés publics de travaux, les directives « marchés publics » s'appliquent, dès lors qu'un marché de fournitures individuel n'atteint pas le seuil d'application des directives, mais qu'il fait partie d'une commande plus importante, dépassant ce seuil. Ainsi, lorsqu'un projet en vue de fournitures « homogènes » donne lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, les marchés individuels sont soumis aux procédures des directives, si l'ensemble de ces marchés passés en même temps atteint le seuil. Dans ce cas, les directives permettent également aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de ne pas appliquer les procédures des directives « pour les lots dont la valeur estimée hors tva est inférieure à 80 000 euros et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots » (article 17, paragraphe 6, b), de la directive 2004/18/CE ; article 9, paragraphe 5, b), de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphe 5, b), de la directive 2004/81/CE).

§ 4.- Marchés publics de « services »

A. Distinction entre les marchés de services prioritaires et les marchés de services non prioritaires

280.- Qu'un marché public de services dépasse les seuils d'application des directives « marchés publics » ne signifie pas que ces dernières le soumettent obligatoirement à concurrence. En effet, il existe des marchés publics de services qui, bien qu'entrant dans le domaine d'application des directives « marchés publics », n'y sont soumis que très partiellement⁹²¹.

B. Seuils prévus par les directives et règles de calcul de la valeur estimée

281.- Le seuil d'application des directives 2004/17/CE et 2009/81/CE pour les marchés publics de services est de 414 000 euros hors tva (article 16 de la directive 2004/17/CE ; article 8 de la directive 2009/81/CE). La directive 2004/18/CE fixe le seuil en principe à 134 000 euros hors tva pour les marchés passés par les autorités centrales et à 207 000 euros hors tva pour les collectivités territoriales et les organismes de droit public (article 7 de la directive 2004/18/CE).

Lorsqu'« un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte ». Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne sont cependant pas obligées d'appliquer cette règle pour

⁹²⁰ Cf. à ce sujet également l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, point 78.

⁹²¹ Cf. ci-dessus, no 253.

des lots dont la valeur estimée hors tva est inférieure à 80 000 euros, à condition cependant que « le montant cumulé de ces lots n'exécède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots » (article 9, paragraphe 5, a), de la directive 2004/18/CE ; article 9, paragraphe 5, a), de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphe 5, a), de la directive 2009/81/CE).

Pour des marchés publics de services « présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée », il y a lieu de tenir compte ou bien de la valeur *réelle* globale des contrats successifs analogues pendant en principe une durée de douze mois ou bien de la valeur *estimée* globale en principe pendant douze mois (article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/18/CE ; article 17, paragraphe 7 de la directive 2004/17/CE ; article 9, paragraphe 7, de la directive 2009/81/CE).

La Cour a ajouté aux règles fixées par les directives une règle supplémentaire, procédant d'après elle d'une « approche fonctionnelle ». En effet, la Cour a appliqué aux marchés publics de services l'idée qui est à la base de la définition de la notion d'ouvrage comme « résultat d'un ensemble de travaux destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique »⁹²². Ainsi la Cour a retenu ce qui suit dans un arrêt du 15 mars 2012 :

« Des raisons tenant à la prétendue nature différente des marchés de services ne sauraient justifier l'inapplicabilité à ces derniers de l'approche fonctionnelle développée par la Cour dans l'arrêt Commission/France, précité⁹²³. Ainsi, afin d'apprécier si des services dont la prestation, comme dans le cas d'espèce, a été effectuée en différentes phases distinctes doivent être considérées comme formant un marché unique, il convient de vérifier le caractère unitaire de leur fonction économique et technique »⁹²⁴.

Section 8.- Champ d'application *ratione temporis* des directives « marchés publics »

282.- D'après la Cour, « la directive applicable est, en principe, celle en vigueur au moment où le pouvoir adjudicateur choisit le type de procédure qu'il va suivre et tranche définitivement la question de savoir s'il y a ou non obligation de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public »⁹²⁵. La Cour justifie cette solution par la considération 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 »⁹²⁶. Néanmoins - là encore, il suffit de citer la Cour, le principe énoncé étant parfaitement clair - « lorsque des négociations entamées après cette décision présentent des caractéristiques substantiellement différents par rapport à celles déjà menées et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat, l'application des dispositions d'une directive dont l'expiration du délai de transposition a eu lieu après la date de ladite décision pourrait être justifiée »⁹²⁷.

Pour l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, la Cour applique des principes similaires en prenant pour date de référence l'époque où elle a retenu pour la première fois l'existence d'une obligation de mise en concurrence suivant le droit primaire⁹²⁸.

⁹²² Quant à la définition de la notion d'ouvrage, cf. ci-dessus, nos 247 et 248.

⁹²³ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98. De fait, dans le cas des marchés publics de travaux, cette approche fonctionnelle s'imposait vu la définition de la notion d'« ouvrage » qui met l'accent sur l'unité de la fonction économique ou technique des travaux.

⁹²⁴ Arrêt de la Cour du 15 mars 2012, Commission/Allemagne, C-574/10, point 41.

⁹²⁵ Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, Commission/Pays-Bas, C-576/10, point 52 ; voir dans le même sens déjà, l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, points 36 et 37.

⁹²⁶ Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, Commission/Pays-Bas, C-576/10, point 53 ; voir dans le même sens déjà, l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, point 44.

⁹²⁷ Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, Commission/Pays-Bas, C-576/10, point 54 ; voir également en ce sens déjà, l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, point 44.

⁹²⁸ Cf. ci-dessous no 544.

Section 9.- Exceptions diverses à l'application des directives « marchés publics »

§ 1^{er}.- Exceptions découlant du traité

283.- Certaines exceptions à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire valent également pour la mise en concurrence des directives « marchés publics » ou d'autres textes du droit dérivé. Elles s'appliquent nonobstant toute disposition en sens contraire du droit dérivé. Ces exceptions résultent des articles 51 TFUE (activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique), 106, alinéa 2, TFUE (dérogations à la mise en concurrence indispensables à l'accomplissement, en droit ou en fait, d'une mission de service d'intérêt économique général (SIEG)) et 346 TFUE (renseignements dont la divulgation serait contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat membre concerné ; mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sécurité et se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munition et de matériel de guerre). A ces exceptions s'ajoutent les exceptions aux libertés fondamentales prévues par les articles 36 TFUE (libre circulation des marchandises), 52 TFUE (liberté d'établissement), 62 et 52 TFUE combinés (la libre prestation des services) ou fondées sur d'autres motifs impérieux d'intérêt général.

Ces exceptions sont examinées à d'autres endroits du présent travail⁹²⁹. Nous prions le lecteur de s'y reporter.

Rappelons par ailleurs les exceptions qui existent en cas de collaboration de pouvoirs adjudicateurs ou de création d'une entité *Teckal* que nous avons examinées ci-dessus. Ces exceptions procèdent de la conception fonctionnelle de la notion d'Etat dans le droit de l'Union et de la liberté de s'organiser que ce droit laisse aux Etats⁹³⁰.

§ 2.- Exceptions prévues dans les directives « marchés publics »

284.- Les articles 16 (exclusions spécifiques) et 31 (cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché) de la directive 2004/18/CE indiquent des cas dans lesquels la directive ne s'applique pas. Les articles 24 et 40 de la directive 2004/17/CE ainsi que les articles 13 et 28 de la directive 2009/81/CE prévoient des exceptions en grande partie identiques. D'après la Commission et d'après le Tribunal, ces exceptions s'appliquent également à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire⁹³¹. Aussi, nous examinerons ces cas dans la deuxième partie consacrée au droit primaire de la mise en concurrence⁹³².

L'article 30 de la directive 2004/17/CE exempte de mise en concurrence les marchés sectoriels « si, dans l'Etat membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité ». Plus haut, nous avons expliqué que cette exception nous semblait conforme au droit primaire et qu'elle paraissait devoir s'appliquer également aux « marchés publics » régis par le droit primaire seul⁹³³.

De même, nous avons déjà parlé de l'exception de l'article 13 de la directive 2004/18/CE en faveur d'activités dans le domaine des télécommunications⁹³⁴. Cette exception procède des mêmes considérations que l'exemption en vertu de l'article 30 de la directive 2004/17/CE. Il en va de même de l'exception de l'article 19 (marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers) de la directive 2004/17/CE⁹³⁵ ou de celle prévue à l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE. A chaque fois, l'exclusion est motivée par la considération que l'entité adjudicatrice concernée opère

⁹²⁹ Cf. pour l'article 51 TFUE, les nos 449 et s. ci-dessous ; pour les articles 36, 52 et 62 TFUE, le no 458 ci-dessous ; pour l'article 106, paragraphe 2, TFUE, les nos 452 et s. ci-dessous et pour l'article 346 TFUE, le no 152 ci-dessous.

⁹³⁰ Cf. ci-dessus, nos 232 et s. ainsi que ci-dessous, nos 509 et s.

⁹³¹ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumis ou potentiellement soumis aux directives « marchés publics » (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s., point 2.1.4 ; arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 141).

⁹³² Voir pour ces exceptions, ci-dessous, nos 419 et s.

⁹³³ Cf. ci-dessus sur l'article 30 de la directive 2004/17/CE, no 81.

⁹³⁴ Cf. ci-dessus, nos 91 et 123.

⁹³⁵ Cf. également au sujet de cette exception ci-dessus, no 53.

dans des conditions de concurrence normale sur un marché auquel l'accès est libre, c'est-à-dire qu'elle n'agit pas en tant qu'Etat au sens fonctionnel.

Quant à l'exception relative aux marchés passés avec des entreprises liées ou des coentreprises prévue à l'article 23 de la directive 2004/17/CE, nous avons vu dans la première partie⁹³⁶ qu'elle va nettement au-delà de l'exception *Teckal*. Aussi le droit primaire de la mise en concurrence requiert à notre avis une mise en concurrence dans certains cas exemptés en vertu de ces dispositions.

Nous avons par ailleurs déjà examiné l'exception pour les marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif prévu à l'article 18 de la directive 2004/18/CE⁹³⁷.

Rappelons pareillement les exceptions découlant de l'article 14 (Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité) de la directive 2004/18/CE⁹³⁸ que nous avons discutées dans la première partie.

L'article 15 de la directive 2004/18/CE, enfin, excepte du régime de la directive certains marchés passés en vertu de règles internationales⁹³⁹. Les articles 22 de la directive 2004/17/CE et 12 de la directive 2009/81/CE prévoient des exceptions similaires.

285.- Nous avons vu plus haut que lorsque l'objet principal d'un contrat n'est pas soumis aux directives « marchés publics », l'ensemble du contrat échappe à l'application des directives, même si certains volets, pris individuellement, y seraient soumis⁹⁴⁰. Il n'en est ainsi que si les différents volets du contrat sont liés d'une manière inséparable et forment un tout indivisible⁹⁴¹.

Si l'opération est soustraite à l'application des directives « marchés publics », elle peut toutefois être soumise à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire.

Les marchés publics portant sur des services non prioritaires ne sont pas sujets à mise en concurrence d'après les directives « marchés publics ». Ces marchés doivent cependant être précédés d'une mise en concurrence s'ils présentent un intérêt transfrontalier⁹⁴². La même chose vaut pour tous les marchés publics non soumis aux directives « marchés publics » *ratione valoris*, qu'il s'agisse de marchés de travaux, de fournitures ou de services, prioritaires ou non.

Section 10.- L'incidence de l'Accord sur les marchés publics sur le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence en droit européen

286.- Par sa décision 94/800/CE du 22 décembre 1994, le Conseil a approuvé l'Accord sur les marchés publics au nom de la Communauté européenne⁹⁴³. Cet accord était en partie plus favorable aux soumissionnaires des pays tiers que les directives « marchés publics » 92/50/CEE, 93/36/CEE et

⁹³⁶ Voir ci-dessus, no 86.

⁹³⁷ Voir ci-dessus, no 235.

⁹³⁸ Voir ci-dessus, no 154.

⁹³⁹ Il s'agit des « marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passées en vertu :

- a) d'un accord international, conclu en conformité avec le traité, entre un Etat membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des fournitures ou des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires ou sur des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires ; tout accord sera communiqué à la Commission qui peut procéder à une consultation au sein du comité consultatif pour les marchés publics visés à l'article 77 ;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers ;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale » (article 15 de la directive 2004/18/CE).

⁹⁴⁰ Cf. ci-dessus, no 257.

⁹⁴¹ Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, *Mehiläinen*, C-215/09, points 36 et 37 ; arrêt de la Cour du 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, point 26 ; arrêt de la Cour du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki*, C-145/08 et C-149/08, points 48, 49 et 50. ; voir également l'arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, *Commission/Italie*, C-3/88, points 18 et 19. Cf. également à ce sujet ci-dessus le no 257.

⁹⁴² Cf. ci-dessous sur la notion d'intérêt transfrontalier, nos 342 et s.

⁹⁴³ JO L 336 du 23 décembre 1994, p. 1.

93/37/CEE (cinquième considérant de la directive 97/52/CE). C'est pourquoi la directive 97/52/CE⁹⁴⁴ est venue apporter certaines modifications à ces directives.

L'Accord sur les marchés publics est en vigueur entre les pays suivants : Canada, Chine (Hong Kong seulement), Islande, Israël, Japon, Corée du Sud, Liechtenstein, l'Union Européenne et ses membres, Les Pays-Bas pour l'île d'Aruba, Norvège, Singapour, Suisse, Taiwan et les Etats-Unis.

Le contenu de l'Accord sur les marchés publics détermine en partie celui du droit européen des marchés publics. Lorsqu'il est question de modifier les directives « marchés publics », la Commission se réfère d'ailleurs régulièrement à l'Accord sur les marchés publics, pour signaler la marge de manœuvre limitée dont dispose le législateur européen⁹⁴⁵.

Les parties à l'Accord sur les marchés publics ont adopté en 2012 un protocole portant amendement de l'accord. Conformément à l'article XX, 11., de l'accord amendé, les amendements entreront en vigueur dès que l'accord amendé aura été accepté par les deux tiers des parties à l'accord actuel.

§ 1^{re}. - Contenu de l'Accord sur les marchés publics

A. Champ d'application quant aux entités tenues au respect des dispositions de l'accord sur les marchés publics - Divergences par rapport aux directives « marchés publics »

287.- Le champ d'application personnel de l'accord même quant aux marchés et quant aux seuils, résulte pour chacune des parties des annexes de l'appendice I (article I^{er} et note explicative relative à l'article I^{er}, paragraphe 1^{er}, figurant à la suite du texte de l'accord⁹⁴⁶).

Pour les pays de l'Union Européenne, les entités tenues de respecter les règles de l'Accord sur les marchés publics sont, sous certaines réserves⁹⁴⁷, les pouvoirs adjudicateurs indiqués dans l'actuelle directive générale 2004/18/CE, de même que les entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17/CE. Cependant, les entités adjudicatrices bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs autres que les pouvoirs adjudicateurs ou les entreprises publiques ne sont pas visées par l'Accord sur les marchés publics.

Notons que les listes pour les différents Etats membres de l'Union européenne ne sont pas totalement cohérentes. Dans certaines listes ne se retrouvent que les différents ministères, tandis que pour d'autres y figurent également des établissements publics.

Dans les secteurs spéciaux, l'Accord actuellement en vigueur ne prévoit ni l'exception concernant les entreprises liées et les coentreprises, ni l'exemption prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE des marchés passés pour les activités exposées directement à la concurrence dans l'Etat membre concerné sur des marchés dont l'accès n'est pas limité⁹⁴⁸ (cf. l'article XXIII - Exceptions à l'accord). D'autre part, l'Accord n'exclut ni les concessions de travaux, ni les concessions de services. Sur ces points, les directives ne paraissent donc pas conformes à l'accord sur les marchés publics, tel qu'il est actuellement en vigueur⁹⁴⁹. Vu ces divergences par rapport aux directives - il y en a encore

⁹⁴⁴ Directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CE, 93/36/CE et 93/37/CE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement (JO L 328 du 23 novembre 1997, pp. 1 et s.).

⁹⁴⁵ Voir, par exemple, le livre vert du 27 janvier 2011 sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics (COM (2011) 15 final), p. 5.

⁹⁴⁶ L'article II de l'accord amendé indique un certain nombre d'exclusions que ne mentionne pas la version actuellement en vigueur de l'accord.

⁹⁴⁷ Appendice I, Communautés européennes, notes générales, point 7. Cf. également de ce même appendice l'annexe 3, point (e), quant aux chemins de fer.

⁹⁴⁸ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, points 15.55 (p. 881) et 15.72 (p. 891). Cf. au sujet de cette exception, nos 53, 81 *in fine*, 82, 199 ci-dessus et 508 plus bas.

⁹⁴⁹ Voir en ce sens également H. PÜNDER, « *Völkerrechtliche Vorgaben* » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 65.

d'autres - la question de l'applicabilité directe de l'Accord présente un intérêt considérable⁹⁵⁰. L'Accord amendé supprime certaines divergences. Ainsi, il exclut les marchés pour des activités sectorielles soumises aux forces concurrentielles sur le marché et ceux passés auprès d'entreprises liées ou de coentreprises au sens de l'article 2004/17/CE ou passés par des coentreprises (cf. appendice I concernant l'Union européenne, annexe 3, de l'accord amendé).

Quant aux concessions de services, la définition que l'Accord amendé donne des « marchandises et services commerciaux » paraît en exclure certaines. L'Accord amendé définit en effet les « marchandises et services commerciaux » comme « des marchandises ou des services d'un type généralement vendu ou offert à la vente sur le marché commercial à des acheteurs autres que les pouvoirs publics et habituellement achetés par eux pour des besoins autres que ceux des pouvoirs publics » (article Ier, a)). Certaines concessions de services portent sur des services pour lesquels, ces conditions ne sont pas remplies. Il en est ainsi des concessions ayant pour objet l'exploitation de certaines infrastructures publiques, ainsi par exemple des parkings publics ou des stades.

B. L'accord s'applique aux marchés passés « par tout moyen contractuel »

288.- L'Accord s'applique aux marchés passés « par tout moyen contractuel » (article I^{er}, 2.)⁹⁵¹. La condition requise par les directives « marchés publics » qu'il s'agisse d'un contrat écrit à titre onéreux n'est pas exigée. Pour les pays de l'Union Européenne, l'Accord s'applique aux marchés de travaux et de services prioritaires au sens des directives, sauf les services de recherche et de développement et quelques autres exceptions ponctuelles. Il s'applique également aux marchés publics de fournitures.

Les entreprises publiques agissant dans les secteurs spéciaux ne sont tenues de respecter l'Accord que pour les marchés passés pour la poursuite des activités sectorielles⁹⁵².

C. Procédures

289.- L'Accord définit trois types de procédures (article VII, paragraphe 3. , a), b) et c))⁹⁵³ : la procédure d'appel d'offres ouverte qui est l'équivalent de la procédure ouverte des directives européennes, la procédure d'appel d'offres sélective à laquelle seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice sont admis à soumissionner (dans cette catégorie, il faut ranger tant la procédure restreinte que la procédure négociée avec avis de marché préalable, prévue par les directives « marchés publics ») et la procédure d'appel d'offres limitée, admise seulement dans un nombre limité de cas, correspondant à la procédure négociée sans avis de marché préalable des directives.

L'invitation à soumissionner prend en principe la forme d'un avis de projet de marché (article IX, paragraphe 2). La publicité peut également prendre la forme d'un avis de marché programmé⁹⁵⁴ (ce qui correspond à la mise en concurrence par avis périodique indicatif de la directive 2004/17/CE (article 42, paragraphe 1^{er}, a)) ou celle d'un avis concernant un système de qualification⁹⁵⁵ (ce type d'avis étant prévu par l'article 42, paragraphe 1^{er}, b) de la directive 2004/17/CE) lorsque le pouvoir adjudicateur est une collectivité territoriale, un organisme de droit public, une entreprise publique ou une autorité centrale exerçant une activité sectorielle pour un marché passé dans l'intérêt de cette activité.

Quant aux conditions de l'appel d'offres limité, l'équivalent de la procédure négociée sans avis préalable dans les directives, l'article XV de l'accord s'exprime de manière beaucoup plus nuancée

⁹⁵⁰ Cf. également ci-dessous, nos 294 et s. La question de la conformité des directives européennes en matière de marchés publics avec l'accord sur les marchés publics est examinée par H. DIEHL dans sa thèse intitulée *Völkerrechtliche Beschaffungsabkommen : Inhalt und Wirkung* (éditions Peter Lang, 2007, p. 173). L'auteur conclut à la conformité du droit européen, en signalant cependant que sa conclusion ne vaut que pour les volets qu'elle a examinés (p. 185). Les non-conformités signalées ci-dessus et celles qui sont indiquées plus loin portent sur des points qui n'ont pas été examinés par cet auteur.

⁹⁵¹ Article II, b) de l'accord amendé.

⁹⁵² Appendice I, Communautés européennes, notes générales, point 7. Voir l'Appendice I concernant l'Union européenne, annexe 7, point 2, de l'accord amendé.

⁹⁵³ Cf. l'article Ier, h) m) et 9) de l'accord amendé.

⁹⁵⁴ Cf. l'article VII, 4. de l'Accord amendé.

⁹⁵⁵ Cf. l'article IX, 12. de l'Accord amendé.

que les directives. Les directives « marchés publics » donnent l'impression d'absence de mise en concurrence en cas de procédure négociée sans avis de marché. De fait, la directive 2004/17/CE indique expressément qu'elle ne comporte pas de mise en concurrence. Or, l'Accord sur les marchés publics indique que dans ces cas, les dispositions applicables aux autres procédures « ne seront pas nécessairement applicables (...) à la condition que l'appel d'offres limité ne soit pas utilisé en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les fournisseurs des autres parties ou de protection de producteurs ou des fournisseurs nationaux » (article XV, 1^{er} paragraphe)⁹⁵⁶. A interpréter les directives de manière conforme à l'Accord sur les marchés publics, il faudrait retenir que la procédure négociée sans avis de marché préalable, même si elle n'implique pas toujours une mise en concurrence, en requiert toutefois à chaque fois que les circonstances ne l'excluent pas radicalement.

D. Négociations

290.- Dans les procédures d'appel d'offres ouvertes et dans la procédure d'appel d'offres sélective des négociations sont permises⁹⁵⁷. La procédure négociée avec avis de marché des directives européennes est donc en principe couverte. Elle est l'équivalent, dans le système de l'Accord sur les marchés publics, d'une procédure d'appel d'offres sélective accompagnée de négociations. D'après l'Accord sur les marchés publics, les négociations « serviront principalement à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions »⁹⁵⁸. Quant à la procédure négociée avec avis de marché de la directive 2004/18/CE, la Cour a retenu dans un arrêt du 23 avril 2009, que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 a pour effet de restreindre la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur « en énonçant que la négociation, qui est l'élément déterminant de la procédure de passation de marché public concernée, vise exclusivement à adapter les offres soumises aux exigences prévues dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels, dans le but de rechercher la meilleure offre »⁹⁵⁹. A quelques nuances près, la directive 2004/18/CE rejoint donc l'Accord sur les marchés publics. La directive 2004/17/CE en revanche, conçoit les négociations de façon plus large. Sous le régime de la directive 2004/17/CE, les négociations peuvent notamment prendre la forme d'un dialogue compétitif. Cette acceptation large des négociations n'est pas conforme à l'Accord sur les marchés publics. De même, la conformité de la procédure du dialogue compétitif introduite par la directive 2004/18/CE avec l'article XIV, 2., de l'Accord sur les marchés publics paraît douteuse. L'Accord amendé ne contient plus cette restriction.

E. Critères de sélection et critères d'attribution

291.- Tout comme les directives, l'Accord distingue entre les critères de sélection en vue de la participation à l'appel d'offres et les critères d'attribution⁹⁶⁰. Les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres doivent être limitées à ce qui est indispensable pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question (article VIII, b)). Dans les procédures d'appel d'offres sélectives, les entités adjudicatrices doivent inviter le plus grand nombre possible de candidats compatibles avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés⁹⁶¹.

⁹⁵⁶ A noter que l'article XIII, 1., de l'Accord amendé est à cet égard nettement moins exigeant que l'article XV de l'Accord actuel.

⁹⁵⁷ Article XIV de l'Accord sur les marchés publics. Cf. l'article XII, 1., de l'Accord amendé.

⁹⁵⁸ Article XIV, paragraphe 2, de l'Accord sur les marchés publics.

⁹⁵⁹ Arrêt de la Cour du 23 avril 2009, Commission/ Belgique, C-292/07, point 107.

⁹⁶⁰ Cf. les articles VIII et XIII, paragraphe 4, b), de l'Accord sur les marchés publics. Voir l'article VIII et XV, 5. de l'accord amendé.

⁹⁶¹ Article X, 1^{er} paragraphe, de l'Accord sur les marchés publics actuel. Ces dispositions semblent exclure de procéder à une présélection en sélectionnant les trois à cinq candidats paraissant les plus aptes à exécuter le marché, ce que n'interdit pas l'article 44 de la directive 2004/18/CE. L'article 44, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE dispose comme suit : « Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et dans le dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront à soumissionner, négocier ou à dialoguer, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché

F. Obligation de garantir la conformité des lois et règlements à l'accord

292.- L'Accord sur les marchés publics prévoit à l'article XXIV, paragraphe 5, a), que « chaque gouvernement qui acceptera l'Accord ou qui y accédera assurera, au plus tard à la date où ledit Accord entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives, ainsi que des règles, procédures et pratiques appliquées par les entités reprises dans ses listes annexées au présent Accord, avec les dispositions dudit Accord »⁹⁶². Au sens de l'Accord, le terme « gouvernement » est réputé comprendre les autorités compétentes des Communautés européennes⁹⁶³. L'adaptation des directives européennes par la directive 97/52/CE s'imposait donc juridiquement en raison de l'article XXIV, paragraphe 5, indépendamment de la confusion qu'aurait généré l'existence de textes divergents. Les adaptations effectuées concernent les seuils et certains points mineurs comme les délais de réception des offres. Il subsiste cependant des divergences notables entre l'Accord sur les marchés publics actuel et les directives « marchés publics » : l'Accord sur les marchés publics n'exclut pas les concessions de services ; l'exception *Teckal* n'y est point prévue⁹⁶⁴, ni celle de l'article 23 de la directive 2004/17/CE en faveur de marchés passés avec des entreprises liées ou des coentreprises ; l'Accord sur les marchés publics s'applique même en l'absence de caractère « onéreux » du contrat ; l'exemption prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE n'est pas autorisée par l'Accord sur les marchés publics. La matière étant complexe, ces divergences s'expliquent peut-être par certaines inadvertances, passées d'abord inaperçues, mais difficiles à réparer par la suite. L'Accord amendé, non encore entré en vigueur, présente moins de divergences avec les directives « marchés publics ». Cependant, il en subsiste. Il en est ainsi de l'exception *Teckal*, des concessions de travaux et de certaines concessions de services.

§ 2.- Effets de l'Accord sur les marchés publics dans l'ordre juridique de l'Union européenne

A. Interprétation des directives « marchés publics » conformément à l'Accord sur les marchés publics

293.- D'après le troisième considérant de la directive 97/52/CE⁹⁶⁵, « les pouvoirs adjudicateurs qui se conforment aux directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE telles que modifiées par cette directive et qui appliquent les mêmes dispositions aux entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services de pays tiers signataires de l'accord respectent ainsi l'accord ». Lors de l'adoption des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, l'intention du législateur européen était la même. Les

les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant le nombre maximal.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimum est de cinq. Dans la procédure négociée une publication et le dialogue compétitif, le nombre minimum est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle ».

Or, il y a une différence entre retenir un nombre de candidats « suffisant pour assurer une concurrence réelle », ainsi que le requiert la directive 2004/18/CE, et « inviter à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et de fournisseurs des autres parties compatibles avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés » (article X, 1^{er} paragraphe, de l'Accord sur les marchés publics). Cette dernière exigence est nettement plus stricte. Elle revient, dans de nombreux cas, à imposer un nombre de candidats supérieur à ce que requiert la directive 2004/18/CE. L'Accord amendé sur les marchés publics ne contient plus cette prescription.

⁹⁶² L'article XXII, 4. de l'Accord amendé renferme une disposition équivalente.

⁹⁶³ Cf. les notes reproduites à la suite de l'Accord sur les marchés publics actuel : note 8 relative à l'article XXIV de l'Accord.

⁹⁶⁴ Voir à ce sujet également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 6.173 (pp. 396 et 397).

⁹⁶⁵ Directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CE, 93/36/CE et 93/37/CE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement (JO L 328 du 23 novembre 1997, pp. 1 et s.).

préambules des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE⁹⁶⁶ font également référence à l'accord sur les marchés publics. De même, le quatorzième considérant de la directive 2004/17/CE indique que les entités adjudicatrices qui se conforment aux dispositions de la directive et les appliquent aux opérateurs économiques des pays tiers signataires de cet Accord « respectent ainsi cet Accord »⁹⁶⁷.

Comme le législateur européen a entendu aligner les directives sur l'Accord sur les marchés publics, il convient, à l'évidence, d'interpréter les directives d'une manière conforme à l'Accord sur les marchés publics⁹⁶⁸. En effet, ainsi que la Cour l'a retenu, les réglementations européennes doivent être interprétées, dans la mesure du possible, de façon conforme aux Accords internationaux auxquels l'Union est partie, même si ce dernier n'a pas d'effet direct⁹⁶⁹. Lorsqu'il s'agit d'une non-conformité manifeste, le recours à l'Accord sur les marchés publics pour l'interprétation des directives n'est évidemment d'aucun secours. De même, pour l'interprétation de celles des dispositions des directives qui sont plus contraignantes que l'Accord sur les marchés publics, le recours à ce dernier est inutile. En revanche, lorsqu'il s'agit, par exemple, des cas exceptionnels permettant un marché négocié sans publication d'un avis de marché préalable, il peut être utile de recourir au texte de l'Accord sur les marchés publics qui contient une liste limitative très similaire⁹⁷⁰.

B. L'Accord sur les marchés publics a-t-il un effet direct dans l'ordre juridique de l'Union européenne ?

294.- La Cour de Justice ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si l'Accord sur les marchés publics a un effet direct dans l'ordre juridique communautaire⁹⁷¹. L'importance pratique de la question ne doit cependant pas être sous-estimée.

1. Intérêt de la question

295.- D'ordinaire, il est supposé que les directives européennes sont conformes à l'Accord sur les marchés publics⁹⁷². Dans ce cas, en effet, l'intérêt de la question se réduit à savoir si un ressortissant d'un Etat non membre de l'Union européenne peut invoquer directement les dispositions de l'Accord sur les marchés publics⁹⁷³. En revanche, si - ainsi que nous l'avons montré plus haut - le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence dans les directives marchés publics n'est pas conforme à l'Accord sur les marchés publics, les ressortissants de l'Union européenne ont également un intérêt à pouvoir invoquer directement les dispositions de l'Accord sur les marchés publics. Dans ce cas, les dispositions de l'Accord sur les marchés publics doivent l'emporter et les dispositions contraires des directives devront être écartées.

⁹⁶⁶ Considérant 7 de la directive 2004/18/CE ; considérant 14 de la directive 2004/17/CE.

⁹⁶⁷ Considérant 14 de la directive 2004/17/CE.

⁹⁶⁸ Voir en ce sens également, mais en des termes plus généraux, H. DIEHL, *Völkerrechtliche Beschaffungsabkommen: Inhalt und Wirkung im Gemeinschaftsrecht*, éditions Peter Lang, 2009, p. 173 ; K. ODENDAHL, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 647 et s., p. 651 ; H.-J. PRIEB, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 3^e éd., Köln-Berlin-München, 2005, S. 32 ; P. MANIN, « A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, pp. 399 et s., p. 412.

⁹⁶⁹ Arrêt de la Cour du 11 septembre 2007, Merck, C-431/05, point 35.

⁹⁷⁰ Cf. l'article XV (Appel d'offres limité).

⁹⁷¹ Le septième considérant de la directive 2004/18/CE et le quatorzième considérant de la directive 2004/17/CE indiquent que l'Accord sur les marchés publics n'a pas d'effet direct. L'opinion ainsi exprimée par le législateur européen n'a cependant pas d'effet contraignant.

⁹⁷² Voir par exemple H. DIEHL, *Völkerrechtliche Beschaffungsabkommen: Inhalt und Wirkung im Gemeinschaftsrecht*, éditions Peter Lang, 2009 a examiné cette question. Cet examen n'a cependant porté que sur des aspects qui ne soulèvent pas de problème ; voir également K. ODENDAHL, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 647 et s., pp. 651 et 652.

⁹⁷³ Ainsi H. DIEHL, *Völkerrechtliche Beschaffungsabkommen: Inhalt und Wirkung im Gemeinschaftsrecht*, éditions Peter Lang, 2009, p. 50.

S'il faut reconnaître un effet direct à l'Accord sur les marchés publics, le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence se trouvera élargi (cf., par exemple, l'exception de l'article 30 de la directive 2004/17/CE qui n'est pas couverte par l'Accord sur les marchés publics (entités exerçant une activité sectorielle directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité), ainsi que les autres discordances relevées plus haut⁹⁷⁴). L'Accord amendé sur les marchés publics présentant nettement moins de divergences avec les directives « marchés publics » que l'Accord actuel, la question ne revêtira plus le même intérêt, une fois que l'Accord amendé sera entré en vigueur⁹⁷⁵. Si un effet direct était reconnu aux dispositions de l'Accord sur les marchés publics, quelles seraient les personnes pouvant l'invoquer devant les juridictions des Etats membres ? A notre avis, tant les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne que ceux d'Etats tiers⁹⁷⁶. En effet, l'Accord sur les marchés publics ne restreint pas le bénéfice de ses dispositions aux seuls ressortissants des Etats tiers.

2. Examen de la question

296.- L'Accord sur les marchés publics est un accord mixte, c'est-à-dire qu'il a été conclu tant par la Communauté que par ses Etats membres⁹⁷⁷. Tant l'Union que les Etats membres, ou du moins la plupart d'entre eux⁹⁷⁸, y sont donc parties.

Les Accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union⁹⁷⁹ et les dispositions de tels accords ont un caractère européen⁹⁸⁰. Dans la hiérarchie des normes en droit européen, ils se situent au-dessus du droit dérivé⁹⁸¹, mais en dessous du droit primaire⁹⁸².

(a) Principe

297.- Afin de déterminer si un Accord international conclu par l'Union produit des effets directs, il convient en premier lieu d'examiner si cet Accord ne règle pas lui-même la question⁹⁸³. Si tel n'est pas le cas, l'effet direct n'est reconnu aux dispositions que si elles sont inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct⁹⁸⁴. Dans ce cas, la Cour estime pouvoir procéder à l'examen de

⁹⁷⁴ Cf. ci-dessus, nos 287 et 290.

⁹⁷⁵ Cf. ci-dessus, no 292.

⁹⁷⁶ Voir en sens contraire, mais sans explication, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 13, note 10 ; de même, mais sans s'expliquer, S. ARROWSMITH, « *The law of public and utilities procurement* », Sweet & Maxwell, London, 2^e éd. 2005, p. 146.

⁹⁷⁷ Que les Etats membres soient individuellement liés par un accord international n'a pas pour effet de le faire entrer dans l'ordre juridique de l'Union (cf. l'arrêt de la Cour du 3 juin 2008, Intertanko, C-308/06, points 52 et 53). Les Etats membres n'ont d'ailleurs pas tous ratifié l'accord sur les marchés publics. Du moins, le Grand-Duché de Luxembourg ne l'a pas fait.

⁹⁷⁸ Cf. la note précédente.

⁹⁷⁹ Arrêt de la Cour du 8 mars 2011, Lesoochranárske zoskupenie VLK, C-240/09, point 30.

⁹⁸⁰ Arrêt du 26 octobre 1982, Kupferberg, affaire 104/81, points 13 et 14 ; voir également par exemple les arrêts du 8 mars 2011, Lesoochranárske zoskupenie VLK, C-240/09, point 30 et l'arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10, point 73, pour le protocole de Kioto.

⁹⁸¹ Cf. en ce sens l'arrêt de la Cour du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne, C-61/94, point 52. Cf. également par exemple l'arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10, point 50. D'après l'article 216, paragraphe 2, TFUE, les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les Etats membres.

⁹⁸² Cf. W. FRENZ, *Handbuch Europarecht, Band 5, Wirkungen und Rechtsschutz*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, no 599 ; A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 323.

⁹⁸³ Arrêt du 16 octobre 1982, Kupferberg, affaire 104/81, point 17 ; arrêt du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, point 34 ; arrêt du 14 décembre 2000, Christian Dior, C-300/98 et C-392/98, point 41 ; arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10, point 49.

⁹⁸⁴ Arrêt du 16 octobre 1982, Kupferberg, C-104/81, point 23 ; voir également arrêt du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, point 110 ; arrêt de la Cour du 16 juin 1998, A. Racke GmbH & Co/ Hauptzollamt

la validité d'un acte du droit de l'Union au regard du traité international en question, à moins que la nature ou l'économie de ce dernier ne s'y opposent⁹⁸⁵.

(b) Jurisprudence de la Cour concernant le GATT et l'OMC

298.- La Cour a considéré que la nature et l'économie du GATT et des accords OMC s'opposaient à ce que la conformité d'actes du droit de l'Union soit examinée au regard de ces accords⁹⁸⁶.

Dans un arrêt du 5 octobre 1994, la Cour avait considéré que le GATT était « caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes »⁹⁸⁷ et a considéré que ces différentes particularités « font apparaître que les règles de l'Accord général sont dépourvus de caractère inconditionnel et que l'obligation de leur reconnaître valeur de règles de droit international immédiatement applicables dans les ordres juridiques internes des parties contractantes ne peut pas être fondée sur l'esprit, l'économie ou les termes de l'Accord »⁹⁸⁸. La Cour ajoutait cependant « qu'en l'absence d'une telle obligation découlant de l'Accord lui-même, ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT ou dans celle où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de l'accord général, qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles du GATT »⁹⁸⁹.

La Cour a suivi les mêmes principes dans un arrêt du 23 novembre 1999⁹⁹⁰ au sujet des Accords OMC qui ont succédé au GATT. Pour refuser de reconnaître à ces dispositions un caractère inconditionnel, la Cour s'est référée au mémorandum d'Accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends qui constitue l'annexe 2 de l'Accord OMC⁹⁹¹. Elle conclut qu'« imposer aux organes juridictionnels l'obligation d'écarter l'application des règles de droit internes qui seraient incompatibles avec les accords OMC aurait pour conséquence de priver les organes législatifs ou exécutifs des parties contractantes de la possibilité, offerte par l'article 22 dudit mémorandum, de trouver, fût-ce à titre temporaire, des solutions négociées »⁹⁹² et qu'« il s'ensuit que les accords OMC, interprétés à la lumière de leur objet et de leur but, ne déterminent pas les moyens de droit propres à assurer leur exécution de bonne foi dans l'ordre juridique interne desdites parties contractantes »⁹⁹³. La Cour en conclut que « compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires »⁹⁹⁴.

La Cour ajoute toutefois, tout comme elle l'avait fait à propos du GATT : « Ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des

Mainz, C-162/96, point 31 ; l'arrêt de la Cour du 3 juin 2008, Intertanko, C-308/06, points 64 et 65 ; arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10, point 54 ; arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, Association Kokopelli, C-59/11, point 86.

⁹⁸⁵ Arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10, point 53 ; arrêt de la Cour du 9 septembre 2008, FIAMM, C-120/06P et C-121/06P, point 110.

⁹⁸⁶ Cf. expressément en ce sens, l'arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, point 47 ; l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2008, C-120/06P et C-121/06P, point 111.

⁹⁸⁷ Arrêt du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, point 106.

⁹⁸⁸ Arrêt du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, point 110.

⁹⁸⁹ Arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, point 111 ; voir également arrêt de la Cour de Justice du 7 mai 1991, Nakajima, C-69/89, point 31, ou encore l'arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, point 49 et l'arrêt de la Cour du 1^{er} mars 2005 (grande chambre), Léon Van Parys, C-377/02, point 40 ; arrêt de la Cour du 27 septembre 2007, Ikea Wholesale, C-351/04, point 30.

⁹⁹⁰ Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, point 49.

⁹⁹¹ Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, points 36 à 39.

⁹⁹² Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, point 40 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 14 décembre 2000, Christian Dior, C-300/98 et C-392/98, point 44.

⁹⁹³ Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, point 41.

⁹⁹⁴ Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, point 47.

dispositions précises des accords OMC, qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC »⁹⁹⁵.

(c) Application de cette jurisprudence à l'Accord sur les marchés publics

299.- Que signifie ceci pour l'accord sur les marchés publics qui ne fait pas partie intégrante des accords OMC, mais qui a été conclu sous son égide par un certain nombre ses Etats membres⁹⁹⁶ ?

A première vue, l'Accord sur les marchés publics ne paraît pas produire d'effets directs en droit européen, car, sauf qu'il prévoit quelques dispositions spécifiques⁹⁹⁷, il soumet les différends pouvant survenir au même mémorandum d'accord auquel la Cour se réfère dans son arrêt du 23 novembre 1999⁹⁹⁸, sauf qu'il prévoit quelques dispositions spécifiques⁹⁹⁹.

Il convient cependant de remarquer que l'article XXIV, paragraphe 5., a) de l'Accord prévoit que chaque partie « assurera, au plus tard à la date où ledit accord [l'Accord sur les marchés publics] entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives, ainsi que des règles, procédures et pratiques appliquées par les entités reprises dans ses listes annexés au présent Accord, avec les dispositions dudit Accord »¹⁰⁰⁰. A cela s'ajoute que l'article XX, paragraphe 2, de l'Accord sur les marchés publics dispose que « chaque partie établira les procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de prétendues violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt »¹⁰⁰¹. Le paragraphe 6 du même article prévoit que « les contestations seront soumises à un tribunal ou à un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication et dont les membres sont à l'abri d'une influence extérieure pendant la durée du mandat »¹⁰⁰². Ces dispositions s'expliquent difficilement si l'Accord n'entend pas produire des effets directs. En effet, à quoi bon prévoir que les Etats doivent établir des procédures en faveur des particuliers, si l'Accord sur les marchés publics n'entend leur conférer aucun droit¹⁰⁰³.

⁹⁹⁵ Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, point 49 ; cf. également ; l'arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, point 111 ; l'arrêt de la Cour du 14 décembre 2000, Christian Dior, C-300/98 et C-392/98, point 49.

⁹⁹⁶ La Cour ne s'est pas encore prononcée de manière expresse sur la question de l'effet direct de l'Accord sur les marchés publics. Un arrêt du 23 avril 2009, (Commission/Belgique, C-292/07) pourrait être interprété comme refusant de façon implicite à reconnaître un effet direct à l'Accord sur les marchés publics. La Commission, estimant que l'Accord sur les marchés publics était susceptible de conférer dans certaines circonstances plus de droits aux opérateurs économiques des pays tiers que ne le fait la directive 2004/18/CE en faveur des opérateurs des Etats membres, avait reproché à la Belgique de ne pas avoir transposé correctement l'article 5 de la directive 2004/18/CE. Cet article impose aux Etats membres d'appliquer « dans leurs relations des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre des négociations unilatérales du cycle de l'Uruguay ». La Cour a rejeté le grief de la Commission en considérant qu'« en prévoyant une égalité de traitement entre ces différents opérateurs économiques, la législation belge prescrit nécessairement que les entreprises issues de pays tiers parties aux accords conclus au sein de l'OMC ne peuvent disposer de conditions plus avantageuses que les entreprises issues des Etats membres » (point 84). Ce raisonnement ne s'explique qu'en admettant que l'Accord sur les marchés publics n'a pas d'effets directs dans l'ordre juridique de l'Union.

⁹⁹⁷ Voir à ce sujet, B. M. HOEKMAN et P. C. MAVROIDIS, « The WTO's Agreement on Government Procurement : Expanding Disciplines, Declining Membership ? », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 63 et s., pp. 69 et s.

⁹⁹⁸ Cf. l'article XXII, paragraphe 1^{er}, de l'Accord sur les marchés publics. Il en est de même pour l'Accord amendé (article XX, 3.).

⁹⁹⁹ Voir à ce sujet, B. M. HOEKMAN et P. C. MAVROIDIS, « The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership ? », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 63 et s., pp. 69 et s.

¹⁰⁰⁰ L'article XXII, 4., de l'Accord amendé contient une disposition équivalente.

¹⁰⁰¹ L'article XVIII, 1., de l'Accord amendé contient une disposition similaire.

¹⁰⁰² L'article XVIII, 4., de l'Accord amendé dont la teneur est similaire.

¹⁰⁰³ En général, la doctrine refuse de reconnaître un effet direct à l'Accord sur les marchés publics. Voir en ce sens, par exemple, Hanna DIEHL, *Völkerrechtliche Beschaffungsabkommen: Inhalt und Wirkung im*

La proposition de décision du Conseil¹⁰⁰⁴ déclarant que le protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics est conclu au nom de l'Union européenne prend soin de préciser - ce que n'a pas fait la décision par laquelle le Conseil a approuvé l'Accord sur les marchés publics en 1994 - que « le protocole ne peut être interprété comme conférant des droits ou imposant des obligations susceptibles d'être invoquées directement devant les juridictions de l'Union ou des Etats membres ». Il est douteux qu'une telle déclaration unilatérale au moment de la ratification de l'Accord amendé puisse avoir un effet juridique quelconque¹⁰⁰⁵.

(d) Contrôle de la conformité des directives « marchés publics » par rapport à l'Accord sur les marchés publics en cas d'absence d'effets directs de celui-ci

300.- L'absence d'effet direct de l'Accord sur les marchés publics n'empêcherait pas tout contrôle de conformité des directives par rapport à cet Accord.

Conformément à la jurisprudence de la Cour, un contrôle de conformité serait possible, en l'absence d'effet direct, si le législateur communautaire avait entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics *ou* si les directives marchés publics renvoyaient expressément à des dispositions précises de l'accord sur les marchés publics¹⁰⁰⁶.

Cette dernière condition n'est pas remplie, car les directives se contentent de renvoyer à l'Accord sur les marchés publics en général, sans se référer à des dispositions précises de celui-ci.

En revanche, ainsi que nous l'avons déjà relevé plus haut, l'article XXIV, paragraphe 5, point a)¹⁰⁰⁷, de l'Accord sur les marchés publics oblige les Etats membres d'« assurer » la conformité de leurs lois, règlements et procédures administratives aux dispositions de l'Accord. La fonction primordiale des directives « marchés publics » n'est certes pas de donner suite à l'Accord sur les marchés publics. Incontestablement toutefois, les directives « marchés publics » visent accessoirement à donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics, à savoir celle d'assurer la conformité de la législation européenne par rapport à l'Accord sur les marchés publics, conformément à l'article XXIV, paragraphe 5, a), de ce dernier¹⁰⁰⁸. Même à considérer que l'Accord sur les marchés publics ne produise pas d'effet direct dans l'ordre juridique européen, un contrôle de conformité des directives « marchés publics » par rapport à l'Accord sur les marchés publics paraît donc possible¹⁰⁰⁹.

Gemeinschaftsrecht, éditions Peter Lang, 2009, pp. 86 à 88) ; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 929 ; S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 4^e édition, Paris Moniteur, 2012, p. 54 ; G. KUNNERT, *WTO-Vergaberecht*, 1^{re} édition, Baden-Baden, Nomos, 1998 ; D. DAHLGAARD DINGEL, « Direct Effect of the Government Procurement Agreement », *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 245 et s. Le législateur européen est également d'avis que l'Accord sur les marchés publics n'a pas d'effet direct, ainsi qu'il l'a indiqué au septième considérant de la directive 2004/18/CE et au quatorzième considérant de la directive 2004/17/CE. Voir cependant en faveur de l'effet direct, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, [p. 13].

¹⁰⁰⁴ COM/2013/0143 final – 2013/0086 (NLE).

¹⁰⁰⁵ Voir en ce sens également, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 332 et 333 ; de même G. KUNNERT, *WTO-Vergaberecht*, 1^{re} édi., Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 415 et 416.

¹⁰⁰⁶ Arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, point 111 ; voir également arrêt de la Cour de Justice du 7 mai 1991, Nakajima, C-69/89, point 31, ou encore l'arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, point 49, l'arrêt de la Cour du 1^{er} mars 2005 (grande chambre), Léon Van Parys, C-377/02, point 40 ou encore l'arrêt de la Cour du 27 septembre 2007, Ikea Wholesale, C-351/04, point 30.

¹⁰⁰⁷ Cf. dans le même sens, l'article XXII, 4., de l'accord amendé.

¹⁰⁰⁸ Voir en ce sens également, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 333 pour qui il en résulterait que l'Accord sur les marchés publics aurait un effet direct.

¹⁰⁰⁹ Voir en ce sens également H. PÜNDER, « *Völkerrechtliche Vorgaben* » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 72. On pourrait au demeurant se poser la question de savoir si l'article 5 de la directive 2004/18/CE, bien que ne faisant pas référence à des dispositions précises de l'Accord sur les marchés

(e) De quelle manière l'invalidité d'une disposition des directives « marchés publics » restreignant le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence pourrait-elle être invoquée d'un point de vue procédural ?

301.- On peut exclure d'emblée un recours en annulation (article 263 TFUE (ancien article 230)) qui doit être intenté dans un délai de deux mois à partir de la publication des directives. De toute évidence, ce délai est expiré pour les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Quant aux nouvelles directives de 2014, il est hautement improbable que l'un des Etats membres intente un recours en annulation.

En ce qui concerne l'exception d'illégalité (article 277 TFUE (ancien article 241 CE)), il ne sera guère possible de la soulever dans le cadre d'une procédure en manquement. D'une part, parce que d'après la jurisprudence de la Cour¹⁰¹⁰, les Etats membres ayant qualité pour intenter un recours en annulation, ne peuvent invoquer l'exception d'illégalité une fois révolu le délai pour intenter un recours en annulation. D'autre part, l'Accord sur les marchés publics, n'imposant que des conditions de mise en concurrence minimales, mais ne défendant pas d'en exiger davantage, ne se prête guère à être invoqué en défense contre le reproche d'avoir manqué aux prescriptions de mise en concurrence des directives.

Il pourrait cependant arriver qu'une entreprise privée invoque l'exception d'illégalité devant une juridiction nationale : par exemple, en se prévalant de l'incompatibilité de l'exception in-house de la directive 2004/17/CE avec l'Accord sur les marchés publics, afin d'étayer le reproche adressé à une entité adjudicatrice d'avoir passé des marchés avec une entreprise liée sans mise en concurrence. Dans ce cas, la juridiction nationale devrait¹⁰¹¹ saisir la Cour de Justice d'une question préjudicielle en appréciation de validité.

Section 11.- Autres accords internationaux

302.- L'Union européenne est partie à d'autres accords internationaux ayant trait aux marchés publics. Ces accords concernent des domaines variés. Les marchés publics n'y représentent, en général, qu'un sujet parmi d'autres.

303.- L'annexe XVI de l'Accord sur l'espace économique européen¹⁰¹² indique les règles communes applicables aux marchés publics. A cet effet, l'annexe se réfère aux directives « marchés publics » de l'Union européenne. L'annexe en question est périodiquement mise à jour conformément à l'article 98 de l'accord. L'accord n'engendre aucune obligation de mise en concurrence au-delà des directives « marchés publics ». En particulier, il paraît impossible de déduire une obligation de mise en

publics, n'a pas un effet différent, plus important et plus décisif. En effet, cet article dispose que « lors de la passation de marchés par les pouvoirs adjudicateurs, les Etats membres appliquent dans leurs relations des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des Etats tiers en application de l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay ». L'article 12 de la directive 2004/17/CE contient une disposition équivalente. Ces dispositions ne signifient-elles pas en effet que pour tous les marchés publics visés par l'Accord sur les marchés publics, les dispositions de celui-ci doivent automatiquement l'emporter sur celles des directives, si elles sont plus favorables ? (voir en ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 7.15, p. 433). Ainsi, les directives contiendraient elles-mêmes le mécanisme qui permettrait de les corriger, si elles s'avéraient non conformes à l'Accord sur les marchés publics. Cette interprétation doit cependant être rejetée. En effet, les directives actuelles ajoutent que « les Etats membres se consultent sur les mesures à prendre en application de l'Accord, au sein du comité consultatif pour les marchés publics ». Tout automatisme paraît donc exclu.

¹⁰¹⁰ B. WEGENER dans Calliess/Ruffert, *EUV-EGV Kommentar*, éditions Beck, 2007, Article 234, no 14 (p. 2061) et les décisions de la Cour de Justice indiquées : arrêt du 9 mars 1994, *Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, points 15 et s. ; W. CREMER dans Calliess/Ruffert *EUV-EGV Kommentar*, éditions Beck, 2007, Article 241, no 4.

¹⁰¹¹ Il s'agit bien d'une obligation, s'agissant d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une directive. Cf. à ce sujet Wolfram Cremer dans Calliess/Ruffert *EUV-EGV Kommentar*, éditions Beck, 2007, Article 241, no 1 et l'arrêt indiqué : arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, nos 15 à 20.

¹⁰¹² JO L 1 du 3 janvier 1994, pp. 5 et s.

concurrence des articles 31 (« Le droit d'établissement ») et 36 (« Les services ») qui contiennent des dispositions identiques en substance aux articles 49 et 56 TFUE. En effet l'article 6 de l'accord retient pour principe que celles des dispositions de l'accord qui sont en substance identiques aux traités CEE et CECA « sont, pour leur mise en œuvre et leur application, interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature du présent accord ». Or, en 1994, la Cour de justice n'avait pas encore retenu d'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire. L'accord n'exclut pas une évolution future de la jurisprudence¹⁰¹³ et édicte des règles destinées à assurer une interprétation homogène de ses dispositions. Ainsi, les différends relatifs à l'interprétation sont soumis à une procédure de règlement des différends qui exclut tout automatisme en l'absence de solution amiable. Selon la solution adoptée par la Cour au sujet du GATT et des accords conclus dans le cadre de l'OMC¹⁰¹⁴, cela excluait de reconnaître un effet direct aux dispositions de l'Accord européen de libre-échange¹⁰¹⁵, même à supposer que désormais les articles 31 et 36 de l'accord devraient, comme les articles 49 et 56 TFUE, être interprétés comme engendrant une obligation de mise en concurrence. A cela s'ajoute que l'article 65, paragraphe 1^{er}, de l'accord qui traite spécialement des marchés publics indique comme seules dispositions applicables aux marchés publics celles figurant à l'annexe XVI de l'accord sans envisager que les marchés publics pourraient être soumis à une obligation de mise en concurrence en vertu d'autres dispositions de l'accord.

304. L'accord de partenariat entre l'Union européenne et le Mexique.- L'article 10 de l'accord intermédiaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne et le Mexique, signé le 8 décembre 1997¹⁰¹⁶, prévoyait que le Conseil conjoint institué par ledit accord déciderait « des mesures à prendre et du calendrier » concernant l'ouverture progressive des marchés publics sur une base de réciprocité ».

C'est entre autre pour satisfaire à cette disposition que le Conseil conjoint adopta la décision no 2/2000 du 23 mars 2000¹⁰¹⁷. Conformément à la décision no 2/2000 du Conseil conjoint, l'Union et le Mexique appliquent, chacun, les règles et procédures précisées de part et d'autre (article 29, paragraphe 1^{er}). La décision indique que « les deux séries de règles et procédures sont réputées offrir un traitement équivalent » (article 29, paragraphe 1^{er}). Pour l'Union européenne, l'annexe XII indique les articles II et VI à XV de l'Accord sur les marchés publics, donc une partie seulement des dispositions de cet accord. Sont ainsi exclues, en particulier, celles relatives aux voies de recours pour lesquelles la décision prévoit cependant des dispositions similaires (article 30), ainsi que l'obligation formelle d'assurer la conformité de leurs lois, règlements et pratiques. Par ailleurs, l'article 26 de la décision no 2/2000 contient une clause de non-discrimination réciproque en faveur des produits, services et fournisseurs de l'autre partie. L'article 50 de l'accord de partenariat prévoit l'établissement d'une procédure spécifique de règlements des « différends commerciaux et autres différends apparentés, compatible avec les dispositions pertinentes de l'OMC en cette matière ».

Il découle de ce qui précède que les dispositions de l'accord de partenariat entre le Mexique et l'Union n'implique pour celle-ci en aucun cas une obligation de mise en concurrence allant au-delà de celle de l'accord sur les marchés publics adopté dans le cadre de l'OMC. Au contraire, les effets de l'accord de partenariat avec le Mexique paraissent moindres, car l'accord n'englobe pas les dispositions de l'accord sur les marchés publics destinées à en garantir l'application. D'autre part, les directives « marchés publics » européennes ne contiennent aucune référence à l'accord de partenariat avec le Mexique¹⁰¹⁸. Enfin, la rédaction de la décision 2/2000 sous-entend que l'engagement de l'Union sur les procédures à appliquer n'est pris qu'en faveur des ressortissants du Mexique, mais non

¹⁰¹³ Cf. le début de l'article 6 ainsi que les articles 105 et s. de l'Accord.

¹⁰¹⁴ Cf. l'arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, points 106, 110 et 111 ainsi que l'arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, points 36 à 40 et 49.

¹⁰¹⁵ En sens contraire, pour l'effet direct de ces dispositions, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 20.22, p. 1343.

¹⁰¹⁶ JO L 276 du 28 octobre 2000, pp. 45 et s.

¹⁰¹⁷ JO L 157 du 30 juin 2000, pp. 10 et s.

¹⁰¹⁸ Voir l'incidence de cet élément sur l'application directe des conventions internationales, cf. ci-dessus nos 298 et 300.

de ses propres ressortissants (voir, par exemple, les paragraphes 2 à 6 de l'article 30 de la décision no 2/2000 du Conseil conjoint CE-Mexique).

305. L'accord d'association entre l'Union européenne et le Chili.- L'accord signé le 18 novembre 2002 établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres et le Chili contient entre autre des dispositions relatives aux marchés publics (articles 136 à 163)¹⁰¹⁹. Ces dispositions sont très fortement inspirées de celles de l'Accord sur les marchés publics et l'on y retrouve en partie déjà des clauses qui se trouvent aujourd'hui dans l'Accord amendé sur les marchés publics. Quant aux entités de l'Union censées suivre les procédures de mises en concurrence qu'il indique, l'accord avec le Chili renvoie à son annexe XI¹⁰²⁰. Dans le domaine des secteurs spéciaux, ces listes ne comprennent en principe que des entités exploitant des installations portuaires ou aéroportuaires. L'accord prévoit un mécanisme de résolution des différends entre les parties faisant appel à des arbitres (articles 184 et s.) sans exclure le recours à la négociation (cf. l'article 188, paragraphe 2), à l'instar du mémorandum concernant les procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC.

Cependant, pour deux raisons au moins, les dispositions de l'accord entre l'Union et le Chili sont moins susceptibles de déployer des effets directs dans l'ordre juridique de l'Union ou de permettre un contrôle de conformité d'actes au droit dérivé de l'Union que l'Accord sur les marchés publics : d'une part, l'accord avec le Chili ne contient pas d'engagement exprès des parties d'assurer la conformité de leurs règles et pratiques internes avec les dispositions de l'accord ; d'autre part, les directives « marchés publics » ne se réfèrent pas à cet accord et rien ne permet de penser qu'elles aient été adoptées pour assurer l'exécution d'une obligation assumée par l'Union aux termes de l'accord conclu avec le Chili¹⁰²¹.

306. L'accord de libre-échange avec la République de Corée.- Dans un accord de libre-échange signé le 6 octobre 2012 entre l'Union européenne et ses membres, d'une part, et la République de Corée - également partie à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC - d'autre part¹⁰²², les parties « réaffirment les droits et obligations qui leur incombent en vertu de l'Accord sur les marchés publics figurant à l'annexe 4 de l'accord OMC » (article 9.1). Tout en retenant qu'« aucune disposition du présent chapitre ne peut être interprétée comme dérogeant aux droits et obligations incombant à chaque partie en vertu de l'AMP de 1994, ou de tout accord le remplaçant », les parties conviennent d'appliquer « le texte provisoirement arrêté de la révision de l'AMP » sous réserve de certaines exceptions (article 9.1, paragraphe 3. et 4.).

Nous avons vu ci-dessus que sur certains points l'Accord sur les marchés publics et l'Accord amendé divergent notablement. A chaque fois que tel est le cas, les parties paraissent donc s'obliger à respecter les dispositions les plus contraignantes.

L'obligation de mise en concurrence résultant de l'accord de libre-échange avec la République de Corée se limite à réaffirmer les engagements pris dans l'Accord sur les marchés publics et à convenir l'application anticipée du texte révisé de cet accord. Il s'ensuit que l'accord de libre-échange avec la République de Corée ne saurait déployer davantage d'effets quant à la mise en concurrence que ces textes, question que nous avons examiné ci-dessus¹⁰²³.

307. L'Accord intermédiaire sur le commerce entre l'Union européenne et le Monténégro.- L'Accord intermédiaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre l'Union européenne et le Monténégro signé le 15 octobre 2007¹⁰²⁴ se limite, quant aux marchés publics, à prévoir une clause de non-discrimination. Encore cet Accord conditionne-t-il le traitement non discriminatoire de la part de l'Union par l'adoption au Monténégro d'une législation y introduisant les règles communautaires (article 41 de l'accord avec le Monténégro). Un accord de ce type n'est évidemment

¹⁰¹⁹ JO L 352 du 30 décembre 2002, pp. 1. et s.

¹⁰²⁰ Article 138 , b), de l'accord d'association avec le Chili.

¹⁰²¹ Voir quant à ces conditions, ci-dessus, nos 298, 299 et 300.

¹⁰²² JO L 127 du 14 mai 2011, pp. 6 et s.

¹⁰²³ Cf. les nos 293 et s. ci-dessus.

¹⁰²⁴ JO L 345 du 28 décembre 2007, pp. 2 et s.

pas susceptible d'étendre le champ d'application matériel ou personnel de l'obligation de mise en concurrence à l'intérieur de l'Union.

Section 12.- Les dispositions des propositions des directives du 20 décembre 2011 tendant à la réforme du droit dérivé des marchés publics

308.- Le 20 décembre 2011, la Commission a adopté trois propositions de directive, deux d'entre elles destinées à remplacer les actuelles directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2004/17/CE¹⁰²⁵, la troisième concernant l'attribution de contrats de concession¹⁰²⁶, sujet régi jusqu'ici seulement par le droit primaire, sauf les contrats de concession visés par le règlement (CE) no 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route¹⁰²⁷ et les concessions de travaux régies par la directive 2004/18/CE¹⁰²⁸.

A côté d'indéniables nouveautés, ces propositions tendent à inscrire dans le droit dérivé un certain nombre de solutions dégagées par la jurisprudence de la Cour, soit par interprétation des termes des directives, soit par déduction du droit primaire.

Voyons, tour à tour, sans prétendre à l'exhaustivité et sans entrer dans les détails - effort inutile, car les textes subiront inévitablement des amendements¹⁰²⁹ - d'abord les ajouts au droit dérivé inspirés de l'interprétation donnée par la Cour des directives actuelles (§ 1^{er}), ceux inspirés des principes de mise en concurrence que la Cour a dégagés du droit primaire, parmi lesquels se trouvent l'obligation de mise en concurrence des contrats de concession (§ 2), ainsi que les véritables nouveautés (§ 3).

§ 1^{er}.- Ajouts inspirés de l'interprétation des directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2004/17/CE dans la jurisprudence de la Cour

309.- Les principaux ajouts inspirés de l'interprétation que la Cour a donnée à des dispositions des directives « marchés publics » sont les suivantes :

- 1) La proposition de directive « marchés publics » générale précise qu'il n'importe pas si les travaux, fournitures ou services ont une finalité publique ou non¹⁰³⁰.
- 2) La définition de la notion d'organisme de droit public est complétée dans le sens de l'interprétation que la Cour de justice a donnée aux termes « organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial »¹⁰³¹.
- 3) Les propositions de directive confirment l'exception *Teckal*¹⁰³² qui, sous certaines conditions, soustrait au champ d'application des directives « marchés publics » des opérations entre un pouvoir adjudicateur et une entité sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. La Cour applique l'exception *Teckal* également aux marchés publics qui sont uniquement soumis au droit primaire ainsi qu'aux concessions.

¹⁰²⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD) ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (COM/2011/0895 final - 2011/0439 (COD)).

¹⁰²⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (COM/2011/0897 final - 2011/0437 (COD)).

¹⁰²⁷ Cf. ci-dessous, les nos 671 et s.

¹⁰²⁸ Voir au sujet des concessions de travaux ci-dessus, nos 266 et s.

¹⁰²⁹ Le 15 janvier 2014, le Parlement européen a adopté en première lecture des textes qui divergent des propositions de directive. Sur certains points, les différences sont notables.

¹⁰³⁰ Article 1^{er}, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰³¹ Article 2, (6) de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 2, (4) de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle. Cf. ci-dessus, nos 204 et s. au sujet de la notion d'organisme de droit public dans la jurisprudence de la Cour.

¹⁰³² Cf. ci-dessus, no 221 ; article 11 de la proposition de la directive « marchés publics » générale ; article 21 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle ; article 15 de la proposition de directive concernant l'attribution de contrats de concession.

Relevons que, parallèlement, la proposition de directive « marchés publics » sectorielle restreint l'exclusion des marchés attribués à des entreprises liées. Nous avons signalé plus haut la non-conformité de l'exception en faveur des entreprises liées avec les conditions strictes de l'exception *Teckal* et, dès lors, au droit primaire¹⁰³³. La proposition de directive « marchés publics » sectorielle limite l'exception en faveur des marchés avec des entreprises liées ou des coentreprises aux entreprises publiques et aux entités disposant de droits spéciaux ou exclusifs¹⁰³⁴. L'exception ne jouera donc plus en faveur des marchés sectoriels des entités adjudicatrices qui correspondent à la définition d'un pouvoir adjudicateur.

- 4) Les propositions de directive exemptent de mise en concurrence certains cas de collaboration entre les pouvoirs publics¹⁰³⁵. D'après les propositions de directive, les conditions de l'exception *Teckal* et de l'exception de collaboration entre les pouvoirs publics diffèrent de celles retenues par la Cour. Comme ces exceptions résultent du droit primaire, il nous paraît impossible, vu la prééminence du droit primaire, de les circonscrire dans des limites moins strictes que celles définies par la Cour. Ainsi, le législateur ne pourrait accorder aux entités *Teckal* d'exercer des activités importantes sur des marchés outre les activités pour les pouvoirs adjudicateurs qui l'ont constitué. L'exception *Teckal* suppose que l'entité en question réalise avec ceux-ci l'essentiel de son activité. En revanche, le droit primaire ne s'oppose pas à ce que les directives imposent des mises en concurrence dans des cas où le droit primaire n'en requiert pas. Dans ces cas, il risque cependant de se poser un problème de compétence du législateur européen¹⁰³⁶.

§ 2.- Modifications du droit dérivé inspirées des principes de mise en concurrence que la Cour a dégagés du droit primaire

A. Dans les propositions de directive « marchés publics »

310.- D'après la Cour, une modification substantielle en cours d'exécution d'un marché équivaut à une nouvelle attribution¹⁰³⁷. Les propositions de directive confirment ce principe en même temps qu'ils le développent. Elles précisent entre autres, les cas dans lesquels une modification est considérée comme substantielle¹⁰³⁸, un pourcentage en dessous duquel une modification, susceptible d'être exprimée en termes monétaires, n'est pas considérée comme substantielle¹⁰³⁹, ainsi que les cas exceptionnels dans lesquels une modification substantielle ne requiert pas de nouvelle mise en concurrence¹⁰⁴⁰.

Relevons, d'autre part, l'exigence générale que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices agissent de « manière proportionnée »¹⁰⁴¹. Le principe de proportionnalité ferait ainsi

¹⁰³³ Cf. ci-dessus, no 81.

¹⁰³⁴ Articles 4, 22 et 23 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle. Voir pour un commentaire de ces propositions S. TREUMER, « Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract : The European Commission's proposals of December 2011, *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 153 et s.

¹⁰³⁵ Articles 11, paragraphe 4, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 21, paragraphe 4, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle. La Cour a admis que la collaboration entre pouvoirs publics peut, sous certaines conditions, être exemptée de mise en concurrence sous le régime des directives « marchés publics ». Cf. à ce sujet, no 233 ci-dessus.

¹⁰³⁶ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 189 et s.

¹⁰³⁷ Cf. au sujet de cette jurisprudence, ci-dessus, no 406. Article 72, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 82, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰³⁸ Article 72, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 82, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰³⁹ Article 72, paragraphe 4, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 82, paragraphe 4, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁴⁰ Article 72, paragraphes 6 et 7, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 82, paragraphes 6 et 7, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁴¹ Article 15 de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 29 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

son entrée dans le droit dérivé des marchés publics. L'apport concret de cet ajout paraît limité, car, en tout état de cause, comme principe général du droit européen, le principe de proportionnalité s'impose aux Etats membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union¹⁰⁴².

Signalons enfin l'obligation pour les Etats membres de permettre aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de résilier un marché lorsque la Cour de justice a constaté une violation des obligations découlant des traités ou des directives « marchés publics »¹⁰⁴³.

B. La proposition de directive concernant la passation des contrats de concession

311.- C'est d'abord pour l'attribution des concessions de services que la Cour a formulé l'exigence d'une mise en concurrence selon le droit primaire¹⁰⁴⁴.

L'obligation de mise en concurrence du droit primaire ne s'applique aux concessions de services que si elles présentent un intérêt transfrontalier¹⁰⁴⁵. Aujourd'hui déjà, les concessions de travaux dans les secteurs classiques sont soumises à la directive 2004/18/CE, lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure à cinq millions d'euros. C'est le même seuil que pour les marchés publics de travaux¹⁰⁴⁶.

La proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession que la Commission a adoptée en décembre 2011 tend à codifier les principes jurisprudentiels de l'attribution des contrats de concession. Elle y ajoute de nombreuses dispositions figurant dans les propositions de directives « marchés publics » adoptées à la même occasion. De même, quant à la terminologie employée et aux exceptions qu'elle prévoit, la proposition de directive « concession » suit très largement ces deux propositions de directive. Toutefois, les contraintes administratives à charge des Etats membres y sont moins lourdes et le régime de mise en concurrence est très souple. La proposition de directive sur l'attribution des contrats de concessions concerne tout à la fois les concessions de services et les concessions de travaux qui ne seraient donc plus soumises à la directive « marchés publics » générale¹⁰⁴⁷.

Selon la Commission, de graves distorsions de concurrence justifieraient l'action du législateur en matière de contrats de concession¹⁰⁴⁸. Faisant valoir que l'obligation de mise en concurrence des concessions existait déjà en vertu du droit primaire, le Conseil fédéral autrichien a nié l'existence de distorsions de concurrence¹⁰⁴⁹. Le Bundesrat allemand a soutenu que l'adoption de ce texte serait contraire au principe de subsidiarité¹⁰⁵⁰. S'il en était ainsi, le législateur européen serait incompétent pour adopter le texte proposé¹⁰⁵¹. Comme l'obligation de mise en concurrence du droit primaire vaut

¹⁰⁴² Cf. expressément en ce sens, arrêt de la Cour du 17 janvier 2008, *Viamex*, C-37/06 et C-58/06, point 33 ; voir également l'arrêt de la Cour du 9 mars 2010, *Raffinerie Mediterranée*, C-379/08 et C-380/08, point 86 ; arrêt de la Cour du 11 juin 2009, *Nijemeisland*, C-170/08, point 41 et l'arrêt de la Cour du 5 juin 2008, *Industria Carni Ovina*, C-534/06, point 25.

¹⁰⁴³ Article 73 de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 83 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁴⁴ Voir en particulier l'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, points 60 à 62, ainsi que l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 21 ; Cf. au sujet des concessions de services et de travaux ci-dessus, nos 258 et s. et 266 et s.

¹⁰⁴⁵ Cf. au sujet de l'exigence d'un intérêt transfrontalier, ci-dessus, nos 342 et s.

¹⁰⁴⁶ Article 56 et suivants de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE.

¹⁰⁴⁷ Article 1^{er}, paragraphe 2, de la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession.

¹⁰⁴⁸ Voir le premier point de l'exposé des motifs et de la proposition.

¹⁰⁴⁹ Avis motivé du Conseil fédéral autrichien du 1^{er} février 2012 (CM/891249FR.doc).

¹⁰⁵⁰ Avis motivé du Bundesrat allemand du 2 mars 2012, 1^{er} point).

¹⁰⁵¹ Objection vite écartée, mais qui aurait mérité de ne pas être prise à la légère. Pourquoi des mesures législatives, si des exigences similaires résultent déjà du droit primaire (voir également F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., III, 4.) ? En général, la doctrine s'intéresse peu à la question de la compétence du législateur européen en matière de marchés publics. Voir cependant, par exemple, R. BOYLE, « Eu procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, NA 171 et s., no 3) ; K. WAUTERS et K. MAN, « Samenwerking tussen overheden en de

non seulement pour les concessions, mais également pour les marchés publics présentant un intérêt transfrontalier, les mêmes arguments pourraient être avancés contre l'intervention du législateur européen en matière de marchés publics¹⁰⁵².

Voyons ci-après les éléments marquants de la proposition de directive concernant les contrats de concession quant à son champ d'application (1.) et à la mise en concurrence qu'elle prescrit (2.).

1. Le champ d'application du texte proposé par la Commission

(a) *Le risque d'exploitation*

312.- Le risque d'exploitation donnant lieu à la qualification de concession reçoit une définition nettement plus large que dans la jurisprudence de la Cour.

D'après la Cour, la qualification de concession suppose la prise en charge du risque d'exploitation¹⁰⁵³. Ce risque « doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché [...], lequel peut notamment se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service [...]. En revanche, des risques tels ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services [...] »¹⁰⁵⁴.

Il s'ensuit que le *risque de disponibilité* dans les partenariats public-privé n'est actuellement pas considéré comme risque d'exploitation permettant la qualification de concession. Ainsi, un partenariat public-privé dans lequel le partenaire privé ne supporte pas le *risque lié à la demande*, mais seulement le *risque de disponibilité* est un marché public au sens strict, soumis aux directives « marchés publics ». Ainsi, un partenariat public-privé comportant la construction, le financement, l'entretien et la maintenance d'une infrastructure (par exemple, un complexe sportif ou une autoroute) est un marché public et non une concession, lorsque le partenaire privé est rémunéré suivant la qualité de ses prestations et non en fonction de la fréquentation.

La proposition de directive sur les contrats de concession adopte un point de vue différent. Ainsi, le risque économique permettant de retenir la qualification de concession peut être « le risque lié à la disponibilité de l'infrastructure mise à disposition par le concessionnaire ou utilisée pour la fourniture du service aux usagers ». Dans cette optique, le partenariat public-privé envisagé ci-dessus serait qualifié de concession et se trouverait régi par les dispositions de la directive « concessions ».

(b) *Aux fins de l'application de la directive l'objectif visé par la concession est indifférent*

313.- Sont également visées, les concessions qui sont attribuées aux fins de l'exercice d'une activité sectorielle (article 4, paragraphe 1^{er}).

(c) *Entités visées par la proposition*

314.- Les personnes visées par la proposition sont les Etats, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public et les associations de telles entités. Pour les marchés destinés à une activité

wetgeving overheidsopdrachten : ziekenhuizen en universiteiten » in *Chronique des marchés publics*, points 26 et s. ; A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 393. ; S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 33 et 35, pp. 37 et s.

¹⁰⁵² Cf. ci-dessus, concernant la compétence du législateur européen pour intervenir en matière de marchés publics, nos 189 et s.

¹⁰⁵³ Cf. notamment l'arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10, point 45.

¹⁰⁵⁴ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-ASIA, C-348/10, points 48 et 49.

sectorielle, la proposition de directive s'adresse également aux entreprises publiques et aux entités opérant sur la base de droits spéciaux ou exclusifs (article 4, paragraphe 1^{er}).

(d) Champ d'application ratione valoris

315.- L'obligation de publier un avis de concession est limitée aux concessions dont la valeur estimée dépasse cinq millions d'euros (article 5).

(e) Services visés

316.- Pas davantage que les deux propositions de directive « marchés publics », la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession ne fait de distinction entre services prioritaires et services non prioritaires. Dans les actuelles directives « marchés publics », cette distinction est essentielle¹⁰⁵⁵. En revanche, pour les « services sociaux et autres services spécifiques », les trois propositions de directive prévoient un régime de mise en concurrence allégé¹⁰⁵⁶. Les services « sociaux et autres services spécifiques » sont indiqués à l'annexe X de la proposition de directive concernant les contrats de concessions. Sont visées notamment des services de santé, des services sociaux, administratifs, éducatifs, culturels ou religieux.

2. La mise en concurrence selon la proposition de directive « concessions »

317.- La proposition de directive « concessions » rend obligatoire la publication d'un avis de concession qui doit comporter un certain nombre d'indications (article 26, paragraphes 1^{er} et 2). Elle ne limite cependant pas le choix du type de procédure. La procédure d'attribution peut comporter des négociations (voir, par exemple, l'article 35, paragraphe 1^{er}). Ce faisant, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doivent cependant respecter certaines règles, tout particulièrement les principes généraux de l'attribution des concessions (article 34), les garanties de procédure (article 35), les règles de sélection et d'évaluation qualitative des candidats (articles 36) ou encore celles relatives aux critères d'attribution (article 39).

En cas de modification substantielle en cours d'exécution, une nouvelle mise en concurrence est en principe requise (article 42, paragraphe 1^{er}).

Pour les concessions portant sur des « services sociaux et d'autres services spécifiques », la proposition de directive se contente de la publication préalable d'un « avis de préinformation », moins explicite qu'un « avis de concession »¹⁰⁵⁷.

§ 3.- Les véritables nouveautés des propositions de directives du 20 décembre 2011

318.- Au titre des véritables nouveautés, il convient de relever les points suivants :

- Même dans la proposition de directive générale, la distinction entre services prioritaires et non prioritaires n'apparaît plus. Alors qu'aujourd'hui, les marchés de services non prioritaires sont seulement soumis à une obligation de mise en concurrence en vertu du droit primaire, ils s'y trouveraient également soumis en vertu du droit dérivé.
- En contrepartie, la proposition de directive « marchés publics » générale établit en faveur des marchés publics de services sociaux et d'autres services spécifiques énumérées à l'annexe XVI un régime dérogatoire qui fait l'objet du titre III de la proposition de directive (« Systèmes spéciaux de passation de marchés »)¹⁰⁵⁸. Aujourd'hui, ces services figurent parmi les services non prioritaires et ne sont donc pas soumis à concurrence d'après les directives « marchés publics ».

¹⁰⁵⁵ Voir à ce sujet, ci-dessus, no 253.

¹⁰⁵⁶ Article 26, paragraphe 3, de la proposition de directive concernant l'attribution des contrats de concession.

¹⁰⁵⁷ Articles 17 et 26, paragraphes 3 et 27, paragraphe 1^{er}.

¹⁰⁵⁸ Sont visés notamment les services sociaux et sanitaires, les services administratifs éducatifs et culturels et les soins de santé.

Les marchés de services sociaux ne sont soumis à l'obligation de mise en concurrence qu'au-delà d'une valeur estimée de 500 000 euros¹⁰⁵⁹. La proposition de directive prévoit à la fois un avis de marché et un avis d'attribution¹⁰⁶⁰. Pour ces marchés, les Etats membres ont toute liberté quant au choix de la procédure :

« Les Etats membres mettent en place pour la passation des marchés dans le cadre du présent chapitre, des procédures adaptées qui assurent le respect total des principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques et qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les spécificités des services en question »¹⁰⁶¹.

- La proposition de directive « marchés publics » générale prévoit le principe de la division des marchés en lots, homogènes ou hétérogènes, sauf pour les marchés de services et de fournitures d'une valeur inférieure à 500 000 euros¹⁰⁶². Si le pouvoir adjudicateur estime qu'une subdivision en lots est inappropriée, il lui incombe de fournir une « justification spéciale »¹⁰⁶³.

Dans la proposition de directive « marchés publics » sectorielle, la division en lots reste en revanche facultative (article 59, paragraphe 1^{er}).

Pour les marchés divisés en lots, les deux propositions de directive « marchés publics » permettent une assez remarquable dérogation au principe de mise en concurrence. En effet les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent décider de limiter le droit de soumettre des offres à un ou plusieurs lots¹⁰⁶⁴. Toujours dans le même sens, les propositions de directive indiquent : « Les pouvoirs adjudicateurs [entités adjudicatrices] peuvent, même lorsqu'ils ont indiqué la possibilité de soumissionner pour tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire, à condition que le nombre maximal soit inscrit dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt »¹⁰⁶⁵.

Autrement dit, il se peut que l'offre économiquement la plus avantageuse soit écartée au profit d'une offre moins favorable ! Comment procéder concrètement dans un cas pareil ? Au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice d'indiquer « dans les documents de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser pour l'attribution des différents lots lorsque l'application des critères d'attribution retenus conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal fixé »¹⁰⁶⁶. Même si ces solutions ne contrevenaient pas au principe d'égalité - ce qui n'est pas évident -, à coup sûr, elles heurteraient les principes du droit primaire des aides d'Etat¹⁰⁶⁷. En effet, les lots concernés étant attribués à l'offre qui n'est pas économiquement la plus avantageuse, les marchés correspondants renferment en principe une aide d'Etat. Pour être admise, cette aide devrait d'abord faire l'objet d'une décision de la Commission, constatant que les conditions de l'article 107, paragraphe 3, c), TFUE sont remplies¹⁰⁶⁸.

- Quant aux procédures, la proposition de directive « marchés publics » générale laisse plus de choix aux Etats membres que l'actuelle directive 2004/18/CE. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs pourront - si l'Etat membre dont ils relèvent les y autorise - recourir dans un plus grand nombre de cas à la « procédure concurrentielle avec négociation » qui correspond,

¹⁰⁵⁹ Article 4 de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁶⁰ Article 75, paragraphes 1^{er} et 2, de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁶¹ Article 76, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁶² Article 44, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁶³ Article 44, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁶⁴ Article 44, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » générale, page 12 ; article 59, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle, page 13).

¹⁰⁶⁵ Article 44, paragraphe 2, de la directive « marchés publics » sectorielle ; article 59, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁶⁶ Article 44, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 59, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁶⁷ Articles 107 et s. TFUE ; voir à ce sujet la troisième partie du présent travail, tout particulièrement les nos 559 et s.

¹⁰⁶⁸ Il s'agit des « aides à faciliter le développement de certaines activités ou de certains régimes économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ». Dans le cas ici envisagé, il s'agirait d'aides en faveur de l'activité de petites et moyennes entreprises.

à quelques précisions près, à la procédure négociée de l'actuelle directive « marchés public » générale 2004/18/CE¹⁰⁶⁹.

Il peut être recouru à la procédure concurrentielle avec négociation notamment pour mettre en place des « partenariats d'innovation », processus longuement décrits dans la proposition de directive « marchés publics » générale¹⁰⁷⁰ et dans la proposition de directive « marchés publics » sectorielle¹⁰⁷¹. Rien ne nous paraîtrait empêcher la mise en place de telles opérations en l'absence de ces dispositions spécifiques.

D'après la proposition de directive « marchés publics » générale, les pouvoirs adjudicateurs « sous-centraux » - il s'agit de ceux qui ne figurent pas sur la liste des autorités gouvernementales centrales - peuvent dans certains cas procéder à des mises en concurrence par un avis de préinformation¹⁰⁷². La directive sectorielle actuelle 2004/17/CE admet déjà ce moyen de mise en concurrence en lieu et place d'un avis de marché pour les procédures restreintes ou négociées. Il y est désigné comme avis périodique indicatif¹⁰⁷³.

- Les Etats membres sont autorisés à imposer le recours à des moyens de communication électroniques pour la passation des marchés publics¹⁰⁷⁴. De même, les Etats membres « peuvent rendre obligatoire l'utilisation de catalogues électroniques pour certains types de marchés »¹⁰⁷⁵. Deux ans au plus tard, après la date limite pour la transposition des directives, tous les marchés visés par les propositions de directive devront être passés par des moyens de communications électroniques¹⁰⁷⁶. La proposition de directive concernant les contrats de concessions contient des dispositions similaires, sauf quant à l'utilisation de catalogues électroniques¹⁰⁷⁷.
- Les règles concernant les offres anormalement basses se trouvent précisées¹⁰⁷⁸.
- Chaque Etat membre doit mettre en place un organe de contrôle indépendant devant entre autres remplir « la fonction de point de contact spécifique » pour la Commission lors du contrôle la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁰⁷⁹.
- Les propositions prévoient - de façon encore mal articulée - le recours à la méthode de « calcul du coût du cycle de vie » qui reste facultatif¹⁰⁸⁰.
- La proposition de directive « marchés publics » générale charge les Etats membres de lourdes¹⁰⁸¹ obligations en rapport avec la « base de données de certificats en ligne (e-Certis) » et le « passeport européen pour les marchés publics »¹⁰⁸².

¹⁰⁶⁹ Article 24 de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁷⁰ Article 29 de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁷¹ Article 43 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁷² Article 46, paragraphe 2, de la proposition de directive « marchés publics » générale.

¹⁰⁷³ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 105 et s.

¹⁰⁷⁴ Article 19, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 25, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁷⁵ Article 34, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 48, paragraphe 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁷⁶ Article 19, paragraphe 7, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 34 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle ; cf. concernant la passation électronique des marchés publics, ci-dessus, nos 319 et s.

¹⁰⁷⁷ Cf. l'article 25 de la proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession.

¹⁰⁷⁸ Article 69 de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 79 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁷⁹ Article 84 de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 93 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle.

¹⁰⁸⁰ Article 67 de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 77 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle. Des dispositions en ce sens sont également prévues dans la proposition de directive concernant l'attribution des contrats de concessions (article 40).

¹⁰⁸¹ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, « Modernizing the European Union's public procurement regime : A blueprint for real simplicity and flexibility », *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 71 et s., p. 71.

¹⁰⁸² Articles 58 et 59 de la proposition de directive « marchés publics » générale.

- Les propositions contiennent des dispositions sur la loi nationale applicable aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices de plusieurs Etats membres¹⁰⁸³.
- L'obligation des concessionnaires de travaux de procéder à une mise en concurrence pour le choix de leurs sous-traitants n'apparaît plus dans la proposition de directive « concessions ».

Section 13.- Quel champ d'application pour les marchés publics électroniques dans l'Union européenne ?

§ 1^{re}. - Les idées promues par la Commission en rapport avec l'usage de moyens électroniques

319.- Le livre vert de la Commission sur le développement des marchés publics électroniques¹⁰⁸⁴ - Dans ce livre vert, la Commission envisage rien de moins que l'élimination de toute intervention humaine lors des procédures de passation des marchés publics, même au stade de l'évaluation des offres. La passation électronique de marchés publics y est définie comme « le remplacement, d'un bout à l'autre de la chaîne, de procédures papier par des procédures informatisées pour les communications et le traitement des opérations »¹⁰⁸⁵.

Pour l'essentiel, l'approche de la Commission peut se résumer comme suit :

- 1) La Commission part du principe que l'« idéal est le traitement électronique de bout en bout, toutes les phases de la procédure, de la notification au paiement, étant automatisées au moyen de procédures électroniques »¹⁰⁸⁶. Elle admet cependant qu'« un traitement non automatisé restera nécessaire pour certaines activités » notamment pour « certaines phases de marchés complexes (conception, travaux), par exemple [qui] risquent de ne pas pouvoir se plier à un format normalisé et peuvent donc demander une intervention humaine »¹⁰⁸⁷. Elle estime qu'« il serait néanmoins possible d'informatiser des pans importants de la passation de marchés publics »¹⁰⁸⁸. De l'avis de la Commission, des marchés publics électroniques offriraient une plus grande transparence¹⁰⁸⁹. Plus loin, elle précise : « Si de grands progrès ont été accomplis dans la publication et la diffusion électroniques des informations relatives aux appels d'offres, les avancées sont bien moindres en ce qui concerne la mise au point d'approches, de normes ou de modèles communs pour la soumission et le traitement électronique des offres. Or, en matière de marchés publics électroniques, c'est là que résident les possibilités de gain réel (et c'est là qu'est le vrai défi) »¹⁰⁹⁰.
Aussi, la Commission envisage de rendre obligatoire le recours à des marchés publics électroniques¹⁰⁹¹.
- 2) Autre idée mise en avant par la Commission : l'informatisation des marchés publics serait une occasion supplémentaire de rationaliser et de réviser les processus d'achat et ne devrait pas nécessairement consister à reproduire sous forme électronique des procédures papier utilisées depuis des années¹⁰⁹². Plus loin, la Commission écrit : « La normalisation des approches suivies et des formats utilisés pour les processus les plus courants dans le cadre des marchés publics électroniques améliorerait considérablement le succès de ces derniers et la

¹⁰⁸³ Article 38 de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 52 de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle. Des dispositions correspondantes existent dans la proposition de directive concernant l'attribution des contrats de concessions (article 31).

¹⁰⁸⁴ Livre vert sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE COM/2010/0571 final.

¹⁰⁸⁵ Page 3 du livre vert.

¹⁰⁸⁶ Page 3 du livre vert.

¹⁰⁸⁷ Page 3 du livre vert.

¹⁰⁸⁸ Page 3 du livre vert.

¹⁰⁸⁹ Page 4 du livre vert.

¹⁰⁹⁰ Page 17 du livre vert.

¹⁰⁹¹ Pages 11 (points 6, (1)) et 14 (question 5) du livre vert. Cette proposition se trouve d'ailleurs dans les trois propositions de directive « marchés publics » et « contrats de concessions » de novembre 2011 (cf. quant à ces textes ci-dessus, nos 308 et s.

¹⁰⁹² Page 4 (point 2, c)) du livre vert.

réutilisabilité des données. Les opérateurs pourraient prendre part aux appels d'offres sur un nombre illimité de systèmes différents, sans effort démesuré et à moindre coût, puisqu'ils ne devraient pas remanier entièrement leur offre à chaque fois, mais simplement l'adapter aux spécificités de l'appel d'offres concerné »¹⁰⁹³.

Il s'agirait d'éviter « une nouvelle génération d'obstacles techniques et administratifs à la participation transfrontière aux appels d'offres »¹⁰⁹⁴. La Commission évoque un risque de « fragmentation du marché »¹⁰⁹⁵.

- 3) « La responsabilité de satisfaire à certaines exigences réglementaires ou procédurales du pouvoir adjudicateur » pourrait être transférée « à un système de passation électronique des marchés publics, chargé de conduire ou de gérer tout ou partie de la procédure de passation »¹⁰⁹⁶. Ainsi, « la charge de veiller à ce que la législation sur les marchés publics est bien appliquée pourrait ainsi basculer du pouvoir adjudicateur vers cette plateforme électronique »¹⁰⁹⁷.

320. Résultats d'études commandées par la Commission à des groupes d'experts.- Plusieurs études réalisées à la demande de la Commission furent présentées lors d'une conférence sur la passation électronique des marchés publics à Bruxelles en décembre 2012.

A partir de quel moment peut-on parler d'un "marché public électronique"? A ce sujet, l'une de ces études précise : « Within the framework of this study, and in agreement with the EC Green Paper on e-procurement, we will define the minimum package for an e-procurement offering the electronic provision of the following services :

- o e-Notification : online publication of tender notices,
- o e-Access : online access to tender documents 24/7 in an automatic manner,
- o e-Submission: online submission of tenders »¹⁰⁹⁸.

A s'en tenir à cette définition, l'on serait déjà en présence d'un marché public électronique lorsqu'un avis de marché est publié sur le site internet TED (tenders electronic daily), que les documents du marché le sont sur le site du pouvoir adjudicateur et que les soumissions sont envoyées à l'adresse électronique du pouvoir adjudicateur.

D'après son livre vert sur le développement des marchés publics électroniques, la Commission vise beaucoup plus loin.

Le rapport du groupe d'experts sur les marchés publics électroniques institué par la Commission affirme : « Transition to e-Tendering is not just an IT project. Rather, it is about rethinking procurement as a whole relying on the IT as the mainstream foundation for the process »¹⁰⁹⁹.

D'autres passages du même rapport mettent en évidence que l'objectif se situe bien au-delà de la définition minimale donnée par l'étude citée plus haut :

« The e-Tendering platform should guide the CA [« contracting authority] through the procurement stages, setting adequate controls (phases, deadlines, etc.) to comply with legislative requirements, helping the CA prepare the contracts (for example Tendering specifications), supporting the interaction with the EOs [economic operators] (for example questions and answers) an enabling various submission mechanisms to accommodate the need of the EOs. In particular, it should make it possible for an EO to work on-line or to download structured documents onto its own independent tendering preparation system.

¹⁰⁹³ Page 17 du livre vert.

¹⁰⁹⁴ Page 20 du livre vert.

¹⁰⁹⁵ Page 10 (point 5, d)) du livre vert.

¹⁰⁹⁶ Page 13, en bas, du livre vert.

¹⁰⁹⁷ Page 14 du livre vert.

¹⁰⁹⁸ "Study on e-Procurement Measurement and Benchmarking MARKET 2011/097/C - Lot 1 - Public Procurement Performance Indicators - Performance Indicators Report D3", point 3. (www.eceuropa/international_market/publicprocurement/eprocurement/conference/index_fr.htm).

¹⁰⁹⁹ Part I: High - Level Report, point 3.2 (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/conferences/121214_e-tendering-expert-group-draft-report-part2_en.pdf) (au 1er décembre 2013).

The system should support automated qualification, tender evaluation and award, by handling submitted contents as a set of itemised, comparable data structures rather than traditional free-text documents.

The platform should also support contract preparation and signing, and on conclusion provide data for the post-award phase, irrespective of whether the post - award functionality is implemented on the platform itself or entrusted to specialized platform (for exemple an ERP system) »¹¹⁰⁰.

Plus précisément :

- « *Electronic publication of notices is mandatory for procurement above the thresholds set out in the EU Directives. Within this element all the standard communication types should be supported by the platform : advance notice, contract notice, contract awarded, etc.* »¹¹⁰¹ ;
- « *The e-Procurement Platform must provide a question and answer function ...* »¹¹⁰² ;
- « *Any offline response to system (fax, email, letter) shall be responded to with “any queries relating to tenders from authority x will be responded to only if raised on the system x »*¹¹⁰³.

Le groupe d’experts institué par la Commission envisage d’inclure dans ce système les marchés ne dépassant pas les seuils des directives actuelles : « *While a single portal (Tenders Electronic Daily) exists aggregating all notices for procurement procedures covered by the EU Directives, no easy way currently exists of aggregating information about procurement opportunities falling below the thresholds* » (point 4.4 (High-level report)).

Autres fonctions additionnelles des plates-formes informatiques de passation que préconise ce groupe d’experts :

- « *The e-procurement platforms should provide the following functionality to assist users on CA [contracting authority] side in their preparation of the call for tenders* » :
 - « *Libraries of documents, which may be linked or copied to individual tenders (...)* »¹¹⁰⁴,
- « *The e-Tendering platform should provide functionality to warn a CA [contracting authority] from setting timelines which are not compliant with the Directives or national laws* »¹¹⁰⁵.

Lorsque les critères d’attribution permettent un calcul précis, le groupe d’expert recommande une fonction permettant aux soumissionnaires d’obtenir des « simulations »¹¹⁰⁶.

Il préconise par ailleurs un « modèle système à système » (« System-to-System model ») : « *System-to-System model implies trusted communication between platforms. The tendering would be run on one platform, but an EO [economic operator] would not necessarily need to use the e-submission tool offered by that platform, having the ability to prepare a tender on another platform. Once completed, the tender would be sent to the platform where the tending process is run. This model, still in its infancy, holds the promise of decoupling the tendering preparation environment from the tendering submission environment, providing greater efficiency to EOs [economic operators] who would always use one simple user interface irrespective of the platforms where the tendering process are run at any one time. The eTEG [the expert groups on e-Tendering] supports the development of this model* »¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁰ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public e-Procurement - Part I: High - Level Report, point 3.1.

¹¹⁰¹ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 3.

¹¹⁰² The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 5.1.

¹¹⁰³ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 5.1 ; cf. cependant apparemment en sens contraire, point 6.9 (*in fine*).

¹¹⁰⁴ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 2.1.

¹¹⁰⁵ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 2.6.

¹¹⁰⁶ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 6.2.

¹¹⁰⁷ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 6.

Dans le même sens, le groupe d'experts recommande :
« *e-Tendering platforms should support the largest possible number of the communications means so as to allow seamless access via work stations, mobile devices, tablets, etc :*

- o *Web page (e.g. HTML, Javascript, XML)*
- o *Text Messaging (e.g. SMS)*
- o *E-mail (e.g. POP, IMAP, SMTP)*
- o *RSS (e.g. RSS reader, digital signage)*
- o *SPARQL End-points*
- o *Social Media (e.g. LinkedIn, twitter updates)*
- o *Web Services (e.g. XVergabe) »¹¹⁰⁸.*

Quant à l'évaluation, le groupe d'experts écrit :
« *In principle, a platform can offer full automatic evaluation if it handles structured tenders and the procurement at hand is about common goods as well as non-configurable services - typical situation: suggesting e-catalogue use. It is up to the CA [contracting authority] at the tendering preparation stage to define the tender structure in such a way as to break, as far as possible, the tender contents down to information items that can be expressed in evaluation »¹¹⁰⁹.*

D'autre part : « Where automatic evaluation is not possible, platforms should provide functionality to allow electronic evaluation based on human input »¹¹¹⁰. En revanche : « The platform should provide functionality to ensure that the platform verifies the tender to check completeness but never automatically rejects tender. The CA [contracting authority] is always in charge of rejecting a tender »¹¹¹¹. Le groupe d'experts recommande : « The system provides guidance only and does not enforce the rules. CA [contracting authority] is ultimately responsible for all decisions » (point 2.6).

En cela, le rapport du groupe d'experts rejoint le document intitulé non sans prétention « Golden Book of e-Procurement Good Practice », établi sur demande de la Commission par PWC EU Services EESV¹. Ce document indique : « Automatic evaluation is another very timesaving functionality, which also means increased transparency » (page 5). Il recommande : « Don't make it a requirement that all competitions have to be evaluated automatically » (page 32) et « allow contracting authorities to choose between automatic, manual or mixed evaluation of tenders » (page 32). De même : « Allow contracting authorities to override the automatic evaluation results and award the contract to whomever they chose » (page 32).

Recommandant le recours *exclusif* aux procédures électroniques le groupe d'experts institué par la Commission écrit : « *The successful implementation of e-Tendering requires a comprehensive set of actions addressing the governance of e-tendering, including a well-defined legal framework, the need to promote effective change management and a clear path to complete the transition towards e-Tendering to avoid the empty co-existence of paper-based and electronic procedures (which represent an additional source of costs to EOs [economic operators] »¹¹¹².*

Or, pourquoi si vite bannir le recours à des procédures papier alors que seul l'usage conjoint de procédures entièrement électroniques et de procédures recourant au papier permettrait de vraiment les comparer ? Pourquoi ne pas laisser aux pouvoirs adjudicateurs le choix de combiner l'usage de moyens électroniques et non électroniques suivant ce qui leur paraît le plus adapté aux circonstances. C'est de cette façon d'ailleurs que les contrats se concluent dans le secteur privé.

Pourquoi à tout prix imposer des solutions techniquement très complexes dans une matière hautement complexe elle-même ?

¹¹⁰⁸ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 3.1.

¹¹⁰⁹ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 9.

¹¹¹⁰ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 9.2.

¹¹¹¹ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public E-Procurement - Part II: Operational Recommendations, point 9.2.

¹¹¹² The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public e-Procurement - Part I: High - Level Report, point 4.1.

C'est peut-être en partie que les communications électroniques exercent une sorte de fascination qui les fait apparaître, plutôt que de simples instruments, comme une fin en soi. L'instrument, censé servir, finit par imposer ses propres règles, phénomène observé dans d'autres domaines.

C'est en partie à juste titre que le groupe d'experts note : « *The increased use of structured information would therefore [pave] the way for significant further efficiency gains in e-Tendering, especially via re-use of information. But the EO is not the only party to benefit from that. In fact, procurement specifications become more complex, there is a great deal of efficiency gains for the CAs [contractual authorities] in re-use of materials from past calls for tenders and in handling evaluation processes* »¹¹¹³. Ce gain d'efficacité peut cependant être atteint autrement que par l'informatisation intégrale des procédures de passation. L'usage de tableurs (« spreadsheets ») et de tableaux croisés dynamiques (« pivot tables ») y suffit.

§ 2.- Appréciation

321.- La Commission vise à une informatisation intégrale et obligatoire des procédures de marchés publics. Ce projet appelle de très sérieuses réserves.

A. Faut-il poursuivre l'objectif d'une informatisation intégrale des procédures des « marchés publics » ?

322.- Les avantages du TED - le système électronique d'envoi, de collecte et de publication des avis de marchés mis en place au niveau de l'Union¹¹¹⁴ - sont incontestables. Ce n'est cependant pas pour cela que l'informatisation de l'intégralité du processus de passation des marchés publics s'impose.

Cela vaut en particulier pour l'évaluation des offres. Sauf le cas où le critère d'attribution est exclusivement le prix le plus bas, la comparaison des offres suppose que le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation. Ainsi, l'évaluation de la sécurité ou du confort d'un véhicule requiert une intervention humaine, même si le cahier des charges contient une formule d'évaluation.

Un processus d'évaluation entièrement automatique supposerait non seulement une *formule de classement* mais également *l'attribution automatique de valeurs* aux différents paramètres de la formule. Poussée jusqu'à ce degré, l'automatisation conduirait à des résultats absurdes : impossible, en effet, de développer des systèmes intégrant à l'avance tous les cas de figure¹¹¹⁵.

Ce n'est qu'à la condition que la meilleure offre soit retenue que l'égalité entre les soumissionnaires est respectée. C'est d'ailleurs seulement à cette condition que le meilleur rapport qualité-prix peut être obtenu. Une déficience technique, une formule d'attribution incohérente, tout comme une erreur humaine, peuvent conduire à un résultat contraire au principe d'égalité.

¹¹¹³ The e-Tendering Expert Group (E-TEG) - Recommendations for effective Public e-Procurement - Part I: High - Level Report, point 4.3.1.

¹¹¹⁴ En 2004, 90% des avis de marchés étaient envoyés à la Commission sous format papier. En 2009, la proportion était déjà inversée, c'est-à-dire que 90 % des avis étaient envoyés à la Commission par le système électronique TED [...].

¹¹¹⁵ Voir en ce sens également, R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s. no 11.3 ; N.C. SMITH, B.G. PAPERNIK, C.A. BOOK, « Design-build contracting with State and local agencies », in *Design-build contracting handbook*, R.F. CUSHMAN et M.C. LOULAKIS (éditeurs), Wolters Kluwer, 2001, pp. 391 et s., pp. 419 à 420 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 7.112, p. 511 ; voir cependant A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 475 et s., p. 545. Le droit européen actuel n'impose pas le recours à des formules de classement des offres. Les directives prévoient cependant que le pouvoir adjudicateur doit conférer en principe à chaque critère d'attribution une « pondération relative » (cf. par exemple l'article 53, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE). Les formules de classement recèlent en général le risque de se révéler après coup inadaptées et de conduire à des résultats absurdes. Dans ces cas, l'objectif d'atteindre le meilleur rapport qualité-prix ne pourra être atteint qu'au prix d'une violation des règles du marché prévoyant l'emploi de la formule en question.

B. L'abandon du contrôle des procédures d'acquisition en échange d'une exemption de responsabilité

323.- D'après la Commission un pouvoir adjudicateur recourant à une procédure de marché public électronique pourrait déléguer - en quelque sorte en contrepartie de l'acceptation de l'informatisation du marché public¹¹¹⁶ - la responsabilité relative à la bonne gestion de la procédure à l'organisme gérant la mise en concurrence informatique. C'est cependant perdre de vue que des procédures irrégulières ou insuffisamment efficaces conduisent à des retards et à des rapports qualité-prix médiocres. A chaque fois, c'est le pouvoir adjudicateur qui se trouve lésé. Le transfert de la responsabilité de la procédure vers un organisme tiers paraît dès lors peu susceptible de motiver les pouvoirs publics à abandonner une partie de leurs compétences.

C. En l'état actuel, les barrières nationales dans le domaine des marchés publics ne résultant pas de l'absence d'harmonisation des normes en matière de communication électronique

324.- Aujourd'hui, le droit européen laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des moyens par lesquels ils communiquent avec les opérateurs économiques¹¹¹⁷. C'est à tort que le livre vert suggère que les Etats pourraient imposer aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à des moyens électroniques¹¹¹⁸.

Suivant les directives « marchés publics », « les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées »¹¹¹⁹. Ainsi, le défaut de normalisation que dénonce le livre vert¹¹²⁰, ne devrait pas conduire à un « risque de fragmentation du marché »¹¹²¹. Les directives actuelles interdisent la passation électronique des marchés publics si la technologie utilisée n'est pas couramment disponible et compatible avec les technologies généralement utilisées. D'autre part, ce n'est pas parce que les avis de marchés publiés sur le site TED de la Commission le sont également sur des sites nationaux, régionaux ou sectoriels qu'il y aurait un risque de « fragmentation du marché ».

De fait, si les marchés sont actuellement fragmentés, mis à part les cas d'infraction au droit européen des marchés publics, c'est plutôt en raison de barrières linguistiques et juridiques¹¹²².

¹¹¹⁶ Livre vert, pp. 13-14, point 7.1 que la Commission a choisi d'intituler « Manier la carotte et le bâton pour accélérer la généralisation des marchés publics électroniques » (sic !).

¹¹¹⁷ La règle est la même dans les trois directives marchés publics actuelles (article 42, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/18/CE ; article 48, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE ; article 36, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/81/CE). Voir cependant les doutes émis par S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, points 7.23 et 7.24, pp. 438 et 439.

¹¹¹⁸ Pages 10 et 14 du livre vert. Tel étant la position de la Commission, il n'est pas étonnant de voir adopter des législations nationales allant dans le sens indiqué par la Commission. Ainsi, par exemple, en France où un décret du 25 novembre 2011 (no 2011 - 1000), modifiant l'article 56 du Code des marchés publics, oblige, depuis le 1^{er} janvier 2012, les pouvoirs adjudicateurs d'accepter des documents envoyés par voie électronique pour des marchés excédant 90 000 euros.

¹¹¹⁹ Article 42, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ; article 48, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE ; article 36, paragraphe 4, de la directive 2009/81/CE.

¹¹²⁰ Livre vert, page 10.

¹¹²¹ Livre vert, page 10.

¹¹²² Les directives « marchés publics » ne créent pas une uniformisation, mais seulement une harmonisation relative des dispositions en matière de marchés publics au-delà des seuils qu'elles indiquent. D'autre part, l'exécution des marchés est exclusivement régie par le droit national de l'autorité adjudicatrice.

D. Les marchés publics électroniques comme moyen de pousser plus loin l'harmonisation dans le domaine des marchés publics et de couvrir des volets qui, jusqu'ici, ont fait l'objet de pratiques nationales variables

325.- La Commission écrit : « L'informatisation des marchés publics est aussi une occasion supplémentaire de rationaliser et de réviser les processus d'achat : elle ne doit pas nécessairement consister à reproduire sous forme électronique des procédures papier utilisées depuis des années »¹¹²³. Dès lors, harmoniser les marchés publics électroniques pourrait emporter une harmonisation des marchés publics tout court et couvrir des volets qui, dans les procédures en papier, font l'objet de pratiques nationales variables. Le groupe d'experts institué par la Commission n'écrit-il pas en effet : « Transition to e-Tendering is not just an IT project. Rather, it is about rethinking procurement as a whole relying on the IT as the mainstream foundation of the process »¹¹²⁴?

Dans l'approche de la Commission, le pouvoir d'appréciation lors de l'attribution des marchés est, sinon supprimé, du moins limité à l'extrême. Idéalement, l'attribution du marché serait prise de façon automatique en fonction d'une formule d'évaluation appliquée sans intervention humaine. Si cette approche était suivie, il y aurait lieu de s'attendre à ce que de futures réglementations imposent les formules à utiliser, sinon qu'elles prescrivent des méthodes pour les établir.

E. Suite - Considérations finales

326.- Que la mise en concurrence ait recours à des moyens électroniques ou non, les principes du droit primaire de la mise en concurrence restent les mêmes. En particulier, le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence reste inchangé.

Le recours forcé à des marchés publics entièrement électroniques risque de créer, sans gain notable d'efficacité ou de transparence, des entraves supplémentaires, tant pour les entreprises que pour les pouvoirs adjudicateurs. Le risque est grand, qu'à force d'idéaliser la passation électronique des marchés, les procédures de passation soient adaptées à l'informatique et non l'inverse. Dans ce domaine, toute réglementation court le risque d'être en retard par rapport aux meilleures technologies¹¹²⁵. La liberté d'action et le pouvoir d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs disposent aujourd'hui en sortiraient réduits. Il se pourrait qu'ils s'en trouvent empêchés de recourir à des moyens innovants et de choisir les pratiques les plus adaptées¹¹²⁶. La procédure négociée et le dialogue compétitif s'opposent d'ailleurs par définition à des procédés entièrement électroniques.

Peut-être répliquera-t-on à cela que du moins, le risque de détournement de pouvoirs se trouvera réduit. Ainsi, il est soutenu que les marchés publics électroniques permettront d'éviter certains comportements déviants. Cet argument justifie-t-il le recours obligatoire à des procédures entièrement électroniques ? A notre avis, non. Sans doute, certains types de comportements déviants disparaîtront, mais d'autres les remplaceront. Ainsi, les marchés publics électroniques posent un très sérieux problème de confidentialité, tout système informatique connecté à l'internet étant exposé au risque d'intrusions. Ce risque s'accroît avec la valeur des marchés. D'autre part, supprimer le pouvoir d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs, ou le restreindre outre mesure, reviendrait à perdre de vue que ce pouvoir s'exerce en principe dans l'intérêt du meilleur rapport qualité-prix, même s'il existe parfois des abus, comme partout ailleurs.

Par ce qui précède - le lecteur l'aura compris - , nous n'entendons nullement remettre en question l'utilité de moyens de communication électroniques ou l'usage de l'informatique dans les procédures

¹¹²³ Page 4 (point 2, c)) du livre vert.

¹¹²⁴ The e-Tendering Expert Group (e-TEG), Recommendations for effective Public e-Procurement - Part I : High-Level Report, point 3.2. (www.eceuropa/international_market/publicprocurement/docs/eprocurement/eteg/eteg-part2-operational/_recommandations_en.pdf).

¹¹²⁵ Cf. en ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, points 18. 2 (p. 1159) et 18.4 (p. 1162), ou encore dans le même sens, à propos des enchères électroniques, A. EYO, « Electronic cautions in European Union procurement : Reflections on the cautions rules from the United Kingdom », *Public Procurement Law Review*, 2012, 1, pp. 1 et s., point 4.6.

¹¹²⁶ Voir en ce sens, R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5 ; NA 171 et s., no 9.

de marchés publics. Nous doutons cependant du bien-fondé du caractère forcé et exclusif de la réglementation envisagée par la Commission. Cette approche s'accorde d'ailleurs mal avec le principe de subsidiarité¹¹²⁷.

Il nous paraît indispensable que les pouvoirs adjudicateurs puissent agir avec souplesse en recourant aux moyens qui leur paraissent les plus adaptés en considération du marché dont il s'agit. Ainsi, si l'usage de signatures électroniques pose un problème, pourquoi ne pas exiger en parallèle une version papier signée ? Plutôt que d'être transmises électroniquement, il n'y aurait pas d'inconvénient à ce que les offres soient remises sur un CD. Cette façon de procéder offrirait d'ailleurs un niveau de confidentialité plus élevé.

§ 3.- Vers la mise en œuvre de ces idées sous le régime des nouvelles directives « marchés publics » ?

327.- Les propositions de nouvelles directives « marchés publics », en vue de remplacer les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, ainsi que la proposition concernant les contrats de concessions¹¹²⁸ s'engagent dans le sens indiqué par le livre vert de la Commission sur les marchés publics électroniques.

Selon ces propositions de directives, les Etats membres sont tenus de veiller à ce que deux ans au plus tard après la date limite pour la transposition « toutes les procédures de passation de marché relevant de la présente directive soient effectuées par des moyens de communication électroniques et notamment par soumission électroniques, conformément aux exigences du présent article »¹¹²⁹. Les propositions de directives n'indiquent pas ce qu'elles entendent exactement par là.

La Commission pourra « adopter des actes délégués conformément à l'article 89 afin de rendre obligatoire l'utilisation de certaines normes techniques, au moins en ce qui concerne l'utilisation de la soumission électronique, des catalogues électroniques et des moyens d'authentification électronique », cela, « afin d'assurer l'interopérabilité des formats techniques ainsi que des normes en matière de procédure et de messages, en particulier dans un contrat transfrontalier »¹¹³⁰. Contrairement aux directives actuelles, les propositions de directives prévoient que les Etats membres pourront *imposer* l'utilisation de moyens électroniques de communication dès l'entrée en vigueur des nouveaux textes¹¹³¹.

¹¹²⁷ A noter qu'une partie de la doctrine est moins réservée à l'égard des vues de la Commission. Voir, par exemple, S. VERLINDEN, « E-procurement : Tussen droom en daad ... » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp 633 et s ; ou encore G.M. RACCA, « The Role of IT solutions in the Awards and Execution of Public Procurement below Threshold and List B Services : Overcoming E-Barriers » in *Outside the EU Procurement Directives Inside the Treaty ?*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, 2012, pp. 373 et s., qui, très optimiste - et sans doute trop -, va jusqu'à écrire « the wider development and implementation of IT solutions that is definitively *the solution* for the future of public procurement » (point 1.).

¹¹²⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (COM/2011/0896 final - 2001/0438 (COD)) ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux (COM/2011/0895 final - 2001/0439 (COD)) ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (COM/2011/0897 final - 2011/0437 (COD)).

¹¹²⁹ Article 19, paragraphe 7, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; cf. l'article 33, alinéa 1^{er}, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle et l'article 25, paragraphe 7 de la proposition de directive relative à l'attribution des contrats de concessions qui contiennent des dispositions équivalentes.

¹¹³⁰ Article 19, paragraphe 3, alinéa 3, de la proposition de directive « marchés publics » sectorielle ; article 25, paragraphe 3, alinéa 3, de la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concessions.

¹¹³¹ Article 19, paragraphe 1^{er}, *in fine*, de la proposition de directive « marchés publics » générale ; article 33, paragraphe 1^{er}, *in fine*, de la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concessions.

Deuxième partie.- Le droit primaire de la mise en concurrence

328.- Le droit primaire de la mise en concurrence est une matière récente. Mis à part quelques applications jurisprudentielles plutôt classiques des libertés fondamentales aux marchés publics, ce n'est qu'en 2000 qu'un véritable droit primaire de la mise en concurrence, comportant une obligation de mise en concurrence, a vu le jour. Le premier chapitre de ce titre décrit la genèse de ce droit.

Nous expliquerons ensuite pourquoi le droit primaire de la mise en concurrence est en quelque sorte par nature un droit incertain (Chapitre II).

Dans un troisième chapitre, nous examinerons la condition d'application de l'intérêt transfrontalier et les fondements théoriques du droit primaire de la mise en concurrence développé par la Cour. Cet examen révélera que sous une apparence d'uniformité, la jurisprudence ne recèle pas moins des divergences fondamentales.

Cette analyse sera suivie d'un inventaire des règles à respecter pour une mise en concurrence conforme aux exigences du courant dominant de la jurisprudence (Chapitre IV).

L'étude des exceptions à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire fera l'objet du chapitre suivant (Chapitre V). Si les exceptions aux directives « marchés publics » sont examinées à cet endroit et non dans la première partie consacrée aux directives « marchés publics », c'est que la jurisprudence reconnaît à ces exceptions une portée plus générale, considérant qu'elles valent également dans le champ d'application du seul droit primaire.

Les développements qui suivent sont consacrés à la question inverse de l'application du droit primaire de la mise en concurrence dans le champ d'application des directives « marchés publics » (Chapitre VI). Cette question a une importance fondamentale.

Nous examinerons ensuite si, à l'appliquer de façon cohérente et systématique, la théorie jurisprudentielle de l'obligation de mise en concurrence suivant le droit primaire ne devrait pas conduire à une mise en concurrence obligatoire dans un grand nombre de situations autres que les marchés publics et les concessions (Chapitre VII). Déjà, la Cour a jugé qu'il en est ainsi pour l'octroi d'autorisations en nombre limité. Cet examen nous conduira à remettre en question la pertinence du critère de l'intérêt transfrontalier individuel du marché ou de la concession en cause.

Enfin, le dernier chapitre de cette deuxième partie portera sur le champ d'application personnel de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire qui est similaire à celui des directives « marchés publics » (Chapitre VIII).

Chapitre I^{er}.- Introduction - L'émergence d'un droit primaire de la mise en concurrence

Section 1^{re}.- Le silence des traités

329.- Ce n'est qu'incidemment que le traité FUE parle des marchés publics.

L'article 179 TFUE (article 163 CE ; article 130 F du traité CEE introduit par l'Acte unique européen en 1986) indique que l'Union « soutient leurs efforts de coopération [celui des entreprises dans le domaine de la recherche et le développement technologique], en visant tout particulièrement à permettre aux entreprises d'exploiter pleinement les potentialités du marché intérieur à la faveur notamment de l'ouverture des marchés publics nationaux, de la définition de normes communes et de l'élimination des obstacles juridiques et fiscaux à cette coopération ». Le contexte, en particulier la référence aux « potentialités du marché intérieur » - qui, conformément à l'Acte unique, devait être réalisé par l'adoption de dispositions de droit dérivé (cf. ci-après la section 3) - montre que les auteurs de l'article 130 F du traité CEE estimaient que des dispositions de droit secondaire étaient requises pour « l'ouverture des marchés publics » dont il y est question¹¹³⁴.

¹¹³⁴ Voir au sujet de cet article ci-dessus, no 331.

L'article 199, 4), TFUE (article 183, 4), du traité CE) prévoit que « pour les investissements financés par l'Union, la participation aux adjudications et fournitures est ouverte, à égalité de conditions, à toutes les personnes physiques et morales ressortissantes des Etats membres et des pays et territoires [les pays et territoires d'outre-mer] ».

Section 2. Le droit primaire de la mise en concurrence, un droit essentiellement prétorien

330.- Le droit européen de marchés publics ne forme pas un ensemble de règles autonome qui pourrait se passer d'emprunts à d'autres domaines.

En cette matière, les références aux libertés fondamentales, de même qu'au principe d'égalité sont omniprésentes. Ainsi, les directives « marchés publics actuelles » 2004/18/CE et 2004/17/CE se réfèrent aux libertés fondamentales et aux principes d'égalité de traitement et de transparence¹¹³⁵.

Le règlement (CE) N° 1370/2007 dans le domaine des transports publics de voyageurs en fait de même¹¹³⁶. Outre le règlement (CE) N° 1370/2007, d'autres textes de droit dérivé, de plus en plus nombreux, prévoyant une obligation de concurrence, s'ajoutent aux directives « marchés publics ».

En dehors du champ d'application de ces textes, l'obligation de mise en concurrence résulte de la jurisprudence de la Cour de justice qui la fonde sur les articles 49 et 56 TFUE. Dans l'affaire *Wall AG* (C-91/08), la juridiction de renvoi demandait à savoir si l'obligation de procéder à une publicité adéquate avant la conclusion d'une concession de services était purement prétorienne ou si elle pouvait être considérée comme relevant du droit coutumier de l'Union. La Cour répondit que l'obligation de transparence découlait « du droit de l'Union, et notamment des articles 43 CE et 49 CE [actuels articles 49 et 56 TFUE] »¹¹³⁷.

En vérité, il faut bien le reconnaître, en dehors des textes de droit dérivé, l'obligation de mise en concurrence est un principe purement jurisprudentiel. Il y a moins de quinze ans, cette obligation était inconnue¹¹³⁸. Cela ne veut pas dire qu'avant, les marchés publics échappaient aux libertés fondamentales et aux principes généraux du droit européen. Ainsi, la Cour avait décidé que « le devoir de respecter le principe d'égalité des soumissionnaires correspond à l'essence de la directive 71/305/CEE ... »¹¹³⁹. De même, la Cour s'est référée au principe d'égalité pour l'interprétation des directives « marchés publics » ou pour conclure qu'une directive marchés publics se trouvait enfreinte en raison d'une violation du principe d'égalité¹¹⁴⁰. La Cour de justice avait jugé d'autre part que le

¹¹³⁵ Deuxième considérant de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE ; neuvième considérant de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE.

¹¹³⁶ Voir le vingtième considérant du règlement (CE) N° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil.

¹¹³⁷ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08, point 68.

¹¹³⁸ En ce sens également, S. TREUMER, « Cross border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 335 et s., point 1. Ainsi, par exemple, l'ouvrage de Alfonso MATTERA, intitulé « Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement », 1988, E.J.A. Jupiter, ne fait référence qu'aux directives en matière de marchés publics. On n'y trouve aucune allusion à une obligation de mise en concurrence résultant du droit primaire et susceptible de s'appliquer au-delà des directives en matière de marchés publics. De même, un article de Michel Guibal publié au Jurisclasseur en 1993 (« Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *Doctrine*, no 3667) n'envisage pas qu'il pourrait y avoir en droit communautaire une obligation de mise en concurrence au-delà des directives marchés publics.

¹¹³⁹ Arrêt de la Cour du 25 avril 1996, *Commission/Belgique* (« Bus wallons »), C-87/94, point 51 ; cf. également arrêt de la Cour du 22 juin 1993, *Commission/Danemark*, (« *Storebaelt* »), C-243/89, point 33).

¹¹⁴⁰ Cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 22 juin 1993, *Commission/Danemark* (« *Stoerebaelt* »), C-243/89, points 37 et s. d'après lequel le principe d'égalité de traitement requiert l'élimination des offres non conformes au cahier des charges ; voir également l'arrêt de la Cour du 25 avril 1996, *Commission/Belgique* (« *Bus Wallons* »), C-87/94, points 88 et 89.

principe d'égalité s'appliquait dans le domaine d'application des directives « marchés publics » sur des points non expressément réglés par celles-ci¹¹⁴¹. Elle avait jugé que des clauses discriminatoires figurant dans les cahiers des charges étaient contraires aux libertés fondamentales¹¹⁴² jugées applicables aux marchés publics indépendamment des directives¹¹⁴³. Il était d'ailleurs arrivé que la Cour considère que la manière dont le cahier des charges d'un marché public était rédigé constituait à la fois un manquement contre une directive « marchés publics » et une liberté fondamentale¹¹⁴⁴.

En revanche, à cette époque, l'idée que le droit primaire imposait de recourir à des mises en concurrence était absente.

Section 3.- L'Acte unique européen, signé à Luxembourg le 17 février 1986 et à la Haye le 28 février 1986¹¹⁴⁵ - Le marché intérieur - Absence d'incidence sur le droit primaire de la mise en concurrence

331.- L'article 13 de l'Acte unique européen introduisit un article 8 A dans le traité CEE. Selon cet article, la Communauté devait arrêter les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992.

L'article 8 A indiquait notamment ceci : « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité [le traité CEE] ». La déclaration des Etats contractants relative à l'article 8A et figurant en annexe de l'acte unique est indispensable pour comprendre la portée de cet article.

Cette déclaration était conçue comme suit :

« Par l'article 8A, la conférence souhaite traduire la ferme volonté politique de prendre avant le 1^{er} janvier 1993 les décisions nécessaires à la réalisation du marché intérieur défini dans cette disposition et plus particulièrement les décisions nécessaires à l'exécution du programme de la Commission tel qu'il figure dans le livre blanc sur le marché intérieur.

La fixation de la date du 31 décembre 1992 ne crée pas d'effets juridiques automatiques ».

A lui seul, l'article 8A ne comportait donc aucun effet juridique. Il ne faisait qu'exprimer la volonté politique de mettre en œuvre le livre blanc du 14 juin 1985 (Com (85) 310 final) de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur.

Le livre blanc insistait pour améliorer d'urgence les directives marchés publics afin d'assurer davantage de transparence¹¹⁴⁶. Le livre blanc signalait d'ailleurs qu'il convenait d'étendre les

¹¹⁴¹ Cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 26 septembre 2000, Commission/France, C-225/98, point 50 (pour certains critères d'attribution)

¹¹⁴² Arrêt de la Cour du 22 septembre 1988, Commission/Irlande, affaire 45/87 : l'exigence d'un cahier des charges que les conduites utilisées lors des travaux soient certifiées conformes à une norme irlandaise a été jugée contraire à la libre circulation des marchandises. Solution critiquée par certains, considérant qu'une stipulation d'un cahier des charges est une mesure insuffisamment constante et générale (voir l'arrêt de la Cour du 9 mai 1985, Commission/France, 21/84, point 13), lorsqu'elle est le fait d'un pouvoir adjudicateur particulier et non le résultat de dispositions ayant un caractère général (voir en ce sens, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse et critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 400 ; S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, *in Social and Environmental Policies in EC Procurement*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 57).

¹¹⁴³ Cf. l'arrêt du 26 septembre 2000, Commission/France (« Nord-Pas-De-Calais »), C-225/98, points 80 à 84 : pour des classifications techniques nationales « tellement particulières et abstraites » qu'elles étaient susceptibles d'avoir un effet dissuasif à l'encontre d'entreprises établies dans d'autres Etats membres (violation de la libre prestation des services).

¹¹⁴⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas, C-359/93, points 23 et s. : violation de la directive marchés publics de fournitures et de l'actuel article 34 TFUE (libre circulation des marchandises) pour ne pas avoir ajouté au cahier des charges la mention « ou équivalent » après le terme UNIX qui désignait un logiciel.

¹¹⁴⁵ JO L 169 du 29 juin 1987, pp. 1 et s.

directives en matière de marchés publics aux secteurs de l'énergie, du transport, de l'eau et, dans le cas des marchés de fournitures au secteur, des télécommunications¹¹⁴⁷. D'autre part, tout en relevant que l'article 59 (libre prestation des services) du traité CEE s'appliquait pleinement, la Commission relevait que pour les marchés publics de services, sauf pour les travaux de construction, il n'existait pas de directive de coordination des procédures de passation. D'après la Commission, il fallait combler cette lacune¹¹⁴⁸.

L'Acte unique introduisit un titre VI dans le traité CEE relatif à la recherche et au développement technologique. Ce titre comprenait un article 130 F qui prévoyait qu'« elle [la Communauté] encourage les entreprises, y compris les petites et les moyennes entreprises, les centres de recherche et les universités dans leurs efforts de recherche et de développement technologique ; elle soutient leurs efforts de coopération, en visant tout particulièrement à permettre aux entreprises d'exploiter pleinement les potentialités du marché intérieur de la Communauté à la faveur, notamment, de l'ouverture des marchés publics nationaux, de la définition de normes communes et de l'élimination des obstacles juridiques et fiscaux à cette coopération ». Ce texte se trouve aujourd'hui sans grandes modifications à l'article 179, paragraphe 2, TFUE.

L'ouverture des marchés publics nationaux à laquelle se référait l'article 130 F était celle envisagée dans le livre blanc de la Commission auquel se référait l'Acte unique¹¹⁴⁹. Ce livre blanc emploie deux fois l'expression « ouverture des marchés publics »¹¹⁵⁰. Cette « ouverture des marchés publics » devait résulter de l'adoption de directives dans le domaine des marchés publics et le livre blanc n'envisageait pas que cette ouverture puisse résulter directement du droit primaire.

Relevons que l'idée que le droit primaire pourrait imposer une mise en concurrence dans des cas auxquels les directives ne s'appliquent pas était totalement absente en 1985. En introduisant la notion de marché intérieur, notion essentiellement politique, l'Acte unique n'y rattacha aucune conséquence juridique.

Aucun des traités ultérieurs n'introduisit de disposition qui aurait pu servir de fondement à une obligation de soumettre à concurrence les marchés passés par les pouvoirs publics¹¹⁵¹.

Section 4.- Premières références faites par la Cour au principe de transparence en matière de marchés publics

332.- Ce fut dans l'arrêt *Autobus wallons* du 25 avril 1996¹¹⁵² que la Cour fit pour la première fois référence au « principe de transparence » en rapport avec les marchés publics. La Cour y invoqua le principe de transparence ensemble avec le principe d'égalité de traitement à l'appui de l'exigence de porter à la connaissance de tous les soumissionnaires les critères d'attribution du marché. L'expression « obligation de transparence » fut ensuite utilisée dans l'arrêt *Unitron* du 18 novembre 1999¹¹⁵³. L'obligation de transparence y est présentée comme corollaire du principe de non-discrimination en raison de la nationalité « afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer du respect de celui-ci »¹¹⁵⁴.

Avant, « l'obligation de transparence » avait déjà été mentionnée dans l'affaire *RI. SAN. Srl.* où elle fut rattachée aux « dispositions du traité relatives à la libre circulation ». Le plaignant, *RI. SAN. Srl.* reprochait à la commune italienne d'Ischia d'avoir attribué une concession de collecte de déchets à une société d'économie mixte, sans avoir procédé à un appel d'offres pour le choix de l'associé privé.

¹¹⁴⁶ Point 85 du livre blanc.

¹¹⁴⁷ Point 86 du livre blanc.

¹¹⁴⁸ Point 87 du livre blanc.

¹¹⁴⁹ Voir la déclaration relative à l'article 8A du Traité CEE en annexe de l'Acte unique.

¹¹⁵⁰ La première fois au no 85 : « ouverture des marchés publics à un plus grand nombre de soumissionnaires » ; la seconde fois dans le calendrier d'actions pour l'achèvement du marché intérieur en 1992, annexé au livre blanc : « marchés publics dans le domaine des services : ouverture des marchés aux secteurs prioritaires ».

¹¹⁵¹ Arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria*, no C-324/98, points 59 à 62.

¹¹⁵² Arrêt de la Cour du 25 avril 1996, *Commission/Belgique* (« *Autobus wallons* »), C-87/94, point 88.

¹¹⁵³ Arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia*, C-275/98, point 31.

¹¹⁵⁴ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia*, C-275/98, point 31.

Dans son arrêt du 9 septembre 1999¹¹⁵⁵, la Cour exclut l'application de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement à défaut d'élément transfrontalier vu la situation du plaignant. La Cour fait cependant remarquer qu'en présence d'éléments de rattachement suffisants, la qualification de l'opération de concession de services et non de marché public de services n'aurait pas exclu « que les dispositions du traité relatives à la libre circulation, qui imposent notamment aux Etats membres des obligations d'égalité de traitement et de transparence vis-à-vis des opérateurs économiques d'autres Etats membres, puissent être pertinentes »¹¹⁵⁶. Dans cet arrêt, la Cour ne prit cependant pas position quant à la question de savoir si, dans cette hypothèse, elle y aurait rattaché ces principes à une exigence de mise en concurrence. L'avocat général Siegbert ALBER, pour sa part, y répondit par la négative, estimant cependant la question dénuée de pertinence en présence d'une situation, en l'espèce, purement interne¹¹⁵⁷.

Section 5.- L'origine de l'obligation de mise en concurrence déduite du droit primaire

§ 1^{er}.- La communication interprétative de la Commission d'avril 1999 sur les concessions en droit communautaire

333.- L'idée qu'il pourrait y avoir en droit européen une obligation de mise en concurrence en dehors des cas prévus par le droit dérivé apparaît pour la première fois en avril 1999, encore que de façon très indirecte, au point 2.2. du projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire (1999/C 94/04)¹¹⁵⁸.

Au point 2.1, la Commission se référait à deux arrêts de la Cour du 26 février 1992, C-357/89 (Raulin) et du 7 juillet 1992, C-295/90 (Parlement européen/Conseil), sans rapport avec les concessions ou les marchés publics¹¹⁵⁹, desquels elle déduisait « que le respect du principe d'égalité de traitement exige non seulement la fixation de conditions d'accès non discriminatoires à une activité économique, mais également que les autorités publiques prennent toutes les mesures susceptibles d'assurer l'exercice de cette activité ».

334.- Dans la version finale de sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire d'avril 2000, la Commission ajouta laconiquement, après s'être référé aux deux arrêts

¹¹⁵⁵ Arrêt de la Cour du 9 septembre 1999, RI.SAN. Srl, C-108/98

¹¹⁵⁶ Arrêt de la Cour du 9 septembre 1999, RI.SAN. Srl, C-108/98, point 20.

¹¹⁵⁷ Voir l'incise au point 38 des conclusions de l'avocat général Siegbert ALBER dans l'affaire RI.SAN. Srl (C-108/98).

¹¹⁵⁸ Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire (1999/C 94/04), JO C 94 du 7 avril 1999, pp. 4 et s.

¹¹⁵⁹ Dans l'arrêt du 26 février 1992, C-357/89 (Raulin), la Cour avait retenu ce qui suit : « ... le droit à l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions d'accès à la formation professionnelle, vise non seulement les exigences imposées par l'établissement de formation en question, tels les frais d'inscription, mais aussi toute mesure susceptible d'empêcher ce droit. Il est manifeste qu'un étudiant admis à suivre une formation professionnelle risquerait de se trouver dans l'impossibilité de fréquenter des cours s'il n'avait pas un droit de séjour dans l'Etat membre où se déroule le cours. Il s'ensuit que le principe de non-discrimination en matière de conditions d'accès à la formation professionnelle qui découle des articles 7 [actuel article 18 TFUE] et 128 [l'actuel article 167 TFUE] du traité CEE implique qu'un ressortissant d'un Etat membre qui a été admis à suivre une formation professionnelle dans un autre Etat membre bénéficie, à cet égard, d'un droit de séjour pour la durée de la formation » (point 34). Au point 15 de son arrêt du 7 juillet 1992, (Parlement/Conseil, C-295/90), auquel la Commission se réfère également dans la communication en question, la Cour ne fait que reproduire le point 34 de son arrêt du 26 février 1992, sans rien y ajouter. Les arrêts que la Commission cite dans sa communication étaient donc étrangers à l'obligation de mise en concurrence (voir en ce sens également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, pp. 166 et 167.

indiqués ci-dessus : « La Commission estime qu'il découle de cette jurisprudence que le principe de mise en concurrence doit être respecté »¹¹⁶⁰.

Au point 3.1.2. (« La transparence ») de sa communication, la Commission se réfère à l'arrêt du 18 novembre 1999, C-275/98 (*Unitron Scandinavia*) rendu entre-temps par la Cour en observant : « Ainsi que la Cour l'a confirmé dans sa jurisprudence la plus récente, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité implique une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect ».

§ 2.- Première apparition de l'obligation de mise en concurrence dans la jurisprudence de la Cour : l'arrêt *Telaustria*

335.- L'arrêt *Unitron*, bien que souvent cité en relation avec l'obligation de mise en concurrence a affirmé une règle de transparence bien distincte. Il s'agissait de l'interprétation à donner à l'article 2, paragraphe 2, de l'ancienne directive « marchés publics de fournitures » 93/36/CEE¹¹⁶¹ qui imposait à tout pouvoir adjudicateur, octroyant à une entité autre qu'un pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, d'imposer à cette entité de respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité pour les marchés publics de fournitures qu'elle passait avec des tiers dans le cadre de cette activité. Cette obligation se trouve exprimée aujourd'hui à l'article 3 de la directive 2004/18/CE.

Suivant l'arrêt *Unitron*, cette disposition implique, à charge de l'entité concernée, une obligation de transparence *envers le pouvoir adjudicateur* pour permettre à ce dernier de contrôler si cette entité a respecté le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et non d'une obligation de mise en concurrence¹¹⁶². En effet, ainsi que la Cour l'écrit dans cet arrêt, cette obligation existe « afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect [du principe de non-discrimination en raison de la nationalité] »¹¹⁶³.

¹¹⁶⁰ Point 3.1.1 de la version définitive de la communication (JO C 121 du 29 avril 2000, p. 6). A noter l'usage de l'expression « principe de mise en concurrence ». De fait, une obligation de mise en concurrence pour les concessions de services ne pouvait être raisonnablement déduite à ce moment de la jurisprudence de la Cour. C'est donc à juste titre que cette communication fut critiquée pour contenir des dispositions normatives. Voir d'autre part les critiques de P. BRAUN, "A Matter of Principle(s) - The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives", *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 39 et s. : le principe d'égalité de traitement ne saurait impliquer des obligations positives, telle celle de procéder à une publication (p. 45). Encore faudrait-il que le principe d'égalité s'applique à la passation des concessions de service (cf. à ce propos ci-dessous, nos 365 et 366. Voir également M. KRÜGNER, « The principle of Equal Treatment and Transparency and the Commission[s] communication on concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s., point 3.3.

¹¹⁶¹ Cf. concernant cette directive les nos 69 et s.

¹¹⁶² Voir en ce sens également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, pp. 150 et 151.

¹¹⁶³ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia*, C-275/98, point 31. Depuis lors, il n'y a pas eu d'autre arrêt de la Cour concernant l'obligation de non-discrimination des entités visées par l'actuel article 3 de la directive 2004/18/CE. Dans certains cas, de pareilles entités, disposant de droits spéciaux ou exclusifs, peuvent être considérées comme des organismes de droit public soumis aux obligations des directives « marchés publics » ou alors comme des entités adjudicatrices soumises à la directive 2004/17/CE. Elles sont alors tenues à une obligation de mise en concurrence selon les termes de ces directives. Si les entités en question ne sont pas soumises aux directives comme pouvoirs adjudicateurs ou comme entités adjudicatrices, ce sera en principe parce que la condition du contrôle public n'est pas remplie. Dans ce cas, elles ne seront pas tenues de suivre les règles du droit primaire de la mise en concurrence (voir à ce sujet, ci-dessous, nos 505 (Le droit) et s.). Quelle est dans ces circonstances la portée de l'article 3 de la directive 2004/18/CE d'après lequel l'autorité qui accorde les droits spéciaux ou exclusifs doit imposer à l'entité concernée de respecter le principe

336.- Dans la jurisprudence de la Cour, l'obligation de mise en concurrence est formulée pour la première fois en rapport avec l'attribution d'une concession de services (arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000)¹¹⁶⁴. Dans ses observations écrites concernant cette affaire, la Commission avait invoqué une obligation de transparence des procédures d'adjudication qu'elle déduisait des actuels articles 34, 49 et 56 TFUE¹¹⁶⁵. Toutefois, « en réponse aux questions posées lors de l'audience s'agissant de la portée de cette obligation, la Commission n'a[vait] pas voulu laisser entendre qu'elle irait jusqu'à imposer la publication des concessions de service public projetées »¹¹⁶⁶. Pour appuyer sa position, la Commission s'était fondée à l'audience sur l'arrêt *Unitron* rendu quelques mois plus tôt¹¹⁶⁷. A ce moment, c'est-à-dire, le 23 mars 2000, la version définitive de la communication interprétative de la Commission sur les concessions n'était pas encore publiée.

Dans ses conclusions du 18 mai 2000, l'avocat général Nial Fennelly ne se référa qu'au projet de communication interprétative de la Commission. Il faut donc supposer que l'avocat général n'avait, à ce moment, pas encore pris connaissance de la version définitive de la communication de la Commission sur les concessions en droit communautaire qui venait d'être publiée.

L'avocat général s'exprima comme suit quant à la publicité à donner par le pouvoir adjudicateur à son intention de conclure un contrat de concession de services :

*« Nous considérons que le respect matériel du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité exige que l'octroi d'une concession respecte un degré minimal de publicité et de transparence. Nous pensons comme la Commission qu'il convient d'éviter à tout prix que l'octroi de concessions soit enveloppé de secret et d'opacité. Nous acceptons également l'argument soulevé par l'agent du gouvernement autrichien en ce sens que la publicité ne doit pas nécessairement être assimilée à la publication. Ainsi, si l'entité adjudicatrice s'adresse directement à un certain nombre de soumissionnaires potentiels et à supposer que ceux-ci ne soient pas tous ou presque tous des entreprises ayant la même nationalité que l'entité adjudicatrice, nous estimons que l'exigence de transparence serait respectée. La transparence, dans ce contexte, vise donc à assurer l'impartialité et l'accessibilité fondamentales des procédures d'adjudication, particulièrement à l'égard des soumissionnaires potentiels qui ne sont pas établis dans l'Etat membre de l'entité adjudicatrice. Cependant, cela n'implique pas selon nous que l'entité adjudicatrice applique par analogie les dispositions des directives communautaires en matière d'adjudications les plus pertinentes »*¹¹⁶⁸.

337.- Dans son arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000¹¹⁶⁹, après avoir retenu que le contrat dont il s'agissait était à qualifier de concession de services et non de marché public, la Cour inspirée probablement par la version définitive de la communication de la Commission¹¹⁷⁰, est décidément allée plus loin. Elle y retient en effet ce qui suit :

« Toutefois, le fait qu'un tel contrat [contrat de concession de services] ne relève pas du champ d'application de la directive 93/38 ne fait pas obstacle à ce que la Cour fournisse à la juridiction nationale qui lui a adressé une série de questions préjudicielles une réponse utile. A cet effet, la Cour

de non-discrimination en raison de la nationalité ? Peut-on en déduire une obligation de mise en concurrence à charge de l'entité disposant de droits spéciaux ou exclusifs ? Ce n'est pas clair (voir à ce sujet également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 14.21, pp. 825 et 826).

¹¹⁶⁴ Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98.

¹¹⁶⁵ Conclusions de l'avocat général Nial Fennelly du 18 mai 2000 dans l'affaire C-324/98 (*Telaustria*), point 42.

¹¹⁶⁶ Voir le point 42 des conclusions de l'avocat général Nial Fennelly du 18 mai 2000 dans l'affaire C-324/98 (*Telaustria*).

¹¹⁶⁷ Arrêt du 18 novembre 1999, C-275/98 (*Unitron Scandinavia*).

¹¹⁶⁸ Conclusions de l'avocat général Nial Fennelly du 18 mai 2000 dans l'affaire C-324/98 (*Telaustria*), point 43.

¹¹⁶⁹ Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98.

¹¹⁷⁰ Voir en ce sens également, E.H. PIJACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 166.

peut être amenée à prendre en considération d'autres éléments d'interprétation susceptibles de s'avérer utiles à la solution du litige au principal.

A cet égard, il convient de relever que, notwithstanding le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluants 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 effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S* (C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31), ce principe implique, 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 » (points 59, 60, 61 et 62).

Ainsi, d'après la Cour, la publicité doit être assurée envers « tout soumissionnaire » potentiel, ce qui signifie que la « publicité » à laquelle la Cour fait référence doit consister en une publication. De fait, sans publication, il sera en principe impossible d'atteindre tous les intéressés potentiels.

§ 3.- Application de la même solution aux marchés publics non soumis aux directives « marchés publics » en raison de leur valeur ou seulement partiellement soumis à ces directives (services non prioritaires)

338.- L'obligation de procéder à une publicité adéquate, affirmée pour la première fois à propos d'une concession de services, fut ensuite étendue à des marchés publics n'atteignant pas les seuils de directives « marchés publics » et aux marchés de services non prioritaires qui ne sont que partiellement soumis aux directives « marchés publics ». La Commission prit l'initiative de cet élargissement de l'obligation de mise en concurrence dans une communication interprétative du 1^{er} août 2006¹¹⁷¹, suivie par plusieurs arrêts de la Cour¹¹⁷².

Chapitre II.- L'insécurité juridique du droit primaire de la mise en concurrence

339.- Comme nous le verrons en détail dans la suite, rien de ce qui touche à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire ne paraît vraiment sûr¹¹⁷³ : ni son contenu¹¹⁷⁴, ni son fondement

¹¹⁷¹ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marché non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (JO C 179, du 1^{er} août 2006, point 2.1.), qualifiée de prématurée par certains (E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 165).

¹¹⁷² Arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-307/03, points 29 et 30 (services non prioritaires) ; arrêt de la Cour du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04, points 65 et s. (marché inférieur aux seuils des directives « marchés publics »).

¹¹⁷³ De nombreux auteurs ont souligné l'incertitude du droit primaire de la mise en concurrence. Voir, par exemple, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire - Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 391 ; E. PIJNACKER HORDIJK et M. MEULENBELT, « A Bridge too Far : Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed », *Public Procurement Law Review*, 2005, 3, pp. 123 et s., p. 127 (« terrible insécurité juridique » (tremendous legal uncertainty)) ; S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulation of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives ans New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 83 ; cf. également les conclusions de l'avocat général E. SHARPSTON du 18 janvier 2007 dans l'affaire C-195/04 (Commission/Finlande), point 96, quant à une obligation de mise en concurrence de marchés dont la valeur ne dépasse pas les seuils des directives « marchés publics » (« antithèse de la sécurité juridique »).

véritable, ni ses objectifs, ni les entités qui y sont tenues, ni ses bénéficiaires, ni les opérations visées¹¹⁷⁵, ni ses relations avec le droit dérivé, ni celles avec certaines parties du droit primaire comme les règles relatives aux aides d'Etat, ni l'application de l'obligation de mise en concurrence dans le temps,

Il est difficile d'admettre que le droit de l'Union dans lequel la sécurité et l'efficacité ont été élevées au rang de principes soit affecté de si nombreuses incertitudes dans une matière si importante¹¹⁷⁶.

Dans les affaires sur renvoi préjudiciel, la Cour se limite en général à répondre strictement aux questions posées. Sa motivation aussi se limite souvent au strict minimum. De cette manière, le risque de devoir se dédire ultérieurement est minimisé. N'ayant répondu qu'aux questions qui lui ont été posées à l'occasion d'un litige déterminé, il lui sera en général plus aisé d'expliquer pourquoi les réponses données ne s'appliquent pas à tel autre litige¹¹⁷⁷.

Si on peut regretter l'absence de règles sûres pour la passation des marchés et des concessions en dehors du champ d'application du droit dérivé des marchés publics, cette méthode - que la Cour emploie de façon générale et non seulement en matière de marchés publics - n'est-elle pas en définitive celle que commande la prudence, sachant que la moindre exigence supplémentaire pourrait avoir des répercussions considérables, peut-être imprévisibles sur d'autres matières ?

Il nous semble cependant qu'en dégageant du droit primaire un régime de la mise en concurrence assez contraignant, comportant des obligations précises, la Cour se soit déjà avancée trop loin.

Ne la voit-on pas en effet forcée sur certains points de reculer¹¹⁷⁸ ou, du moins, d'arrêter le mouvement qu'elle a entrepris ?

Quelques exemples permettent d'illustrer notre propos :

- 1) Les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE imposent de traiter les opérateurs sur un pied d'égalité¹¹⁷⁹ lors de la passation des marchés auxquels elles s'appliquent. Pour les marchés de

¹¹⁷⁴ Cf. le point 3) ci-dessous. Cf. en ce sens également E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 155 ; S. TREUMER, « Cross border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 335 et s., point 1.

¹¹⁷⁵ Voir en ce sens, par exemple, pour les contrats relatifs à l'aménagement du territoire, P. ELEFTHERIADIS, « Planning Agreements as Public Contracts under the EU Procurement Rules », *Public Procurement Law Review*, 2011, 2, pp. 43 et s., points 4 et 9.

¹¹⁷⁶ Suivant que le fondement est le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ou le principe d'égalité de traitement, le champ d'application et la portée de l'obligation de mise en concurrence changent complètement. Or, nous le verrons, la Cour est indécise sur le fondement de l'obligation de mise en concurrence, privilégiant tantôt l'un de ces principes, tantôt l'autre.

¹¹⁷⁷ Il en est ainsi, par exemple, quant au pourcentage de parts que doit détenir un pouvoir adjudicateur dans une entité ayant une personnalité juridique distincte pour qu'une attribution directe d'un marché en quasi-régie soit possible.

Dans l'arrêt Coditel Brabant du 13 novembre 2008 (C-324/07), la Cour a admis que le contrôle du pouvoir adjudicateur peut être exercé de façon conjointe avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, ce qui ne paraissait *a priori* pas évident eu égard à un précédent arrêt. La Cour tente d'éviter la contradiction comme suit :

« Il convient donc d'admettre que, dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle que ces autorités publiques exercent sur cette entité peut être exercé conjointement par ces dernières [point 50].

(...)

Cette conclusion n'est pas infirmée par l'arrêt Coname, précité. Certes la Cour a considéré, dans celui-ci, qu'une participation de 0,97 % est tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre à une commune d'exercer le contrôle sur le concessionnaire gérant un service public (voir arrêt Coname, précité, point 24). Cependant, dans ce passage dudit arrêt, la Cour ne visait pas la question de savoir si un tel contrôle pouvait être exercé de façon conjointe » [point 51].

¹¹⁷⁸ Voir en ce sens également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, [p. 156 et s.].

services non prioritaires, les directives « marchés publics » n'imposent pas de suivre les procédures de passation qu'elles établissent. Pour ces marchés, elles requièrent cependant l'envoi d'un avis d'attribution à la Commission ainsi que l'observation des prescriptions relatives aux spécifications techniques qu'elles édictent. Par ailleurs, elles soumettent la passation des marchés de services non prioritaires au principe d'égalité de traitement, lorsque les marchés concernés atteignent leur seuil d'application¹¹⁸⁰.

Il s'ensuivrait normalement que sans devoir suivre les procédures de mise en concurrence prévues par les directives, la conclusion des marchés publics de services non prioritaires atteignant les seuils d'application des directives « marchés publics » devrait suivre les principes de mise en concurrence du droit primaire dégagés par la Cour et, en particulier, être précédée d'une publicité adéquate. Or, la Cour ne requiert une telle mise en concurrence pour les marchés de services non prioritaires que s'ils présentent un intérêt transfrontalier¹¹⁸¹. Encore, la Cour a-t-elle, en tranchant en ce sens, pris soin de mentionner que la directive 2004/18/CE ne s'opposait pas à ce que la conclusion de pareils marchés soit soumise à une mise en concurrence selon le droit primaire¹¹⁸².

- 2) A partir du principe d'égalité de traitement, la Cour a formulé des règles, en partie très strictes, à respecter lors des procédures de mise en concurrence¹¹⁸³. Parmi ces règles, il y en a qui ne s'imposaient pas nécessairement. Elles privilégient une certaine vision, assez théorique, des procédures d'attribution des marchés publics et des concessions qui en néglige l'efficacité¹¹⁸⁴ et tend à limiter la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs¹¹⁸⁵.

Parfois, les principes de mise en concurrence dégagés par la Cour vont plus loin que ce que prévoient les directives « marchés publics », à tel point que certaines des procédures prévues par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ne satisfont pas à leurs exigences¹¹⁸⁶. L'examen du droit dérivé autre que les directives « marchés publics »¹¹⁸⁷ - auquel il est procédé dans la quatrième partie - révèle également des mécanismes qui se concilient mal avec les principes de mise en concurrence du droit primaire¹¹⁸⁸.

¹¹⁷⁹ Article 2 de la directive 2004/18/CE ; article 10 de la directive 2004/17/CE.

¹¹⁸⁰ Article 2 de la directive 2004/18/CE ; article 10 de la directive 2004/17/CE ; article 4 de la directive 2009/81/CE.

¹¹⁸¹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, en particulier les points 25 et 31 ; cf. au sujet de l'exigence d'un intérêt transfrontalier, les nos 342 et s.

¹¹⁸² Arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, points 27, 28 et 29.

¹¹⁸³ Voir l'énumération de ces exigences ci-dessous aux nos 389 et s.

¹¹⁸⁴ Ainsi, conformément à l'arrêt de la Cour du Commission/Belgique, C-87/94, point 70, les offres non conformes au cahier des charges doivent être éliminées.

¹¹⁸⁵ Ainsi, d'après l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, une pondération des critères d'attribution adoptée seulement après la remise des offres, ne peut être modifiée après un premier examen des offres (Commission/Irlande, C-226/09, point 62). C'est cependant perdre de vue à la fois la complexité du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, la diversité des offres ainsi que l'impossibilité de prévoir à l'avance tous les cas de figure. Il peut arriver notamment, sans qu'il y ait nécessairement négligence de la part du pouvoir adjudicateur, qu'une offre comporte un avantage décisif en relation avec un critère d'attribution, mais non couvert par les divers sous-critères. Ainsi, par exemple, un projet de construction qui réussirait à contourner une difficulté supposée *a priori* inévitable, tel un risque d'infiltration en raison de la proximité de la nappe phréatique, éliminé par une implantation ingénieuse, tout en respectant toutes les conditions exigées par le cahier des charges. Il faudrait évidemment pouvoir tenir compte de cet avantage lors de l'évaluation des offres. Voir dans le même sens, mais sous le régime des directives « marchés publics » et de manière plus générale, R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s., no 11.3.

¹¹⁸⁶ Cf. ci-dessus, nos 98 et s. et 145.

¹¹⁸⁷ Voir en ce sens également, A.L. DURVIAUX, « La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire » in *Chronique des marchés publics*, 2010 - 2011, Constant De Koninck en EPB, 2011, pp. 935 et s., no 12.

¹¹⁸⁸ Cf. ci-dessous, la quatrième partie, les nos 594 et s.

Si elle continuait à renforcer les conditions de la mise en concurrence du droit primaire, la Cour serait amenée tôt ou tard, soit à constater l'incompatibilité de certaines dispositions de droit dérivé avec le droit primaire, soit à renoncer au contrôle de conformité ou, à tout le moins, à diluer ce contrôle¹¹⁸⁹. Il n'est donc pas étonnant qu'elle ait entrepris, dans certains arrêts, de revenir en arrière en restreignant très notablement la portée de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire¹¹⁹⁰.

- 3) Il y a une incohérence certaine entre l'accumulation d'exigences de plus en plus nombreuses¹¹⁹¹ à respecter lors des mises en concurrence et l'affirmation que l'obligation de transparence du droit primaire n'impose pas nécessairement un appel d'offres¹¹⁹². Si la Cour ne cesse pas - elle l'a fait dans l'arrêt *Strong Segurança* du 17 mars 2011 - d'ajouter de nouvelles prescriptions contraignantes, elle ne pourra manifestement plus affirmer que l'obligation de transparence du droit primaire n'implique pas nécessairement un appel d'offres. En fait, aujourd'hui déjà, le respect de toutes les exigences formulées par la Cour dans sa jurisprudence dominante nous paraît passer nécessairement par une procédure clairement structurée comportant à un moment donné une invitation aux intéressés à soumettre des offres.

Pour rester cohérent, le raisonnement sur lequel est fondée l'exigence de mise en concurrence du droit primaire devrait conduire, ainsi que nous le montrerons¹¹⁹³, à étendre cette obligation à trois niveaux :

- d'une part, vu la portée reconnue par la Cour à la libre circulation des capitaux, aux opérations impliquant un mouvement de capitaux de la part de particuliers ou d'entreprises, telles des cessions d'immeubles ou de participations dans des sociétés ;
- d'autre part, une extension à la conclusion de certains contrats de travail par les pouvoirs adjudicateurs¹¹⁹⁴;
- enfin, à suivre strictement la logique qui est à la base de l'obligation de mise en concurrence l'application à tous les marchés conclus par des pouvoirs adjudicateurs, quel que soit l'intérêt individuel de ces marchés¹¹⁹⁵.

Chapitre III.- Les fondements de la mise en concurrence des marchés publics et des concessions du droit primaire dans la jurisprudence de la Cour

341.- C'est par les libertés fondamentales qu'un marché ou une concession entrent dans le domaine d'application des traités. Ce rattachement aux libertés fondamentales est explicite dans la *jurisprudence dominante*¹¹⁹⁶ de la Cour. Si une situation est purement interne, elle ne relève pas des libertés fondamentales¹¹⁹⁷. Dans ce cas, ni les droits fondamentaux, ni le principe d'égalité de traitement du droit européen¹¹⁹⁸ ne s'appliquent.

¹¹⁸⁹ Ce risque est réel. Les débuts d'une telle évolution sont sensibles. Cf. le point 1) ci-dessus, de même que les développements ci-dessous aux nos 460 et s.

¹¹⁹⁰ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 17 mars 2011, *Strong Segurança*, C-95/10, points 40, 41 et 42. Cf. au sujet de cet arrêt le no 362 ci-dessous.

¹¹⁹¹ Cf. l'énumération de ces exigences aux nos 389 et s.

¹¹⁹² Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, point 52 ; arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, point 41 ; arrêt de la Cour du 1^{er} novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, point 25 ; arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 21.

¹¹⁹³ Cf. ci-dessous, nos 473 et s.

¹¹⁹⁴ Cf. ci-dessous, no 506.

¹¹⁹⁵ Cf. ci-dessous, no 504.

¹¹⁹⁶ Voir le no 345, *in fine*, pour l'explication de cette expression.

¹¹⁹⁷ Traditionnellement, les libertés fondamentales, ne s'appliquent en principe pas aux situations purement internes. Pour ce qui concerne la liberté d'établissement et la libre prestation de services, la solution est constante également dans d'autres domaines que les marchés publics : arrêt de la Cour du 21 octobre 1992, *Jägerskiöld et Gustafsson*, C-97/98, point 44 ; arrêt de la Cour du 11 mars 2010, *Attanasio Group*, 11 mars 2010, point 23 ; ordonnance de la Cour du 19 juin 2008, *Kurt*, C-104/08, point 20. Pour des marchés publics ou des concessions non soumises aux directives, cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 9 septembre 1999, *RI. SAN*,

L'obligation de mise en concurrence, étant directement rattaché aux libertés fondamentales¹¹⁹⁹, le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire se confond en principe avec celui des libertés fondamentales.

De manière générale, la Cour considère que les libertés fondamentales ne sont pas entravées lorsque les effets d'une restriction sont sur elles « trop aléatoires et trop indirects »¹²⁰⁰. Dans ces cas, elle considère que la situation est purement interne et que les libertés fondamentales ne s'appliquent pas. Dans ce cas, la passation du marché ne sera pas soumise aux règles de mise en concurrence du droit primaire d'après la jurisprudence majoritaire de la Cour.

Concrètement, une mise en concurrence n'est requise que si le marché présente un intérêt transfrontalier certain. Dans le cadre des procédures de renvoi préjudiciel, la Cour retient « que la question de savoir si tel est le cas [si la situation est purement interne ou non] dépend d'une constatation de fait qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir¹²⁰¹ ».

Sous l'apparence d'uniformité, la jurisprudence de la Cour n'en présente pas moins des divergences notables. Nous les décrivons dans les pages qui suivent. Quoique très significatives, ces divergences sont passées largement inaperçues jusqu'ici. Ni la Communication interprétative de la Commission de 2006¹²⁰² relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », ni l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010 qui a statué sur le recours en annulation contre cette communication¹²⁰³ ne les relèvent.

Voyons cependant d'abord en quoi consiste l'exigence d'« un intérêt transfrontalier certain ».

Section 1^{re}.- L'intérêt transfrontalier qu'un marché doit présenter d'après la jurisprudence dominante de la Cour pour être soumis à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire

§ 1^{er}.- Le critère permettant d'établir le rattachement aux libertés de circulation : l'intérêt transfrontalier certain du marché ou de la concession

342.- Les libertés de circulation ne s'appliquent pas aux situations purement internes. Elles ne s'appliquent, que si la situation en cause présente un élément de rattachement à l'une des situations qu'elles envisagent¹²⁰⁴. Ce lien ne doit être trop aléatoire et trop indirect¹²⁰⁵.

D'après la Cour, l'obligation du droit primaire de faire précéder les marchés publics et les concessions d'une publicité adéquate ne s'applique que s'ils présentent un intérêt transfrontalier

C-108/98, point 22. La situation est plus nuancée pour la libre circulation des marchandises. Celle-ci appréhende en effet également des situations internes (voir, à cet égard, le paragraphe 369, point a), ainsi que le paragraphe 388 ci-dessous).

¹¹⁹⁸ Voir par exemple l'ordonnance de la Cour du 19 juin 2008, Kurt, C-104/08, point 23, ou encore l'arrêt de la Cour du 12 novembre 2010, Krasimir Asparuhov Estov, C-339/10, points 13 et 14.

¹¹⁹⁹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall AG, C-91/08, point 32. La Cour y précise que les articles 43 CE (l'actuel article 49 TFUE) et 49 CE (l'actuel article 56 TFUE) étant applicables, il n'est pas nécessaire de se référer à l'article 12 CE (l'actuel article 18 TFUE).

¹²⁰⁰ Voir en ce sens, par exemple : arrêt de la Cour du 20 juin 1996, Semeraro, C-418/93, point 31 ; arrêt de la Cour du 25 novembre 1986, Forest, affaire 148/85, point 19 ; arrêt de la Cour du 7 mars 1990, Krantz, C-69/88, point 11 ; arrêt de la Cour du 14 juillet 1994, Peralta, C-379/92, point 24. Notons que ce n'est pas, dans ces cas, le manque d'ampleur des effets qui fait obstacle à l'application des libertés fondamentales, mais bien le caractère éloigné ou aléatoire des effets.

¹²⁰¹ Ordonnance de la Cour du 19 juin 2008, Kurt, C-104/08, point 20.

¹²⁰² JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 1 et s.

¹²⁰³ Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06. Cet arrêt a examiné tout particulièrement dans quelle mesure le contenu de la communication de la Commission correspondait à la jurisprudence de la Cour, y compris celle postérieure à la communication. Voir également, par exemple, les conclusions de l'avocat général Yves Bot présentées le 27 octobre 2009 dans l'affaire C-91/08 (Wall), points 34 à 41 (section intitulée « les grandes lignes de la jurisprudence relative à l'obligation de transparence ») qui omet de relever les courants divergents dans la jurisprudence de la Cour.

¹²⁰⁴ Cf. par exemple, arrêt de la Cour du 9 septembre 1999, RI.SAN, C-108/98, point 22.

¹²⁰⁵ Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 20.

certain¹²⁰⁶. Dans quelques arrêts, la Cour semble imposer le respect du principe d'égalité de traitement et le principe de transparence à l'ensemble des marchés publics¹²⁰⁷. Comme la Cour n'y renonce cependant pas expressément à la condition de l'intérêt transfrontalier, on peut supposer qu'elle reste sous-entendue.

Notons que la condition d'un intérêt transfrontalier pour l'application des libertés fondamentales n'est pas propre à la matière des marchés publics et des concessions. On la trouve également dans d'autres situations¹²⁰⁸. Ainsi, concernant une réglementation italienne prévoyant des distances minimales entre les stations d'essence, la Cour retient dans un arrêt du 11 mars 2010 :

« ... une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui est, selon son libellé applicable aux ressortissants italiens et aux ressortissants des autres Etats membres, n'est, en règle générale, susceptible de relever des dispositions relatives aux libertés fondamentales garanties par le traité que dans la mesure où elle s'applique à des situations ayant un lien avec les échanges entre les Etats membres (voir arrêts du 5 décembre 2000, *Guimont*, C-448/98, *Rec. p. I-10663*, point 21; du 11 septembre 2003, *Anomar e.a.*, C-6/01, *Rec. p. I-8621*, point 39 et jurisprudence citée, ainsi que *Centro Europa 7*, précité, point 65).

*Cependant, il ne saurait nullement être exclu en l'occurrence que des entreprises établies dans des Etats membres autres que la République italienne aient été ou soient intéressées à commercialiser des carburants dans ce dernier Etat membre »*¹²⁰⁹.

Certains ont critiqué la pertinence du critère de l'intérêt transfrontalier pour introduire un seuil d'application des libertés fondamentales¹²¹⁰. De fait, l'exigence d'un intérêt transfrontalier s'accorde mal avec la très célèbre formule de l'arrêt *Dassonville*¹²¹¹. Plus loin, nous montrerons que la condition d'un intérêt transfrontalier certain, mais *individuel*, des marchés et des concessions - c'est ainsi en effet que la jurisprudence entend la condition de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire - n'est pas cohérente, indépendamment d'ailleurs de la jurisprudence *Dassonville*¹²¹².

Que signifie au juste l'exigence d'un intérêt transfrontalier certain dans le domaine des marchés publics et des concessions ? L'examen de la jurisprudence révèle que l'existence d'un intérêt transfrontalier ne requiert pas nécessairement que le contrat en question ait concrètement suscité l'intérêt d'entreprises établies dans d'autres Etats membres¹²¹³. Il suffit qu'il soit certain que le marché, la concession ou encore, le cas échéant, des autorisations en nombre limité, intéressent *potentiellement* des entreprises établies dans d'autres Etats membres¹²¹⁴, c'est-à-dire qu'ils soient *susceptibles* de les intéresser¹²¹⁵. Il n'y a pas lieu de voir dans les décisions qui emploient ces formules

¹²⁰⁶ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, *Commission/Irlande*, C-226/09, point 31 ; arrêt de la Cour du 15 mai 2008, *SECAP*, C-147/06 et C-148/06, point 21 ; arrêt de la Cour du 21 février 2008, *Commission/Italie*, C-412/04, point 81 (marchés public de services) ; arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, *Serrantoni*, c-376/08, point 25 ; arrêt de la Cour du 15 mai 2008, *SECAP*, C-147/06 et C-148/06, point 26 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande*, C-507/03, point 29 ; cf. également l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, *Allemagne/Commission*, T-258/06, point 80.

¹²⁰⁷ Cf. à ce sujet, ci-dessous, nos 345 et s.

¹²⁰⁸ Voir en ce sens, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 156.

¹²⁰⁹ Arrêt de la Cour du 11 mars 2010, *Attanasio Group Srl*, C-384/08. Voir dans le même sens, à propos d'une réglementation italienne fixant des tarifs minimaux pour des prestations de certifications, l'arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, *SOA Nazionale Costruttori*, C-327/12, point 48.

¹²¹⁰ Voir en ce sens également A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 156.

¹²¹¹ Arrêt de la Cour du 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8-74, point 5 : « Attendu que toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives ».

¹²¹² Cf. ci-dessous, no 504.

¹²¹³ Cf. l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08, point 35. Un avis de marché avait été publié au journal officiel du pouvoir adjudicateur avec l'indication que l'appel à candidatures était « à l'échelle européenne ». Tous les candidats étaient établis sur le territoire de l'Etat membre du pouvoir adjudicateur.

¹²¹⁴ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C- 64/08, point 53.

¹²¹⁵ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, *Commission/Irlande*, C-226/09 ; arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, point 40 ; arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08, point 34.

une divergence par rapport à l'exigence d'un *intérêt transfrontalier certain*. Ces diverses formules expriment une seule et même exigence. Ainsi, il arrive que l'on trouve dans un même arrêt l'exigence d'un intérêt transfrontalier certain, suivi de l'indication que l'obligation de transparence ne s'applique que si le marché concerné est susceptible d'intéresser des entreprises établies dans d'autres Etats membres¹²¹⁶. Y a-t-il eu un flottement dans la jurisprudence de la Cour, la Cour ayant dans des arrêts plus anciens posé comme condition de l'obligation de transparence l'impossibilité d'exclure que des entreprises dans d'autres Etats membres puissent être intéressées au marché en question¹²¹⁷ ? Pas vraiment nous semble-t-il, car, en fin de compte, la condition est identique. En revanche, des deux façons de la considérer - « intérêt transfrontalier certain »¹²¹⁸ ou « ne pas pouvoir exclure un intérêt transfrontalier »¹²¹⁹ - la dernière paraît impliquer que la preuve de l'absence d'intérêt transfrontalier pèse plutôt sur le pouvoir adjudicateur, alors que la première fait penser que la preuve de l'intérêt transfrontalier incombe, en cas de recours en manquement, à la Commission. Il a été soutenu par une partie de la doctrine allemande que l'appréciation de l'intérêt transfrontalier serait différente pour les marchés relevant de la liste B. Dans ce cas, d'après ces auteurs, vu l'arrêt *An Post* (C-507/03), l'intérêt transfrontalier devrait non seulement être *certain*, mais également *évident*¹²²⁰. Cette opinion est fautive. L'erreur s'explique par la traduction allemande de l'arrêt qui rend l'adjectif « certain » de la version originale anglaise par « eindeutig » [évident] en allemand¹²²¹.

§ 2.- Mise en œuvre du critère

343.- L'intérêt potentiel d'un contrat pour des entreprises établies dans un Etat membre différent de celui du pouvoir adjudicateur peut résulter notamment du fait qu'une ville a fait publier un appel à candidatures dans son journal officiel avec l'indication qu'il est fait « à l'échelle européenne »¹²²², de la publication d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne¹²²³, ou encore de la participation d'entreprises établies dans d'autres Etats membres¹²²⁴. En définitive, il convient, de procéder « à une évaluation des circonstances spécifiques de chaque cas » et l'on ne saurait se fonder « sur le seul fait que la valeur du marché en cause ne dépasse pas un certain seuil »¹²²⁵. Les circonstances à prendre en considération sont notamment « l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur en cause (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.), ainsi que le lieu géographique de l'exécution du marché »¹²²⁶, de même que les caractéristiques techniques de l'objet du marché¹²²⁷.

La Cour a considéré que la « circonstance qu'une concession ne soit susceptible ni de générer des rentrées nettes importantes ni de procurer un avantage indu à une entreprise ou à une collectivité publique ne permet pas, à elle seule, de conclure que cette concession ne revêt pas un intérêt économique pour des entreprises situées dans des Etats membres autres que celui dont relève l'autorité concédante. En effet, dans le cadre d'une stratégie économique visant à étendre une partie de ses activités dans un autre Etat membre, une entreprise peut prendre la décision tactique de solliciter

¹²¹⁶ Cf. l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, *Commission/Irlande*, C- 226/09, points 31 et 32 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande*, C-507/03, points 29 et 30.

¹²¹⁷ Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, point 55 ; arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 20.

¹²¹⁸ Voir, par exemple, arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08, point 34.

¹²¹⁹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, point 55.

¹²²⁰ Voir en ce sens, M. BURGI et F. KOCH, « Contracts below the Thresholds and List B Services from a German Perspective » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty ?*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 119 et s., point 5.

¹²²¹ Arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande*, C-507/03, point 29.

¹²²² Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08, point 35.

¹²²³ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, *Commission/Irlande*, C-226/09, point 33.

¹²²⁴ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, *Commission/Irlande*, C-226/09, point 33.

¹²²⁵ Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, *Allemagne/Commission*, T-258/06, point 88.

¹²²⁶ *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »*, point 1.3. (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s.).

¹²²⁷ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, point 29.

l'attribution dans cet État d'une concession en dépit du fait que cette dernière est insusceptible en tant que telle de générer des profits adéquats, car il n'en demeure pas moins que cette occasion peut lui permettre de s'installer sur le marché dudit État et de s'y faire connaître dans le but de préparer sa future expansion »¹²²⁸. La Cour a par ailleurs précisé qu'« il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'Etats membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain »¹²²⁹.

§ 3.- A qui incombe l'appréciation de l'intérêt transfrontalier que revêt un marché dont la valeur estimée est inférieure aux seuils d'application des directives ?

344.- Dans son arrêt *SECAP* du 15 mai 2008¹²³⁰, la Cour a retenu ce qui suit :

« L'appréciation, avant la définition des termes de l'avis de marché, de l'intérêt transfrontalier éventuel d'un marché dont la valeur estimée est inférieure au seuil prévu par les règles communautaires appartient en principe au pouvoir adjudicateur concerné, étant entendu que cette appréciation peut être soumise au contrôle juridictionnel .

*Il est toutefois loisible qu'une réglementation établisse, au niveau national ou local, des critères objectifs indiquant l'existence d'un intérêt transfrontalier certain. De tels critères pourraient être, notamment, le montant d'une certaine importance du marché en cause, en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux. Il serait également possible d'exclure l'existence d'un tel intérêt dans le cas, par exemple, d'un enjeu économique très réduit du marché en cause (voir en ce sens, l'arrêt du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, point 20). Toutefois, il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'Etats membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain ».*

La définition du champ d'application européen relevant de ce droit et non des droits nationaux, il ne revient évidemment pas, en dernier lieu, aux Etats membres de fixer les critères permettant d'apprécier l'intérêt transfrontalier d'un marché. Aussi, la Cour a-t-elle pris soin de préciser dans l'arrêt que nous venons de citer que l'appréciation de l'Etat membre quant à l'existence d'un intérêt transfrontalier peut être soumise à un contrôle juridictionnel.

Section 2.- Examen de la jurisprudence de la Cour concernant le fondement et le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire

345.- Parfois, la Cour paraît imposer une mise en concurrence indistinctement pour tous les marchés publics et toutes les concessions¹²³¹ (§ 1^{er} ci-dessous). Dans ces arrêts, l'obligation de mise en concurrence du droit primaire est déduite selon le cas du principe d'égalité, du principe de non-discrimination en raison de la nationalité ou des articles 49 et 56 TFUE. De rares arrêts de la Cour - un arrêt du 14 juin 2007 (*Medipac-Kazantzidis*, C-6/05), un arrêt du 22 avril 2010 (quatrième chambre) (*Commission/Espagne*, C-423/07), ainsi qu'un arrêt du 10 septembre 2009, *Eurawasser*, C-206/08 - soumettent les marchés publics au principe d'égalité de traitement sans mentionner en même temps les

¹²²⁸ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, point 51.

¹²²⁹ Arrêt de la Cour du 15 mai 2008, *SECAP*, C-147/06 et C-148/06, point 31.

¹²³⁰ Cf. également l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010 qui, après s'être référé à l'arrêt *SECAP*, précise : « ... étant entendu que cette appréciation peut être soumise au contrôle juridictionnel » (point 93).

¹²³¹ Cf. en ce sens également les conclusions du 29 juin 2010 de l'avocat général Paolo Mengozzi dans l'affaire *Commission/Irlande*, C-226/09, note 6, qui indique que « la nécessité d'un intérêt transfrontalier n'est pas toujours énoncée de manière claire par la jurisprudence de la Cour qui contient parfois des affirmations semblant impliquer une application inconditionnelle des principes découlant du traité ».

Signalons d'ailleurs que le deuxième considérant de la directive « marchés publics » générale actuelle 2004/18/CE s'exprime également comme si notamment le principe d'égalité de traitement, la liberté d'établissement et la libre prestation des services étaient d'application générale en matière de marchés publics.

articles 49 et 56 TFUE et sans poser de condition de valeur ou d'intérêt transfrontalier. L'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 (C-324/98) déduit une obligation de mise en concurrence du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Cet arrêt ne mentionne pas non plus les articles 49 et 56 TFUE (à l'époque les articles 43 et 49 CE). Il ne pose pas non plus de condition de valeur ou d'intérêt transfrontalier.

L'examen, au § 4 ci-dessous¹²³², des conditions d'application des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité montrera qu'en dehors du droit dérivé, ces principes ne sont guère susceptibles de s'appliquer de manière autonome en matière de marchés publics et de concessions. En revanche, si la passation du marché ou de la concession est visée par les articles 49 et 56 TFUE, l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité va de soi. L'application du principe d'égalité de traitement, au contraire, reste cependant difficile à justifier (cf. ci-dessous le § 4.).

De nombreux arrêts requièrent expressément, comme condition de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, que le marché ou la concession présentent un intérêt transfrontalier (§ 2 ci-dessous). Une fois que cet intérêt transfrontalier est reconnu, la liberté d'établissement (article 49 TFUE) et la libre prestation des services (article 56 TFUE) s'appliquent à la conclusion du marché. Dans ce cas, selon la plupart des arrêts de la Cour, tous les aspects de la procédure de passation devront respecter non seulement le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais également le principe d'égalité de traitement. Il en est ainsi, même si, en fait, seules des entreprises établies dans l'Etat du pouvoir adjudicateur ont manifesté un intérêt¹²³³. Ainsi, les « discriminations à rebours »¹²³⁴ sont exclues. La Commission¹²³⁵, le Tribunal dans un arrêt du 20 mai 2010¹²³⁶, de même que certains avocats généraux¹²³⁷ ont considéré que ces arrêts représentent une jurisprudence *constante* de la Cour.

En réalité, il existe dans la jurisprudence de la Cour un courant divergeant¹²³⁸ qui, jusqu'ici, n'a cependant trouvé d'expression nette que dans deux arrêts. En effet, divers arrêts, une fois l'intérêt transfrontalier reconnu, appliquent le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais non le principe d'égalité de traitement qui se trouve parfois expressément écarté (§ 3 ci-dessous). Dans ce dernier cas, le régime de l'obligation de mise en concurrence apparaît alors comme nettement moins contraignant, puisqu'il n'obéit qu'à l'interdiction des discriminations en fonction de la nationalité, mais non au principe d'égalité de traitement. Ce courant juridictionnel est resté plutôt inaperçu.

Vu ces arrêts divergents, nous désignerons la jurisprudence que la Commission et le Tribunal ont considérée comme constante, décrite au § 2 ci-dessous, comme la *jurisprudence dominante de la Cour*.

§ 1^{er}.- Décisions dans lesquelles l'obligation de mise en concurrence du droit primaire apparaît comme étant d'application générale à l'ensemble des marchés publics

346.- L'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000 (Telaustria, C-324/98) rattache l'obligation de mise en concurrence du droit primaire au principe de non-discrimination en raison de la nationalité par l'intermédiaire de ce que la Cour a appelé une « obligation de transparence », expression empruntée à

¹²³² Voir les nos 365 et 366.

¹²³³ Élément que relève également A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 158.

¹²³⁴ Pour un exemple de « discrimination à rebours » dans un autre domaine, voir, par exemple, l'ordonnance de la Cour du 19 juin 2008, Kurt, C-104/08, point 22 ;

¹²³⁵ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (JO C 179, pp. 2 et s., en particulier les points 1.2. et 1.3.).

¹²³⁶ Arrêt du tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, notamment les points 128 et 131.

¹²³⁷ Voir les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi présentées le 29 juin 2010 dans l'affaire C-226/09, points 20 à 23 et la note 7.

¹²³⁸ E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, pp. 149, 165 et 166.

un autre arrêt visant une situation différente¹²³⁹ (points 61 et 62). Plus exactement, la Cour requiert 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'adjudications » (point 62). L'introduction de cette obligation nouvelle de publicité adéquate n'était accompagnée d'aucune autre explication.

Il s'agissait d'une concession de services pour la production et la publication d'annuaires téléphoniques. L'arrêt *Telaustria* a été le premier à imposer une obligation de mise en concurrence hors du champ d'application des directives « marchés publics ».

La Cour n'y formule aucune condition de valeur du contrat, ni d'intérêt transfrontalier. L'exigence d'un degré de publicité adéquate joue expressément en faveur de « tout soumissionnaire potentiel », ce qui comprend donc les entreprises de même nationalité que le pouvoir adjudicateur.

347.- Dans l'ordonnance du 3 décembre 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-59/00, la Cour s'est exprimée comme suit à propos d'une clause d'un marché de travaux prescrivant l'utilisation de fenêtres d'un producteur national déterminé :

« Afin de statuer sur les questions posées, il importe de rappeler, à titre liminaire, que les directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics s'appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse un certain seuil prévu expressément dans chacune desdites directives. Cependant, le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures particulières et rigoureuses prévues à ces directives ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de marchés publics d'une faible valeur ne signifie pas que ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire.

*En effet, bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité (voir, en ce sens, arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 60).*

Il s'ensuit que, nonobstant le fait qu'un marché de travaux n'atteint pas le seuil prévu à la directive 93/37 et ne relève donc pas du champ d'application de cette directive, la légalité d'une clause contenue dans le cahier des charges relatif à ce marché doit être appréciée au regard des règles fondamentales du traité, dont fait partie la libre circulation des marchandises énoncée à l'article 30 du traité [l'actuel article 34 TFUE] » (points 19, 20 et 21).

Cette décision ne pose aucune condition quant à la valeur du marché. Aussi, cet arrêt a-t-il été interprété comme imposant une obligation de mise en concurrence quel que soit la valeur du marché¹²⁴⁰. Toutefois, bien que souvent citée par la Cour en rapport avec l'obligation de mise en concurrence, cette ordonnance n'a pas trait à l'obligation de mise en concurrence proprement dite¹²⁴¹. Il n'y est question que d'une clause discriminatoire d'un cahier des charges concernant les produits à mettre en œuvre lors d'un marché de travaux. La clause litigieuse imposait des fenêtres et des portes d'une entreprise danoise nommément désignée. La libre circulation des marchandises étant en cause, l'interdiction de discriminations s'appliquait sans seuil numérique, à condition qu'un mouvement de marchandises transfrontalier puisse du moins être potentiellement en cause. La solution de l'ordonnance *Bent Moustén* est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour concernant les spécifications de produits en matière de marchés publics¹²⁴². Hormis le fait qu'il ne s'agissait pas

¹²³⁹ Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S*, C- 275/98. Cf. également quant à cet arrêt ci-dessus no 332 (La première). Voir en ce sens également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, pp. 150 à 152.

¹²⁴⁰ Voir F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Feu le seuil de 20 000 € », *Contrats et Marchés publics*, no 3, mars 2010, repère 3.

¹²⁴¹ Voir également l'arrêt de la Cour *Medipac-Kazantzidis* du 14 juin 2007 (C-6/05), commenté ci-dessous au no 349.

¹²⁴² Cf. arrêt de la Cour du 22 septembre 1988, *Commission/Irlande*, affaire 45/87, point 16 en particulier (marché de travaux) ; arrêt de la Cour du 24 janvier 1995, *Commission/Pays-Bas*, points 27 et 29

d'une réglementation, mais seulement de la stipulation d'un cahier des charges, elle s'accorde avec la célèbre formule de l'arrêt Dassonville du 11 juillet 1974 (« toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent »).

348.- L'arrêt de la Cour du 20 octobre 2005 (Commission/France, C-264/03) concernait les dispositions de droit français relatives aux prestations de maîtrise d'ouvrage déléguée pour le compte de pouvoirs adjudicateurs français. La loi française réservait ces prestations à une liste exhaustive de personnes morales de droit français et permettait de les attribuer sans mise en concurrence. La Cour a estimé que ces dispositions étaient contraires à l'ancienne directive « marchés publics de services » 92/50/CEE lorsque la valeur des prestations atteignait les seuils d'application de cette directive. Quant aux marchés n'atteignant pas les seuils d'application de la directive, la Cour a observé ce qui suit :

« Quant au grief tiré de la violation de l'article 49 CE, il y a lieu de relever que les dispositions du traité CE relatives à la libre circulation ont vocation à s'appliquer aux marchés publics échappant au champ d'application de la directive 92/50. En effet, bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (voir, en ce sens, arrêts du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 60, et du 18 juin 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 47, ainsi que ordonnance du 3 décembre 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, point 20).

Il en est ainsi notamment s'agissant des marchés publics de services dont la valeur n'atteint pas les seuils fixés par la directive 92/50. Le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de marchés publics d'une faible valeur ne signifie pas que ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire (voir ordonnance Vestergaard, précitée, point 19). De même, les contrats hors du champ d'application de la directive 92/50, tels que les contrats de concession, restent soumis aux règles générales du traité (voir, en ce sens, arrêt du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, non encore publié au Recueil, point 16) » (points 32 et 33).

Plus loin, la Cour retient :

« Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de constater que, en réservant, à l'article 4 de la loi no 85 - 704, la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste exhaustive de personnes morales de droit français, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 92/50 ainsi que de l'article 49 » (point 71).

C'est seulement parce le droit français réserve les marchés concernés à une liste exhaustive de personnes morales de droit français que la Cour a retenu une violation de l'article 49 CE (article 56 TFUE). En revanche, elle ne s'est pas attardée sur l'absence de mise en concurrence. Vu qu'il y avait discrimination directe en raison de la nationalité, il n'est pas étonnant que la Cour n'ait exprimé aucune condition de valeur ou d'intérêt transfrontalier. Cela ne permet cependant pas de supposer que pour retenir une violation du droit de l'Union pour absence de mise en concurrence des marchés considérés, elle n'en aurait pas exigé. En effet, l'absence de mise en concurrence, en tant que telle, ne constitue pas une discrimination en raison de la nationalité. Ainsi, selon d'autres arrêts (cf. ci-dessous, le § 2¹²⁴³), c'est seulement l'intérêt transfrontalier d'un marché qui permet de considérer que l'absence de mise en concurrence défavorise principalement les opérateurs économiques établis dans d'autres Etats membres.

(marché de fournitures) ; ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-243/00, point 24 en particulier (marché de travaux).

¹²⁴³ Nos 353 et s.

349.- Il convient de signaler également l'arrêt de la Cour du 14 juin 2007 (**Medipac-Kazantzidis, C-6/05**) qui cependant, lui non plus, ne contient peut-être en définitive rien de vraiment décisif quant à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, bien qu'il se réfère à l'obligation de transparence. Il s'agissait d'un marché public d'un hôpital pour la fourniture de matériel de suture. Le marché était d'une valeur inférieure au seuil d'application de l'ancienne directive « marchés publics de fournitures » 93/36/CEE. *Medipac-Kazantzidis* s'était plaint que son offre avait été écartée en considération de certains défauts prêtés à ses produits.

Au point 33, la Cour s'exprime comme suit :

« En effet, il convient de relever que *Venizeleio-Pananeio* est qualifié par la juridiction de renvoi de « pouvoir adjudicateur ». Cette qualification est également admise par le gouvernement grec, qui a déclaré, lors de l'audience, que cet hôpital est un organisme de droit public assimilé à l'Etat. Or, en vertu d'une jurisprudence constante, même si la valeur d'un marché faisant l'objet d'un appel d'offres n'atteint pas le seuil d'application des directives par lesquelles le législateur communautaire a réglementé le domaine des marchés publics et que le marché en question ne relève donc pas du champ d'application de ces dernières, les pouvoirs adjudicateurs concluant un marché sont néanmoins tenus de respecter les principes généraux du droit communautaire, tels que le principe d'égalité de traitement et d'obligation de transparence qui en découle (voir en ce sens, arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec.p. I-10745, points 60 et 61 ; ordonnance *Vestergaard*, précitée, points 20 et 21 ; arrêts du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, points 16 et 17, et du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.p. I-8585, points 46 à 48) ».

La formule employée « les pouvoirs adjudicateurs concluant un marché sont néanmoins tenus de respecter les principes généraux du droit communautaire, tels que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle » rappelle celles utilisées dans des décisions antérieures suivies alors - ce qui n'est pas le cas ici - de l'indication que le pouvoir adjudicateur doit donner à son intention de passer un marché une publicité adéquate. Dans son arrêt du 20 mai 2010¹²⁴⁴, le Tribunal se réfère néanmoins à l'arrêt *Medipac-Kazantzidis* comme imposant une obligation de mise en concurrence pour les marchés publics de fournitures en dehors du champ d'application des directives. Le Tribunal ajoute, que pour qu'il en soit ainsi, le marché devait présenter un intérêt transfrontalier certain. Cette indication ne se retrouve pas dans l'arrêt *Medipac-Karantzidis*, ce qui semble également avoir échappé à l'attention du Tribunal.

Il n'en reste pas moins que, prise à la lettre, l'affirmation sans réserves de la Cour que le principe d'égalité de traitement s'applique aux marchés n'atteignant pas les seuils d'application des directives devrait logiquement conduire à l'obligation de mettre ces marchés en concurrence. En effet, dans la *jurisprudence dominante*¹²⁴⁵ de la Cour, le principe d'égalité de traitement engendre une obligation de transparence, laquelle implique une publicité préalable¹²⁴⁶.

L'intention de la Cour dans cet arrêt était-elle cependant de parler de l'obligation de mise en concurrence ? Le doute est permis. En effet, ni l'intérêt transfrontalier d'un marché, ni l'obligation de mise en concurrence n'interviennent lorsque, comme c'était le cas en l'espèce, il s'agit de l'élimination d'une offre pour des considérations liées aux qualités techniques de produits à livrer aux termes d'un marché public de fournitures.

350.- L'arrêt de la Cour du 18 décembre 2007 (première chambre) (Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06) considère que tous les marchés publics sont inclus dans le champ d'application du droit européen, y compris les marchés de faible valeur (points 71 et 72). La liberté d'établissement et la libre prestation des services semblent s'appliquer pour ainsi dire de plein droit, sans que soit formulé l'exigence d'un intérêt transfrontalier (points 72, 73 et 76). Il en est de même pour le principe de non-discrimination en raison de la

¹²⁴⁴ Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 80.

¹²⁴⁵ Cf. quant à cette expression ci-dessus le no 345 *in fine*.

¹²⁴⁶ Voir par exemple l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005 (C-458/03), point 49, examiné ci-après au no 353.

nationalité, de même que « le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires trouve également à s'appliquer à de tels marchés publics, et ce même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité » (point 74)¹²⁴⁷. Un degré de publicité adéquat est requis en faveur de tout soumissionnaire potentiel en vertu de l'obligation de transparence qu'impliquent les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité (point 75). L'absence totale de mise en concurrence serait également contraire à la liberté d'établissement et la libre prestation des services (point 76). Il résulte d'autre part de cet arrêt que dès lors que la passation d'un marché est soumise aux directives, c'est aux directives qu'il convient de se référer et non aux libertés fondamentales (voir le point 88 et le dispositif de l'arrêt).

351.- L'arrêt de la Cour du 22 avril 2010 (quatrième chambre) (Commission/Espagne, C-423/07) a trait à une concession de travaux publics pour la construction d'une autoroute. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, la directive 2004/18/CE, comme le faisaient déjà les précédentes directives, impose une mise en concurrence pour la passation de concessions de travaux publics¹²⁴⁸ dont la valeur estimée atteint un seuil déterminé. Un avis comportant certaines indications doit être publié. Cet avis sert de moyen de mise en concurrence.

La Cour écrit en particulier ceci :

« Parmi les informations que doit contenir ledit avis figurent, conformément à la section II, intitulée « Objet du contrat », de cette annexe V, l'objet principal et les objets supplémentaires du contrat, la description et la localisation des travaux auxquels se réfère la concession, ainsi que la quantité et l'étendue globale de ceux-ci.

Cette obligation de publicité, par la possibilité de comparer les offres qu'elle comporte, assure un niveau de concurrence considéré comme satisfaisant par le législateur de l'Union dans le domaine des concessions de travaux publics.

Elle exprime, dans ce domaine, les principes d'égalité de traitement et de transparence, qui s'imposent en toutes circonstances aux pouvoirs adjudicateurs » (points 55, 56 et 57).

C'est sans la moindre réserve même quant à l'enjeu de la concession que la Cour se réfère aux principes d'égalité de traitement et de transparence qui, selon elle « s'imposent en toute circonstances aux pouvoirs adjudicateurs ». La mise en concurrence s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs « en toutes circonstances », on pourrait en conclure qu'elle est d'obligation générale, quel que soit la valeur du marché ou de la concession.

Pourtant, est-il bien certain que c'est cela que la Cour a voulu dire ?

Non, car on ne peut exclure que la Cour ait sous-entendu qu'il n'est question que des marchés et des concessions de travaux visés par la directive, c'est-à-dire, ceux dépassant le seuil d'application, ainsi que c'était le cas en l'espèce.

352.- D'autres arrêts ne posent pas non plus l'exigence d'un intérêt transfrontalier :

- *Arrêt de la Cour (première chambre) du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04* : il s'agissait d'une concession de services de transport. La mise en concurrence s'impose en vertu des articles 43 et 49 CE (actuels articles 49 et 56 TFUE), du principe d'égalité de traitement, du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et du principe de transparence (point 22). La Cour se réfère également à l'actuel article 106, paragraphe 1^{er}, TFUE¹²⁴⁹.

¹²⁴⁷ C'est donc à tort que H. BART écrit en 2009 : « ... autant qu'on puisse en juger, la Cour ne s'est pas fondée sur le principe général d'égalité de traitement dans sa jurisprudence concernant la passation de marchés publics en dehors du champ d'application des directives marchés publics » [notre traduction] (*Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010, p. 53).

¹²⁴⁸ Cf. ci-dessus, nos 266 et s.

¹²⁴⁹ Article 106, paragraphe 1^{er}, TFUE : « Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Dans certains autres arrêts, la Cour, sans cependant s'expliquer à cet égard, s'est également référée à l'article 106,

- **Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07** : « Nonobstant le fait que de tels contrats [les contrats de concession de services publics] sont exclus du champ d'application de cette directive [l'ancienne directive « services » 92/50/CE], les autorités publiques les attribuant sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE, les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement ainsi que l'obligation de transparence qui en découle » (point 25).
- **Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009 (troisième chambre) du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07** : Lors de la passation de marchés publics de services non soumis aux directives en matière de marchés publics, « les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter les règles fondamentales du traité CE » et notamment « les articles 43 CE et 49 CE ainsi que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité de même que l'obligation de transparence qui en découle » (points 38 et 39).
- **Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 10 septembre 2009, Eurawasser, C-206/08** : « En revanche, si cette opération est qualifiée [le contrat dont il s'agissait dans l'affaire principale] de concession de services, ladite directive [la directive 2004/17/CE], en vertu de son article 18, ne lui est pas applicable. Dans ce cas, l'attribution de la concession resterait soumise aux règles fondamentales du traité CE en général et aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, en particulier » (point 44).
- **Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08** : Les explications fournies dans cet arrêt sont semblables à celles de l'arrêt ANAV du 6 avril 2006. La Cour n'y utilise pas l'expression « principe de transparence », mais celle d'« obligation de transparence », en précisant qu'elle dérive des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité » (points 47 à 50).

Que ces arrêts ne mentionnent pas l'exigence d'un intérêt transfrontalier ne signifie pas nécessairement - il convient de ne pas le perdre de vue - que la Cour ait estimé que cette exigence n'existait pas. Vu l'envergure des marchés dont il s'agissait dans l'affaire principale, elle peut l'avoir sous-entendue¹²⁵⁰.

§ 2.- Un marché public présentant un intérêt transfrontalier est soumis aux libertés fondamentales et, semble-t-il, de ce fait soumis au principe d'égalité, dont les articles 49 et 56 TFUE sont une expression spécifique

353.- L'arrêt de la Cour du 13 octobre 2005 (première chambre), Parking Brixen, C-458/03, rendu au sujet d'une concession de services, se démarque de l'arrêt *Coname* [(cf. ci-dessous no 359)] rendu quelques mois plus tôt, le 21 juillet 2005. Tandis que l'arrêt *Coname* fonde l'obligation de mise en concurrence uniquement sur le principe de non-discrimination suivant la nationalité, l'arrêt *Parking Brixen* la rattache, à travers les articles 43 CE [l'actuel article 49 TFUE] et 49 CE [l'actuel article 56

paragraphe 1^{er}, TFUE (arrêt *Parking Bixen* du 13 octobre 2005 (C-458/03), point 51 ; arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, ASM Brescia, C-347/06, point 61 ; arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, (C-196/08), point 50). Dans l'arrêt *Wall* du 13 avril 2010, la Cour a estimé que cet article n'était pas pertinent, s'agissant de la question de savoir si une entreprise publique devait procéder à une mise en concurrence (point 46). L'article 106, paragraphe 1^{er}, TFUE ne s'applique toujours que combiné à d'autres dispositions du traité (voir, par exemple, C. JUNG dans CALLIESS - RUFFERT, *EUV/EGV - Das Verfassungsrecht der europäischen Union mit europäischer Grundrechtecharta*, C.H. Beck, 2007, article 86, no 7). L'attribution d'un marché ou d'une concession pouvant, on peut le supposer, d'après les arrêts qui invoquent l'article 106, paragraphe 1^{er} TFUE, être assimilée à l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs, la référence à l'article 106, paragraphe 1^{er}, TFUE sert à confirmer qu'à cette occasion les Etats membres devront respecter les articles 49 et 56 TFUE, dès lors que les conditions d'application de ces articles sont remplies.

¹²⁵⁰ Tel ne nous semble pas le cas d'un jugement du Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg du 25 février 2010 (no 24 553 du rôle) qui a soumis une concession de services de gestion d'un réseau de télédistribution communal à l'exigence de publicité adéquate du droit primaire européen sans vérifier si cette concession présentait un intérêt transfrontalier.

TFUE], à ce même principe, mais également, au principe d'égalité (points 47, 48, 49 et 55). Dans cet arrêt, la Cour introduit d'ailleurs la notion de « mise en concurrence » (point 51). La Cour retient en effet :

« Les dispositions du traité plus spécifiquement applicables aux concessions de services publics comprennent notamment l'article 43 CE, dont le premier alinéa énonce que les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites, et l'article 49 CE, qui dispose, à son premier alinéa, que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la communauté autre que celui du destinataire de la prestation [point 47].

Selon la jurisprudence de la Cour, les articles 43 CE et 49 CE sont une expression particulière du principe d'égalité de traitement (voir arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, Rec. p. 4035, point 8). L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est également une expression spécifique du principe d'égalité de traitement (voir arrêt du 8 octobre 1980, Überschär, 810/79, Rec. p. 2747, point 16) (...) [point 48].

Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (voir en ce sens, arrêt Telaustria et Telefonadress, précité, points 61 et 62) [point 49].

Il appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités de la concession de services publics en cause. Toutefois, l'absence totale de mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal n'est pas conforme aux exigences des articles 43 et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement de non-discrimination et de transparence » [point 50].

Les articles 43 CE [l'actuel article 49 TFUE] et 49 CE [l'actuel article 56 TFUE] s'appliquent par le simple fait « qu'il ne peut être exclu que, dans l'affaire au principal, des entreprises établies dans des Etats membres autres que la République italienne auraient été intéressées de fournir les services concernés » (point 55). La Cour ajoute qu'« en l'absence de publicité et d'ouverture à la concurrence de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal, une discrimination est exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres Etats membres qui sont empêchées de faire usage de la liberté de fournir des services et de la liberté d'établissement prévues par le traité » (point 55). Elle fait remarquer par ailleurs que « le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve à s'appliquer à des concessions de services publics même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité » (point 48).

Il convient de rapprocher la formule employée par la Cour au point 55 de l'arrêt *Parking Brixen* de celle, très similaire, utilisée par la Cour dans un arrêt du 11 mars 2012 à l'occasion d'une réglementation régionale italienne prévoyant des distances minimales obligatoires entre des stations-service. Pour justifier l'application de la liberté d'établissement à la situation créée par cette réglementation, la Cour s'est limitée à constater : « Cependant, il ne saurait nullement être exclu en l'occurrence que des entreprises établies dans des Etats membres autres que la République italienne aient été ou soient intéressés à commercialiser des carburants dans ce dernier Etat membre »¹²⁵¹. Poursuivant son examen, la Cour parvient à la conclusion que la réglementation en question constitue une restriction à la liberté d'établissement.

Cet exemple montre que la Cour emploie le critère de l'intérêt transfrontalier dans d'autres domaines et qu'il n'est donc pas propre aux marchés publics. D'une manière générale, rappelons-le, la

¹²⁵¹ Arrêt de la Cour du 11 mars 2012, *Attanasio Group*, C-384/08, point 24.

Cour considère que les libertés fondamentales ne sont pas entravées lorsque les effets d'une restriction sont « trop aléatoires et trop indirects » sur elles¹²⁵².

354.- L'arrêt de la Cour du 13 avril 2010 (Grande chambre) (Wall, C-91/08) a trait à la mise en concurrence d'une concession de services.

La Cour y considère que les articles 43 CE [article 49 TFUE] et 49 CE [article 56 TFUE], « consacrent » non seulement le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais également le principe d'égalité de traitement (point 65). L'obligation de transparence découle des articles 43 CE et 49 CE (point 33). Elle « implique que soit garanti, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution (voir les arrêts précités *Telaustria* et *Telefonadress*, points 60 à 62 ; *Parking Brixen*, points 46 à 49, et *ABAV*, point 21) » (point 36). L'obligation de transparence s'applique si la concession de services est susceptible d'intéresser des entreprises situées dans d'autres Etats membres (point 35). L'absence de transparence « pourrait constituer une discrimination exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres Etats membres » (point 35). La Cour considère que pour répondre à la question préjudicielle posée, il n'est pas nécessaire de se référer à l'article 12 CE (actuel article 18 TFUE)¹²⁵³, « étant donné que les articles 43 CE et 49 CE constituent des applications particulières de l'interdiction générale de discriminations en raison de la nationalité consacrée à l'article 12 CE » (point 32)¹²⁵⁴.

Dans le litige au principal, le pouvoir adjudicateur avait omis de procéder à une nouvelle mise en concurrence en dépit d'un changement des conditions de la concession.

La Cour retient qu'en cas de modifications substantielles au contrat de concession, il y a lieu de procéder à une nouvelle attribution (point 37). La Cour entend par « modifications substantielles » des modifications qui, « si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue » (point 38).

Dans les réponses qu'elle donne à la première, la deuxième et la quatrième question, la Cour requiert une protection juridictionnelle effective au profit d'un concurrent lésé en cas de violation de l'obligation de mise en concurrence (points 61 et s.). Or, il s'agissait d'un concurrent allemand, donc de même nationalité que le pouvoir adjudicateur. L'entreprise à qui le marché avait été attribué, ainsi qu'un troisième intéressé étaient établis en Allemagne. Aucune entreprise établie dans un autre Etat membre n'avait participé à la procédure. Cela établissait qu'en fait, au moment où la procédure d'attribution avait débuté, aucune entreprise établie dans un autre Etat membre n'était intéressée à obtenir le marché. Cependant, pour la Cour, lors d'une nouvelle attribution de la concession, une mise en concurrence n'en restait pas moins requise.

Les solutions retenues dans l'arrêt *Wall* montrent d'une part que la condition de l'intérêt transfrontalier revêt un caractère essentiellement théorique.

D'autre part, elles impliquent, tout comme l'arrêt *Parking Brixen*, la suppression des « discriminations à rebours ». Il en résulte une extension considérable du champ d'application du droit primaire.

En effet, une fois que la condition de l'intérêt transfrontalier est remplie, le principe d'égalité de traitement s'applique à l'égard de tous les participants, quelle que soit leur nationalité. Ainsi, la libre prestation des services et la liberté d'établissement profitent aux ressortissants de l'Etat du pouvoir adjudicateur. Cela est nouveau pour la liberté d'établissement et la libre prestation des services. Ce

¹²⁵² Voir en ce sens, par exemple, l'arrêt de la Cour du 20 juin 1996, *Semeraro*, C-418/93, point 31 ; voir encore l'arrêt de la Cour du 25 novembre 1986, *Forest*, affaire 148/85, point 19 ; arrêt de la Cour du 7 mars 1990, *Krantz*, C-69/88, point 11 ; arrêt de la Cour, 21 septembre 1999, *BASF*, C-44/98, point 16.

¹²⁵³ L'article 18 TFUE interdit « dans le domaine d'application des traités et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient » toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

¹²⁵⁴ Il s'agit d'une jurisprudence constante dans d'autres domaines également : voir par exemple l'arrêt de la Cour du 14 juillet 1994, *Peralta*, C-379/92, point 18, ou encore l'arrêt de la Cour du 11 septembre 2007, *Commission/Allemagne*, C-318/05, point 35.

n'est qu'à la libre circulation des marchandises que la Cour avait reconnu des effets si étendus¹²⁵⁵. Une fois que le marché ou la concession remplissent la condition de l'« intérêt transfrontalier », ne fût-ce que d'un point de vue théorique, ils sont soumis à l'obligation de mise en concurrence, laquelle peut être invoquée directement par tous les intéressés, même s'ils ont la nationalité de l'Etat dans lequel le contrat est attribué.

En revanche, le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Wall*, qui fonde l'obligation de mise en concurrence en matière de travaux et de services sur les articles 49 et 56 TFUE, n'est pas transposable aux marchés de fournitures. En effet, les flux transfrontaliers ne sont *a priori* ni favorisés, ni défavorisés par l'absence de mise en concurrence. Si un marché de fournitures est attribué à une entreprise établie dans l'Etat membre du pouvoir adjudicateur, il se peut très bien que cette entreprise importe les marchandises, alors qu'une entreprise établie dans un autre Etat membre aurait été en mesure de les livrer à partir de l'Etat du pouvoir adjudicateur. L'absence de mise en concurrence n'implique donc *a priori* aucune restriction aux échanges de marchandises entre Etats membres. Pour les marchés publics de travaux ou de services la situation est différente, car tout marché attribué à une entreprise située dans un autre Etat membre aboutit en principe à une prestation de services de cette entreprise. D'autre part, tout marché de travaux ou de services attribué à une entreprise établie dans le même Etat que le pouvoir adjudicateur ne donne en principe lieu qu'à une opération purement interne.

355.- L'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010 (Allemagne/Commission, T-258/06) a rejeté le recours en annulation de l'Allemagne contre la *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »*¹²⁵⁶.

Dans cette communication la Commission dit ne pas introduire de nouvelles règles législatives (Introduction). Selon cette communication l'obligation de procéder à une publicité adéquate s'applique aux marchés présentant « un intérêt potentiel pour les opérateurs économiques situés dans d'autres Etats membres » (point 1.3.). Le marché doit être attribué « dans le respect des règles et des principes du traité CE afin de garantir des conditions de concurrence équitables à l'ensemble des opérateurs intéressés par ce marché » (point 2.2.1.). Parmi les normes fondamentales régissant la passation des marchés figurent les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination qui impliquent une obligation de transparence (point 1.2.).

Le Tribunal examine si la communication de la Commission « se contente d'explicitier les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, à la liberté d'établissement, à la libre prestation de services, les principes de non-discriminations et d'égalité de traitement ainsi que de proportionnalité et les règles de transparence et de reconnaissance mutuelle applicables aux marchés qui ne sont pas ou qui ne sont que partiellement couverts par les directives marchés publics, ou si elle établit des obligations spécifiques ou nouvelles par rapport à ces dispositions, principes et règles » (point 28). Dans l'affirmative, le recours aurait été recevable et fondé. Au terme de son examen, le Tribunal parvient cependant à la conclusion que la communication n'établissait pas d'obligations spécifiques ou nouvelles. Partant, il a déclaré le recours irrecevable. En particulier, le Tribunal considère que « conformément à la jurisprudence de la Cour, d'une part s'appliquent les obligations découlant du droit primaire relatives à l'égalité de traitement et à la transparence de plein droit aux marchés pourtant exclus du champ d'application des directives marchés publics présentant un intérêt transfrontalier » (point 80).

¹²⁵⁵ Voir les arrêts de la Cour du 9 août 1994, Lancry, C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93 et C-411/93, points 29 à 32, du 7 mai 1997, Pistre, C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, point 44, du 13 janvier 2000, TK-Heimdienst, C-254/98, et du 9 septembre 2004, Carbonati Apuani Srl, C-72/03, point 35. Voir également les conclusions de l'avocat général Poiras Maduro dans l'affaire C-72/03 (Carbonati Apuani Srl), point 48, qui signale « une contradiction que rien ne semble justifier entre la ligne adoptée en matière de taxe d'effet équivalent et les autres régimes de libre circulation ». Voir cependant également entre-temps, en matière de liberté d'établissement, l'arrêt de la Cour du 11 mars 2012, Attanasio Group, C-384/08, points 22 à 25.

¹²⁵⁶ *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s.).

356.- L'arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 18 novembre 2010 (Commission/Irlande, C-226/09)¹²⁵⁷ se situe dans la même lignée que l'arrêt Wall. Les principes découlant des articles 49 et 56 TFUE s'appliquent à la passation des marchés non soumis aux directives « marchés publics », mais présentant un intérêt transfrontalier certain (point 31). Il en résulte « de ce fait, des obligations visant à assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires » (point 31). D'après la Cour « les principes d'égalité et de transparence des procédures d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure » (point 59).

357.- A côté des arrêts commentés ci-dessus, il existe d'autres arrêts appliquant le principe d'égalité de traitement dès lors que le marché ou la concession présentent un intérêt transfrontalier. Il en est ainsi d'un certain nombre d'arrêts rendus en matière de concessions de jeux de hasard¹²⁵⁸.

A noter également, l'arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, (C-159/11), qui concernait un marché public de services en-dessous des seuils des directives « marchés publics ». Un arrêt de la Cour du 14 novembre 2013 se situe dans la même lignée¹²⁵⁹.

§ 3.- Arrêts dans lesquels le droit primaire de la mise en concurrence apparaît seulement comme une conséquence de l'interdiction des discriminations en fonction de la nationalité

358.- Certains de ces arrêts, mais non tous, refusent expressément d'appliquer le principe d'égalité de traitement. En revanche, tous, sauf, l'arrêt *Telaustria*¹²⁶⁰ posent l'exigence d'un intérêt transfrontalier.

359.- Presque cinq ans après l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 (C-324/98), la Cour a abordé une nouvelle fois la question de l'obligation de mise en concurrence dans l'**arrêt Coname du 21 juillet 2005 (grande chambre) (C-231/03)**. Comme dans l'arrêt *Telaustria*, l'obligation de mise en concurrence y est expressément rattachée au principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

Cette fois-ci, la Cour fournit quelques explications supplémentaires:

« A cet égard, il convient de relever que dans la mesure où ladite concession est susceptible d'intéresser également une entreprise située dans un Etat membre autre que celui de la commune di Cingia de' Botti, l'attribution, en l'absence de toute transparence, de cette concession à une entreprise située dans ce dernier Etat membre est constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans l'autre Etat membre (voir en ce sens, arrêt Telaustria et Telefonadress, précité, point 61).

En effet, en l'absence de toute transparence, cette dernière entreprise n'a aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite concession.

Or, à moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre Etat membre, joue principalement au détriment de celles-ci, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 43 CE et 49 CE (voir notamment, en ce sens, arrêts du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg, C-111/91, Rec. p. I-817, point 17, du 8 juin 1999, Meeusen, C-337/97, Rec. p. I-3289, point 27, et du 26 octobre 1999, Eurowings Luftverkehr, c-294/97, Rec. p. I-7447, point 33 et jurisprudence citée) » (points 17, 18 et 19).

L'affirmation de la Cour que l'attribution directe de la concession joue « principalement » au détriment des entreprises d'autres Etats membres paraît forcée. En l'absence de toute publicité, la

¹²⁵⁷ Voir quant à cet arrêt également ci-dessous, no 362.

¹²⁵⁸ Arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 13 septembre, 2007, Commission/ Italie, C-260/04, points 23 à 25 ; arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 3 juin 2010, Sporting Exchange, C-203/08, points 38 à 41 ; arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, points 49 à 56 ; arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 16 février 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10, points 54 à 57 (voir concernant cette jurisprudence, ci-dessous, nos 474 et s.).

¹²⁵⁹ Arrêt de la Cour de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, point 32 en particulier.

¹²⁶⁰ Voir ci-dessus, le no 346.

discrimination joue en principe autant à l'égard des entreprises de l'Etat membre où la concession est attribuée, sauf à l'endroit de celle qui obtient le marché. La discrimination ne s'exerce donc pas « principalement » au détriment des entreprises situées dans d'autres Etats membres. Il n'en serait autrement que si les entreprises nationales étaient effectivement mieux placées pour connaître l'intention de l'autorité d'attribuer la concession en question.

D'après le raisonnement de la Cour, l'attribution directe d'une concession ou d'un marché par un pouvoir adjudicateur à une entreprise d'un autre Etat membre devrait être permise. Dans ce cas, en effet, toute discrimination en raison de la nationalité paraît définitivement exclue. Le litige pendant devant la juridiction de renvoi italienne opposait un pouvoir adjudicateur italien à une entreprise italienne qui lui reprochait d'avoir attribué une concession sans mise en concurrence. Paradoxalement, bien que fondé sur le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le raisonnement de la Cour bénéficie donc également aux entreprises de même nationalité que le pouvoir adjudicateur.

Il peut paraître étonnant que la Cour ne se limite pas à constater une restriction. Il aurait suffi, en effet, de considérer l'absence, due à l'absence de publicité, de toute possibilité de présenter une offre à l'occasion d'un marché public comme une entrave aux articles 43 et 49 CE [articles 49 et 56 TFUE]. Ainsi, la Cour a régulièrement jugé que les libertés fondamentales « s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, des libertés fondamentales garanties par le traité »¹²⁶¹.

Relevons d'autre part que l'arrêt *Coname* ne mentionne pas le principe d'égalité de traitement. Or, sans ce principe, les atteintes portées au principe d'égalité de traitement qui ne peuvent être analysées comme une violation directe ou indirecte du principe de non-discrimination en raison de la nationalité échappent à l'emprise du droit européen. La Cour a effectivement suivi ce raisonnement dans deux arrêts ultérieurs¹²⁶².

360.- Il convient de relever dans la lignée de l'arrêt *Coname*, l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande* (points 29 à 32 en particulier). Il s'agissait d'un marché de services non prioritaires, donc non soumis à concurrence d'après la directive « marchés publics de services » 92/50/CE. La Cour a néanmoins estimé que dans l'hypothèse où un tel marché présentait un intérêt transfrontalier certain, l'attribution, en « l'absence de toute transparence, de ce marché à une entreprise située dans l'Etat membre du pouvoir adjudicateur, est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par ce marché qui sont situées dans un autre Etat membre [renvoi aux arrêts *Telaustria* et *Coname*] » (point 30).

La Cour ajoute : « A moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre Etat membre, joue principalement au détriment de celles-ci, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 43 CE et 49 CE » [référence au point 19 de l'arrêt *Coname* et à la jurisprudence y citée] (point 31).

Notons que dans cette affaire, à la différence de l'arrêt *Coname*, il s'agissait d'un recours en manquement. La Cour retient en fin de compte qu'à défaut pour la Commission, d'avoir rapporté

¹²⁶¹ Voir, par exemple, arrêt de la Cour du 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, point 33 ; cf. également les arrêts suivants : arrêt de la Cour du 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon/Gouvernement flamand*, C-212/06, point 45 ; arrêt de la Cour du 25 juillet 1991, *Säger*, C-76/90, point 12 ; arrêt de la Cour du 21 septembre 1999, *Läära*, C-124/97, points 24 et 25 ; arrêt de la Cour du 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol*, C-42/07, point 51 ; arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Ladbroke's Betting & Gaming*, C-258/08, point 15 ; arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, point 23 ; arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, *Sjöberg*, C-447/08, point 32 ; l'arrêt de la Cour du 16 février 2012, *Costa et Cifone*, C-72/10 et C-77/10, point 69. Les six derniers arrêts ont trait à des réglementations nationales relatives aux paris et aux jeux qui restreignent l'accès à l'activité d'organismes de jeux ou de paris. Lorsqu'il s'agit de réglementations prévoyant un nombre limité d'agréments ou un opérateur unique, la situation se rapproche des concessions de services (voir à ce sujet ci-dessous, nos 258 et s.). Dans un arrêt du 18 décembre 2007, *Jundt*, C-281/06, la Cour a employé une autre formule : « Selon une jurisprudence constante, l'article 49 CE s'oppose à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre les Etats membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un Etat membre » (point 52).

¹²⁶² Cf. ci-dessus, nos 361 et 362.

l'intérêt transfrontalier du marché, il ne saurait être reproché à l'Irlande d'avoir manqué à ses obligations (points 33 à 35).

361.- Par un arrêt du 21 février 2008 (deuxième chambre) (Commission/Italie, C-412/04), la Cour a statué sur un recours en manquement de la Commission critiquant le droit italien des marchés publics pour prévoir un processus d'adjudication spécifique pour des concessions susceptibles d'être exploitées commercialement et reprochant à l'Italie de contrevenir aux articles 43 et 49 CE, de même qu'aux « principes de transparence et d'égalité qui en sont le corollaire » (1^{er} point).

La Cour décrit comme suit la procédure prévue par la réglementation italienne :

« Les administrations peuvent autoriser l'exécution, par des sujets qui leur sont extérieurs, de travaux publics susceptibles d'être exploités commercialement selon un processus d'attribution spécifique. Lors d'une première phase, les tiers sont invités à faire, en tant que promoteurs, des propositions en vue de l'adjudication de concessions, les coûts étant assumés, partiellement ou intégralement, par ces promoteurs. Une fois les propositions évaluées, celles jugées d'intérêt public sont sélectionnées lors d'une seconde phase au cours de laquelle est ouverte, pour chacune des propositions retenues, une procédure d'appel d'offres restreint destinée à sélectionner deux offres.

Une procédure négociée est ensuite ouverte par le pouvoir adjudicateur avec le promoteur et les autres tiers ayant présenté les deux meilleures offres dans le cadre de ladite procédure d'appel d'offres, le promoteur ayant la possibilité d'adapter sa proposition à celle que le pouvoir adjudicateur estime convenir le mieux » (points 96 et 97).

La Commission estimait que par ces modalités de mise en concurrence, le promoteur se trouvait doublement avantagé au détriment des concurrents potentiels (point 99 de l'arrêt de la Cour).

L'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer avait conclu que sur ce point la réglementation en question enfreignait « le principe d'égalité de traitement découlant des articles 43 CE [actuel article 49 TFUE] et 49 CE [actuel article 56 TFUE] » (point 114 de ses conclusions du 8 novembre 2006).

Or, la Cour rejeta le grief en question :

« ... par son recours, la Commission vise à faire constater que la République italienne a manqué à certaines obligations que lui imposent les directives 92/50, 93/36, 93/37 et 93/38 ainsi que les articles 43 CE [actuel article 49 TFUE] et 49 CE [actuel article 56 TFUE]. Or, dans le cadre de ce grief, elle n'indique pas lesquelles de ces directives et/ou dispositions du traité la république italienne aurait précisément violées en commettant prétendument une violation du principe d'égalité de traitement.

Au demeurant, pour ce qui concerne les articles 43 CE et 49 CE, ceux-ci ne prescrivent pas une obligation générale d'égalité de traitement, mais contiennent, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence citée au point 66 du présent arrêt, une interdiction de discrimination selon la nationalité. Or, la Commission ne donne aucune indication relative à l'existence éventuelle d'une telle discrimination dans le cadre du présent grief » (points 105 et 106).

Dans cet arrêt, la Cour adopte une position contraire aux arrêts dans lesquels elle désigne les articles 43 CE et 49 CE comme des expressions spécifiques du principe d'égalité de traitement. Cela semble être passé largement inaperçu¹²⁶³. Non seulement, l'arrêt en question contredit de précédents arrêts,

¹²⁶³ Voir, par exemple, H. BARTH, *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010, pp. 72 et s. ; J. KNIBBE, « Commission v Italy (Case C-412/04) : Classification of Mixed Works : Services Contracts, the Treatment of Below Threshold Contracts and Rules on Aggregations of Works », *Public Procurement Law Review*, 2008, NA 135 et s. ; mais surtout l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010 (Commission/Allemagne), T-258/06, qui se réfère à cet arrêt comme confirmant la jurisprudence antérieure de la Cour (point 80).

Voir également les conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak du 11 février 2010 (affaire C-160/08) où l'on trouve l'affirmation que voici : « Suivant une jurisprudence constante, le principe de droit primaire d'égalité de traitement implique, en matière de marchés publics, que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leur offres, et cela indépendamment de leur nationalité (41) [référence à l'arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 48] » (point 101). En revanche, le revirement a été relevé par E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS,

mais encore, il contient une contradiction interne flagrante. Ainsi, le passage reproduit ci-dessus prend le contre-pied du point 82 du même arrêt où la Cour affirme que « les obligations découlant du droit primaire relatives à l'égalité de traitement et à la transparence trouvent ainsi à s'appliquer de plein droit à ces marchés pourtant exclus du champ d'application de ladite directive eu égard à leur montant, pour autant que soient remplies les conditions fixées par cette jurisprudence [les conditions relatives à l'intérêt transfrontalier du marché] ».

L'arrêt *Commission/Italie* que nous venons d'examiner montre que l'arrêt *Coname* du 21 juillet 2005 (C-231/03) qui se limite à justifier l'obligation de mise en concurrence par l'interdiction des discriminations indirectes suivant la nationalité (point 19) - explication répétée dans des arrêts ultérieurs - ne peut être invoqué, ainsi que c'est souvent le cas, pour soumettre, comme si cela allait de soi, la passation des marchés publics non visés par les directives « marchés publics » au principe d'égalité de traitement et, par-là, à un régime, assez proche de celui des directives.

362.- La troisième chambre de la Cour a résolument persisté dans la même direction dans un **arrêt du 17 mars 2011 (troisième chambre) (Strong Segurança, C-95/10)**.

La Cour y répond à la question de savoir si l'article 47, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE s'applique aux marchés de services dit « non prioritaires », en l'espèce, des services de surveillance et de sécurité. Cette disposition permet aux candidats, en vue d'établir leur capacité économique et financière, de faire valoir pour un marché déterminé les capacités économiques et financières d'autres entités, à condition de prouver qu'ils disposent des moyens en question, par exemple, par la production d'un engagement de la part de ces entités.

Après avoir écarté l'application de cet article aux services « non prioritaires », vu les « termes clairs de cette directive [la directive 2004/18/CE] » (point 37), la Cour examine « si, dans le cas où un tel marché [marchés public de services « non prioritaires »] présenterait un intérêt transfrontalier [...] une obligation telle que celle consacrée à l'article 47, paragraphe 2, de la directive 2004/18 peut découler de l'application des principes généraux de transparence et d'égalité de traitement » (point 38).

La Cour relève que l'obligation prévue à l'article 47, paragraphe 2, de la directive 2004/18 est sans rapport avec la transparence de la procédure d'attribution d'un marché (point 39).

Quant au principe d'égalité de traitement, elle s'exprime ainsi, restreignant par-là considérablement le champ d'application du droit primaire de marchés publics :

« Il y a lieu de relever, d'autre part, que le principe d'égalité de traitement ne saurait non plus conduire à l'imposition d'une obligation telle que celle consacrée par l'article 47, paragraphe 2, directive 2004/18/CE également lors de l'attribution de marchés de services figurant à l'annexe II B, nonobstant la distinction opérée par cette directive.

En effet, l'absence d'une telle obligation n'est susceptible d'entraîner aucune discrimination, directe ou indirecte, sur base de la nationalité ou du lieu d'établissement.

Il convient de souligner qu'une approche aussi extensive de l'applicabilité du principe d'égalité de traitement pourrait conduire à l'application, aux marchés de services relevant de l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, d'autres dispositions essentielles de cette directive, par exemple, ainsi que le fait observer la juridiction de renvoi, des dispositions qui fixent les critères de sélection qualitative des candidats (articles 45 à 52) ainsi quel les critères d'attribution des marchés (articles 53 à 55). Cela comporterait le risque de priver de tout effet utile la distinction entre les services des annexes II A et II B opérée par la directive 2004/18, ainsi que l'application à deux niveaux de celle-ci, selon les termes utilisés par la jurisprudence de la Cour » (points 40, 41 et 42).

Par cet arrêt, la Cour apporte un cinglant démenti non seulement à sa propre jurisprudence, mais également à la communication interprétative de la Commission de 2006¹²⁶⁴ et à l'arrêt du Tribunal du

Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers bv, 2009, p. 17.

¹²⁶⁴ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumis ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (JO C 179 du 1^{er} avril 2006, pp. 2 et s. L'arrêt *Strong Segurança* contredit également la *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire* (JO C 121 du 29 avril 2000), pp. 2 et s., qui considère

20 mai 2010 (Commission/Allemagne, T-258/06) qui avait considéré que la communication de la Commission se limitait à expliquer la jurisprudence de la Cour sans y apporter d'éléments nouveaux¹²⁶⁵.

La communication interprétative de la Commission vise expressément les marchés de services dits « non prioritaires » dont le montant dépasse les seuils d'application de ces directives « marchés publics » 2004/17/CE et 2004/18/CE¹²⁶⁶. La Commission considère que les règles et principes du traité, dont le principe d'égalité de traitement, s'appliquent à la passation de ces marchés, à condition que le marché ait « un rapport suffisamment étroit avec le fonctionnement du marché intérieur », condition qui revient, comme la Commission l'indique dans sa communication, à déterminer « si l'attribution présente ou non un intérêt potentiel pour les opérateurs économiques situés dans d'autres Etats membres »¹²⁶⁷. Quant à la décision d'attribuer le marché, la Commission indique : « Il importe que la décision définitive d'attribution du marché soit conforme aux règles procédurales fixées à l'origine et que les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement soient pleinement respectés » (point 2.2.3.).

Dans son arrêt du 20 mai 2010, le Tribunal, se référant à la jurisprudence de la Cour, estime que le principe d'égalité de traitement s'applique à la passation des marchés non visés par les directives « marchés publics », et des marchés de services non prioritaires soumis à ces directives, dès lors que ceux-ci présentent un intérêt transfrontalier (cf. notamment les points 76, 80, 83, 85, 93). Concernant plus particulièrement la décision d'attribution du marché, le Tribunal écrit ceci :

« Le point 2.2.3. de la communication prévoit que la décision définitive d'attribution du marché doit respecter les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Cet objectif, ainsi que son contenu, ne va pas plus loin que les principes sur lesquels s'appuie ledit point.

Il résulte de ce qui précède que le catalogue de moyens énoncé au point 2.2. de la communication concernant l'attribution d'un marché vise à assurer, conformément à la jurisprudence de la Cour, le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels, celui de l'obligation de transparence ainsi que celui des principes de libre prestation de services (arrêts Commission/Belgique, point 111 supra, point 54, et Universale-Bau e.a., point 111 supra, point 93) et de libre concurrence (arrêt du 1^{er} février 2001, Commission/France, point 116 supra, point 49), et ne crée donc pas de nouvelles obligations susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation » (points 130 et 131).

Dans l'arrêt *Strong Segurança*, la Cour se départit très nettement de sa *jurisprudence dominante*. En dehors des règles tracées par les directives « marchés publics », donc dans le champ d'application du seul droit primaire, le principe d'égalité de traitement n'a pas droit de cité d'après cet arrêt.

Même à la supposer correcte, cette façon d'appréhender le droit primaire, elle néglige l'article 2 de la directive 2004/18/CE qui s'appliquait au marché concerné. Cet article prescrit aux pouvoirs adjudicateurs de traiter « les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et d'agir avec transparence ». Le marché de prestations de surveillance et de sécurité en question faisait partie du champ d'application de la directive 2004/18/CE, même si, portant sur des services non prioritaires, le marché n'était pas soumis aux procédures de passation de la directive. Faisant partie du titre premier intitulé « Définitions et principes généraux », l'article 2 de la directive

que le principe d'égalité de traitement s'applique indépendamment de toute discrimination en fonction de la nationalité (point 3.1.1.).

¹²⁶⁵ Cette opposition paraît avoir échappé à la plupart des commentateurs. Voir, par exemple, S. SMITH, « No obligation to Apply Specific Provisions in the Public Sector Directive to Contracts for Annex II B Services : *Strong Segurança SA v Município de Sintra* (C-95/10), *Public Procurement Law Review*, 2011, 4, NA 125 et s. ; ou encore M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *ADJA*, 2011, p. 1013. Voir cependant R. CARANTA, « The borders of EU Public Procurement Law » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), DJØF Publishing, 2012, pp. 25 et s. [point 7] qui relèvent la difficulté de concilier cet arrêt avec certains autres arrêts, ainsi que le doute qu'il suscite quant à la validité de certaines indications de la communication interprétative de la Commission de 2006 (cf. la note précédente).

¹²⁶⁶ Cf. l'introduction de la communication, second tiret.

¹²⁶⁷ Points 1.2. et 1.3. de la communication.

s'applique à tous les marchés atteignant les seuils d'application, y compris les marchés de services non prioritaires. Ainsi, le principe d'égalité de traitement s'applique sans exception à tous les marchés qui entrent dans son domaine d'application, y compris aux marchés de services non prioritaires. La Cour en fait abstraction dans l'affaire *Strong Segurança*¹²⁶⁸.

Des arrêts comme l'arrêt *Coname* du 21 juillet 2005, dans lequel la Cour fonde l'exigence d'une publicité adéquate sur l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité sans mentionner le principe d'égalité de traitement, peuvent se concilier aussi bien avec l'arrêt *Strong Seguarança* qu'avec l'arrêt *Wall* du 13 avril 2010, lequel se réfère non seulement au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais également au principe d'égalité de traitement.

En revanche, entre ces deux derniers, l'incompatibilité est radicale, puisque l'arrêt *Strong Segurança* écarte le principe d'égalité de traitement en dehors des directives, même pour les marchés présentant un intérêt transfrontalier.

De même, par exemple, l'approche de l'arrêt *Strong Segurança* est inconciliable avec l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2010 (quatrième chambre) (*Commission/Irlande*, C-226/09)¹²⁶⁹. Dans ce dernier arrêt, il s'agissait d'un recours en manquement relatif à un marché de services de traduction, donc de services non prioritaires. La Commission reprochait à l'Irlande d'avoir violé le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, d'une part, pour n'avoir attribué de pondération aux critères d'attribution du marché qu'après la fin du délai de présentation des offres, d'autre part, pour avoir modifié la pondération après un examen initial. Après la remise des offres, le pouvoir adjudicateur avait communiqué une grille d'évaluation aux membres du comité d'évaluation. Donnant suite à la suggestion de l'un de ses membres, le comité d'évaluation avait modifié la grille lors de sa première réunion, après un premier examen individuel des offres par ses membres.

En suivant le raisonnement adopté dans les arrêts du 21 février 2008 (deuxième chambre) (*Commission/Italie*, C-412/04) et *Strong Segurança* du 17 mars 2011 (troisième chambre) (C-95/10), la Cour aurait dû - dans son arrêt du 18 novembre 2010 (C-226/09) - dire que la Commission n'avait pas montré en quoi l'absence de communication de la pondération en temps utile avant la remise des offres pouvait conduire à une discrimination directe ou indirecte en raison de la nationalité. Ce n'est cependant pas ce que fit la Cour. Elle rejeta le premier grief en considérant que le principe d'égalité de traitement ne requérait pas de pondération des critères d'attribution.

Quant au second grief, la Cour jugea que le recours était fondé. A cet égard, la Cour, ayant constaté que le marché présentait un intérêt transfrontalier (point 33), retint ce qui suit :

« ... il convient de relever que, dans un tel contexte factuel, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure (voir, par analogie, arrêt du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, c-448/01, Rec. p. I-14527, point 92).

S'agissant des critères d'attribution eux-mêmes, il convient d'admettre, à plus forte raison, que ceux-ci ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure d'adjudication (voir par analogie, arrêt EVN et Wienstrom, précité, point 93).

Une phase au cours de laquelle, avant la réunion de la commission d'évaluation, les membres de celle-ci examinent, à titre individuel, les offres présentées fait partie intégrante de la procédure de passation du marché concerné.

Dans ces conditions, une modification de la pondération des critères qui intervient après ladite phase, au cours de laquelle les offres ont été examinées une première fois, reviendrait à modifier les

¹²⁶⁸ Dans l'arrêt du 13 novembre 2007 (*Commission/Irlande* (C-507/03)) (cf. en particulier le point 24) et dans l'arrêt du 18 novembre 2010, *Commission/Irlande*, points 22 à 31). Dans le premier de ces arrêts, la Cour rejette le recours en manquement introduit par la Commission qui reprochait à l'Irlande d'avoir conclu un marché de services non prioritaires visé par l'ancienne directive marchés publics de services 92/50/CEE sans appel d'offres préalable et d'avoir ainsi méconnu notamment les articles 43 CE (actuel article 49 TFUE) et 49 CE (actuel article 56 TFUE), ainsi que notamment le principe d'égalité de traitement. La Cour a considéré que la Commission n'avait pas établi que le marché présentait un intérêt transfrontalier. Or, le seuil de la directive étant dépassé, le principe d'égalité de traitement s'appliquait à ce marché de services non prioritaires en vertu de l'article 2 de la directive 2004/18/CE.

¹²⁶⁹ Cf. également concernant cet arrêt ci-dessus, no 356.

critères sur la base desquels le premier examen a été effectué. Un tel comportement ne respecte pas le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle.

Enfin, il convient de préciser, en premier lieu, que contrairement à ce que fait valoir l'Irlande, le second grief invoqué par la Commission est fondé sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la modification de la pondération relative a eu un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. Il suffit à cet égard que, au moment où ladite modification a été effectuée, il ne saurait être exclu qu'elle puisse avoir eu un tel effet » (points 59 à 63).

Si, ainsi qu'elle l'a fait dans l'arrêt *Strong Segurança*, la Cour s'en était tenue uniquement au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, elle se serait contentée de relever que la Commission n'établissait pas que la modification de la pondération en cours de procédure avait pu conduire à une discrimination en raison de la nationalité.

363.- Il existe d'autres arrêts rendus à la suite de l'arrêt *Coname* qui ne font pas référence - du moins pas expressément - au principe d'égalité de traitement, mais seulement au principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Il en est ainsi des deux arrêts suivants :

- *Arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 15 mai 2008, SECAP, C-147/06 et C-148/06* : Pour les marchés non soumis aux directives, la réglementation italienne prévoyait l'exclusion automatique de certaines offres d'après l'écart de prix par rapport à la moyenne des offres. En substance, la juridiction de renvoi italienne souhaitait savoir si le droit européen s'opposait à une telle réglementation. La Cour précise que « conformément à la jurisprudence de la Cour, l'application des règles fondamentales et des principes généraux du traité aux procédures de passation des marchés d'une valeur inférieure au seuil d'application des directives communautaires présuppose que les marchés en cause présentent un intérêt transfrontalier certain » (point 21). Dans ce cas, « en ce qui concerne la passation des marchés qui, eu égard à leur valeur, ne sont pas soumis aux procédures prévues par les règles communautaires, les pouvoirs adjudicateurs sont néanmoins tenus de respecter les règles fondamentales du traité et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier » (point 20). La Cour procède ensuite à l'examen de la compatibilité de la réglementation italienne au regard du seul principe de non-discrimination en raison de la nationalité.
- *Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008 (deuxième chambre), ASM Brescia, C-347/06* (cf. notamment les points 59 et 60).

§ 4.- Appréciation critique de l'exigence de mise en concurrence déduite du droit primaire en dehors du droit dérivé

364.- Dans les pages suivantes, nous examinerons le bien-fondé de l'obligation de mise en concurrence déduite du droit primaire (point B. ci-après). Nous y analyserons aussi si des règles de droit primaire autres que la libre prestation des services, la liberté d'établissement ainsi que les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement - tels sont les fondements que la *jurisprudence dominante* de la Cour assigne à l'obligation de mise en concurrence - sont susceptibles de donner lieu à une obligation de mise en concurrence. Nous vérifierons cependant d'abord si l'obligation de procéder à une publicité adéquate ne peut se déduire du principe de non-discrimination en raison de la nationalité ou du principe d'égalité de traitement sans avoir recours aux libertés de circulation (point A.).

Certains auteurs justifient l'exigence d'une mise en concurrence simplement par « le fait économique que la commande publique représente une part substantielle de la demande exprimée sur le marché intérieur »¹²⁷⁰. A lui seul, ce fait - incontestable en tant que tel - ne fait pas entrer la passation des marchés publics dans le champ d'application du droit primaire¹²⁷¹ et n'habiliterait pas

¹²⁷⁰ C.BARDON et Y. SIMONNET, « Telaustria : quel périmètre ? », *Droit administratif*, 2009, p. 14.

¹²⁷¹ Voir ci-dessus, nos 342 et s.

non plus le législateur européen à adopter des actes législatifs concernant la passation des marchés publics¹²⁷².

L'importance de la commande publique explique peut-être pourquoi la Cour a jugé opportun de poser une exigence de mise en concurrence en dehors des directives. Elle ne dit rien en revanche sur le fondement juridique de cette exigence.

Au point C. nous exposerons la situation qui se présente, une fois qu'une matière a fait l'objet d'une réglementation par le droit dérivé.

A. L'impossibilité d'appliquer les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement de manière autonome à la passation des marchés publics et des concessions en dehors du champ d'application du droit dérivé

1. Les conditions d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement de manière autonome

365.- Il n'est pas sans importance de savoir quand un Etat agit dans le *domaine d'application du droit européen*, ou encore, quand il *met en œuvre le droit de l'Union*. Suivant la réponse, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et le principe d'égalité et de traitement de droit européen s'appliqueront ou non.

L'article 18 TFUE dispose que « dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination en raison de la nationalité ».

Conformément à la jurisprudence de la Cour, confirmée sur ce point par l'article 51, paragraphe 1^{er} de la Charte européenne des droits fondamentaux, les Etats membres ne sont tenus de respecter le principe d'égalité de traitement, inscrit désormais à l'article 20 de la Charte¹²⁷³, que lorsqu'ils *mettent en œuvre le droit européen*¹²⁷⁴. Se référant à divers arrêt de la Cour, les « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux »¹²⁷⁵ précisent que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux Etats membres que lorsqu'ils *agissent dans le champ d'application du droit de l'Union* »¹²⁷⁶. Ainsi, la Cour avait retenu « que dès lors qu'une *réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire*, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect »¹²⁷⁷, ce qui signifie en effet que lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit européen, elle doit respecter les droits fondamentaux, dont le principe d'égalité de traitement. On peut donc considérer que les expressions *mettre en œuvre le droit de l'Union* au sens de la charte et *agir dans le champ d'application du droit de l'Union* au sens de la jurisprudence de la Cour sont des expressions équivalentes¹²⁷⁸. Autrement dit, dès qu'une

¹²⁷² Voir ci-dessus, nos 189 et s.

¹²⁷³ Voir « explication ad article 20 - Egalité en droit » des « Explications relatives à la charte des droits fondamentaux » (JO C 303 du 14 décembre 2007, pp. 17 et s.). Vu ces explications, il ne peut y avoir de doute sur ce qu'il y a identité entre le principe d'égalité inscrit dans la Charte et celui antérieurement admis par la jurisprudence.

¹²⁷⁴ Cf. sur ce point également l'ordonnance de la Cour du 14 décembre 2011, Cozman, C-462/11, point 14 ou encore l'ordonnance de la Cour du 12 novembre 2010, Krasimir Asparuhov Estov, C-339/10, point 14.

¹²⁷⁵ JO C 303 du 14 décembre 2007, pp. 17 et s.

¹²⁷⁶ Voir l'« explication ad article 51 - Champ d'application », deuxième alinéa. C'est nous qui avons mis en évidence par des italiques une partie du texte cité.

¹²⁷⁷ Arrêt de la Cour du 19 novembre 1998, Société financière d'investissement (SFI), C-85/97, point 29 ; cf. dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 29 mai 1997, Kremzow, C-299/95, point 15 ; arrêt de la Cour du 18 juin 1991, Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT), C-260/89, point 41 ; arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Caballero, C-442/00, point 32 ; arrêt de la Cour du 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04, point 75.

¹²⁷⁸ Voir l'« explication ad article 51 - Champ d'application », deuxième alinéa. Ces explications se réfèrent notamment à l'arrêt de la Cour du 18 juin 1991, Elliniki Radiphonia Tiléorassi (ERT), C-269/89, d'après lequel les droits fondamentaux s'appliquent aux réglementations nationales qui entrent dans le champ d'application du droit de l'Union, aussi une réglementation nationale dérogeant à la liberté d'établissement ou à la libre

réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit européen, elle met celui-ci en œuvre, ce qui représente une façon de voir les choses assez extensive que n'implique pas nécessairement le sens ordinaire de *mettre en œuvre*. Il n'est dès lors pas étonnant que dans certains arrêts, les champs d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité énoncé à l'article 18 TFUE et du principe d'égalité de traitement paraissent être délimités de manière strictement identique par référence au *domaine d'application du traité* à l'intérieur duquel l'article 18 TFUE interdit toute discrimination en raison de la nationalité¹²⁷⁹. Ces deux expressions - *mettre en œuvre le droit de l'Union* et *agir dans le domaine d'application des traités* - définissent non seulement le champ d'application des droits fondamentaux garantis par la Charte, mais également celui des principes généraux du droit de l'Union visés par l'article 6, paragraphe 3, TUE¹²⁸⁰.

La portée exacte de ces expressions est cependant loin d'être claire.

Au lieu de *mettre en œuvre le droit de l'Union*, la Cour utilise parfois celle d'*appliquer le droit de l'Union*¹²⁸¹. D'après certains arrêts, le principe d'égalité de traitement lie les Etats membres lorsque la situation dont il s'agit *relève* du droit de l'Union¹²⁸². Il convient de considérer ces expressions comme équivalentes¹²⁸³.

Parfois, il semble qu'*un lien avec le droit communautaire* pourrait suffire pour que le principe d'égalité de traitement s'applique¹²⁸⁴.

Le fait que l'action des Etats membres ne soit « pas entièrement déterminée » par le droit de l'Union n'empêche pas de considérer que les Etats membres mettent en œuvre ce droit¹²⁸⁵. La Cour a par ailleurs considéré « qu'une question spécifique qui n'a pas encore fait l'objet d'une législation de l'Union relève du droit de l'Union dès lors que cette question est réglée dans des accords-cadres conclus par l'Union et par ses Etats membres et qu'elle concerne un domaine largement couvert par celui-ci »¹²⁸⁶.

2. Impossibilité d'une application autonome des principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement à la passation des marchés publics et des concessions

366.- Vu les explications qui précèdent, les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement ne pourraient s'appliquer de façon autonome à la passation des marchés publics et des concessions que si, dans ce domaine, les mesures des Etats membres représentaient *une mise en œuvre* du droit de l'Union (article 51 de la charte des droits fondamentaux) ou se situaient dans le *domaine d'application des traités* (article 18 TFUE).

prestation des services pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ainsi que le permettent les actuels articles 52 et 62 TFUE (points 41 à 44).

¹²⁷⁹ Arrêt de la Cour du 23 septembre 2008 (grande chambre), Bartsch, C-427/06, points 21, 22 et 23.

¹²⁸⁰ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 26 février 2013, Åkerberg, C-617/10, points 17 à 23. ; voir en ce sens également, A. ROSAS, « 'Implementing' EU law in the member States : Some observations on the applicability of the Charter of fundamental rights » in *L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, pp. 185 et s. en particulier, p. 199 ; voir également en ce sens L. WEITZEL, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression » in *L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommages à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, pp. 225 et s., en particulier p. 237.

¹²⁸¹ Voir l'ordonnance de la Cour du 12 novembre 2010, Krasimir Asparuhov Estov, C-339/10, points 13 et 14.

¹²⁸² Arrêt de la Cour du 11 juillet 2006, Sonia Chacón Navas, C-13/05, point 56.

¹²⁸³ Voir en particulier l'arrêt de la Cour du 26 février 2013, Åkerberg, C-617/10, points 17 à 23 qui les emploie indifféremment ; voir en ce sens également A. ROSAS, « 'Implementing' EU law in the member States : Some observations on the applicability of the Charter of fundamental rights » in *L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, pp. 185 et s. en particulier, p. 198 ; voir également en ce sens L. WEITZEL, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression » in *L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommages à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, pp. 225 et s., en particulier pp. 234 et s.

¹²⁸⁴ Arrêt de la Cour du 23 septembre 2008 (grande chambre), Bartsch, C-427/06, point 25.

¹²⁸⁵ Arrêt de la Cour du 26 février 2013, Åkerberg, C-617/10, point 29.

¹²⁸⁶ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 mars 2011, Lesoochranárske zoskupenie VLK, C-240/09, point 36.

En dépit des incertitudes sur les conditions d'application exactes des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, il nous semble qu'en dehors du champ d'application du droit dérivé, la passation d'un marché public ou d'une concession ne puissent être appréhendés par ces principes autrement que par l'intermédiaire des libertés de circulation. L'application à titre autonome des principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement à la passation des marchés publics et des concessions ne trouve en définitive que très peu d'appui dans la jurisprudence de la Cour. Même si dans de très rares arrêts, la Cour se réfère à ces principes sans mentionner les libertés de circulation¹²⁸⁷, il n'en résulte pas nécessairement que la Cour ait voulu dire qu'ils s'appliquaient indépendamment des libertés de circulation. Comment en effet en l'absence de droit dérivé - et de dispositions des traités concernant les marchés publics - pourrait-on considérer que l'Etat concerné *agirait dans le domaine ou dans le champ d'application du droit de l'Union* ou qu'il *mettrait en œuvre ce dernier* lorsqu'il passe un marché public ou une concession ? Ce n'est qu'à travers les libertés de circulation, plus exactement, des articles 49 et 56 TFUE, que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité sont susceptibles de s'appliquer à la passation des marchés publics et des concessions¹²⁸⁸.

B. A la recherche d'un fondement théorique de l'obligation de mise en concurrence.- Le rattachement aux libertés d'établissement et de prestation des services est-il justifié ?

367.- Sous le présent point nous examinerons en premier lieu si une obligation de mise en concurrence peut légitimement être fondée sur la libre prestation des services et la liberté d'établissement (1.). La réponse étant négative d'après notre analyse, nous rechercherons si d'autres principes du droit primaire donnent lieu à une obligation de mise en concurrence (2.). Enfin, nous exposerons quel devrait être dans un souci de cohérence et de sécurité juridique le régime de mise en concurrence du droit primaire (3.) ainsi que la situation qui se présente lorsque le législateur européen intervient dans un domaine donné (4.).

1. L'obligation de mise en concurrence fondée sur le principe d'égalité de traitement à travers la liberté d'établissement et la libre circulation des services

368.- Le rattachement de l'obligation de mise en concurrence à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services ne se justifie que si l'absence de mise en concurrence représente une violation de ces libertés. Est-ce qu'il en est bien ainsi ?

D'après la jurisprudence de la Cour, une violation de la libre prestation des services ou de liberté d'établissement suppose une discrimination en raison de la nationalité ou une « entrave ».

Dans l'arrêt *Coname du 21 juillet 2005*, la Cour paraît fonder - mais ce n'est pas si évident - l'exigence d'une publicité préalable à la fois sur l'existence d'une entrave et sur une discrimination indirecte suivant la nationalité. Elle estime en effet que *l'impossibilité de manifester leur intérêt* en l'absence de publicité préalable *joue principalement en défaveur des entreprises établies dans d'autres Etats membres*¹²⁸⁹. Ce raisonnement se retrouve dans des arrêts relevant de la *jurisprudence dominante* de la Cour, comme l'arrêt *Parking Brixen du 13 octobre 2005 (C- 458/03)* d'après lequel, en l'absence de publicité préalable « *une discrimination est exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres États membres qui sont empêchées de faire usage de la liberté de fournir*

¹²⁸⁷ Voir l'arrêt de la Cour du 14 juin 2007, *Medipac-Kazantzidis*, C-6/05, point 33 ; l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *Eurawasser*, C-206/08, point 44.

¹²⁸⁸ Il pourrait en être autrement pour les concessions en matière de jeux de hasard qui représentent en réalité des autorisations limitées en nombre (cf. ci-dessous, les nos 474 et s.). La limitation du nombre des autorisations correspond à une restriction de la libre prestation des services qui n'est admise que pour des motifs impérieux d'intérêt général. On pourrait considérer que de ce fait la matière entre dans le domaine d'application du droit européen. Par conséquent, la réglementation nationale devrait respecter le principe d'égalité de traitement (cf. en ce sens, l'arrêt de la Cour du 18 juin 1991, *Elliniki Radiphonia Tiléorassi (ERT)*, C-269/89, points 41 à 44 ; arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, points 50 et 51).

¹²⁸⁹ Voir les points 18 et 19 de l'arrêt *Coname* du 21 juillet 2005 (C-231/03). Cf. également l'arrêt du 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, point 60, l'arrêt de la Cour du 21 février 2008, *Commission/Italie*, C-412/04, point 66, qui relèvent seulement l'élément de discrimination en raison de la nationalité.

des services et de la liberté d'établissement prévues par le traité » (point 55). L'arrêt *Wall* du 13 avril 2010 est moins net à cet égard¹²⁹⁰. Un arrêt du 14 novembre 2013 ne mentionne comme seule conséquence de l'absence de publicité préalable qu'une discrimination suivant la nationalité¹²⁹¹.

D'après les arrêts relevant de la *jurisprudence dominante*¹²⁹², tous les aspects de la passation d'un marché présentant un intérêt transfrontalier sont couverts par le principe d'égalité et de transparence. Il n'en reste pas moins, que dans la *jurisprudence dominante*, comme dans le courant minoritaire, l'obligation d'une publicité préalable des marchés et des concessions est conditionnée par une violation du moins potentielle des libertés fondamentales. Or, tel n'est le cas que s'il existe une discrimination du moins indirecte en fonction de la nationalité ou une entrave (points (a) et (b) ci-dessous). L'application du principe d'égalité de traitement conformément à la *jurisprudence dominante* ne se justifie que si, une fois que la matière relève de la libre circulation des services ou de la liberté d'établissement, le principe d'égalité de traitement s'applique. C'est ce que nous examinerons au point (c) ci-dessous. Rappelons - nous l'avons vu plus haut¹²⁹³ - que le principe d'égalité de traitement n'est pas susceptible d'être appliqué de manière autonome aux marchés et aux concessions qui ne relèvent pas du droit dérivé de la mise en concurrence.

(a) *Discrimination en raison de la nationalité*

369.- Dans des arrêts antérieurs à l'arrêt *Coname*, la Cour avait déjà admis l'existence d'une discrimination comme condition suffisante d'une violation des libertés de circulation. Ainsi, dans les arrêts qu'elle cite au point 19 de l'arrêt *Coname*, la Cour avait retenu une violation d'une liberté fondamentale non pas parce que, objectivement, il y avait une entrave, mais plutôt parce que les conditions d'exercice d'une liberté étaient discriminatoires¹²⁹⁴.

Voir, comme la Cour, dans l'absence de mise en concurrence une violation indirecte selon la nationalité se heurte aux objections suivantes¹²⁹⁵ :

- a) Le raisonnement qui conduit la Cour à constater une discrimination indirecte suivant la nationalité paraît assez artificiel¹²⁹⁶. En effet, en cas d'attribution d'un marché ou d'une

¹²⁹⁰ L'arrêt de la Cour du 13 avril 2010 (Grande chambre), *Wall*, C-91/08, Point 35.

¹²⁹¹ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, point 37.

¹²⁹² Voir quant à cette expression le no 345 *in fine* ci-dessus.

¹²⁹³ Cf. les nos 365 et 366 ci-dessus.

¹²⁹⁴ Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 19 : « Or, à moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre État membre, joue principalement au détriment de celles-ci, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 43 CE et 49 CE (voir notamment, en ce sens, arrêts du 10 mars 1993, *Commission/Luxembourg*, C-111/91, Rec. p. I-817, point 17; du 8 juin 1999, *Meeusen*, C-337/97, Rec. p. I-3289, point 27, et du 26 octobre 1999, *Eurowings Luftverkehr*, C-294/97, Rec. p. I-7447, point 33 et jurisprudence citée) ». Dans les affaires citées, il s'agissait d'un traitement fiscal susceptible de défavoriser des ressortissants ou des entreprises d'autres États membres, ainsi que de certaines allocations. Le refus d'une allocation ou un traitement fiscal déterminé ne constituent évidemment pas, en tant que tels, une entrave.

Le « Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement » du 18 décembre 1961, p. 37, point A., considère que la gêne aux activités non salariées des ressortissants des autres États membres peut consister « en un traitement différentiel des ressortissants des autres États membres par rapport aux nationaux, prévu par une disposition législative, réglementaire ou administrative d'un État membre ou résultant de l'application d'une telle disposition ou de pratiques administratives » (JO du 15 janvier 1962, pp. 36 et s.). C'est à ce texte que se réfère l'arrêt de la Cour du 10 mars 1993, *Commission/Grand-Duché de Luxembourg*, C-111/91, cité dans l'arrêt *Coname* du 21 juillet 2005 (point 19).

¹²⁹⁵ Voir de manière critique également, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulation of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 85, qui font référence à des « difficultés conceptuelles » (conceptual difficulties) sans cependant s'expliquer davantage.

¹²⁹⁶ Voir cependant, approuvant ce raisonnement, S. STORR, « Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen als Instrument staatlicher Wirtschaftspolitik », in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der*

concession sans mise en concurrence, les entreprises de même nationalité que le pouvoir adjudicateur, à l'exception d'une seule, à savoir celle qui obtient le contrat, se trouvent dans la même situation que les entreprises établies dans d'autres Etats membres¹²⁹⁷. Notons qu'il existe des précédents dans d'autres domaines où, d'une part, il est difficile, tant en théorie qu'en pratique, de décerner une entrave proprement dite et où, d'autre part, la discrimination indirecte suivant la nationalité relevée par la Cour était essentiellement théorique. Le raisonnement artificiel adopté par la Cour en matière de marchés publics pour conclure à une discrimination en raison de la nationalité n'est donc pas un cas isolé.

Ainsi, dans l'arrêt *TK-Heimdienst* du 13 janvier 2000 (C-254/98), la Cour a déclaré la réglementation autrichienne contraire dans son ensemble à l'actuel article 34 TFUE. La Cour y a retenu ce qui suit : « Pour qu'une mesure étatique puisse être qualifiée de discriminatoire ou protectrice au sens des règles relatives à la libre circulation des marchandises, il n'est pas nécessaire que cette mesure ait pour effet de favoriser l'ensemble des produits nationaux ou de ne défavoriser que les seuls produits importés à l'exclusion des produits nationaux »¹²⁹⁸. De même, en matière de concessions et de marchés publics, l'application du droit de l'Union ne suppose pas que l'ensemble des entreprises établies dans l'Etat membre où la concession est accordée soient favorisées, ni que seulement les entreprises non établies dans cet Etat soient défavorisées. Pour que l'attribution doive être précédée d'une mise en concurrence, il suffit qu'en cas d'attribution directe, l'entreprise qui obtient le marché ou la concession soit plutôt une entreprise située dans cet Etat membre qu'une entreprise d'un autre Etat membre.

- b) Si le contrat était attribué sans mise en concurrence à une entreprise établie dans un autre Etat membre, il n'y aurait dans ce cas pas de discrimination en raison de la nationalité. Dès lors, le contrat pourrait être attribué sans mise en concurrence. Pour rester cohérent, on ne peut donc se limiter à fonder l'obligation de mise en concurrence du droit primaire sur l'interdiction des discriminations indirectes suivant la nationalité comme la Cour le fait dans l'arrêt *Coname* du 21 juillet 2005 et dans d'autres arrêts.

Signalons que la Cour n'a d'ailleurs dans aucun de ses arrêts affirmé, ni envisagé qu'un marché présentant un intérêt transfrontalier pourrait être attribué sans mise en concurrence à une entreprise établie dans un autre Etat membre.

verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags - und Konzessionsvergabe, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 43 et s., p. 48.

¹²⁹⁷ Voir en ce sens également, F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung um Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags - und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., IV, 1., b).

¹²⁹⁸ Arrêt de la Cour du 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, C- 254/98, point 27. Voir également en particulier, les points 26 (« coûts supplémentaires ») et 30 (« effets restrictifs ») de cet arrêt. Selon la réglementation autrichienne, une vente ambulante de produits de boulangerie, de boucherie ou de produits alimentaires ne pouvait être pratiquée dans une circonscription administrative donnée que par des commerçants exerçant aussi leur activité dans un établissement fixe dans cette circonscription ou dans une commune limitrophe, même située à l'étranger. Quel commerçant souhaiterait donc faire en Autriche un *commerce ambulante* de boulangerie, de boucherie ou de produits alimentaires - non commandés au préalable - sans être établi en Autriche ou, du moins, dans une commune limitrophe de la frontière ? Voir en ce sens les conclusions contraires à cet arrêt de l'avocat général La Pergola présentées le 18 mai 1999 qui qualifie cette hypothèse de « peu réaliste » (point 12) : « Il me paraît alors peu réaliste de soutenir que le fait qu'un boulanger, un boucher ou un autre distributeur de produits alimentaires établi, par exemple, à Bruxelles, Paris ou Berlin ne peut pratiquer, sur le territoire autrichien, la vente ambulante de produits non commandés au préalable engendre une diminution des importations. La raison en est simple : en pratique, cette forme de distribution commerciale rencontre pour ainsi dire une « limitation naturelle » de son rayon d'action, car les détaillants de denrées alimentaires n'offrent leurs produits selon les modalités visées dans les règles autrichiennes qu'aux consommateurs limitrophes ». Cela n'a pas empêché la Cour de retenir que la réglementation en question n'affectait pas « de la même manière la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres » (point 25) et qu'elle était dès lors « susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire » (points 31).

(b) Existence d'une « entrave »¹²⁹⁹ ?

370.- Peut-on considérer que la liberté d'établissement ou la libre prestation des services sont entravées par l'absence de mise en concurrence de marchés publics ou de concessions non soumis aux directives, mais présentant un intérêt transfrontalier ? Il nous semble qu'il n'en soit pas nécessairement ainsi (voir le point (ii) ci-dessous). Il convient cependant d'abord de ne pas confondre cette question avec certaines autres questions (point (i) ci-dessous).

(i) Autres questions à ne pas confondre avec celle de savoir si l'attribution directe d'un marché présentant un intérêt transfrontalier constitue une entrave au sens des libertés fondamentales

371.- Il faut éviter de confondre la question posée avec celle de savoir si une procédure d'adjudication peut être réservée aux seuls ressortissants de l'Etat du pouvoir adjudicateur. La Cour a eu à connaître de cette question beaucoup plus tôt¹³⁰⁰. Les nationaux seuls ayant, suivant le cahier des charges, le droit de concourir afin d'obtenir un local dépendant du domaine public pour la vente d'œuvres artisanales, la Cour a considéré que les ressortissants d'autres Etats membres, exclus du fait de leur nationalité, se trouvaient limités dans l'exercice de la liberté d'établissement. Ce type de restrictions avait d'ailleurs déjà été prohibé par le Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement¹³⁰¹.

La question posée se distingue également de celle de l'admissibilité de certaines clauses dans les cahiers des charges. On comprend facilement que l'obligation, imposée dans un marché de travaux, d'utiliser des fenêtres d'un fabricant national, à l'exclusion de produits équivalents produits dans d'autres Etats membres, soit considérée comme un manquement à l'article 34 TFUE¹³⁰².

En effet, ainsi que la Cour l'a observé dans son ordonnance *Bent Moustén Vestergaard* du 3 décembre 2001, cette manière d'agir « peut non seulement dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à ce produit de soumissionner à l'appel d'offres, mais aussi entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire, contrairement à l'article 30 [actuel article 34 TFUE] en réservant le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le produit spécifiquement indiqué »¹³⁰³. Cet aspect des marchés publics est donc clairement couvert par la libre circulation des marchandises.

¹²⁹⁹ Quant à la notion d'entrave M. FALLON et D. MARTIN observent : « Si donner une définition du concept de « discrimination » paraît aujourd'hui impossible, définir la notion d'entrave n'apparaît guère plus aisé. La Cour de justice affirme régulièrement que par « entrave » il faut entendre toute mesure qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les ressortissants européens d'une liberté fondamentale garantie par le Traité ou, selon une autre formule, « est susceptible de les dissuader » d'exercer cette liberté. Cette définition présente des contours flous. Déterminer ce qui est « susceptible de rendre moins attrayant » l'exercice du droit à la libre circulation ou de « dissuader » le citoyen d'exercer ce droit est un exercice éminemment subjectif » (« Dessine-moi une discrimination... », *Journal de droit européen*, 2010, p. 166 et s.).

¹³⁰⁰ Arrêt de la Cour du 18 juin 1985, *Steinhäuser/Ville de Biarritz*, affaire C-197/84,

¹³⁰¹ « Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement » du 18 décembre 1961, p. 37, point A. (JO 1962, p. 36 et s.).

¹³⁰² Ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, C-59/00, points 5 et 26 (voir au sujet de cette décision, ci-dessus, no 347). Relevons cependant qu'il a été reproché à cette jurisprudence d'appliquer l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures équivalentes à des mesures individuelle (A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 426). Voir en faveur de l'application large de l'interdiction des mesures d'effet équivalent, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 167.

¹³⁰³ Ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, point 22.

(ii) L'attribution directe d'un marché ou d'une concession constitue-t-elle une entrave au sens des libertés fondamentales ?

372.- On comprend aisément que lorsqu'une procédure d'adjudication est prévue d'après la législation d'un Etat membre, elle doit être ouverte aux ressortissants des autres Etats membres. Toutefois, il nous paraît que ni la liberté d'établissement, ni la libre prestation des services ne soient concernées lorsqu'aucune adjudication n'est prévue par le droit national et que ni les entreprises de l'Etat concerné, ni celles des autres Etats membres ne peuvent prétendre à participer à une procédure de mise en concurrence.

Comment l'absence de mise en concurrence pourrait-elle, dans ce cas de figure, constituer une entrave aux libertés des entreprises qui n'obtiennent pas le marché en question ?

Dans des conclusions du 20 septembre 2007 prises dans l'affaire C-220/06 (*Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*), l'avocat général Yves Bot a tenté d'expliquer en quoi consiste l'entrave lorsqu'un marché est attribué sans mise en concurrence :

« ... il a été admis par la juridiction de renvoi que le marché public de services postaux n'a pas fait l'objet de publicité ni d'appel à la participation d'autres prestataires sur le marché national et les marchés étrangers, mais a directement été confié à Correos.

En agissant de la sorte, le pouvoir adjudicateur a non seulement privé des entreprises établies dans un autre Etat membre du droit de soumissionner et de fournir leurs services dans l'Etat membre concerné, mais a également découragé d'autres entreprises ayant le même objet social que Correos de venir s'établir dans cet Etat membre, ce qui constitue une entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, contraire aux articles 43 CE et 49 CE [les actuels articles 49 et 56 TFUE] » (points 114 et 115).

L'attribution de marchés publics en recourant à des procédures de mise en concurrence peut certes encourager des entreprises étrangères à s'établir sur le territoire de cet Etat membre en faisant usage de la liberté d'établissement. Mais, s'abstenir de mettre des marchés en concurrence, cela signifie-t-il « décourager » des entreprises étrangères à s'établir sur le territoire national ou à y prester leurs services comme l'écrit l'avocat général Yves Bot dans l'extrait que nous avons reproduit ci-dessus ? Et, surtout, est-ce là restreindre une liberté de cette entreprise ? Nous ne le pensons pas¹³⁰⁴.

Du point de vue des libertés fondamentales, l'activité législative et réglementaire des Etats membres et de leurs subdivisions territoriales et administratives présente par rapport à la conclusion de contrats par ces entités une différence essentielle. En effet, il n'est pas permis de décourager par des lois ou des règlements des activités que permettent les libertés de circulation, alors qu'il est loisible aux autorités publiques de les « décourager » ces activités privées en s'abstenant de contracter, par exemple, en subvenant à leurs besoins par des productions et des services de leurs propres agents, en omettant de créer des services ou en supprimant certains ou encore en abandonnant certains projets d'infrastructures. Si l'autorité en question est autorisée, d'après son droit national, à conclure le marché de gré à gré sans mise en concurrence, aucune entreprise n'a le droit à prétendre à conclure le marché avec l'autorité concernée. Toutes se trouvent dans ce cas placées dans une situation identique. Elles sont toutes libres d'adresser à l'autorité concernée telles propositions, suggestions ou offres qu'elles jugeront appropriées, tout comme elles le feraient pour obtenir une commande de la part d'une entreprise privée.

¹³⁰⁴ Voir en ce sens également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, pp. 149 et s. ; F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung um Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., pp. 87 et 91 ; voir cependant l'argumentation en sens contraire développée par M. KRÜGNER, « The Principle Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s., point 4.2. ; de même en sens contraire, F. NEUMAYR, « Value for Money v. Equal Treatment : The Relationship Between the Seemingly Overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment », *Public Procurement Law Review*, 2002, pp. 215 et s., en particulier p. 232.

Pour pouvoir considérer, comme l'avocat général Yves Bot, qu'une entreprise a été privée du « droit de soumissionner », il faudrait d'abord que ce droit existe¹³⁰⁵. Or, les libertés fondamentales, ne nous semblent pas naturellement impliquer ce droit. En revanche, lorsque le droit national prévoit le droit de soumissionner pour obtenir un marché, le traitement discriminatoire envers une entreprise, en particulier son exclusion injustifiée, constitue une entrave au droit de soumissionner qu'elle aurait eu en l'absence de cette exclusion. S'il s'agit d'une entreprise d'un autre Etat membre, il y a atteinte à la liberté d'établissement ou à la libre prestation des services. Les libertés de circulation comportent au profit des entreprises le droit de participer à des adjudications, mais non celui d'exiger des adjudications. Ainsi, lorsqu'une autorité accomplit les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens sans procéder par voie d'adjudication, il n'est pas non plus soutenu qu'il y a restriction à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des services¹³⁰⁶.

Cette interprétation du droit primaire ne risque-t-elle pas de laisser s'établir des distorsions de concurrence ? Cela se peut. Toutefois, la réglementation relative aux aides d'Etat permettra d'éviter qu'une entreprise n'obtienne, à l'occasion d'un marché, des conditions ne reflétant pas le prix du marché. D'autre part, ainsi que nous l'avons vu plus haut¹³⁰⁷, en cas de distorsions de concurrence, le législateur européen peut, en vue de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur adopter des directives imposant une mise en concurrence¹³⁰⁸.

¹³⁰⁵ La Cour a admis dans d'autres domaines que la possibilité de faire de la publicité (voir les arrêts de la Cour du 12 juillet 2012, HIT, C-176/11, points 16 et 17 ; arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, Sjöberg et Gerdin, C-447/08 et C-448/08, points 33 et 34) ou des offres (arrêt de la Cour du 10 mai 1995, Alpine Investments, C-384/93, points 18 à 21 et 28 à 31) est garantie par la libre prestation des services. Dans l'arrêt *Alpine Investments* du 10 mai 1995, la Cour a considéré que les offres de services sont des prestations de service au sens de l'actuel article 56 TFUE. Dans ses arrêts *HIT* du 8 juillet 2010 et *Sjöberg* du 12 juillet 2012 (arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, HIT, C-176/11, points 16 et 17 ; arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, Sjöberg et Gerdin, C-447/08 et C-448/08, points 33 et 34), la Cour a cependant rattaché la publicité à la liberté du destinataire du service et non à celle du prestataire. Il paraît relativement évident qu'en matière de marchés publics la restriction ne peut être envisagée que du côté du prestataire, car l'attribution directe procède d'un choix délibéré du pouvoir adjudicateur de ne pas procéder à un appel d'offres.

¹³⁰⁶ Arrêt de la Cour du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, point 45 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, points 57 et 58 ; arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen, C-215/09, point 31 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 49 ; arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 48.

¹³⁰⁷ Voir ci-dessus, nos 189 et s.

¹³⁰⁸ Voir cependant l'argumentation en faveur de l'obligation de procéder à une publicité développée par M. KRÜGNER, faisant appel aux libertés fondamentales et au principe d'effectivité. D'après cet auteur, c'est justement parce que le pouvoir adjudicateur pourrait normalement exercer l'activité en question par ses propres moyens, que l'absence d'informer les entreprises d'autres Etats membres potentiellement intéressées à exercer cette activité de l'opportunité qui se présente pour elles représente une entrave (« The Principle of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions, *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s., point 4.2). Dans l'article en question, l'auteur omet de distinguer nettement entre une entrave et une discrimination en fonction de la nationalité, parlant de discrimination lorsqu'il vise en réalité une entrave. Abstraction faite de ce défaut terminologique, l'argumentation qu'il développe est cohérente en elle-même. Elle présente cependant l'inconvénient d'impliquer l'obligation d'une publicité adéquate dans toutes sortes d'autres situations (voir ci-dessous les nos 473 et s.). Les libertés de circulation étant concernées, des exceptions ne seraient permises qu'à condition qu'il existe des motifs impérieux d'intérêt général. En définitive, il en résulterait un système très contraignant dans lequel la marge de manœuvre des Etats membres et du législateur européen se trouverait excessivement limitée.

Il convient de remarquer qu'une autre façon de justifier l'obligation de mise en concurrence du droit primaire consisterait à considérer qu'à chaque fois que l'appel au marché de la part de l'Etat au sens fonctionnel dépasse une certaine ampleur, il y a entrave à la libre prestation des services et à liberté d'établissement. En effet, les entreprises qui n'obtiennent pas le marché peuvent, de ce fait, se trouver dissuadées ou empêchées de s'établir dans l'Etat en question non seulement pour le marché dont il s'agit, mais également pour d'autres opérations. La même chose vaut quant à la libre prestation des services. Autrement dit, l'attribution d'un marché ou d'une concession d'une certaine envergure représenterait une entrave, peu importe les modalités selon lesquelles le marché est attribué. Cette entrave nécessiterait une justification qui pourrait être fondée sur le motif impérieux d'intérêt général résultant de la nécessité du pouvoir adjudicateur

(c) L'application du principe d'égalité de traitement à la suite de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services

373.- La *jurisprudence dominante* applique le principe d'égalité de traitement à la passation des marchés publics et des concessions présentant un intérêt transfrontalier. L'application du principe d'égalité de traitement empêche les « discriminations à rebours »¹³⁰⁹. Une application si large du principe d'égalité de traitement n'est donc pas conforme à la jurisprudence traditionnelle de la Cour qui laisse subsister les discriminations à rebours dans le champ de la libre prestation des services et de la liberté d'établissement¹³¹⁰. Comment cette extension pourrait-elle se justifier ? Par exemple, en considérant qu'à partir du moment où les articles 49 et 56 TFUE requièrent une mise en concurrence pour les marchés présentant un intérêt transfrontalier, l'Etat membre en question agit pour le tout dans le champ d'application du droit européen, ce dernier absorbant pour ainsi dire l'ensemble de l'opération¹³¹¹. Les articles du traité et le principe général d'égalité s'appliqueraient successivement, ce dernier prolongeant les effets de ces articles là où ils s'épuisent. Ainsi, la mise en concurrence étant imposée en raison de la règle de non-discrimination en fonction de la nationalité des articles 49 et 56 TFUE, la procédure de passation *mettrait en œuvre* le droit de l'Union. En conséquence, le principe d'égalité s'appliquerait à l'ensemble de la procédure de passation¹³¹². Ainsi, en définitive, les libertés de circulation seraient une expression spécifique non seulement du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais également du principe d'égalité de traitement. C'est ce que la Cour a retenu dans certains arrêts¹³¹³. Dans d'autres, elle a expressément refusé - à juste titre à notre avis¹³¹⁴ - d'avancer jusque-là¹³¹⁵.

de pouvoir à ses besoins. La nécessité de procéder à une publicité préalable résulterait du principe d'égalité de traitement qui doit être respecté lors de la mise en œuvre d'exceptions aux libertés fondamentales (voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 18 juin 1991, ERT, C-260/89, point 6, pour l'application du principe d'égalité de traitement à cette occasion). Cette façon de raisonner - on l'aura remarqué - se heurte cependant à l'inconvénient de devoir justifier par un motif impérieux d'intérêt général toute acquisition sur le marché de services ou de produits par les pouvoirs publics.

¹³⁰⁹ Voir également L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 41.

¹³¹⁰ Voir également pour l'exclusion du principe d'égalité de traitement comme source d'une obligation de mise en concurrence en dehors du champ d'application des directives « marchés publics », P. BRAUN, « A Matter of Principle(s) - The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives », *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 39 et s., pp. 45 - 48. Cf. également en ce sens, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulation of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 86 ; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 157 ; M. KRÜGNER, « The principle of Equal Treatment and Transparency and the Commission[s] communication on concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s., point 3.3.

¹³¹¹ Cf. les conclusions de l'avocat général Poirares Maduro dans l'affaire C-72/03 (Carbonati Apuani Srl), points 59 et s. dans une affaire de taxes d'effet équivalent qui propose d'englober les situations internes « résiduelles » dans le champ d'application du droit communautaire. L'avocat général vise par-là des situations internes volontairement ou involontairement engendrées par le droit de l'Union, mais qui, en leurs principaux éléments, relèvent du droit interne.

¹³¹² Cette explication s'accorde bien avec l'arrêt de la Cour du 10 octobre 2013 (C-336/12, Manova S/A) en particulier son point 28.

¹³¹³ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 48. Cf. quant à cet arrêt ci-dessus, no 353.

¹³¹⁴ Cf. en ce sens également E. PIJNACKER HORDIJK, « Are there any limits to the interpretation creativity of the European Communities ? » in *Liber amicorum in honour of Sven NORBERG*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 426 ; S. STORR, « Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen als Instrument staatlicher Wirtschaftspolitik » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtlichen Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2011, pp. 43 et s., p. 54

Est-il légitime de rattacher des obligations si précises que celles du droit primaire de la mise en concurrence à un principe général comme celui de l'égalité de traitement ? A notre avis non¹³¹⁶. Jusqu'ici, les libertés fondamentales ont plutôt été considérées comme n'engendrant que des obligations négatives¹³¹⁷. Nulle part d'ailleurs, avant l'arrêt *Telaustria*¹³¹⁸, le principe national d'égalité de traitement ne semble avoir généré des exigences comme celles que pose cet arrêt. Non seulement la Cour impose un degré de publicité adéquat, mais encore, elle indique des cas d'exception, notamment l'exception *Teckal*, ainsi que d'autres règles¹³¹⁹. Dès lors, on peut reprocher à la Cour de trop étendre le champ d'application du droit primaire et d'empiéter sur les prérogatives du législateur¹³²⁰. Peut-être qu'une préoccupation de ce genre est à la base de l'étrange théorie de « primauté du droit dérivé »¹³²¹ ?

Si le droit de l'Union se trouve mis en œuvre à chaque fois que les articles 49 et 56 TFUE imposent une mise en concurrence, il en résulterait que les pouvoirs adjudicateurs devraient non seulement respecter le principe d'égalité de traitement du droit européen, mais l'ensemble des principes généraux du droit européen¹³²², de même que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³²³.

¹³¹⁵ Cf. ci-dessus, les arrêts commentés ci-dessus aux nos 362 et 361, *Strong Segurança* du 17 mars 2011 et *Commission/Italie* du 21 février 2008.

¹³¹⁶ En ce sens également, S. ARROWSMITH, « The law of public and utilities procurement », *Sweet & Maxwell*, 2^e éd., London, 2005, no 4.15, p. 197 ; voir en sens contraire, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 146, qui bien qu'indiquant que les obligations qui en découlent ne sont pas aussi précises que celles des directives, estime qu'une interdiction de modifier les offres après leur ouverture se dégagerait du principe d'égalité de traitement. S'il en était ainsi, le terme d'enchères électroniques telles que les prévoient les directives « marchés publics » (voir ci-dessus, nos 110 et s.) serait contraire au principe d'égalité.

¹³¹⁷ Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, point 4.15.

¹³¹⁸ Voir, par exemple, en France, l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 1984 (no 34 671), niant l'existence d'un principe général du droit imposant une mise en concurrence des contrats publics : « ... aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à recourir au préalable à la concurrence lors de la passation de leurs contrats d'assurance » (www.legifrance.fr, jurisprudence administrative). Depuis lors, la situation y a changé sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice (cf. à ce sujet, F. LICHÈRE, « Public Procurement Contracts below EU Thresholds and Annexe II B Services in France » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, DJØF Publishing, 2012, pp. 97 et s., pp. 98 et 99 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Feu le seuil de 20 000 € », *Contrats et Marchés publics*, no 3, mars 2010, no 3, repère 3.

¹³¹⁹ Cf. quant aux règles matérielles du droit primaire de la mise en concurrence, les nos 385 et s. ci-dessous.

¹³²⁰ Cf. en ce sens également E. PIJNACKER HORDIJK, « Are there any limits to the interpretation creativity of the European Communities ? » in *Liber amicorum in honour of Sven NORBERG*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 426 et 427.

¹³²¹ Cf. à ce sujet, ci-dessous, no 460.

¹³²² Voir expressément en faveur de l'application des principes généraux du droit de l'Union à l'attribution des marchés présentant un intérêt transfrontalier l'arrêt de la Cour du 10 octobre 2013, *Manova S/A*, C-336/02, point 26.

¹³²³ Il en serait ainsi notamment du principe général du droit à une bonne administration dans la mesure où il oblige les Etats membres (cf. à ce sujet l'arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, *Cicala*, C-482/10, point 28, selon lequel l'article « 41, paragraphe 2, sous c) de la charte, lesquels s'adressent [lequel s'adresse], d'ailleurs, selon leur [son] libellé, non pas aux Etats membres mais uniquement aux institutions et organes de l'Union » et celui du 22 novembre 2012, *M.M.*, C-277/11, points 82, 83, 84 et 85 qui assimile, du moins en partie, les obligations qu'impose l'article 41 aux institutions européennes et celles résultant des principes généraux du droit européen à charge des Etats membres (en l'espèce le droit d'être entendu)). Sur ce que recouvre le principe de bonne administration - auquel la jurisprudence de la Cour, tout comme la Charte des droits fondamentaux, se réfère par rapport aux institutions européennes, plutôt qu'aux Etats membres -, voir l'arrêt de la Cour du 4 octobre 2006, *Tillak*, T-193/04, point 127 : en dehors des droits spéciaux dont il constitue l'expression, il « ne confère pas, par lui-même, de droits aux particuliers ». Voir pour une conception plus large de ce principe, l'arrêt du Tribunal du 22 juin 1990, *Marcopoulos*, T-32/89, d'après lequel, constitue une violation du principe de bonne administration le fait pour une institution européenne de ne pas être assurée de disposer d'un personnel compétent. Jusqu'ici, la Cour ne s'est pas encore référée au principe de bonne administration en rapport avec la passation des marchés publics des Etats membres. En revanche, ce principe a

2. Autres règles de droit primaire susceptibles de servir de fondement à une obligation de mise en concurrence s'appuyant sur le seul droit primaire

374.- Une obligation de mise en concurrence fondée sur le droit primaire seul ne se justifiant - comme nous avons pu le constater - que difficilement par les principes de libre prestation des services, de la liberté d'établissement ou les principes de non-discrimination suivant la nationalité et d'égalité de traitement, d'autres principes du droit primaire sont-ils susceptibles de la justifier ? Voyons successivement ce qu'il en est de la libre circulation des marchandises, de la libre circulation des capitaux et de la libre circulation des travailleurs (a), des droits fondamentaux (b), des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme (c) et des articles 101 et 102 TFUE (d). Le point (e) renvoie à la réglementation des aides d'Etat que nous examinerons dans la troisième partie de ce travail.

(a) La libre circulation des marchandises, la libre circulation des capitaux et la libre circulation des travailleurs

375.- Pour dégager une obligation de mise en concurrence, de la libre circulation des marchandises, de la libre circulation des travailleurs ou de celle des capitaux il faudrait tenir un raisonnement similaire à celui que nous avons réfuté ci-dessus¹³²⁴ qui déduit une obligation de mise en concurrence de la liberté d'établissement et la libre prestation des services. Les objections contre ce raisonnement vaudraient bien sûr contre des raisonnements similaires faisant appel à d'autres libertés.

Plus loin, nous montrerons comment certaines opérations aujourd'hui non soumises à une mise en concurrence obligatoire, devraient l'être à l'avenir, si on leur appliquait le raisonnement par lequel la Cour justifie l'obligation de mise en concurrence des marchés publics et des concessions (ainsi, en particulier, des cessions d'immeubles ou de participations dans des sociétés ou des contrats de travail)¹³²⁵.

Pour ce qui est de la libre circulation des marchandises¹³²⁶, il s'ajoute le problème que l'absence de mise en concurrence de marchés de fournitures peut difficilement être considérée comme jouant en défaveur d'un mouvement transfrontalier de marchandises¹³²⁷. En effet, il se peut qu'un fournisseur national importe des marchandises alors qu'un fournisseur d'un autre Etat membre soit en mesure de livrer des marchandises se trouvant déjà dans le pays du pouvoir adjudicateur¹³²⁸.

(b) Les droits fondamentaux

376.- Qu'en est-il des droits fondamentaux ? Sauf le principe d'égalité, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité¹³²⁹, ainsi que le principe de protection juridictionnelle effective, les droits fondamentaux ont jusqu'ici été absents dans la jurisprudence de la Cour relative

été appliqué par le Tribunal à la passation des marchés des institutions européennes : arrêt du Tribunal du 27 septembre 2002, *Tideland Signal*, T-211/02, point 37 ; arrêt du Tribunal du 10 octobre 2012, *Sviluppo Globale GEIE*, point 40 ; arrêt du Tribunal du 25 octobre 2012, *Astium SpA*, point 23.

¹³²⁴ Cf. les nos 367 et s.

¹³²⁵ Voir les nos 473 et s., en particulier les nos 492 et s. et 506.

¹³²⁶ Même en posant l'exigence de transparence pour des marchés de fournitures, la Cour n'a pas invoqué la libre circulation des marchandises comme fondement de l'obligation de mise en concurrence, (voir ci-dessus, no 349, l'arrêt *Medipac-Kazantzidis* du 14 juin 2007 (C-6/05)).

¹³²⁷ Voir cependant pour une obligation de mise en concurrence fondée sur la libre circulation des marchandises, M. KRÜGNER, « The Principle Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s., point 4.2, qui appuie son raisonnement sur l'existence supposée d'une entrave en l'absence de publicité adéquate donnée au marché dont il s'agit (voir au sujet de raisonnement déjà le no 372 en note ci-dessus).

¹³²⁸ Voir à ce sujet déjà ci-dessus le no 354.

¹³²⁹ Quant à ces deux principes, cf. ci-dessus nos 365 à 373.

aux marchés publics et aux concessions¹³³⁰. Le Tribunal, en revanche, s'est référé au principe de bonne administration en rapport avec des marchés de l'Union, sans toutefois le mentionner comme source d'une obligation de mise en concurrence¹³³¹. Plus haut, nous avons expliqué qu'à défaut de mettre en œuvre le droit européen, les Etats membres ne sont pas tenus au respect du principe d'égalité de traitement du droit européen¹³³². Il en est de même pour les autres principes de la Charte. Le fait qu'un pouvoir adjudicateur soit tenu de procéder à une publicité préalable conformément à l'arrêt *Coname*¹³³³ ne nous a pas paru suffisant pour considérer qu'il met en œuvre le droit européen.

Hormis le principe d'égalité et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, celui des principes de la Charte qui semble le plus apte à engendrer une obligation de mise en concurrence nous semble être le principe de bonne administration. La Charte n'impose ce principe qu'aux institutions. La jurisprudence l'impose également aux Etats membres, mais paraît limiter son contenu aux trois exigences précises indiquées à l'article 41 de la Charte (motivation des décisions, droit d'être entendu, accès au dossier)¹³³⁴.

Quant à la liberté professionnelle et du droit de travailler (article 15 de la Charte) ou de la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte), s'agissant de libertés, elles imposent aux pouvoirs publics non pas d'agir dans un sens déterminé, mais de s'abstenir de certaines mesures. On ne peut donc considérer que ces libertés confèrent aux entreprises le droit d'exiger des mises en concurrence¹³³⁵. Il nous semble ne pas en être autrement du droit de propriété (article 17 de la Charte). Ainsi, dans un arrêt du 9 septembre 2008, la Cour affirme « que l'on ne saurait étendre les garanties conférées par le droit de propriété ou par le principe général garantissant le libre exercice d'une profession à la protection de simples intérêts ou de chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique »¹³³⁶.

(c) Les droits garantis par la convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH)

377.- Les droits garantis par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH) se sont vu reconnaître par la Cour de Justice et le Tribunal la valeur de principes généraux du droit européen qui s'imposent aux institutions et aux Etats lorsqu'ils mettent en

¹³³⁰ Voir dans ce même sens, H. BARTH, *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, p. 58 ; W. FRENZ, *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer, no 1786 ; M. BURGI, „Die künftige Bedeutung der Freiheitsgrundrechte für staatliche Verteilungsentscheidungen“, in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER, R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2011, pp. 27 et s., p. 41.

¹³³¹ Voir au sujet du principe de bonne administration également ci-dessous le point 724.

¹³³² W. FRENZ, passe outre cette difficulté, quand il affirme, alors même qu'une procédure de passation d'un marché public n'est pas une procédure judiciaire, que les exigences en matière de mise en concurrence que la Cour déduit des libertés de circulation quant à la passation des marchés non visés par les directives « marchés publics » représentent également une exigence du principe de protection juridictionnelle effective et du droit à un procès équitable, (« Grundrechte und Vergaberecht », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, pp. 748 et s., point VI).

¹³³³ Voir ci-dessus, no 359 quant à l'arrêt *Coname*.

¹³³⁴ Cf. l'arrêt du Tribunal du 4 octobre 2006, Tillack, T-193/04, point 127. Cf. également le no 373 en note ci-dessus.

¹³³⁵ Voir en ce sens, F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung um Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2011, pp. 81 et., III, 4., c) ; en sens contraire, W. FRENZ, « Grundrechte und Vergaberecht », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, pp. 748 et s., point IV.

¹³³⁶ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2008, FIAMM, C-120/06 P et C-121/06 P, point 185. Voir cependant en faveur d'une obligation de mise en concurrence déduite du droit de propriété et de la liberté d'entreprise W. FRENZ, « Grundrechte und Vergaberecht », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, pp. 748 et s., point V.

œuvre le droit de l'Union¹³³⁷. Les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et ceux de la CEDH se recoupent en partie.

Conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux, ceux des droits qu'elle garantit qui sont également garantis par la CEDH, ont le même « sens » et la même « portée » que dans cette dernière. Sauf l'article 6 de la CEDH, susceptible de s'appliquer à l'occasion de recours¹³³⁸, les droits garantis par la CEDH paraissent peu susceptibles de s'appliquer à la passation des marchés publics¹³³⁹.

L'article 14 de la CEDH n'édicte pas un principe général d'égalité de traitement, mais seulement une interdiction de discrimination en rapport avec la jouissance des droits et libertés qu'elle garantit. Il s'ensuit que les cas de figure où l'article 14 de la CEDH pourrait s'appliquer à l'occasion de la passation de marchés publics sont plutôt limités¹³⁴⁰. Aussi, il paraît exclu de dégager de l'article 14 de la CEDH une obligation de mise en concurrence. Dans ces cas, l'article 14 de la CEDH ferait d'ailleurs double emploi avec le principe général d'égalité du droit de l'Union et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux.

(d) Les articles 101 et 102 TFUE comme source d'une obligation de mise en concurrence

(i) Le champ d'application personnel des articles 101 et 102 TFUE

378.- En principe, les articles 101 et 102 TFUE, dont le premier interdit les ententes, le second les abus de position dominante¹³⁴¹, ne permettent pas de fonder une obligation de mise en concurrence à charge des pouvoirs publics. En effet, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux entreprises, cette notion étant censée comprendre « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹³⁴². D'après la jurisprudence, une entité n'exerce une activité économique que si elle *offre* des produits ou des services sur un marché donné¹³⁴³.

¹³³⁷ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 17 février 2009, Elgafaji, C-465/07, point 28 ; l'ordonnance de la Cour du 4 février 2000, Emesa Sugar, C-17/98, points 8 à 10 ; l'arrêt du Tribunal du 13 juillet 1995, K/Commission, T-176/94, points 29 et 30 ; arrêt du Tribunal du 11 mars 1999, Siderúrgica Aristrain Madrid, T-156/94, points 99 et 100.

¹³³⁸ Voir par exemple, M. BUNGENBERG, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 247 et s.

¹³³⁹ En ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, nos 2.68 et s. ; M. BUNGENBERG, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 251.

¹³⁴⁰ En ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, nos 2.68 et s. ; M. BUNGENBERG, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 203 et 251, qui cite cependant l'exclusion de l'organisation de scientologie, discutée en Allemagne.

¹³⁴¹ Ainsi que l'a retenu la Cour, « la position dominante au sens de l'article 86 [l'actuel article 102 TFUE] se caractérise par une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui donne à celle-ci le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. Le fait que l'absence de concurrence ou la limitation de celle-ci sur le marché en cause est créée ou favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires n'exclut nullement l'application de l'article 86 [l'actuel article 106 TFUE] » (arrêt de la Cour du 3 octobre 1985, CBEM, 311/84, point 16).

¹³⁴² Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2013, Total S.A., T-548/08, point 27 ; arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, Commission/Stichting Administratiekantoor Portielje, C-440/11 P. Voir, également par exemple, l'arrêt de la Cour du 16 mars 2004, AOK Bundesverband, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, point 46 ; arrêt de la Cour (grande chambre) du 11 juillet 2006, FENIN, C-205/03 P, point 25 ; arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04, point 107 ; arrêt de la Cour du 1^{er} juillet 2008, MOTOE, C-49/07, point 21.

¹³⁴³ Arrêt de la Cour du 11 juin 2006, FENIN, C-205/03 P, point 26 ; arrêt du Tribunal du 4 mars 2003, FENIN, T-319/99, point 36.

Il s'ensuit qu'en règle générale, les pouvoirs adjudicateurs ne relèvent pas de la notion d'entreprise et ne se trouvent donc pas visés par les articles 101 et 102 TFUE. A cela, il existe cependant des exceptions.

C'est l'exercice d'activités relevant de la sphère étatique au sens fonctionnel du terme qui justifie l'application du droit des marchés publics *ratione personae*. En droit primaire des marchés publics, cela suppose l'existence d'un contrôle public joint à l'absence d'activité en situation de concurrence sur un marché¹³⁴⁴. D'autre part, c'est justement l'exercice d'une activité sur un marché sur lesquels il existe une certaine concurrence, même si elle n'est pas totale, qui permet l'application des articles 101 et 102 TFUE¹³⁴⁵.

Ces conditions ne s'excluent pas nécessairement¹³⁴⁶. Elles peuvent être remplies simultanément en présence d'une activité sur un marché dans des conditions autres que des conditions de concurrence ordinaire, par exemple, lorsque l'entité concernée dispose de droits spéciaux ou exclusifs. Les entités publiques formant des entreprises au sens du droit de la concurrence sont essentiellement - mais non exclusivement, car il existe d'autres cas - les services visés par la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE (gaz, électricité, eau, transports, ...). La mise en œuvre, par une telle entité, de conditions discriminatoires lors d'une procédure de marchés publics pourrait relever du point c) de l'article 102 TFUE¹³⁴⁷ et représenter, en même temps, une violation du principe d'égalité. Sans la théorie de la contamination, les opérations à la fois soumises aux règles des marchés publics et aux articles 101 et 102 TFUE seraient moins nombreuses. Signalons ici - la question sera approfondie plus loin - qu'il n'est pas clair si la théorie de la contamination fait partie du droit primaire des marchés publics. Nous sommes d'avis qu'il serait plus cohérent de considérer qu'il n'en est pas ainsi¹³⁴⁸.

379.- Principalement quatre configurations peuvent se présenter :

- 1) Il y a d'abord le cas des entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17/CE exerçant une activité sectorielle dont toute l'activité relève d'une seule entreprise au sens des articles 101 et 102 TFUE. Tous les marchés que de telles entités passent sont soumis à la directive 2004/17/CE (à condition que leur valeur estimée dépasse le seuil d'application de cette directive) et sont, en même temps, potentiellement visés par les articles 101 et 102 TFUE.
- 2) Ensuite, il y a celui d'entités répondant à la définition de « pouvoir adjudicateur » au sens de la directive 2004/18/CE, mais exerçant exclusivement une activité économique. Dans certains Etats, des organismes exploitant des hôpitaux pourraient se trouver dans cette situation. Certains centres de loisirs relèvent également de cette situation.
- 3) Des situations inverses aux deux précédentes peuvent également se présenter : des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives « marchés publics » qui n'exercent aucune activité sur un marché, par exemple, un établissement public dont l'unique activité consiste à tenir une bibliothèque ouverte au public et dont l'accès est gratuit. Aucun des marchés que cette entité passe n'est susceptible de relever des articles 101 et 102 TFUE. En revanche, tous les marchés publics qu'elle passe, sont soumis aux dispositions de la directive 2004/18/CE, à condition d'en dépasser les seuils d'application.
- 4) Le quatrième cas est celui d'entités ayant une activité mixte, agissant pour partie sur un ou plusieurs marchés et n'exerçant pour le surplus que des missions purement publiques. Comme la notion d'entreprise désigne une entité économique, abstraction faite de son statut juridique, un pouvoir adjudicateur qui, à côté de son activité économique, exerce séparément des activités de nature non économique, ne peut être considéré comme une entreprise pour le tout.

¹³⁴⁴ Voir ci-dessous, le no 510 et, tout particulièrement l'arrêt *Wall* du 13 avril 2010 (C-91/08).

¹³⁴⁵ Voir à ce sujet les conclusions de l'avocat général M.M. Poiras Maduro dans l'affaire FENIN (C-205/03 P), point 13. La notion d'entreprise a un contenu *fonctionnel*. Elle ne fait pas intervenir de critère organique ou formel. Voir à ce sujet également A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationale*, Paris, Dalloz, 2002, points 12 et 260 et s.

¹³⁴⁶ Voir en ce sens également, A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationale*, Paris, Dalloz, 2002, no 263.

¹³⁴⁷ Article 106, alinéa 2, c), TFUE : « appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ».

¹³⁴⁸ Voir ci-dessous, les nos 513 et 520.

Ainsi, une municipalité qui exerce une activité d'entreprise de transports en commun sera considérée comme une entreprise quant à cette activité seulement, mais non pour ses autres services, tels l'état civil, le bureau de la population ou le service des parcs. Il en serait de même d'une municipalité exploitant un camping en régie, cette activité consistant de toute évidence à offrir des services sur un marché. Ce n'est que cette dernière activité qui serait potentiellement visée par les articles 101 et 102 TFUE, mais non les missions publiques distinctes de cette activité commerciale¹³⁴⁹. Si la municipalité en question faisait office de centrale d'achat¹³⁵⁰ pour son propre compte et celui d'autres pouvoirs adjudicateurs, elle ne relèverait pas des articles 101 et 102 TFUE, sauf pour les achats relatifs à l'activité exercée sur un marché ; dans le cas envisagé ici, l'exploitation d'un camping. En revanche, tous ses marchés qu'elle passe, y compris ceux pour l'exploitation du camping, seraient soumis à la directive 2004/18/CE. L'application de la directive 2004/18/CE à cette activité économique s'explique par la *théorie de la contamination*¹³⁵¹.

(ii) Une obligation de mise en concurrence peut-elle être fondée sur les articles 101 et 102 TFUE ?

380.- Il peut arriver que la violation de certaines dispositions des directives « marchés publics » par une entité adjudicatrice constitue en même temps un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE¹³⁵². Cependant, comme l'a indiqué le Tribunal, « l'illégalité d'un comportement abusif au regard de l'article 82 CE est sans relation avec sa conformité ou non avec d'autres règles juridiques »¹³⁵³. A elle seule, la violation d'une disposition des directives « marchés publics » ne saurait donc constituer un abus de position dominante. D'ailleurs, si l'article 102 TFUE n'imposait de procéder à une mise en concurrence que parce les directives « marchés publics » l'exigeaient, l'interdiction des abus de position dominante n'interviendrait pas dans la délimitation du champ d'application de l'obligation de mise en concurrence. L'article 102 TFUE ne ferait que renforcer le caractère contraignant de l'obligation de mise en concurrence.

381.- Ce qu'il nous importe de savoir, c'est si l'article 102 TFUE peut constituer une source autonome d'une obligation de mise en concurrence. La question se pose surtout pour les entreprises publiques ou privées non visées par les directives « marchés publics », celles soumises aux directives « marchés publics » étant de toute façon tenues de mettre leurs marchés en concurrence.

La réponse à la question posée paraît négative en ce qui concerne l'article 101 TFUE.

Une entente illicite qui comporterait l'interdiction de procéder à certaines mises en concurrence ou des engagements d'approvisionnement excessivement longs, serait de plein droit nulle en vertu l'article 101, paragraphe 2, TFUE. Pour autant, ni cette sanction, ni de l'illicéité de l'entente n'engendreraient une obligation mise en concurrence.

L'article 102 TFUE, en revanche, pourrait bien donner lieu, dans certaines circonstances, à une obligation de mise en concurrence. C'est ce que montreront les développements qui suivent. La doctrine ne semble pas encore s'être intéressée à cette question.

¹³⁴⁹ Voir en faveur de cette distinction, l'arrêt de la Cour du 16 juin 1987, *Commission/Italie*, 118/85, points 8 à 11 ; l'arrêt de la Cour du 18 mars 1997, *Diego & Figli Cali*, C-343/95, point 16. Cf. en ce sens également A. L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 359 et 360 ; C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public - L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2012, no 126 ; voir également, dans ce contexte, F. BRUNET et G. CANIVET, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, nos 41 à 51.

¹³⁵⁰ Si nous envisageons l'hypothèse où l'entité en question agit comme centrale d'achat, c'est que dans ce cas, la probabilité qu'elle dispose d'un pouvoir dominant est plus grande.

¹³⁵¹ Cf. à ce sujet, nos 95 et 513.

¹³⁵² Voir, P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 48 et 49, no 1.103 ; cf. également S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Sweet & Maxwell, London, 2005, no 2.56.

¹³⁵³ Arrêt du Tribunal du 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca c/ Commission*, T-321/05, point 677.

382.- L'article 102, 2^e alinéa, c), TFUE¹³⁵⁴ interdit aux entreprises en position dominante d'« appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». Selon la jurisprudence, cette interdiction implique un principe d'égalité de traitement à respecter par l'entreprise en position dominante¹³⁵⁵.

A priori, on ne saurait exclure que cette obligation de non-discrimination à charge des entreprises dominantes implique, à l'instar du principe d'égalité de traitement, - lequel ne s'adresse en principe aux Etats membres que s'ils mettent en œuvre le droit de l'Union - une obligation de mise en concurrence.

383.- Une telle obligation ne serait pas incompatible avec les principes dégagés par la jurisprudence concernant l'interdiction des abus de position dominante. Ainsi, pour être prohibée, une discrimination ne doit pas nécessairement être liée à la nationalité¹³⁵⁶. Dans un arrêt du 15 mars 2007 (British Airways, C-94/04 P), la Cour a considéré que « *l'interdiction spécifique de la discrimination visée à l'article 82, second alinéa, sous c), CE [l'actuel article 102 TFUE, alinéa 2, c)] fait partie du régime assurant, conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE [disposition aujourd'hui abrogée], que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur. Le comportement commercial de l'entreprise en position dominante ne doit pas fausser la concurrence sur un marché situé en amont ou en aval, c'est-à-dire la concurrence entre fournisseurs ou entre clients de cette entreprise. Les cocontractants de ladite entreprise ne doivent pas être favorisés ou défavorisés sur le terrain de la concurrence qu'ils se livrent entre eux* »¹³⁵⁷. Il a même été jugé que l'actuel article 102 TFUE « *fait peser sur une entreprise en position dominante, indépendamment des causes d'une telle position, la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun* »¹³⁵⁸. A cela, s'ajoute qu'« *il résulte de la nature des obligations imposées par l'article 86 du traité [l'actuel article 102 TFUE] que, dans des circonstances spécifiques, les entreprises en position dominante peuvent être privées du droit d'adopter des comportements, ou d'accomplir des actes, qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient même non condamnables s'ils étaient adoptés, ou accomplis, par des entreprises non dominantes* »¹³⁵⁹.

D'autre part, contrairement à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101 TFUE, « *l'abus d'une position dominante n'est susceptible d'aucune exemption, de quelque façon que ce soit* »¹³⁶⁰.

Quelques exemples marquants permettent d'illustrer la sévérité de la jurisprudence en matière d'abus de position dominante.

L'interdiction des abus de position dominante peut remettre en question des contrats conclus de bonne foi, sans qu'il y ait de faute dans le chef de l'entreprise dominante, et irréprochables en tant que tels¹³⁶¹. Ainsi, dans l'affaire *Aéroports de Paris*, l'interdiction des abus de position dominante a conduit à la révision d'un contrat conclu après mise en concurrence¹³⁶². Selon la Commission,

¹³⁵⁴ A noter que les cas de pratiques abusives indiqués par l'article 102 TFUE ne sont pas limitatifs (voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 15 mars 2007, British Airways, C-95/04 P, point 57).

¹³⁵⁵ Pour un exemple d'application de cette disposition, voir l'arrêt de la Cour du 15 mars 2007, British Airways, C-95/04 P, qui concerne un système de primes, traitant « différemment sans raison objective des faits comparables » (point 132).

¹³⁵⁶ Arrêt de la Cour du 29 mars 2001, Portugal/Commission, C-163/99, point 46.

¹³⁵⁷ Arrêt de la Cour du 15 mars 2007, British Airways, C-95/04 P, point 143.

¹³⁵⁸ Arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak, T-83/91, point 114 ; voir, dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, 322/81, point 57, et l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line, T-212/98 à T-214/98 ; arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007, Microsoft, T-201/04, point 229.

¹³⁵⁹ Arrêt du Tribunal du 17 juillet 1998, JTT Promedia, T-111/96, point 139 ; en ce sens également, l'arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, 322/81, point 57.

¹³⁶⁰ Arrêt de la Cour du 11 et 3 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen, 66/89, point 32 ; voir, également, l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line, T-212/98 à T-214/98, point 1109 et l'arrêt du Tribunal du 8 octobre 1996, Compagnie maritime belge transports SA, T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93.

¹³⁶¹ Sauf à noter que l'article 106, paragraphe 2, TFUE permet d'y déroger en faveur des services d'intérêt économique général, lorsque l'accomplissement de leur mission le requiert.

¹³⁶² Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, Aéroports de Paris/Commission, T-128/98.

l'exploitant des aéroports de Paris (« ADP ») avait enfreint l'interdiction de l'actuel article 102 TFUE en profitant de sa position dominante pour imposer des redevances commerciales discriminatoires. ADP avait choisi la plaignante AFS comme prestataire de service pour une durée de vingt ans à la suite d'une procédure de mise en concurrence. Plusieurs années après, un concurrent supplémentaire fut admis comme prestataire de services similaires à des conditions moins avantageuses pour ADP. AFS porta plainte auprès de la Commission en reprochant à ADP d'appliquer des tarifs discriminatoires.

Le Tribunal considéra que « la circonstance que le taux de la redevance [redevance pour prestations de « commissariat aérien » (« *catering* »)] due par AFS résulte d'une proposition faite par celle-ci, dans le cadre d'une soumission à un appel d'offres, ne saurait suffire pour permettre à une telle redevance d'échapper à toute incrimination au titre de l'article 86 du traité [l'actuel article 102 TFUE], dès lors, notamment que ce qui est en cause ici n'est pas le niveau des redevances en tant que tel, mais leur caractère discriminatoire » (point 169). Le Tribunal souligna le caractère objectif de la notion d'abus de position dominante et le fait qu'elle ne requiert aucune faute de celui auquel l'abus est reproché (point 171). ADP faisait valoir que la décision de la Commission portait une atteinte exceptionnellement grave à des contrats valablement conclus, l'obligeant d'aligner les tarifs contractuels à ceux convenus ultérieurement avec un autre opérateur dans un contexte économique totalement différent. A ce moyen, le Tribunal répondit que « le caractère d'ordre public du droit de la concurrence a précisément pour objet de rendre ses dispositions obligatoires et d'interdire aux opérateurs économiques de s'en écarter dans leurs conventions (point 241). La Cour rejeta le pourvoi introduit contre cet arrêt¹³⁶³.

Dans un arrêt du 2 mars 1983 (GVL, affaire 7/82), la Cour considéra qu'un refus, par « une entreprise ayant un monopole de fait, de prêter ses services à tous ceux qui peuvent en avoir besoin mais qui ne relèvent pas d'une certaine catégorie que cette entreprise a circonscrite en se basant sur la nationalité ou sur le domicile, doit être considéré comme l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86, alinéa 1, du traité »¹³⁶⁴.

Lors de la crise pétrolière des années 70, la Commission avait reproché à trois sociétés d'avoir abusé d'une position dominante en période de pénurie de pétrole en réduisant les livraisons pour une entreprise d'un pourcentage sensiblement plus élevé que celui appliqué envers les autres. La Commission partait du principe que l'interdiction des abus de position dominante exigeait qu'en période de pénurie, une entreprise en position dominante répartisse équitablement les quantités disponibles entre ses acheteurs¹³⁶⁵.

Dans son arrêt du 21 juin 1978, la Cour confirma ce principe implicitement. Si elle écarta le reproche d'abus de position dominante, c'est que la plaignante ABG n'était qu'un acquéreur occasionnel de l'entreprise en position dominante dans les mois précédant la crise et qu'elle parvenait à s'approvisionner par d'autres moyens, étant ainsi en mesure de surmonter la crise¹³⁶⁶.

384.- De par son caractère absolu et objectif et son large champ d'application, l'interdiction des abus de position dominante peut, sous certaines circonstances, engendrer une obligation de mise en concurrence.

Ainsi, le défaut d'une entreprise dominante de mettre en concurrence certains de ses contrats peut conduire à des rentes de situation ou fausser la concurrence sur le marché dominé ou sur des marchés connexes en amont ou en aval. Ce défaut de mise en concurrence pourrait constituer un abus de position dominante. Autrement dit, l'interdiction des abus de position dominante peut dans certains cas engendrer une obligation de mise en concurrence. Cependant, le fondement, le contenu et les conditions d'application de cette obligation se distinguent de ceux du droit primaire de la mise en concurrence développé à la suite de l'arrêt *Telaustria*.

¹³⁶³ Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, C-82/01 P.

¹³⁶⁴ Arrêt de la Cour du 2 mars 1983, GVL, affaire 7/82, point 56 [refus de prêter ses services en faveur d'étrangers n'ayant pas de domicile en Allemagne].

¹³⁶⁵ Voir le point 21 de l'arrêt de la Cour du 29 juin 1978, Benzine en Petroleum Handelsmaatchappij BV, affaire 77/77, qui a annulé la décision de la Commission.

¹³⁶⁶ Arrêt de la Cour du 29 juin 1978, Benzine en Petroleum Handelsmaatchappij BV, affaire 77/77, points 30 à 32.

Une exigence de mise en concurrence ne saurait résulter de l'article 102 TFUE que si le défaut de mise en concurrence représentait un abus de *position dominante* dans une *partie substantielle du marché intérieur*¹³⁶⁷.

Plusieurs autres conditions doivent par ailleurs être réunies :

- 1) La pratique incriminée - ici l'attribution directe de marchés - doit avoir lieu sur le marché dominé. Il suffit cependant que les effets restrictifs se fassent sentir sur un marché non dominé, mais suffisamment connexe¹³⁶⁸.
- 2) L'existence d'un effet restrictif sur la concurrence : d'après la jurisprudence, il suffit « aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE [l'actuel article 102 TFUE]», « de montrer que le comportement de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature à, ou susceptible de, avoir un tel effet »¹³⁶⁹.
- 3) Il faut que le commerce entre États membres soit susceptible d'être affecté. D'après la Cour, « l'interprétation et l'application de la condition relative aux effets sur le commerce entre États membres, figurant aux articles 81 CE et 82 CE [les actuels articles 101 et 102 TFUE], doivent prendre comme point de départ le but de cette condition qui est de déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des États membres »¹³⁷⁰. Selon la Cour « pour être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, une décision, un accord ou une pratique doivent, sur la base d'un ensemble d'éléments de fait et de droit, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres. Il faut, en outre, que cette influence ne soit pas insignifiante »¹³⁷¹.

Prenons l'exemple d'une entreprise de télécommunications occupant une position dominante sur un marché de services ou de produits situé en amont de celui de ses prestations¹³⁷². Si cet opérateur a toujours recours aux mêmes prestataires et fournisseurs, d'autres entreprises risquent de disparaître à terme du marché à défaut de pouvoir efficacement concurrencer l'entreprise privilégiée. Il s'ensuit que l'opérateur en position dominante ne peut s'abstenir de toute mise en concurrence¹³⁷³. Des entreprises offrant de meilleures conditions que leurs concurrents devraient avoir la possibilité d'obtenir des commandes de sa part. A défaut, il se produirait une distorsion de concurrence sur les marchés concernés. Le refus de mise en concurrence pourrait d'autre part « limiter (...) le développement

¹³⁶⁷ Condition qu'exprime l'article 102 TFUE.

¹³⁶⁸ Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, *British Airways*, T-219/99, point 127.

¹³⁶⁹ Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2009, *Commission/Clearstream*, T-301/04, point 144 ; voir également, l'arrêt de la Cour du 15 mars 2007, *British Airways*, C-95/04, points 106 et 107.

¹³⁷⁰ Arrêt de la Cour du 25 janvier 2007, *Dalmine*, C-407/04 P, point 89.

¹³⁷¹ Arrêt de la Cour du 25 janvier 2007, *Dalmine*, C-407/04 P, point 90.

¹³⁷² La position dominante envisagée par l'article 102 TFUE peut exister non seulement sur un marché où l'entreprise considérée offre des biens ou des services, mais également sur un marché où elle est demanderesse de biens ou de services. Pour un exemple, voir l'arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, *British Airways*, T-219/99, points 89 et s., la compagnie incriminée occupant une position dominante sur le marché des services d'agences de voyages aériens auxquels elle avait recours, ces services étant considérés comme un marché de services distinct de celui du transport aérien. Ainsi que l'observe le Tribunal, « l'article 82 CE s'applique en effet tant aux entreprises dont la position dominante éventuelle est constatée, comme en l'espèce, par rapport à leur fournisseurs qu'à celles qui sont susceptibles d'être dans la même position vis-à-vis de leurs clients » (point 101).

¹³⁷³ Quant à cette question, il faut constater l'absence quasi totale de doctrine. A relever cependant A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 277, pour qui le refus pour une entreprise en position dominante de contracter avec le soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre pourrait constituer un abus de position dominante.

technologique au préjudice des consommateurs ». Il s'agit là d'un autre cas de pratique abusive expressément visé par l'article 102 TFUE¹³⁷⁴.

Sauf cas exceptionnels, l'exigence de mise en concurrence résultant d'une situation comme celle décrite ci-dessus n'impliquerait pas d'appels d'offres formels.

Pour échapper à l'obligation de mise en concurrence déduite de l'article 102 TFUE, l'entreprise en position dominante pourrait invoquer « une justification économique objective »¹³⁷⁵. Si l'activité de l'entreprise en position dominante relevait d'un service d'intérêt économique général, l'article 106, paragraphe 2, TFUE, pourrait légitimer une dérogation à l'interdiction des abus de position dominante. Il faudrait cependant que l'absence de mise en concurrence soit nécessaire à l'exécution de la mission de service d'intérêt économique général attribuée à l'entreprise dominante¹³⁷⁶. Il s'agit d'une condition dont la réalisation paraît *a priori* peu probable.

(e) La réglementation concernant les aides d'Etat

385.- La réglementation des aides d'Etat fera l'objet d'un examen détaillé dans la troisième partie de ce travail (nos 521 et s.).

Cet examen montrera que la réglementation des aides d'Etat conduit à une exigence d'efficacité des procédures d'attribution. En revanche, une mise en concurrence n'est jamais formellement requise pour éviter la qualification d'aide d'Etat. Toutefois, elle peut réduire le risque de voir qualifier l'opération d'aide d'Etat.

Nous verrons, d'autre part, que la Commission exige des mises en concurrence afin de pouvoir déclarer certaines aides compatibles avec le marché intérieur.

3. Conclusion : solution proposée afin d'éviter des incohérences et de préserver la sécurité juridique

386.- L'examen qui précède a montré que le fondement théorique de la jurisprudence de la Cour concernant l'obligation de mise en concurrence est excessivement fragile^{1377 1378}. D'autre part, il résulte de cet examen qu'il n'est pas possible de dégager une obligation de mise en concurrence d'autres dispositions du droit primaire, sauf, de façon très limitée, de l'article 102 TFUE.

Nous avons pu constater par ailleurs que la Cour hésite sur la portée véritable de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire : publicité adéquate accompagnée de certaines autres

¹³⁷⁴ Article 102, alinéa 2, b), TFUE.

¹³⁷⁵ Voir par exemple en ce sens l'arrêt de la Cour du 15 mars 2007, *British Airways*, C-95/04 P, points 85 et 86. Une entreprise dominante sur le marché du mobilier en gros pourrait refuser de s'approvisionner auprès de fournisseurs n'ayant pas recours au travail d'enfants, ce refus étant objectivement justifié (voir en ce sens, T. VAN DER VIJVER, « Article 102 TFUE : How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of *prima facie* Dominance Abuses », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, pp. 121 et s., p. 130, qui ajoute cependant « under the assumption that the refusal does not entail great harm to consumer welfare »).

¹³⁷⁶ Voir au sujet de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, ci-dessous no 437. Voir en ce sens également C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public - L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2012, no 92.

¹³⁷⁷ Voir outre les voix critiques citées aux nos 369, 372 et 373, également A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, nos 251 à 254. Certains commentaires plutôt descriptifs s'abstiennent de toute critique (ainsi, par exemple, T. RONSE, « Intégration européenne : Le principe de non-discrimination, source d'obligations de faire à charge des pouvoirs adjudicateurs » in *Chronique des Marchés Publics*, C. De Koninck, P. Flamey, P. Thiel et B. Demeulenaere (éditeurs), EBP, 2010-2011, pp. 690 et s.

¹³⁷⁸ Pour les marchés de fournitures, il l'est encore davantage que pour les marchés de services et de travaux. A supposer même que l'absence de publicité adéquate défavorise principalement les entreprises établies dans d'autres Etats membres, il n'en résulte pas nécessairement une entrave à la libre circulation des marchandises. En effet, il se peut que l'entreprise nationale fournisse un produit importé alors qu'une entreprise d'un autre Etat membre fournisse un produit se trouvant déjà sur le territoire de l'Etat dont relève le pouvoir adjudicateur (voir cependant S. ARROWSMITH, « The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 255 et s., p. 258).

exigences visant à empêcher des discriminations en raison de la nationalité ou alors respect du principe d'égalité de traitement tout au long de la procédure d'attribution.

Nous verrons plus loin qu'à considérer l'attribution directe de marchés présentant un intérêt transfrontalier comme contraire aux articles 49 et 56 TFUE, l'ensemble des marchés publics et des concessions, mêmes ceux n'ayant individuellement pas d'intérêt transfrontalier, ainsi que d'autres opérations, telles des cessions d'immeubles ou de participations, devraient être précédés de publicité¹³⁷⁹. Il s'ensuivrait un élargissement du droit primaire que ni les auteurs des traités, ni le législateur européen n'ont envisagé.

Dans certaines situations, le pouvoir adjudicateur devrait être dispensé de mise en concurrence. Les libertés de circulation étant en jeu, la dispense ne pourra-t-elle résulter que de motifs impérieux d'intérêt général ? Des motifs simplement légitimes pourraient-ils suffire ?

Il n'est nul besoin d'insister : tout cela crée une forte insécurité juridique¹³⁸⁰. Il s'ajoute qu'en principe le droit prétorien de la mise en concurrence, s'appuyant sur le droit primaire, s'impose au législateur européen, ce qui peut considérablement entraver l'action de ce dernier. Ceci encore est source d'insécurité juridique. Déjà des voix se font entendre - et non les moins autorisées¹³⁸¹ - pour défendre un « principe de primauté du droit dérivé ».

Nous estimons pouvoir conclure de ce qui précède qu'en imposant une obligation de mise en concurrence déduite du droit primaire, la Cour s'est engagée - sans nécessité, puisque l'action du législateur européen pouvait y suppléer - dans une voie dangereuse, source d'insécurité juridique et soumettant, de surcroît, les rapports entre le droit primaire et le droit dérivé à rude épreuve¹³⁸².

387.- Ce que nous venons de dire ne signifie pas - loin de là - que les libertés de circulation ne devraient pas être appliqués aux marchés publics non soumis aux directives « marchés publics ». Ainsi, à chaque fois que la réglementation d'un Etat membre prévoit une mise en concurrence, les entreprises des autres Etats membres ont le droit d'y participer aux mêmes conditions que les entreprises nationales. Leur refuser ce droit constituerait à la fois à une discrimination directe en raison de la nationalité et une entrave à la libre prestation des services qui comporte le droit de participer aux procédures d'adjudication. De même, la liberté d'établissement se trouverait entravée. Conformément à la jurisprudence de la Cour dans d'autres domaines, cette protection devrait, selon nous, rester à sens unique. Des discriminations dites « à rebours » pourraient survenir¹³⁸³. Ne portant pas atteinte aux

¹³⁷⁹ Cf. ci-dessous, nos 473 et s.

¹³⁸⁰ En ce sens également, F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags - und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., p. 91 *in fine* ; S. TREUMER, « Cross border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 335 et s., point 1, note 5. Voir une violation du principe de sécurité juridique comme l'écrivent E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 152.

¹³⁸¹ Cf. ci-dessous, no 460.

¹³⁸² Il a par ailleurs été soutenu que l'attribution des marchés publics ayant trait au fonctionnement même des Etats membres, elle ne pourrait être appréhendée par le droit de l'Union sur le fondement d'« entraves » plutôt théoriques aux libertés fondamentales (en ce sens, F. MARX, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung um Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags - und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s., III, 4., a)). D'autres ont critiqué le non-respect de l'intention du législateur de l'Union qui a choisi de n'édicter des règles de passation que pour certains marchés (en ce sens S. ARROWSMITH, « The law of public and utilities procurement », *Sweet & Maxwell*, 2^e éd., London, 2005, no 4.15, p. 197). Cette dernière critique ne nous paraît pas pertinente. En effet, la question qui se pose est celle de savoir ce qu'implique le droit primaire. A cet égard, l'intention du législateur européen, qui se manifeste par l'adoption de textes de droit dérivé, ne devrait pas intervenir.

¹³⁸³ Au sujet des discriminations à rebours, cf. ci-dessous, no 388. Voir en sens contraire, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, nos 161, 162 et 163, qui admet l'application des

libertés fondamentales, les inégalités au détriment d'un soumissionnaire ayant la même nationalité que le pouvoir adjudicateur se situeraient hors du domaine du droit de l'Union. L'entrepreneur national, victime d'une discrimination, ne se trouverait pas protégé par le droit de l'Union. Les droits nationaux pourraient cependant y remédier facilement par des dispositions appropriées. De même, le législateur européen pourrait intervenir. C'est ce qu'il a fait d'ailleurs en adoptant les directives « marchés publics ». Dans ce cas, la matière en question entre dans le champ d'application du droit européen. Le principe d'égalité de traitement du droit européen s'applique alors en faveur de *toutes* les entreprises, y compris celles de même nationalité que le pouvoir adjudicateur¹³⁸⁴.

4. Situation lorsqu'une législation européenne est adoptée dans un domaine donné

388.- Vu la possibilité pour le législateur européen d'intervenir dans des domaines nouveaux n'ayant pas encore fait l'objet d'une réglementation européenne, le champ d'application du droit européen est essentiellement mouvant. Lorsqu'une directive d'harmonisation intervient, la législation nationale qui la transpose *met en œuvre* le droit européen. La Cour considère que les directives ont « pour effet de faire entrer *dans le champ d'application* du droit de l'Union la réglementation nationale en cause (...) qui appréhende une matière régie par cette même directive »¹³⁸⁵.

C'est à partir de la date d'expiration du délai imparti à l'Etat membre concerné pour la transposition de la directive que la réglementation nationale qui régit cette matière entre dans le champ d'application du droit de l'Union¹³⁸⁶. Les législations nationales transposant la directive devront respecter non seulement le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais également le principe d'égalité de traitement. Dans le domaine couvert par la directive, tous les intéressés, y compris les entreprises établies dans l'Etat membre du pouvoir adjudicateur, pourront invoquer le principe d'égalité de traitement. Il n'y a donc plus de place pour des « discriminations à rebours ».

L'égalité de traitement en faveur des nationaux ne va pas de soi en droit européen. En principe, celui-ci n'écarte le droit national contraire aux libertés fondamentales que dans la mesure où il restreint l'exercice de ces libertés par les ressortissants des autres Etats membres. Il ne s'oppose pas à la discrimination des ressortissants de l'Etat membre dont émane la mesure contraire aux libertés fondamentales. Il arrive ainsi que pour une même activité ou un même produit, les entreprises nationales soient soumises à un régime moins favorable que les entreprises des autres Etats membres.

Dans l'arrêt *RI. SAN*. (C-108/98) du 9 septembre 1999 où il s'agissait d'une concession de services, la Cour avait retenu que « les dispositions du traité relatives à la libre circulation, [...] imposent notamment aux Etats membres des obligations d'égalité de traitement et de transparence vis-à-vis des opérateurs économiques d'autres Etats membres » (point 20). Cet arrêt exclut cependant l'existence de ces mêmes obligations vis-à-vis d'une société qui « a son siège en Italie et n'opère pas sur le marché italien en se prévalant de la liberté d'établissement ou de la libre prestation de services » (point 21). Vu la *jurisprudence dominante*¹³⁸⁷ de la Cour, cette solution est aujourd'hui dépassée dans le domaine du droit primaire de la mise en concurrence.

Dans un arrêt du 18 février 1987¹³⁸⁸, la Cour s'est exprimée comme suit à l'égard d'une réglementation nationale obligeant les seuls producteurs nationaux de beurre d'indiquer les noms et adresses des producteurs, des fabricants, des préparateurs ou vendeurs dans le pays :

« Pour ce qui est de l'article 30 du traité CEE [actuel article 34 TFUE], il y a lieu de souligner que cette disposition a pour objet d'éliminer les entraves à l'importation de marchandises et non d'assurer que les marchandises d'origine nationale bénéficient, dans tous les cas, du même traitement que les marchandises importées ; une différence de traitement entre marchandises qui n'est pas susceptible d'entraver l'importation ou de défavoriser la commercialisation des marchandises importées ne relève pas de l'interdiction établie par cet article (arrêt du 23 octobre 1986, Gognet, 355/85, Rec. p. 3231).

Or, dans un cas tel que celui décrit par l'ordonnance de renvoi et à supposer qu'il existe une discrimination au détriment de beurre national, une telle différence de traitement ne saurait, en aucun

libertés fondamentales au bénéfice des nationaux en présence d'un élément transfrontalier, voire simplement par le fait qu'ils ont acquis une qualification dans un autre Etat membre ou y entretiennent une succursale.

¹³⁸⁴ Voir ci-dessous, le no 388.

¹³⁸⁵ Arrêt de la Cour du 19 janvier 2010, Küçükdeveci, C-555/07, point 25.

¹³⁸⁶ Arrêt de la Cour du 19 janvier 2010, Küçükdeveci, C-555/07, points 24 et 25.

¹³⁸⁷ Voir le no 345, *in fine*, pour l'explication de cette expression.

¹³⁸⁸ Arrêt de la Cour du 18 février 1987, Mathot, affaire 98/86, points 7, 8 et 9.

cas, entraver l'importation du beurre, ni défavoriser la commercialisation du beurre importé. L'article 30 du traité CEE [actuel article 34 TFUE] ne s'oppose donc pas à une telle réglementation.

En ce qui concerne le point de savoir si la différence de traitement susmentionnée serait de nature à enfreindre le principe général de non-discrimination, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour selon laquelle un traitement défavorable des produits de fabrication nationale par rapport aux produits importés, opéré par un Etat membre dans un secteur non soumis à une réglementation communautaire ou à une harmonisation des législations nationales, ne relève pas du champ d'application du droit communautaire (arrêt du 23 octobre 1986, précité)» (points 7, 8 et 9).

Il convient de relever que dans certains arrêts ultérieurs, rendus à propos de la libre circulation des marchandises, la Cour a retenu des solutions excluant une « discrimination à rebours »¹³⁸⁹.

Le principe d'égalité de traitement étant applicable dans le champ couvert par le droit dérivé, il peut en résulter dans certaines situations une obligation de mise en concurrence. Ces mises en concurrence devront en principe respecter les règles de mise en concurrence que la *jurisprudence dominante* déduit du principe d'égalité de traitement¹³⁹⁰. En revanche, contrairement aux marchés et aux concessions non soumis aux directives « marchés publics », la condition d'un intérêt transfrontalier¹³⁹¹ n'y intervient pas.

¹³⁸⁹ Voir en particulier l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2004, Carbonati Apuani, C-72/03, points 20 et s.

¹³⁹⁰ Voir ci-après les nos 389 et s.

¹³⁹¹ Voir ci-dessus, nos 342 et s.

Chapitre IV.- Le droit primaire des marchés publics suivant la jurisprudence de la Cour qui applique le principe d'égalité de traitement à tous les aspects de la passation des marchés publics et des concessions, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier

389.- Au fil du temps, la Cour a dégagé du principe d'égalité un assez grand nombre de règles de mise en concurrence. Nous les indiquerons ci-après. Certaines de ces règles ont été posées à l'occasion de marchés et de concessions non visés par les directives. D'autres l'ont été à propos de marchés soumis aux directives. Plutôt que de les rattacher au principe d'égalité de traitement, comme le fait la jurisprudence dominante, l'on pourrait envisager de les rattacher directement à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement en considérant que tout traitement inégal de compétiteurs d'autres Etats membres constitue une entrave à ces libertés¹³⁹². Sauf à l'avoir indiquée dans un arrêt plutôt ancien¹³⁹³, la Cour n'a pas suivi cette voie par la suite. Ainsi, dans ses arrêts du 21 février 2008 (Commission/Italie, C-412/04)¹³⁹⁴ et du 17 mars 2011 (Strong Segurança, C-95/10)¹³⁹⁵, ayant relevé que la différence de traitement critiquée ne constituait pas une discrimination suivant la nationalité, elle estima que cette différence de traitement ne relevait pas du droit primaire des marchés publics.

Section 1^{er}.- Les règles matérielles du droit primaire des marchés publics dégagées par la Cour

390.- Application de plein droit de ces règles

- « Dès lors que les obligations découlant du droit primaire relatives à l'égalité de traitement et à la transparence trouvent ainsi [...] à s'appliquer de plein droit à ces marchés pourtant exclus du champ d'application de ladite directive eu égard à leur montant, pour autant que soient remplies les conditions fixées par cette jurisprudence, il ne saurait être exigé que la législation nationale de transposition de ladite directive les rappelle expressément »¹³⁹⁶.

391.- Obligation de procéder à une publicité adéquate permettant une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité¹³⁹⁷ des procédures d'adjudication

- « L'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur »¹³⁹⁸.
- « Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de

¹³⁹² Voir en faveur de cette approche, M. KRÜGNER, « The Principle Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s., points 4.2 et 5.4). Voir également ci-dessus no 372 en note.

¹³⁹³ Arrêt de la Cour du 9 septembre 1999, RI.SAN, C-108/98, point 20.

¹³⁹⁴ Voir ci-dessus, no 361.

¹³⁹⁵ Voir ci-dessus, no 362.

¹³⁹⁶ Arrêt de la Cour du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04, point 82.

¹³⁹⁷ La Cour ne s'est pas encore prononcée sur la portée de l'exigence de publicité adéquate quant au *contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication*. D'aucuns estiment que les principes d'égalité de traitement et de transparence, joints au principe de protection juridictionnelle effective, imposent de rendre public le contenu des contrats (en ce sens, C. GINTER, N. PARRREST, M. A. SIMOVART, « Access to the Content of Public Procurement Contracts : the Case for a General EU-law Duty of Disclosure », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 156 et s., p. 157.

¹³⁹⁸ Arrêt de la Cour du 5 décembre 2013, Nordecon AS, C-561/12, point 36 ; l'arrêt de la Cour du 29 mars 2012, SAG ELV, C-599/10, point 25.

publicité adéquat permettant une ouverture de la concession de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »¹³⁹⁹.

- L'obligation de transparence n'implique pas nécessairement l'obligation de procéder à un appel d'offres¹⁴⁰⁰.
- La transparence doit cependant être telle qu'elle permette « qu'une entreprise située sur le territoire d'un Etat membre autre que celui ... [du pouvoir adjudicateur] puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession »¹⁴⁰¹.
- « L'obligation de transparence dans le sens d'une publicité adéquate comprend alors une forme de publicité avant l'attribution du marché public en cause, en d'autres termes, une publicité préalable »¹⁴⁰².
- « Il appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités de la concession de services en cause »¹⁴⁰³.

392.- Obligation de respecter le principe d'égalité de traitement à tous les stades de la procédure

- La Cour a retenu que « la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres »¹⁴⁰⁴.

¹³⁹⁹ Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 49 ; arrêt de la Cour du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, point 21 ; arrêt de la Cour du 13 septembre 2007, Commission/Italie, C-260/04, point 24 ; arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, point 49. Cf. également par exemple l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 25 ; l'arrêt de la Cour du 3 juin 2010, Sporting Exchange, C-203/08, point 41 ; l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08, point 50 ; l'arrêt de la Cour du 16 février 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10, point 55. Certains considèrent l'obligation de transparence comme un principe général du droit de l'Union (voir en ce sens, R. CARANTA, « The Borders of EU Public Procurement Law » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), DJØF Publishing, 2012, pp. 25 et s., point 3 in fine).

¹⁴⁰⁰ Arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 25 ; Arrêt de la Cour du 3 juin 2010, Sporting Exchange, C-203/08, point 41 ; arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08, point 50 ; arrêt de la Cour du 16 février 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10, point 55.

¹⁴⁰¹ Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 21 ; voir également l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 78. Cet arrêt a rejeté le recours en nullité introduit par l'Allemagne contre la *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s.).

¹⁴⁰² Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 79.

¹⁴⁰³ Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 50. A cet égard, la Commission a formulé certaines recommandations dans sa communication interprétative du 1^{er} août 2006 (*Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »*) (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s., point 2.1.2.)).

¹⁴⁰⁴ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, point 93 ; voir également l'arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 88. Ces exigences n'imposent pas de suivre un type de procédure déterminé. Le pouvoir adjudicateur peut donc avoir recours à des procédures comportant des négociations (voir en ce sens également, M. KRÜGNER, « The Principle Equal Treatment and Transparency and the Commission[s] Interpretative Communication on Concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s.). Dans sa communication du 1^{er} août 2006 (*Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »*), la Commission écrit :

- « Une phase au cours de laquelle, avant la réunion de la commission d'évaluation, les membres de celle-ci examinent, à titre individuel, les offres présentées fait partie intégrante de la procédure de passation du marché concerné »¹⁴⁰⁵.

393.- Respect des exigences du principe de transparence au-delà de celle d'une publicité préalable

- « Le principe de transparence, qui constitue le corollaire du principe d'égalité de traitement, a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur »¹⁴⁰⁶.
- « L'entité adjudicatrice doit respecter, à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres, non seulement le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, mais également celui de la transparence (...) . Ainsi, une société étroitement impliquée dans une procédure d'adjudication et qui a même été considérée comme lauréate de l'appel d'offres, doit recevoir, sans aucun retard, les informations précises concernant l'ensemble du déroulement de la procédure »¹⁴⁰⁷.
- « Le principe de transparence, qui constitue le corollaire du principe d'égalité de traitement ... implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier si effectivement les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause »¹⁴⁰⁸.

394.- Egalité quant à la formulation des demandes de participation et des offres

- La Cour a jugé que les principes d'égalité de traitement et de transparence « qui constituent la base des directives communautaires en matière de marchés publics, signifient notamment que les soumissionnaires, mêmes potentiels, doivent se trouver de manière générale sur un pied

« Les entités adjudicatrices ont la faculté de limiter le nombre de candidats à un niveau approprié, à condition de le faire d'une manière transparente et non discriminatoire. Elles peuvent, par exemple, appliquer des critères objectifs, tels que l'expérience des candidats dans le secteur en cause, la taille et l'infrastructure de leurs activités, leur capacité technique et professionnelle, etc. Elles peuvent même opter pour un tirage au sort, soit comme seul mécanisme de sélection, soit en combinaison avec d'autres critères. En tout état de cause, le nombre de candidats inscrits sur la liste restreinte doit répondre à la nécessité d'assurer une concurrence suffisante » (point 2.2.2.).

La Cour ne s'est jamais exprimée quant à la limitation du nombre des soumissionnaires sous le régime du seul droit primaire, ni, en particulier, quant au moyen de sélection quelque peu étrange du tirage au sort. Il n'empêche que le Tribunal a estimé dans son arrêt du 20 mai 2010 (Commission/Allemagne), T-258/06 que « ces exigences sont en complète adéquation avec les principes du traité CE et la jurisprudence de la Cour » (point 128).

¹⁴⁰⁵ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, point 61.

¹⁴⁰⁶ Arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99P, point 111 ; arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, Espagne/Commission, T-402/06, point 67 ; arrêt du Tribunal du 15 octobre 2013, *Europaïki Dynamiki*, T-474/10, point 66 ; arrêt du Tribunal du 15 octobre 2013, *Eurpaïki Dynamiki*, T-457/10, point 78, de même que l'arrêt du Tribunal du 13 décembre 2013, *European Dynamics Luxembourg*, T-165/12, points 47 à 49.

¹⁴⁰⁷ Arrêt du Tribunal du 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlement européen*, T-203/96, point 85. Cf. dans le même sens, l'arrêt du Tribunal du 28 janvier 2009, *Centro Studi Antonio Manieri Srl*, T-125/06, point 127.

¹⁴⁰⁸ Arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, Espagne/Commission, T-402/06, point 67 ; voir également l'arrêt du Tribunal du 15 octobre 2013, *Europaïki Dynamiki*, T-457/11, point 78.

d'égalité et disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres »¹⁴⁰⁹.

- La règle d'égalité de traitement des entreprises s'oppose à une règle « par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence »¹⁴¹⁰.

395.- Définition de l'objet du marché de manière à permettre la remise d'offres comparables

- Dans un arrêt du 22 avril 2010, la Cour a retenu que si les travaux sont insuffisamment définis et qu'ainsi que le prévoyait une loi espagnole sur les autoroutes¹⁴¹¹, pour l'attribution d'une concession de travaux de construction d'un tronçon d'autoroute, les soumissionnaires sont « totalement libres de soumettre des propositions dans lesquelles ils détermineraient la nature, l'étendue et la localisation géographique des travaux envisagés, d'une manière indépendante et sans la nécessité de viser un objet déterminé, aucune comparabilité de leurs offres ne serait [n'est] possible »¹⁴¹².

La publication de l'avis prévu par l'ancienne directive marchés publics de travaux 93/37/CE devant comporter « l'objet principal et les objets supplémentaires du contrat, la description et la localisation des travaux auxquels se réfère la concession, ainsi que la quantité et l'étendue globale de ceux-ci » garantit la réception d'offres comparables¹⁴¹³. Cette obligation de publicité « exprime, dans ce domaine, les principes d'égalité de traitement et de transparence, qui s'imposent en toutes circonstances aux pouvoirs adjudicateurs »¹⁴¹⁴.

La Cour ajoute : « Par la formulation des termes de l'avis de manière claire, la possibilité doit être objectivement offerte à tout soumissionnaire potentiel, normalement avisé et expérimenté et raisonnablement diligent, de se faire une idée concrète des travaux à effectuer ainsi que de leur localisation, et de formuler en conséquence son offre »¹⁴¹⁵. Elle admet cependant que les informations concernant une concession puissent « être explicitées dans le cahier des charges que l'autorité concédante doit établir et qui constitue le complément naturel de l'avis »¹⁴¹⁶.

- « l'article 30 du traité [actuellement l'article 34 TFUE] s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur introduise, dans le cahier des charges relatif audit marché, une clause exigeant,

¹⁴⁰⁹ Arrêt de la Cour du 12 novembre 2009, Commission/Grèce, C-199/07, point 37 ; cf. également : arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Michaniki, C-213/07 point 45 ; arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 47 ; arrêt de la Cour du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, point 54 ; arrêt du Tribunal de première instance du 14 octobre 1999, CAS Succhi di Frutta, T-191/96 et T-106/97, point 72.

¹⁴¹⁰ Arrêt de la Cour du 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 et C-34/03, point 36. Cette solution a été retenue sous le régime des directives « marchés publics ». Comme la Cour la justifie par la règle d'égalité de traitement des entreprises inscrite dans les directives « marchés publics », il faut supposer qu'elle vaut également pour les marchés qui sont uniquement soumis au droit primaire de la mise en concurrence.

¹⁴¹¹ La loi espagnole du 10 mai 1972, relative à la construction, à l'entretien et à l'exploitation des autoroutes au moyen de marchés de concessions (cf. le point 11 de l'arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07).

¹⁴¹² Arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07, point 71.

¹⁴¹³ Arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07, points 55 et 56. Il s'agit des informations à fournir d'après l'annexe V de la directive 93/37/CE quant à l'objet de la concession.

¹⁴¹⁴ Arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07, points 56 et 57. A noter d'ailleurs que moins les offres sont précises, plus l'adjudicataire a de liberté lors de l'exécution et plus le risque est grand que les solutions mises en œuvre, bien que conformes aux clauses du marché, divergent des besoins du pouvoir adjudicateur.

¹⁴¹⁵ Arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07, point 58.

¹⁴¹⁶ Arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07, point 60.

pour l'exécution de ce marché, l'utilisation d'un produit de marque déterminée, sans ajouter la mention « ou équivalent » »¹⁴¹⁷.

396.- Critères d'attribution - choix du pouvoir adjudicateur

- « (...) les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché, mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse »¹⁴¹⁸.

397.- Critères d'attribution - exigence d'un lien avec l'objectif du marché

- Les critères d'évaluation des offres doivent être liés à l'objectif du marché et être apte à en garantir la réalisation¹⁴¹⁹, solution retenue tant pour les marchés soumis aux directives que pour ceux qui n'en relèvent pas.
- « (...) 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 »¹⁴²⁰.
- Pour les marchés soumis aux directives, la Cour a retenu que les critères d'évaluation ne doivent pas nécessairement être susceptibles d'une évaluation économique directe¹⁴²¹. Ils peuvent être qualitatifs et comprendre des caractéristiques environnementales¹⁴²². Il faut supposer à plus forte raison qu'il en est de même pour les marchés non soumis aux directives.
- Un critère d'attribution visant à l'augmentation des quantités d'électricité produites à partir de sources d'énergie renouvelables « ne saurait être considéré comme incompatible avec les dispositions communautaires en matière de marchés publics du seul fait qu'il ne permet pas nécessairement d'atteindre l'objectif visé »¹⁴²³. On peut supposer qu'un tel critère ne serait pas non plus contraire au droit primaire.
- Ne saurait être valablement érigé en critère d'attribution la capacité des soumissionnaires à fournir la plus grande quantité possible au-delà même de la quantité faisant l'objet du marché¹⁴²⁴.
- « Un critère d'attribution se référant uniquement à la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dépassant la consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres ne saurait être considérée comme liée à l'objet du marché »¹⁴²⁵.
- Dans un arrêt du 10 mai 2012, la Cour a retenu ce qui suit :

¹⁴¹⁷ Ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, Bent Moustén, C-59/00, point 24 ; voir également, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 22 septembre 1988, Commission/Irlande, 45/87, point 22 (pour l'exigence que les matériaux utilisés soient certifiés conformes à une norme nationale).

¹⁴¹⁸ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03, point 68 ; arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03, point 77.

¹⁴¹⁹ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03, point 70 ; arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03, point 79.

¹⁴²⁰ Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 87.

¹⁴²¹ Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 85 ; arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, points 35 et suivants, pour le critère d'« énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables ».

¹⁴²² Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 85.

¹⁴²³ Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 53.

¹⁴²⁴ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03, points 69, 70 et 71 ; arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03, points 78, 79 et 80.

¹⁴²⁵ Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 68.

« Enfin, comme il résulte du point 110 des conclusions de Madame l'avocat général, il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci. C'est ainsi que la Cour a jugé, au point 34 de l'arrêt EVN et Wienstrom, précité, que la réglementation de l'Union en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, le pouvoir adjudicateur retienne un critère d'attribution consistant dans le fait que l'électricité soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce qu'un tel critère vise le fait qu'un produit soit issu du commerce équitable.

Force est donc de constater que le critère d'attribution litigieux présente, avec l'objet du marché concerné, le lien exigé à l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18, de sorte que le grief formulé par la Commission à cet égard n'est pas fondé »¹⁴²⁶.

On peut supposer que la règle selon laquelle les critères d'attribution ne doivent pas nécessairement porter sur des qualités intrinsèques d'un produit vaut également pour les marchés qui sont uniquement soumis au droit primaire. Il n'en serait autrement que si cette solution était contraire au droit primaire. Dans ce cas, cependant, la Cour n'aurait pas dû non plus l'admettre pour les marchés soumis aux directives¹⁴²⁷.

398.- Critères d'attribution - exigence de clarté

- Pour satisfaire au principe d'égalité de traitement, les critères d'attribution du marché doivent être « formulé[s] de manière suffisamment claire »¹⁴²⁸.
- « (...) tant le principe d'égalité de traitement que l'obligation de transparence qui en découle exigent que l'objet et les critères d'attribution des marchés publics soient clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de ceux-ci »¹⁴²⁹.
- « (...) 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 [dans l'affaire en question des éléments d'économie en matière de

¹⁴²⁶ Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, points 91 et 92. L'avocat général Juliane Kokott s'était exprimée comme suit : « En ce qui concerne, ensuite, le label «Max Havelaar», il est exact que celui-ci ne définit pas des caractéristiques des produits au sens strict, tels qu'ils sont objet des spécifications techniques (article 23 de la directive 2004/18) (49). Ce label indique cependant si les transactions dont les produits ont fait l'objet étaient équitables. Ce type d'aspect peut être pris en considération dans le cadre des conditions d'exécution du marché (article 26 de la directive 2004/18) (50). Le lien avec l'objet du marché (en l'occurrence la livraison d'«ingrédients» tels que du sucre, du lait en poudre et du cacao) ne saurait donc lui être dénié d'emblée. En effet, pour un pouvoir adjudicateur qui, comme en attestent les documents du marché, attache de l'importance à agir de manière socialement responsable, le point de savoir si les produits à fournir ont été achetés à leurs producteurs à des conditions équitables peut tout à fait faire une différence lors de la détermination du rapport qualité/prix. Certes, strictement parlant, le goût du sucre ne change pas selon qu'il est issu du commerce équitable ou non. Néanmoins, un produit qui a été commercialisé dans des conditions injustes laissera un goût amer dans la bouche d'un client conscient de ses responsabilités sociales [point 110].

Il serait certainement excessif si, dans le cadre de l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, un pouvoir adjudicateur entendait évaluer la politique générale d'achat des soumissionnaires potentiels et tenir compte du point de savoir si tous les produits qu'ils distribuent - indépendamment du point de savoir s'ils font l'objet du marché public en cause ou non - sont issus du commerce équitable » [points 111].

¹⁴²⁷ Cf. ci-dessous, les nos 459 et s. et le no 740.

¹⁴²⁸ Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 59.

¹⁴²⁹ Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 56 ; voir également l'arrêt de la Cour du 10 décembre 2009, Commission/France, C-299/08, points 41 et 43. A remarquer que les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE n'imposent pas dans tous les cas de communiquer les critères d'attribution dans l'avis de marché. Dans la procédure restreinte ou négociée, de même que dans le dialogue compétitif, les critères d'attribution peuvent n'être communiqués qu'ultérieurement avec l'invitation à présenter des offres, à participer au dialogue ou à négocier (annexe VII A, 23 et article 40 de la directive 2004/18/CE ; annexe XIII et article 47 de la directive 2004/17/CE ; annexe IV et article 34 de la directive 2009/81/CE).

consommation de carburant et de remplacement du moteur et de la boîte de vitesses] 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 »¹⁴³⁰.

- Ils « doivent être formulés dans le cahier des charges ou l'avis de marché de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière »¹⁴³¹.
- La Cour a retenu que « lorsqu'un pouvoir adjudicateur prescrit un critère d'attribution, en indiquant qu'il n'est ni disposé, ni en mesure de vérifier l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires, il enfreint le principe d'égalité de traitement, puisqu'un tel critère ne garantit pas la transparence et l'objectivité de la procédure d'adjudication »¹⁴³².
- La Cour en a déduit « qu'un critère d'attribution qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires est contraire aux principes du droit communautaire »¹⁴³³.

399.- Communication des critères de sélection et des critères d'attribution

- Un pouvoir adjudicateur qui a fixé dès avant la publication de l'avis de marché les règles de pondération pour les critères de sélection¹⁴³⁴ d'une procédure restreinte dont il prévoit l'utilisation, est tenu de les porter au préalable à la connaissance des candidats afin qu'un niveau adéquat de transparence soit assuré et que le principe d'égalité de traitement soit respecté¹⁴³⁵.
- La Cour exige que « tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relatives soient connus aux soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres »¹⁴³⁶.
- « Un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires »¹⁴³⁷, du moins, pour ce qui est d'une pondération, si, portée préalablement à la connaissance des soumissionnaires, elle leur aurait procuré des informations qui auraient pu influencer d'une manière significative la préparation de leurs offres ou si elle modifiait les critères d'attribution¹⁴³⁸.
- En règle générale, le principe d'égalité de traitement n'exige pas que « la pondération relative de critères utilisés par le pouvoir adjudicateur soit préalablement déterminée et annoncée aux soumissionnaires potentiels lorsqu'ils sont invités à présenter leurs offres »¹⁴³⁹.

¹⁴³⁰ Arrêt de la Cour du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, point 89. Solution déduite en partie du principe d'égalité de traitement à propos d'un marché soumis aux règles de l'ancienne directive sectorielle 90/531/CEE. Le pouvoir adjudicateur avait tenu compte lors de l'appréciation des offres d'éléments d'économie indiqués par le soumissionnaire auquel le marché a été attribué, d'abord classé second, pour inverser le classement.

¹⁴³¹ Arrêt de la Cour du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, points 41 et 42.

¹⁴³² Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 51.

¹⁴³³ Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 52.

¹⁴³⁴ Il faut considérer que le même principe vaut pour les critères de sélection dans les procédures négociées ou le dialogue compétitif.

¹⁴³⁵ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, point 99. Cet arrêt a été rendu au sujet d'un marché soumis à l'ancienne directive « marchés publics de travaux ». D'après la Cour, la solution retenue est « la seule qui soit apte à garantir un niveau adéquat de transparence et, partant, le respect du principe d'égalité de traitement dans les procédures d'adjudication des marchés auxquels cette directive [l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 93/37/CEE] s'applique » (point 99). Il faut donc considérer qu'elle vaut en principe également dans les marchés qui sont uniquement soumis au droit primaire.

¹⁴³⁶ Arrêt de la Cour du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, point 36.

¹⁴³⁷ Arrêt de la Cour du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, point 38.

¹⁴³⁸ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, point 48.

¹⁴³⁹ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, point 43.

- En revanche, la fixation de coefficients de pondération pour des sous-critères d'attribution préalablement publiés dans le cahier des charges n'est admise que sous trois conditions, à savoir qu'elle
 - « - ne modifie pas les critères d'attribution du marchés définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;
 - ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et
 - n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires »¹⁴⁴⁰.
- La Cour en a déduit « qu'un comité d'évaluation doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa tâche. Ainsi, il peut, sans modifier les critères d'attribution du marché établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyses des chiffres présentés »¹⁴⁴¹.

400.- Immutabilité des critères d'attribution

- « (...) les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure »¹⁴⁴².
- Ainsi, la pondération des critères d'attribution, fixée seulement après la remise des offres, même non encore portée à la connaissance des soumissionnaires, ne peut plus être changée après un premier examen des offres, car cela « reviendrait à modifier les critères sur base desquels le premier examen a été effectué »¹⁴⁴³.
- « S'agissant des critères d'attribution eux-mêmes, il convient d'admettre, à plus forte raison, que ceux-ci ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure d'adjudication »¹⁴⁴⁴. Dans un précédent arrêt du 25 avril 1996, la Cour avait réservé sa réponse à la question de savoir si le pouvoir adjudicateur était en droit de modifier les critères d'attribution en respectant l'égalité des candidats¹⁴⁴⁵. Dans un arrêt du 14 octobre 1999, le Tribunal décida que comme les conditions d'une substitution de fruits proposés en paiement des produits transformés demandés n'avaient pas été indiquées dans l'avis d'adjudication, il revenait à la Commission d'ouvrir une nouvelle procédure¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁰ Arrêt de la Cour du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, point 43 ; cf. également dans le même sens l'arrêt de la Cour du 24 novembre 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio, C-331/04, point 32, l'arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, Europaïki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA), T-70/05, point 148 ; de même que l'arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, Espagne/Commission, T-402/06, point 72.

¹⁴⁴¹ Arrêt de la Cour du 21 juillet 2011, Euraiiki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA), C-252/10P ; cf. dans le même sens une ordonnance rendue le 30 août 2012 par le président du Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg (pp. 9 et 10), statuant sur une demande en sursis à exécution (no 31 142 du rôle).

¹⁴⁴² Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, point 59 ; voir également : arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C- 448/01, point 92 ; arrêt de la Cour du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, point 43 ; arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 88.

¹⁴⁴³ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, points 57, 58, 61, 62 et 63.

¹⁴⁴⁴ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, point 60 ; arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C- 448/01, point 93. Ce dernier arrêt est intervenu au sujet d'un marché soumis à l'ancienne directive marchés publics de fournitures 93/36/CE. Cependant, comme la Cour fonde son raisonnement sur le principe d'égalité de traitement, on pouvait supposer que la solution valait pour les marchés publics soumis seulement au droit primaire, ce que confirme l'arrêt du 18 novembre 2010 (Commission/Irlande, C-226/09).

¹⁴⁴⁵ Arrêt de la Cour du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, points 73 et 91, au sujet d'un marché soumis aux règles de l'ancienne directive sectorielle 90/531/CEE.

¹⁴⁴⁶ Arrêt du Tribunal de première instance du 14 octobre 1999, CAS Succhi di Frutta, T-191/96 et T-106/97, point 81.

401. Elimination des offres tardives

- S'il a été spécifié que les offres doivent parvenir au pouvoir adjudicateur au plus tard à une heure déterminée, le principe d'égalité requiert l'élimination des offres tardive¹⁴⁴⁷.

402.- Evaluation des offres

- En particulier, le principe d'égalité de traitement s'applique lors de l'évaluation des offres¹⁴⁴⁸.
- « (...) 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 »¹⁴⁴⁹.
- La façon de départager deux soumissionnaires ayant le même nombre de points pour l'évaluation économique et pour l'évaluation technique de l'offre en tranchant automatiquement et définitivement en faveur de l'entreprise ayant fourni précédemment le même service est « discriminatoire »¹⁴⁵⁰.

403.- Conformité des offres au cahier des charges

- La Cour a retenu que « le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires exige que toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les différents soumissionnaires »¹⁴⁵¹.
- Si les documents du marché imposent la communication d'une pièce ou d'une information sous peine d'exclusion, cette condition doit être strictement observée par le pouvoir adjudicateur¹⁴⁵².

404. Négociations après le dépôt des offres ?- Clarification des offres ou des demandes de participation

- D'après un arrêt de la Cour du 29 mars 2012 « le principe d'égalité de traitement des candidats et l'obligation de transparence qui en découle, s'opposent dans le cadre de cette procédure [la procédure restreinte prévue par la directive 2004/18/CE], à toutes négociations entre le pouvoir adjudicateur et l'un ou l'autre des candidats »¹⁴⁵³. La Cour justifie l'interdiction de négociations à l'occasion d'une procédure restreinte par la considération que « permettre au

¹⁴⁴⁷ Voir en ce sens, l'arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, *Europaïki Dynamiki/ Agence Européenne pour la sécurité maritime*, T-70/05, point 102.

¹⁴⁴⁸ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, *Michaniki*, point 45 ; Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, point 47.

¹⁴⁴⁹ Arrêt de la Cour du 25 avril 1996, *Commission/Belgique*, C-87/94, point 56.

¹⁴⁵⁰ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, *Contse*, C-234/03, points 77 et 78 ; arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, *Commission/Espagne*, C-158/03, points 85 et 86. La Cour veut probablement dire discrimination en raison de la nationalité (cf. le point 26 de l'arrêt rendu dans l'affaire C-158/03). Il convient de signaler le caractère très restrictif de ces deux arrêts. A l'exigence que les critères d'attribution doivent être liés à l'objectif du marché et être aptes à en garantir la réalisation, la Cour ajoute celle de raisons impérieuses d'intérêt général légitimant le critère considéré. De plus, s'il résulte de ces critères une discrimination indirecte suivant la nationalité, le critère n'est admissible, d'après ces arrêts, que pour des motifs d'ordre public, de santé ou de sécurité publique, et non pour des motifs impérieux d'intérêt général (points 25 à 28, 35 à 41, 49, 60 et 61 (affaire C-234/03) ; points 35, 44 à 48, 57 à 63 (affaire C-158/03)).

¹⁴⁵¹ Arrêt de la Cour du 22 juin 1993, *Commission/Danemark*, C-243/89, point 37 ; arrêt de la Cour du 25 avril 1996, *Commission/Belgique*, point 70 ; arrêt du Tribunal de première instance, du 14 octobre 1999, *CAS Succhi di Frutta*, T-191/96 et T-106/97, point 72.

¹⁴⁵² Arrêt de la Cour du 10 octobre 2013, *Manova S/A*, C-336/12, point 40.

¹⁴⁵³ Arrêt de la Cour du 29 mars 2012, *SAG ELV*, C-599/10, point 36.

pouvoir adjudicateur de demander à un candidat dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges des éclaircissements à cet égard risquerait en effet de faire apparaître ce pouvoir adjudicateur, au cas où l'offre de ce candidat serait finalement retenue, comme ayant négocié celle-ci confidentiellement, au détriment des autres candidats, et en violation du principe d'égalité de traitement »¹⁴⁵⁴. Cet arrêt n'énonce pas d'interdiction de principe de négocier lors de la passation de marchés publics. C'est seulement parce que la procédure restreinte prévue par la directive 2004/18/CE ne prévoit pas de négociations que la Cour considère qu'il serait contraire à l'égalité des candidats de mener des négociations avec certains d'entre eux.

C'est, nous semble-t-il, par inadvertance que la Cour a généralisé l'interdiction de « toute négociation » dans un *obiter dictum* d'un arrêt ultérieur du 10 octobre 2013¹⁴⁵⁵.

En effet, la Cour s'y exprime comme suit :

« *Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics, ce qui implique que, en principe, une offre ne peut pas être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander des éclaircissements à un soumissionnaire dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges (voir, en ce sens, arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, non encore publié au Recueil, points 36 et 37).*

La Cour a toutefois précisé que l'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à ce que les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes (arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 40).

La Cour a dégagé dans cet arrêt certaines exigences qui encadrent cette faculté de demander par écrit aux soumissionnaires une clarification de leur offre.

Tout d'abord, une demande de clarification d'une offre, qui ne peut intervenir qu'après que le pouvoir adjudicateur a pris connaissance de l'ensemble des offres, doit, en principe, être adressée de manière équivalente à tous les soumissionnaires qui se trouvent dans la même situation (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, points 42 et 43).

Ensuite, la demande doit porter sur tous les points de l'offre qui requièrent une clarification (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 44).

En outre, cette demande ne peut pas aboutir à la présentation, par un soumissionnaire concerné, de ce qui apparaîtrait en réalité comme une nouvelle offre (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 40).

Enfin, et de façon générale, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il dispose en ce qui concerne la faculté de demander aux candidats de clarifier leur offre, le pouvoir adjudicateur doit traiter les candidats de manière égale et loyale, de telle sorte qu'une demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande (arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 41).

Cet enseignement, qui concerne les offres présentées par des soumissionnaires, est transposable aux dossiers de candidature déposés dans le cadre de la phase de présélection des candidats d'une procédure restreinte »¹⁴⁵⁶.

- « Bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées »¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁴ Arrêt de la Cour du 29 mars 2012, SAG ELV, C-599/10, point 37.

¹⁴⁵⁵ Arrêt de la Cour du 10 octobre 2013, Manova S/A, C-336/12.

¹⁴⁵⁶ Arrêt de la Cour du 10 octobre 2013, Manova S/A, C-336/12, points 31 à 38.

405.- Abandon d'une procédure d'attribution d'un marché public

- La Cour a considéré que ni la directive 92/50/CEE [l'ancienne directive « marchés publics de services »], ni la directive 93/37/CEE [l'ancienne directive « marchés publics de travaux »] ne prévoient que « la faculté du pouvoir adjudicateur de renoncer à passer un marché (...) pour lequel il y a eu mise en concurrence », implicitement admise par ces directives « est limitée aux cas exceptionnels ou doit nécessairement être fondée sur des motifs graves »¹⁴⁵⁸.

La Cour a retenu « que nonobstant le fait que la directive 92/50 ne régit pas spécifiquement les modalités de retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services, les pouvoirs adjudicateurs sont néanmoins tenus, lorsqu'ils adoptent une telle décision, de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier »¹⁴⁵⁹. De fait, les directives ne prévoient que l'obligation d'indiquer les motifs de la renonciation à passer le marché, exigence dictée d'après un arrêt de la Cour rendu au sujet d'un marché soumis à l'ancienne directive « marchés publics de services » 92/50/CEE « précisément par le souci de garantir un niveau minimal de transparence dans les procédures d'adjudication des marchés auxquels cette directive s'applique et, partant, le respect du principe d'égalité de traitement »¹⁴⁶⁰. Comme la Cour rattache cette exigence de motivation au principe d'égalité de traitement, il faut considérer qu'elles s'appliquent également lorsqu'un pouvoir adjudicateur entend renoncer à passer un marché public non soumis aux directives « marchés publics », mais présentant un intérêt transfrontalier. L'obligation de motiver la décision de renoncer à l'adjudication d'un marché peut d'ailleurs également se déduire du principe de bonne administration, lequel s'applique comme principe général du droit de l'Union au même titre que le principe d'égalité à partir du moment où l'on considère que les pouvoirs adjudicateurs agissent dans le champ d'application du droit de l'Union lorsqu'ils attribuent des marchés ou des concessions présentant un intérêt transfrontalier¹⁴⁶¹.

406.- Nouvelle mise en concurrence en cas de modifications substantielles au contrat

- En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial et sont, en conséquence,

¹⁴⁵⁷ Arrêt de la Cour du 5 décembre 2013, Nordecon, C-561/12, point 37.

¹⁴⁵⁸ Arrêt de la Cour du 18 juin 2002, C-92/00, Hospital Ingenieure (HI), point 40. Cette décision est intervenue au sujet d'un marché public de services soumis à l'ancienne directive marchés publics de services 92/50/CEE. Cf. également l'arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Metalmeccanica Fracasso, C-27/98, points 23 et 25.

¹⁴⁵⁹ Arrêt de la Cour du 18 juin 2002, C-92/00, Hospital Ingenieure (HI), point 47. Cf. également l'arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Metalmeccanica Fracasso, C-27/98, point 25. Dans cet arrêt, la Cour retient : « (...) 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 caractéristiques de différentes offres afin d'attribuer le marché conformément aux critères visés au titre IV, chapitre 3, de la directive 93/37 (point 32).

Il résulte de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'attribuer le marché au seul soumissionnaire jugé apte à y participer » (point 33).

La solution devrait être la même pour les marchés soumis seulement au droit primaire, sauf à supposer que la directive implique une solution contraire au droit primaire. Rien ne permet de penser que tel est le cas.

¹⁴⁶⁰ Articles 41, paragraphe 1^{er}, et 43, h) de la directive actuelle 2004/18/CE ; article 49, paragraphe 1^{er}, de la directive sectorielle actuelle 2004/17/CE ; articles 35, paragraphe 1^{er}, et 37, paragraphe 1^{er}, j), de la directive 2009/81/CE.

¹⁴⁶¹ Voir quant à l'application du principe de bonne administration également ci-dessus, no 376.

de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat »¹⁴⁶².

- « La modification d'un contrat de concession de services en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue »¹⁴⁶³. Ainsi, « un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue au contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat »¹⁴⁶⁴.
- « En général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considéré comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial »¹⁴⁶⁵. Une simple réorganisation interne du cocontractant de l'administration, ne constitue pas un changement d'un terme essentiel du marché¹⁴⁶⁶, ainsi, par exemple, lorsque l'activité est transférée à une filiale dont le capital est détenu intégralement par le cocontractant initial de l'administration, qu'il existe entre les deux sociétés un contrat de transfert de bénéfices, que la société qui a initialement contracté avec l'administration reste solidairement responsable de la bonne exécution des prestations par sa filiale et dispose d'un pouvoir de direction à son égard¹⁴⁶⁷.
- « (...) la conversion en euros des prix d'un marché en cours de validité peut être accompagnée d'un ajustement de leur montant intrinsèque sans qu'il en résulte une nouvelle passation de marché, à condition qu'un tel ajustement soit minime et s'explique d'une manière objective, ce qui est le cas s'il tend à faciliter l'exécution du marché, par exemple en simplifiant les opérations de facturation »¹⁴⁶⁸. De même, l'indice d'après lequel les prix du marché sont ajustés peut être remplacé par un indice plus récent, si l'avenant y relatif « s'est limité [se limite] à faire application des stipulations du contrat de base en ce qui concerne la tenue à jour de la clause d'indexation »¹⁴⁶⁹.
- Le fait que l'actionnariat d'une société anonyme cotée à la bourse soit susceptible de changer à tout moment « ne remet pas en question la validité de l'attribution du marché à une telle société »¹⁴⁷⁰. De même, des changements dans la composition des associés d'une « société coopérative enregistrée » à responsabilité limitée « n'entraînent pas en principe une

¹⁴⁶² Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, point 37 ; voir également l'arrêt de la Cour du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, point 34 ; l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, point 53.

¹⁴⁶³ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, point 38.

¹⁴⁶⁴ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, point 39. Voir également quant à cet arrêt, A.L. DURVIAUX, « La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire » in *Chronique des marchés publics*, 2010 - 2011, Constant De Koninck en EBP, 2011, pp. 935 et s., point 7.

¹⁴⁶⁵ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 40. Cet arrêt a été rendu à propos de l'ancienne directive « marchés publics de services ». Les solutions retenues sont cependant transposables aux marchés publics non soumis aux directives, mais présentant un intérêt transfrontalier, puisque la Cour les déduit de l'exigence de « transparence des procédures et l'[d']égalité de traitement des soumissionnaires » (point 34). Certains auteurs, estimant que sous certaines conditions des transferts de marchés devraient être admis, sont d'avis que par cet arrêt, la Cour n'a pas définitivement exclu la possibilité d'un transfert de contrats (voir en ce sens S. TROELS POULSEN, « The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law », *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 167 et s., point 5.4.2).

¹⁴⁶⁶ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 45.

¹⁴⁶⁷ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 44.

¹⁴⁶⁸ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 61.

¹⁴⁶⁹ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 68.

¹⁴⁷⁰ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 51.

modification substantielle du marché attribué à celle-ci »¹⁴⁷¹. La Cour admet cependant qu' « il pourrait en être autrement dans des cas exceptionnels, telles des manœuvres destinées à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics »¹⁴⁷².

- Dans la mesure où il n'est pas prouvé qu'elle fausse la concurrence au détriment de nouveaux soumissionnaires potentiels, une clause de non-résiliation pour une certaine durée dans un avenant à un marché à durée indéterminée ne peut être qualifiée de modification substantielle du contrat, pourvu que cette clause ne soit pas systématiquement renouvelée¹⁴⁷³.
- De même, « le simple fait que le pouvoir adjudicateur obtienne un rabais plus important sur une partie des prestations faisant l'objet du marché n'est pas susceptible d'entraîner une distorsion de concurrence au détriment de soumissionnaires potentiels » et ne doit donc pas être considéré comme une modification substantielle du contrat¹⁴⁷⁴.

407.- Durée des contrats - Obligation de remise en concurrence

D'après la Cour, il incombe au pouvoir public de remettre périodiquement en concurrence des autorisations limitées en nombre en matière de jeux de hasard¹⁴⁷⁵. De même, la durée d'une concession administrative pour le transport maritime de voyageurs - à supposer ce régime d'autorisation valable - ne saurait, sauf à être dûment justifiée, être de vingt, voire de trente ans, même si des investissements considérables étaient requis¹⁴⁷⁶. Il n'y a aucune raison pour que ces exigences ne s'appliquent pas également en matière de marchés publics et de contrats de concession.

408.- Obligation de résilier un marché en cas de violation de l'obligation de mise en concurrence ?¹⁴⁷⁷

- Il résulte des principes d'autonomie procédurale, de protection juridictionnelle effective et d'équivalence « que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 43 CE et 49 CE [actuels articles 49 et 56 TFUE], ainsi que l'obligation de transparence en découlant, n'imposent pas aux autorités nationales de résilier un contrat, ni aux juridictions nationales d'accorder une injonction dans chaque cas d'une prétendue violation de cette obligation lors de l'attribution de concessions de services. Il incombe à l'ordre juridique interne de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de cette obligation de manière que ces voies ne soient pas moins favorables que les voies de droit similaires de nature interne, ni ne rendent pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits »¹⁴⁷⁸.

409.- Primauté de l'obligation de mise en concurrence sur toute disposition contraire du droit national

- « (...) l'obligation de transparence découle du droit de l'Union, et notamment des articles 43 CE et 49 CE [actuels articles 49 et 56 TFUE] (voir en ce sens, arrêt Coname, précité, points 17 à 19). Ces dispositions, dont la Cour assure le respect, sont d'effet direct dans l'ordre juridique interne des Etats membres et priment toute disposition contraire du droit national.

En vertu, notamment, de l'article 4, paragraphe 3, TUE, il incombe à toutes les autorités des Etats membres d'assurer le respect des règles du droit de l'Union dans le cadre de leurs compétences (voir, en ce sens, arrêt du 12 février 2008, Kempster, C-2/06, Rec. p. I-411, point 4 et jurisprudence citée).

¹⁴⁷¹ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 52.

¹⁴⁷² Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, point 51.

¹⁴⁷³ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, points 75 à 80.

¹⁴⁷⁴ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, points 86 et 87.

¹⁴⁷⁵ Cf. ci-dessous, no 481.

¹⁴⁷⁶ Arrêt de la Cour du 9 mars 2006, Commission/Espagne, C-323/03, points 44 et 48.

¹⁴⁷⁷ Cf. à ce sujet également ci-dessus, no 39 et s.

¹⁴⁷⁸ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, points 63, 64 et 65.

Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union et permettant, en particulier, d'assurer le respect de l'obligation de transparence (...) »¹⁴⁷⁹.

§ 2.- Observations supplémentaires concernant les critères de sélection et d'attribution

A. Jurisprudence restrictive quant aux critères de sélection et d'attribution

410.- Dans deux arrêts rendus le 27 octobre 2005 au sujet des mêmes appels d'offres concernant des services sanitaires de thérapies respiratoires à domicile, la Cour a retenu que les éléments d'un appel d'offres sont « susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par des entreprises non établies ... [dans l'Etat membre du pouvoir adjudicateur], des libertés fondamentales garanties par le traité », si la présentation d'une offre en est rendue moins attrayante¹⁴⁸⁰. D'après ces arrêts, l'élément en question doit alors remplir quatre conditions, à savoir qu'il s'applique de manière non discriminatoire¹⁴⁸¹, qu'il soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'il soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'il poursuit et qu'il n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁴⁸².

Si un critère d'attribution est de nature à rendre la présentation d'une offre moins attrayante pour les entreprises établies dans d'autres Etats membres, il doit donc non seulement être lié à l'objectif du marché et apte à en garantir la réalisation, mais remplir en outre les quatre conditions qui doivent être réunies pour légitimer une restriction aux libertés de circulation.

Ainsi, quant au critère de la plus grande capacité de production et d'embouteillage, lequel n'était pour certains candidats de nature à rendre moins attrayante la présentation d'une offre, la Cour constate d'abord qu'il n'est pas lié à l'objectif du marché et apte à en garantir la réalisation (arrêt dans l'affaire C-234/03, point 70). La Cour retient d'autre part que ce critère n'est pas *nécessaire* à l'objectif visé (arrêt dans l'affaire C-234/03, points 73 et 74).

B. Observations

411.- A l'égard des critères d'évaluation, le contrôle devrait forcément se limiter à savoir s'ils sont liés à l'objectif du marché et sont aptes à en garantir la réalisation. En effet, de très nombreux marchés publics ne répondent ni à des motifs d'ordre public, de sécurité ou de santé publics, ni à des « motifs impérieux d'intérêt général », mais à de simples motifs d'intérêt général. Exiger que tout ce qui rend moins attrayant la présentation d'une offre soit justifié par des motifs impérieux d'intérêt général empêcherait des critères raisonnables, mais forcément restrictifs, liés à l'objet du marché.

Lors de l'attribution des marchés publics, des discriminations indirectes suivant la nationalité peuvent être légitimes sans être justifiées par des considérations d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, ni même par des considérations impérieuses d'intérêt général.

Dans l'affaire GAT (C-315/01) il fut question de l'exigence de pouvoir inspecter les moto-balayeuses faisant l'objet du marché dans un rayon de 300 km du lieu de l'adjudication. L'avocat général Geelhoed estima que « ... ce critère est cependant inadmissible, car un rayon de 300 km constitue une restriction réelle. Il joue en effet à l'avantage des soumissionnaires dont les clients et/ou l'établissement commercial sont situés à proximité du pouvoir adjudicateur, et qui ont donc en général la même nationalité que le pouvoir adjudicateur. Il est donc discriminatoire selon le pays d'origine des

¹⁴⁷⁹ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, points 68, 69 et 70.

¹⁴⁸⁰ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03, points 26, 27, 29 et 30 ; arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03, points 35, 36, 39, 40 et 41.

¹⁴⁸¹ Ceci n'est pas conforme à d'autres arrêts dans lesquels la Cour a retenu qu'une discrimination indirecte suivant la nationalité pouvait être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, seules les discriminations directes en fonction de la nationalité ne pouvant être justifiées que par des motifs d'ordre public, de sécurité ou de santé publiques conformément à l'article 52 TFUE. Cf. d'ailleurs M. FALLON et D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination », *Journal de droit européen*, 2010, p.166 avec la note 17, qui signalent cette incohérence.

¹⁴⁸² Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03, points 25, 33, 35 et suivants.

marchandises et/ou services concernés et selon la nationalité du fournisseur »¹⁴⁸³. Dans son arrêt du 19 juin 2003, la Cour n'est pas allée aussi loin. Elle s'est limitée à constater que ce critère n'était « pas de nature à permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, au sens de l'article 26, paragraphe 1, b), de la directive 93/36, et ne saurait dès lors en aucun cas constituer un critère d'attribution au sens de cette disposition »¹⁴⁸⁴. En effet, dans sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi avait, peut-être quelque peu imprudemment, désigné la condition de pouvoir inspecter les moto-balayeuses dans un rayon de 300 km comme critère d'attribution. En tant que critère d'attribution, cette condition était évidemment déraisonnable, car un examen au siège des fournisseurs potentiels aurait donné les mêmes résultats qu'un examen dans un rayon de 300 km. Ainsi, la Cour a évité de se prononcer sur le point de savoir si le pouvoir adjudicateur doit se déplacer sans limites en vue de la présentation des machines offertes ou s'il peut demander qu'elles lui soient présentées dans un rayon de 300 km, exigence qui n'est certainement pas déraisonnable.

Une clause exigeant que le service après-vente de moto-balayeuses¹⁴⁸⁵ puisse se faire dans un rayon de 150 km de leur lieu d'utilisation habituel indiquerait manifestement lieu à une discrimination indirecte suivant la nationalité, les soumissionnaires nationaux étant plus à même de remplir cette condition que des soumissionnaires d'autres Etats membres. Pourtant, la clause correspondrait à un intérêt légitime du pouvoir adjudicateur, lié à l'objet du marché et de nature à contribuer à en assurer l'objectif. Cela devrait être suffisant. Une municipalité finlandaise devrait-elle transporter ses moto-balayeuses en Autriche pour y faire effectuer un entretien ou des réparations ?

« Pourquoi ici appliquer des règles particulières ? » objectera-t-on peut-être à ce qui précède. Répondre que le bon sens le commande, ainsi que nous venons de le montrer paraîtra peut-être un peu court.

La raison véritable, nous semble-t-il, est que l'administration est libre de définir, ses propres besoins, tout comme elle est libre de contracter avec des entreprises privées ou de satisfaire ses besoins par ses propres moyens sans avoir recours au secteur privé¹⁴⁸⁶.

Il convient de rejeter l'idée que dans un marché public, tout élément susceptible de diminuer l'intérêt qu'une entreprise pourrait avoir de présenter une offre présente une entrave aux libertés fondamentales. Sinon, le lieu d'exécution, la langue de la procédure ou encore d'autres éléments constitueraient également des entraves aux libertés fondamentales¹⁴⁸⁷. Imposer des restrictions au droit de s'établir, de prester des services transfrontaliers, de déplacer des produits au-delà des frontières d'un Etat membre, c'est porter atteinte à un droit qui existe en l'absence de toute réglementation. En revanche, quant à la détermination du lieu d'exécution d'un marché public, à la définition des besoins de l'autorité, ou aux critères en fonction desquels l'autorité en question entend exercer son choix, les entreprises n'ont *a priori* aucun droit.

Concernant des règles de sélection de l'Union européenne de judo, la Cour s'est exprimée comme suit dans un arrêt du 11 avril 2000 (Christelle Delière ; C-51/96 et C-191/97) : « ... il suffit de constater que, si des règles de sélection telles que celles en cause au principal ont inévitablement pour effet de limiter le nombre de participants à un tournoi, une telle limitation est inhérente au déroulement d'une compétition sportive internationale de haut niveau, qui implique forcément l'adoption de certaines règles ou de certains critères de sélection. De telles règles ne peuvent donc en elles-mêmes être regardées comme constitutives d'une restriction à la libre prestation des services interdite par l'article 59 du traité [l'actuel article 56 TFUE] » (point 64).

¹⁴⁸³ Conclusions de l'avocat général Geelhoed du 10 octobre 2002 dans l'affaire GAT, C-315/01, point 59.

¹⁴⁸⁴ Arrêt de la Cour du 19 juin 2003, GAT, C-315/01, point 72.

¹⁴⁸⁵ Notons que ce type de clause se rencontre usuellement pour certaines acquisitions, par exemple pour des autobus de services municipaux.

¹⁴⁸⁶ C'est cette considération entre autres qui nous a fait mettre en doute le bien-fondé d'une exigence générale de mise en concurrence des marchés publics présentant un intérêt transfrontalier (cf. ci-dessus, no 372).

¹⁴⁸⁷ Cf. en ce sens également, quant à la libre circulation des marchandises, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulation of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 69 et 70. Voir cependant, en sens contraire nous paraît-il, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 165, qui envisage d'appliquer la jurisprudence *Keck*, mais qui s'exprime contre des entraves à l'accès aux marchés procédant du lieu d'exécution ou de la durée d'un marché.

La Cour ajoute :

« Au demeurant, l'adoption, aux fins d'un tournoi sportif international, d'un système de choix des participants par rapport à un autre doit être fondé sur un grand nombre de considérations étrangères à la situation personnelle d'un athlète quelconque, telles que la nature, l'organisation et le financement du sport concerné.

Si un système de choix peut s'avérer plus favorable envers une catégorie d'athlètes qu'une autre, il ne saurait être déduit de ce seul fait que l'adoption d'un tel système constitue une restriction à la libre prestation de services.

Dès lors, il revient naturellement aux entités concernées, telles que les organisateurs des tournois, les fédérations sportives ou encore les associations d'athlètes professionnels, d'édicter les règles appropriées et d'effectuer la sélection en vertu de celles-ci » (points 56, 66 et 67).

En principe, les clauses d'un marché public sont en tant que telles « inhérentes » à ce marché. A notre avis elles ne restreignent pas, sauf exception¹⁴⁸⁸, les libertés fondamentales. La conséquence en est que les clauses susceptibles de rendre la remise d'une offre potentiellement moins intéressante ne devront pas être justifiées par des motifs d'ordre public, de sécurité ou de santé publics ou d'autres motifs impérieux d'intérêt général. En revanche, s'il existe dans une procédure d'appel d'offres une inégalité de traitement qui ne repose sur aucun motif légitime, cette inégalité de traitement peut donner lieu, selon le cas, à une restriction prohibée à la libre circulation des marchandises, à la liberté d'établissement ou à la libre prestation des services¹⁴⁸⁹. Notons que cette façon de procéder protégera les entreprises d'autres Etats membres, mais non celles de l'Etat membre de pouvoir adjudicateur qui subiront le cas échéant une discrimination à rebours. Les Etats membres peuvent cependant assez aisément éviter de telles discriminations au détriment de leurs ressortissants par une disposition générale qui garantit à ces derniers des droits identiques dans des situations qui donneraient lieu, à défaut de disposition pareille, à une discrimination à rebours.

¹⁴⁸⁸ Ainsi, la clause d'un cahier des charges qui prescrit pour un marché de travaux la mise en œuvre de certains matériaux de fabrication nationale à l'exclusion de matériaux équivalents originaires d'un autre Etat membre ou prescrivant la fourniture de produits certifiés conformes à une norme nationale constitue une restriction de la libre circulation des marchandises (arrêt de la Cour du 22 septembre 1988, Commission/Irlande, affaire 45/87, points 19, 20 et 27 en particulier; arrêt de la Cour du 22 juin 1992, Stoerebelt, C-243/89, en particulier, points 4 et 23 ; ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-59/00, points 21 et 22).

¹⁴⁸⁹ En ce sens, on peut citer un arrêt de la Cour du 21 février 2008 (Commission/Italie, C-412/04, point 66) dans lequel elle admet que des « circonstances objectives » peuvent justifier l'absence de « transparence », donc de publicité préalable, ces circonstances objectives empêchant la différence de donner lieu à une violation des libertés fondamentales. Voir dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08, point 51. Voir également dans le sens que nous indiquons, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulation of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 86. Cf. cependant l'arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, point 38 et le no 458 ci-dessous.

Chapitre V.- Les exceptions à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire

412.- Faire l'inventaire des cas dans lesquels il peut être dérogé à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire est un exercice empreint d'incertitudes. Nous avons vu ci-dessus qu'une mise en concurrence conforme au droit primaire requérait des critères d'attribution *objectifs*¹⁴⁹⁰. N'y a-t-il pas toutefois des marchés impossibles à attribuer suivant des critères purement objectifs ? Nous estimons qu'il en est ainsi des contrats *intuitu personae* (Section 1^{re}).

Pour des motifs assez discutables, le Tribunal a estimé que les exceptions à la mise en concurrence prévues par les directives « marchés publics » peuvent être invoquées dans les mêmes conditions pour des marchés et des concessions qui sont uniquement soumises au droit primaire. Il convient donc, en principe, de considérer ces exceptions comme des exceptions au droit primaire. Aussi, nous avons omis de les examiner dans la première partie du travail. Nous les examinerons dans le présent chapitre (Section 2).

D'autres exceptions résultent de dispositions expresses du traité FUE. Il en est ainsi de l'exception en faveur d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique (Section 3). L'article 106, paragraphe 2, TFUE permet d'autres dérogations à l'obligation de mise en concurrence en faveur des services d'intérêt économique général (Section 4).

D'autres exceptions à l'obligation de mise en concurrence peuvent résulter des articles 36, 52 et 62 TFUE qui permettent de déroger aux libertés du marché intérieur pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. De même d'autres motifs impérieux d'ordre public, éventuellement de simples circonstances objectives, bien que ce soit moins évident, peuvent permettre de faire exception à une obligation de mise en concurrence (Section 3).

Section 1^{re}.- Exceptions inévitables pour des contrats conclus « *intuitu personae* »

§ 1^{er}.- Considérations générales

A. Dans les contrats conclus « *intuitu personae* », la confiance, élément subjectif, constitue un facteur décisif

413.- Certaines prestations se prêtent mal à une mise en concurrence. Il en est bien souvent ainsi pour des prestations intellectuelles comme les services juridiques, tout particulièrement la défense en justice, les prestations de conseil économique ou financier, ainsi que, d'une façon générale, pour les prestations de conseil.

Il n'est point besoin d'insister beaucoup. Les prestations de ce genre varient inévitablement selon le prestataire. Tel prestataire fournira un travail excellent, de façon rapide et efficace, là où un autre, après d'énormes efforts et d'interminables études préliminaires, ne remettra qu'un travail médiocre, voire passera à côté des véritables problèmes. Bien souvent ce ne sera que beaucoup plus tard que le client se rendra compte qu'il a été mal conseillé. Parfois, il ne le saura jamais.

Contrairement à d'autres services, comme par exemple des travaux de nettoyage, la copie ou le scannage de documents, des prestations de facturation, la réparation et l'entretien de machines, il est souvent malaisé de déterminer la qualité des prestations intellectuelles. Le plus souvent, il n'existe pas de normes dans ce domaine et il serait difficile d'en établir. Autant il est facile de contrôler le résultat de travaux de nettoyage, autant il peut être difficile de savoir si les recommandations du conseiller auquel on a eu recours étaient judicieuses¹⁴⁹¹.

Un maître d'ouvrage procède ou fait procéder à la vérification de travaux de construction à l'occasion de la réception des travaux. Ce contrôle intervient systématiquement dans tous les marchés de travaux.

En revanche, lorsqu'il s'agit de prestations intellectuelles le client en est réduit, dans une large mesure, à faire confiance à son cocontractant. Qu'un prestataire soit digne de confiance ou non, n'est d'ailleurs pas une question purement objective. Ce ne sont pas uniquement des éléments tels que les

¹⁴⁹⁰ Voir ci-dessus, no 397.

¹⁴⁹¹ Voir en ce sens, P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 223.

références (encore que certaines références ne soient même pas susceptibles d'être citées pour des raisons de secret professionnel ou de confidentialité) et les moyens humains dont dispose le prestataire qui vont amener le pouvoir adjudicateur à considérer que tel prestataire est digne de confiance. La qualité des rapports humains, la façon de travailler, la perception des problèmes, une certaine convergence des sensibilités sont indispensables.

Ce n'est que récemment que la Cour a fait référence à cet aspect des choses. Dans un arrêt du 17 mars 2011, *Strong Segurança*, C-95/10, elle observe ce qui suit :

« (...) conformément à la jurisprudence de la Cour, les marchés relatifs aux services figurant à l'annexe II B de la directive 2004/18 ont une nature spécifique (arrêt *Commission/Irlande*, précité, point 25). Ainsi, certains au moins de ces services présentent des caractéristiques particulières qui justifieraient que le pouvoir adjudicateur tienne compte, de manière personnalisée et spécifique, de l'offre présentée par les candidats à titre individuel. C'est le cas, par exemple, des « services juridiques », des « services de placement et de fourniture de personnel », des « services d'éducation et de formation professionnelle », ou encore des « services d'enquête de sécurité » (point 43) ».

B. Marchés publics de services non prioritaires

414.- Les prestations de service dont il était question dans l'arrêt du 17 mars 2011, que nous venons de citer, figurent sur les listes II B de la directive 2004/18/CE et XVII B de la directive 2004/17/CE. Ces prestations ne sont pas soumises à concurrence d'après les directives « marchés publics »¹⁴⁹². En revanche, d'après la Cour, ces marchés sont soumis au régime de mise en concurrence du droit primaire, s'ils présentent un intérêt transfrontalier certain¹⁴⁹³.

Comment tenir compte du caractère *intuitu personae* de certains de ces contrats ?

Il nous semble assez évident - même en admettant la théorie de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire - que de par leur nature, certains services, comme par exemple la défense en justice, ne devraient pas être soumis à concurrence en vertu du droit primaire. Une mise en concurrence en fonction, non de l'aptitude du prestataire, mais de l'offre économiquement la plus avantageuse conduirait à dénaturer ces services. Toutefois, une mise en concurrence en fonction de l'aptitude des candidats ne se conçoit guère. L'aptitude des concurrents relève en effet dans l'hypothèse envisagée pour une large part d'une compatibilité de points de vue et de la confiance accordée. Ce serait une illusion que de croire que ces éléments essentiellement subjectifs seraient susceptibles d'être évalués objectivement¹⁴⁹⁴. En définitive, la mise en concurrence ne serait qu'un simulacre. Cela étant, on voit mal comment l'absence de mise en concurrence pour ce type de prestation pourrait restreindre la libre prestation des services¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹² Les services non prioritaires ne sont soumis aux directives « marchés publics » que dans une mesure très limitée. Conformément à l'article 21 de la directive 2004/18/CE, ces contrats sont seulement soumis aux articles 23 (spécifications techniques) et 35, paragraphe 4 (obligation d'envoyer un avis d'attribution à la Commission). Cf. le no 253 sur la distinction entre marchés publics de services prioritaires et marchés publics de services non prioritaires.

¹⁴⁹³ Voir à ce sujet, le no 253 ci-dessus.

¹⁴⁹⁴ Voir en ce sens, quant à une procédure d'appels d'offres pour une privatisation partielle d'une entreprise publique chargée d'un service public, W. FRENZ, « Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen ? », *Die öffentliche Verwaltung*, 2002, pp. 186 et s., IV, 4., a) et b) et VI, 1.

¹⁴⁹⁵ Il nous semble en effet que s'il faut exclure l'obligation de mise en concurrence dans ces cas de figure, c'est parce que de par sa nature, la prestation ne se prête pas à une mise en concurrence et non parce qu'un motif impérieux d'intérêt général permettrait dans le cas envisagé de déroger aux libertés fondamentales et, dès lors à une mise en concurrence. Si la mise en concurrence conduit à ce que la prestation initialement envisagée change de manière substantielle, l'absence de mise en concurrence ne peut porter atteinte à la libre prestation des services, car c'est justement l'absence de mise en concurrence qui permet la prestation correspondant au besoin du pouvoir adjudicateur. Il faudrait éviter que sous prétexte de libre prestation des services et d'égalité, la prestation de certains services soit rendue impossible.

Les restrictions aux libertés fondamentales sont admises pour des motifs impérieux d'intérêt général, si elles sont adaptées au but poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et si elles ne constituent pas une discrimination ouverte. Dans la mesure où l'obligation de mise en concurrence est une conséquence des

Il faut souligner que ce que nous venons de dire cesse d'être vrai, dès lors qu'il s'agit de certains services de défense en justice dans lesquels l'aspect personnel est négligeable.

C. Une fixation préalable et globale des prix est souvent difficile dans les contrats *intuitu personae*

415.- La détermination du prix des prestations à fournir est un obstacle supplémentaire pour la mise en concurrence des contrats *intuitu personae*. Ces contrats portent souvent sur des prestations pour lesquelles il est difficile de fixer la rémunération de manière globale et préalable.

En fonction de quels éléments fixer la rétribution demandée lorsqu'il s'agit de tâches intellectuelles complexes ? Les difficultés à surmonter n'apparaissant qu'au fur et à mesure de l'avancement de la mission, il sera souvent impossible de communiquer aux candidats tous les éléments qui leur permettront d'évaluer le temps qu'il leur faudra pour accomplir la prestation. Souvent la difficulté de ce genre de mission consiste justement à identifier les vrais problèmes. Il arrive également que des éléments confidentiels influant sur le degré de difficulté de l'affaire ne puissent être communiqués qu'au candidat retenu.

Les difficultés que nous venons d'indiquer ne sauraient être contournées en fixant la rémunération suivant le temps consacré à la mission, cet élément, de même que la qualité du travail, étant très variables lorsqu'il s'agit de prestations intellectuelles complexes.

D. Cas des marchés publics de services prioritaires dans lesquels l'aspect personnel est important

416.- Certains services dits « prioritaires » des directives « marchés publics » revêtent un caractère *intuitu personae*; ainsi, par exemple, les services de recherche et de développement, les services de conseil en gestion ou encore les services d'architecture¹⁴⁹⁶.

Ces contrats sont soumis à toutes les dispositions des directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2004/17/CE. Ils sont obligatoirement attribués suivant le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse ou alors uniquement en fonction du prix. Ainsi, s'agissant de travaux comportant la réalisation d'une étude sur le cadastrage, l'urbanisation et l'acte d'exécution d'une collectivité territoriale, la Cour a considéré que les pouvoirs adjudicateurs, ont « *le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, [mais qu'] il n'en reste pas moins que ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* »¹⁴⁹⁷. La Cour en conclut :

« *Partant, sont exclus à titre de « critères d'attribution » des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont essentiellement liés à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question* » (point 30).

Si, contrairement à la pratique courante, l'aptitude des prestataires ne peut pas être prise en compte lors de l'attribution d'un marché public portant sur des services *intuitu personae*, la nature et le régime de droit privé applicable au contrat peuvent s'en trouver modifiés.

Des règles de mise en concurrence trop rigides peuvent ainsi empêcher la conclusion de certains types de contrats et rendre moins efficace l'action des pouvoirs adjudicateurs¹⁴⁹⁸.

D'un autre côté, le marché étant, à défaut, attribué en fonction de critères inadaptés à sa nature, le principe d'égalité s'oppose à ce qu'il ne soit pas tenu compte du caractère *intuitu personae* propre à la prestation considérée.¹⁴⁹⁹

libertés fondamentales, il faut admettre qu'en dehors du droit dérivé des marchés publics, un pouvoir adjudicateur pourra s'abstenir de procéder à une mise en concurrence pour des motifs impérieux d'intérêt général (voir en ce sens, les conclusions de l'avocat général Yves Bot du 17 décembre 2009, dans l'affaire C-203/08 (Sporting Exchange), point 190); voir également l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 140) (cf. à cet égard, ci-dessous, no 458).

¹⁴⁹⁶ Cf. l'annexe II A de la directive 2004/18/CE et l'annexe XVII A de la directive 2004/17/CE.

¹⁴⁹⁷ Arrêt de la Cour du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, point 29.

¹⁴⁹⁸ Cf. à ce sujet également les nos 559 et s. Ainsi, plus une réglementation sur les marchés publics est rigide, moins son domaine d'application devrait être étendu et plus elle devrait comporter d'exceptions.

Au point F. ci-après, nous verrons comment l'administration de l'Union parvient à résoudre cette difficulté dans ses marchés. Cette méthode - qui s'écarte de la règle de l'arrêt *Lianakis* que nous venons de citer - a reçu l'aval du Tribunal.

E. Exemple : les services de conseil et de gestion classés parmi les services prioritaires par les directives « marchés publics »

417.- Pour illustrer ce que nous venons de dire aux points C. et D., voyons l'exemple d'un marché de services de conseils en gestion, classé parmi les services prioritaires. Après avoir sélectionné les candidats aptes à accomplir la mission, le pouvoir adjudicateur est censé attribuer le marché en fonction de l'offre économiquement la plus avantageuse. A ce stade, l'aptitude des candidats (par exemple, l'expérience, la formation, ...) ne doit en principe plus intervenir (cf. ci-dessus le point D.). L'attribution du marché aura donc lieu essentiellement en fonction du prix le moins élevé. Or, la qualité des prestations de conseil variant *nécessairement* d'un prestataire à l'autre, quelque soin que l'on ait mis à définir la mission, ce critère, à lui seul n'est pas vraiment un critère objectif. Ainsi, si les critères de sélection requièrent une formation déterminée, suivie d'une expérience professionnelle de cinq ans au moins, il est assez probable que les services d'un conseiller disposant d'une formation et d'une expérience supérieure, toutes choses étant égales par ailleurs, seront de meilleure qualité. La distinction stricte que font les directives entre critères de sélection et critères d'attribution risque donc de conduire à un résultat contraire au principe d'égalité et à la bonne gestion des deniers publics.

C'est par conséquent à juste titre que le droit luxembourgeois des marchés publics prévoit une exception à l'obligation de mise en concurrence pour les marchés publics qui ne dépassent pas les seuils d'application des directives « lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ... »¹⁵⁰⁰. Le principe d'égalité de traitement ne nous semble pas s'opposer à cette exception que les directives « marchés publics » prévoient pas.

F. Manière de résoudre les difficultés signalées ci-dessus adoptée dans les marchés de l'Union

418.- Plutôt que de s'en tenir à une séparation stricte entre critères de sélection - lesquels portent sur les capacités financières, économiques et techniques des concurrents et ne devraient plus, en principe, intervenir au moment de l'attribution du marché - et critères d'attribution, l'administration de l'Union tient compte de l'aptitude des soumissionnaires au moment de l'attribution du marché¹⁵⁰¹.

Ainsi, par exemple - cette façon de procéder ayant été jugée licite par le Tribunal - l'administration de l'Union prend en considération des *curriculum vitae* aussi bien lors de la phase d'attribution que lors de la phase de sélection¹⁵⁰². Le Tribunal considère que l'utilisation de documents déjà présentés lors de la phase de sélection peut se justifier pendant la phase d'attribution « si elle sert dans cette dernière phase à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et non l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché, celle-ci ayant déjà été établie »¹⁵⁰³.

Pour un marché portant sur le développement d'une plateforme d'information informatique sur les accidents maritimes, le cahier des charges prévoyait comme critères d'attribution valant 20% la « compréhension des spécifications du cahier des charges et présentation succincte attestant de cette compréhension, et expérience antérieure dans un travail comparable »¹⁵⁰⁴. Entre autres, le requérant faisait valoir que ces critères étaient trop imprécis. Le Tribunal rejeta ce moyen au motif « *que les*

¹⁴⁹⁹ Cf. ci-dessus le point E.

¹⁵⁰⁰ Article 8, (1), i) de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics (Mémorial A no 172 du 29 juillet 2009).

¹⁵⁰¹ Pour un exemple, voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Europaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA)*, T-457/07, points 1 à 6 et 60 à 76.

¹⁵⁰² Voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Europaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA)*, T-457/07, point 74.

¹⁵⁰³ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Europaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA)*, T-457/07, point 75.

¹⁵⁰⁴ Voir l'arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, *Europaïki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA)*, T-70/05, points 16 et 33.

critères de qualité en cause, tels que l'organisation et la méthodologie envisagées pour la prestation des services, une bonne compréhension des spécifications du cahier des charges et la qualité des services demandés, lus dans leur contexte, à savoir à la lumière des précisions reprises au point 3 du cahier des charges (voir le point 19 ci-dessus), peuvent conditionner la bonne prestation des services à fournir et donc la valeur des offres en elles-mêmes. Ils sont dès lors des critères pertinents pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse »¹⁵⁰⁵.

Pour un autre marché, l'administration avait retenu comme critères d'attribution notamment « la méthodologie pour assurer la qualité du personnel, à évaluer sur base d'un questionnaire technique »¹⁵⁰⁶, l'« approche proposée pour la gestion rationnelle des connaissances acquises pendant les projets et d'autres bonnes pratiques »¹⁵⁰⁷.

De tels critères concernent moins l'offre en tant que telle que le soumissionnaire qui l'a formulée. La plus ou moins bonne compréhension du projet de la part d'un opérateur économique au moment où il prépare son offre n'influe pas sur l'étendue des engagements contractuels, ni sur le prix convenu. Il en est de même de la qualité d'un dossier d'offre ou de la « présentation, clarté, efficacité d'expression, manière de présenter l'information dans les documents fournis cités en référence, qualité rédactionnelle, etc. »¹⁵⁰⁸. Ces critères n'ont pas trait aux qualités intrinsèques de l'offre, mais aux efforts faits par les soumissionnaires pour obtenir le marché.

Or, qu'est-ce qui permet de supposer que le soumissionnaire victorieux fera preuve d'autant d'empressement lors de l'exécution du marché ? Rien à vrai dire, si ce n'est l'*intuitus personae*, c'est-à-dire la confiance que le pouvoir adjudicateur lui accorde. Sous les dehors d'une démarche objective le processus d'attribution repose en définitive sur des éléments subjectifs sans lien nécessaire avec l'exécution du marché. L'adjudicataire obtient le marché, parce que le pouvoir adjudicateur veut bien croire que l'exécution du marché correspondra à la bonne impression laissée par l'adjudicataire lors de la mise en concurrence.

Le large pouvoir d'appréciation que la jurisprudence reconnaît à l'administration de l'Union pour la passation des marchés publics¹⁵⁰⁹ renforce le caractère subjectif de cette démarche. Plus haut, nous avons signalé lors de l'attribution de certains marchés, qu'il était impossible de faire abstraction de l'*intuitus personae*. Aussi, le fait que des considérations subjectives interviennent lors de l'attribution de ces marchés ne nous paraît pas critiquable en soi. Encore faut-il en être conscient et permettre au pouvoir adjudicateur d'agencer la procédure d'attribution en conséquence, le cas échéant, en recourant à des négociations intégrant des éléments de concours¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, *Europaïki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA)*, T-70/05, point 136.

¹⁵⁰⁶ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Europaïki Dynamiki/Agence européenne de sécurité des aliments (EFSA)*, T-457/07, point 5.

¹⁵⁰⁷ Pour un exemple, voir l'arrêt du Tribunal du 17 octobre 2012, *Europaïki Dynamiki/Cour de justice*, T-447/10, point 7.

¹⁵⁰⁸ Pour un exemple, voir l'arrêt du Tribunal du 17 octobre 2012, *Europaïki Dynamiki/Cour de justice*, T-447/10, point 7.

¹⁵⁰⁹ Voir à ce sujet, no 724.

¹⁵¹⁰ Voir en ce sens également, P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, nos 169 et 170.

Section 2.- Les exceptions prévues dans les directives marchés publics

§ 1^{re}.- D'après le Tribunal et la Commission, les dispenses de mise en concurrence des directives « marchés publics » valent également pour les marchés qui sont seulement soumis au droit primaire

419.- Dans sa *Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics* d'août 2006¹⁵¹¹, la Commission avait défendu le point de vue que les exceptions à la publicité préalable prévues par les directives pourraient être invoquées sous les mêmes conditions pour les marchés et les concessions non soumis aux directives « marchés publics ». Le Tribunal confirma ce point de vue pour un motif assez peu convaincant dans un arrêt du 20 mai 2010¹⁵¹². Le Tribunal précise que cela « n'exclut nullement la possibilité d'existence d'autres dérogations à l'obligation de publicité préalable »¹⁵¹³. C'est en ce sens également que la Commission s'était exprimée dans sa communication interprétative.

§ 2.- Exclusions prévue par l'article 16 de la directive 2004/18/CE et l'article 24 de la directive 2004/17/CE¹⁵¹⁴

420.- Il s'agit d'exceptions qui, pour une large part, peuvent se justifier par le caractère « *intuitu personae* » des contrats envisagés.

A. Marchés de services ayant pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles (article 16, a), de la directive 2004/18/CE ; article 24, a), de la directive 2004/17/CE ; article 13, e) de la directive 2009/81/CE)

421.- Les directives 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE excluent de leurs champs d'application les « marchés publics de services ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles

¹⁵¹¹ *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumis ou partiellement soumis aux directives « marchés publics »*, point 2.1.4 (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s.), point 2.1.4.

¹⁵¹² Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 141 ; *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics*, point 2.1.4 (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s.) ; cf. également les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-525/03 (Commission /Italie), points 46 à 48 ; conclusions de l'avocat général Stix Hackl du 12 avril 2005 dans l'affaire C-231/03 (Coname), point 93. Le raisonnement auquel les avocats généraux recourent pour justifier cette solution est assez faible, puisqu'il fait appel au droit dérivé pour expliquer la portée du droit primaire. Ainsi, l'avocat général Jacobs s'appuie sur la considération que les dispenses figurant dans les directives « marchés publics » seraient inutiles si le droit primaire ne les permettait pas. Dans son arrêt du 20 mai 2010, le Tribunal se réfère aux conclusions des avocats généraux Stix Hackl et Jacobs et reproduit le raisonnement de ce dernier. Ce type de raisonnement inverse la hiérarchie entre le droit primaire et le droit dérivé. Le législateur se voit assigner un pouvoir que les traités ne lui reconnaissent pas et la sécurité juridique s'en trouve compromise. Contre une telle interprétation cf. également par exemple, E. PIJNACKER HORDIK, « Are there any limits to the interpretation creativity of the Court of Justice of the European Communities ? » in *Liber Amicorum in honour of Sven NORBERG*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 426. Voir cependant en faveur de l'interprétation du droit primaire en ayant recours au droit dérivé, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC Regulation of Public Procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 50 et s. et p. 84.

¹⁵¹³ Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 139.

¹⁵¹⁴ L'article correspondant de la directive 2009/81/CE contient un certain nombre d'exceptions supplémentaires (cf. à ce sujet, le no 168).

qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens »¹⁵¹⁵.

Les contrats de service relatifs à la location ou à l'acquisition d'immeubles visés par cette exclusion sont notamment les services d'intermédiaire.

Le vingt-quatrième considérant de la directive 2004/18/CE précise lapidairement que ces marchés « présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés publics ».

Les contrats d'intermédiaire sont des contrats dans lesquels l'*intuitus personae* occupe une place importante. L'intermédiaire n'assume en général qu'une obligation de moyens. Il ne sera pas jugé fautif du simple fait de ne pas avoir obtenu le résultat espéré. Un professionnel plus habile ou plus diligent réussirait peut-être là où le cocontractant du pouvoir adjudicateur échoue. Pour pouvoir engager la responsabilité de l'intermédiaire, l'administration devrait rapporter la preuve d'un manquement en rapport causal avec l'échec de la mission. Cette preuve est le plus souvent difficile, voire impossible à rapporter. Aussi, le pouvoir adjudicateur supporte à cet égard un risque qu'il ne supporte pas dans les contrats où le prestataire de service assume une obligation de résultat. Inversement, le succès plus ou moins rapide de l'intermédiaire dans l'accomplissement de sa mission ou son échec dépendent de l'attitude du pouvoir adjudicateur. La prestation de l'intermédiaire se limite en effet le plus souvent à présenter des intéressés à son client. La conclusion effective du contrat entre ces derniers dépend ensuite de facteurs qui échappent pour une large part à l'emprise de l'intermédiaire : les parties réussissent-elles à se mettre d'accord sur les conditions de l'opération ? La personne présentée inspire-t-elle suffisamment confiance ? Sa solvabilité ne paraît-elle pas douteuse ?

Vu le caractère *intuitu personae* prononcé des contrats d'intermédiaire, c'est à juste titre que les contrats d'intermédiaire en matière immobilière sont exclus des directives « marchés publics ».

Ces mêmes considérations justifient d'une façon générale d'exempter les contrats d'intermédiaire de mise en concurrence. Les services d'intermédiaire dépassant les seuils des directives « marchés publics » n'y sont d'ailleurs soumis que très partiellement, puisqu'ils figurent parmi les services non prioritaires et ne sont donc pas soumis à concurrence d'après les directives¹⁵¹⁶.

B. D'autres exclusions spécifiques prévues à l'article 16 de la directive 2004/18 et à l'article 24 de la directive 2004/17/CE se justifient en partie par des considérations similaires

422.- Ainsi en est-il 1) des services d'arbitrage et de conciliation 2) des contrats d'emploi¹⁵¹⁷ 3) de certains contrats de recherche et de développement¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁵ Les marchés de services financiers « conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location [de terrains, de bâtiments existants ou d'autres immeubles], sous quelque forme que ce soit » sont soumis aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (article 16, a) de la directive 2004/18/CE et 24, a) de la directive 2004/17/CE).

¹⁵¹⁶ Ils sont à classer dans la catégorie « autres services » de la liste B des trois directives « marchés publics ».

¹⁵¹⁷ Voir en ce sens, J. AICHER, « Die Ausnahmetatbestände » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 254.

¹⁵¹⁸ Il s'agit des contrats de recherche et de développement entièrement rémunérés par le pouvoir adjudicateur, mais dont les fruits n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité (article 16, f). Les services de recherche et de développement qui ne répondent pas à ces conditions constituent des services prioritaires de la catégorie 8 de l'annexe II A de la directive 2004/18/CE et de l'annexe XVII A de la directive 2004/17/CE. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait effectuer des travaux de recherche exclusivement pour son activité propre, il doit procéder conformément aux procédures ordinaires de la directive, donc sous le régime de la directive 2004/18/CE, en principe, en ayant recours à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte sous le régime de la directive 2004/18/CE. Le cas échéant, l'article 30, c) de la directive 2004/18/CE permettra de recourir à la procédure négociée, lorsqu'il sera possible de considérer que les « spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte ». La distinction faite par la directive entre les marchés dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur et ceux pour lesquels cela n'est pas le cas serait motivé par le souci d'éviter que des subventions à la recherche ne soient considérées comme des marchés publics (voir en ce sens, J. AICHER, « Die Ausnahmetatbestände » in *Kompendium des*

L'article 16, b) de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE exclut du champ d'application de la directive les marchés publics de services « concernant l'achat, le développement, la production ou la coproduction des programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et concernant les temps de diffusion ». Cette exception ne vise que les seuls marchés qui ont un rapport « avec les activités qui relèvent de l'accomplissement de la mission de service public proprement dite des organismes de radiodiffusion publics »¹⁵¹⁹. Cette exclusion ne concerne pas « la fourniture du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission des programmes »¹⁵²⁰. D'après la Cour, cette disposition « reflète le même souci que celui qui est exprimé dans la Constitution allemande, à savoir la garantie de l'accomplissement de la mission de service public des organismes de radiodiffusion publics en toute indépendance et impartialité »¹⁵²¹.

§ 3.- Cas dans lesquels les directives « marchés publics » permettent de recourir à des marchés négociés sans publication préalable d'un avis de marché

423.- Ces cas sont indiqués à l'article 31 de la directive 2004/18/CE, à l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE¹⁵²², et à l'article 28 de la directive 2009/81/CE qui ajoute trois exceptions¹⁵²³.

A. Evolution des règles européennes relatives à la passation des marchés négociés

1. Situation au moment de l'adoption des premières directives « marchés publics »

424.- La première directive travaux 71/305/CE ne prévoyait pas de mise en concurrence pour les marchés « de gré à gré »¹⁵²⁴. La directive ne permettait ce type de passation que dans un nombre limité de cas^{1525 1526}.

Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008, p.269). Or, justement, cette situation n'est pas visée par le texte en question, qui suppose un financement intégral par le pouvoir adjudicateur (voir en ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 6.57, p. 320). En réalité, le critère de distinction employé ne se justifie que difficilement. Qu'importe-t-il en effet que certains fruits de la recherche payée par le pouvoir adjudicateur ne lui appartiennent pas exclusivement ? Il en est de même de la condition que la prestation du service doit être entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur. L'exception prévue à l'article 16, b) de la directive 2004/18/CE est à rapprocher de celle de l'article 31, 2), a) pour des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement (voir les nos 434 et s.).

¹⁵¹⁹ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Bayrischer Rundfunk, C-337/06, point 64.

¹⁵²⁰ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Bayrischer Rundfunk, C-337/06, point 65. Cf. également le vingt-cinquième considérant de la directive 2004/18/CE.

¹⁵²¹ Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Bayrischer Rundfunk, C-337/06, point 63, ainsi que les conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer du 6 septembre 2007, point 80 ; cf. également le vingt-cinquième considérant de la directive 2004/18/CE.

¹⁵²² L'article 31 de la directive 2004/18/CE et l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE sont identiques sauf quelques rares différences sur des points qui ne sont pas essentiels.

¹⁵²³ Cf. pour la directive 2009/81/CE également le no 174.

¹⁵²⁴ L'expression de « gré à gré » n'était pas employée par la directive. Le septième considérant de la directive 71/305/CE indiquait « qu'il importe de prévoir des cas exceptionnels dans lesquels les mesures de coordination des procédures peuvent ne pas être appliquées, mais qu'il importe aussi de limiter ces cas expressément ».

¹⁵²⁵ Cf. l'énumération à l'article 9 de la directive 71/305/CEE.

¹⁵²⁶ Au niveau national, Maurice-André Flamme écrivait en 1969 dans son *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, t. I, pp. 575-576, que la mise en concurrence dans les marchés de gré à gré à laquelle il était fait référence à l'article 12, d de la loi belge du 4 mars 1963 « peut difficilement s'interpréter autrement que comme un conseil de bonne gestion ».

En revanche, en France, un décret du 13 mars 1956 (Journal officiel de la République française, 16 mars 1956, pp. 2562 et s.) imposait une mise en concurrence préalable :

Ces marchés négociés étaient dispensés de l'observation des règles de la directive, sauf celles relatives aux spécifications techniques¹⁵²⁷. Ces marchés échappaient donc à l'essentiel des règles de la directive 71/305/CE, dont l'obligation de mise en concurrence.

2. Situation actuelle

425.- Depuis 1988, la législation européenne fait la distinction entre les marchés négociés avec publication d'un avis de marché¹⁵²⁸ et ceux sans avis de marché¹⁵²⁹. La première à faire cette distinction fut la directive 88/295/CEE du 22 mars 1988 qui modifia la directive marchés publics de fournitures 77/62/CEE¹⁵³⁰, suivie par la directive 89/440/CEE, modifiant la directive marchés publics de travaux 71/305/CEE¹⁵³¹. C'est ainsi qu'un avis de marché préalable devint obligatoire pour de nombreux marchés qui, jusque-là, avaient échappé à la mise en concurrence des directives. La procédure négociée sans avis de marché fut limitée pour l'essentiel à des cas exceptionnels où il n'est pas raisonnable de prescrire une mise en concurrence.

La procédure négociée sans publication d'un avis de marché n'implique pas - affirme-t-on d'ordinaire - de mise en concurrence¹⁵³². Cependant, même dans ces cas, l'Accord sur les marchés publics impose de ne pas « ramener la concurrence en deçà du maximum possible » (article XV, paragraphe 1^{er})¹⁵³³. Cette obligation vaut dans le champ d'application de l'Accord sur les marchés publics qui recouvre en principe - parfois même, dépasse - celui des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE¹⁵³⁴. Nous avons vu qu'il existe de sérieux arguments pour dire que l'Accord sur les marchés publics est directement applicable¹⁵³⁵.

« Les marchés sont dits « de gré à gré » lorsque l'administration engage librement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue librement le marché à l'entrepreneur ou au fournisseur qu'elle a retenu. L'administration reste tenue de mettre en compétition, dans toute la mesure possible et par tous les moyens appropriés, les entrepreneurs ou fournisseurs susceptibles de réaliser la prestation qui doit faire l'objet d'un tel marché.

La procédure des marchés de gré à gré ne peut être utilisée que dans les cas prévus aux articles 35 et 36 ci-après » (article 34).

¹⁵²⁷ Cf. les articles 9 et 10 de la directive 71/305/CEE.

¹⁵²⁸ Les dispositions actuelles étant l'article 30 de la directive 2004/18/CE, l'article 40, paragraphe 2, et l'article 1^{er}, paragraphe 9, c) combinés de la directive 2004/17/CE ainsi que l'article 25 de la directive 2009/81/CE.

¹⁵²⁹ Les dispositions actuelles étant l'article 31 de la directive 2004/18/CE, l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE et l'article 28 de la directive 2009/81/CE.

¹⁵³⁰ Cf. le nouvel article 6 de cette directive.

¹⁵³¹ L'intention du législateur était d'éviter le recours à l'article 9 de la directive 71/305/CE qui permettait de soustraire de manière exceptionnelle un marché aux règles de la directive :

« Considérant qu'il est indiqué d'instaurer une procédure négociée qui existe déjà dans la pratique de certains Etats membres pour limiter les recours à la procédure d'exception prévue à l'article 9 de la directive 71/305/CEE ;

Considérant que la procédure négociée doit être considérée comme exceptionnelle et qu'elle ne doit donc être appliquée que dans ces cas limitativement énumérés » (quinzième et seizième considérants de la directive 89/440/CE du Conseil du 18 juillet 1989).

¹⁵³² L'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE indique d'ailleurs que dans les cas exceptionnels qu'il énonce, les procédures négociées ont lieu « sans mise en concurrence » préalable.

¹⁵³³ Cf. ci-dessus, no 289.

¹⁵³⁴ Cf. ci-dessus, nos 286 et s.

¹⁵³⁵ Cf. ci-dessus, nos 293 et s.

B. Cas prévus par les directives « marchés publics »

1. Principes

426.- La Cour a retenu que les dispositions qui exemptent d'une publicité préalable doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive¹⁵³⁶. La charge de la preuve que les conditions d'application de l'exception sont remplies incombe à la partie qui souhaite s'en prévaloir¹⁵³⁷. L'énumération dans les directives « marchés publics » des cas dans lesquels il peut être recouru à la procédure négociée sans publication préalable est limitative¹⁵³⁸. Les Etats membres ne sont pas autorisés à assortir ces exceptions de conditions non prévues par les directives de nature à faciliter le recours à l'exception¹⁵³⁹. De même, en principe, le souci de respecter un engagement contractuel ne pourrait justifier l'absence de mise en concurrence¹⁵⁴⁰.

2. Les différents cas d'exception à la publicité préalable prévus par les directives « marchés publics »

(a) « Lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission à sa

¹⁵³⁶ Arrêt du Tribunal du 15 janvier 2013, Espagne/ Commission, T-54/11, point 35 ; arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, point 56 ; arrêt de la Cour du 2 octobre 2008, Commission/Italie, point 23, d'une manière tout à fait générale ; arrêt de la Cour du 8 avril 2008 (grande chambre), Commission/Italie, C-337/05, point 57, également d'une manière tout à fait générale ; arrêt de la Cour du 4 juin 2009, Commission/Grèce, C-250/07, point 34, pour toutes les dérogations prévues à l'article 20, paragraphe 3, de la directive 93/38/CEE ; arrêt de la Cour du 2 juin 2005, Commission/Grèce, C-394/02, point 33 (points c) et d) de l'article 20, paragraphe 3, de la directive « marchés publics » sectorielle 93/38/CEE ; arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, Commission/France, C-340/02, point 38, pour l'exception figurant actuellement à l'article 31, 3) de la directive 2004/18/CE (marché de services faisant suite à un concours) ; arrêt de la Cour du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/96, point 13, d'une manière générale pour les exceptions figurant actuellement à l'article 9 de la première directive « marchés publics » travaux 71/305/CEE ; ordonnance de la Cour du 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri , C-352/12, point 51 pour l'exception prévue à l'article 31, 1), c) de l'article 2004/18/CE (urgence impérieuse).

¹⁵³⁷ Arrêt du Tribunal du 15 janvier 2013, Espagne/Commission, T-54/11, point 36 ; arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, point 55 ; arrêt de la Cour du 2 octobre 2008, Commission/Italie, point 23, d'une manière tout à fait générale ; arrêt de la Cour du 8 avril 2008 (grande chambre), Commission/Italie, C-337/05, point 57, également d'une manière tout à fait générale ; arrêt de la Cour du 4 juin 2009, Commission/Grèce, C-250/07, points 34 et 60, au sujet de l'ancienne directive « marchés publics » sectorielle 93/38/CE ; arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, Commission/France, C-340/02, point 38, pour l'exception prévue actuellement à l'article 31, 3) de la directive 2004/18/CE (marché de services faisant suite à un concours) ; arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, point 37, pour l'exception prévue à l'actuel article 31, 4), b), de la directive 2004/18/CE ; arrêt de la Cour du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/96, point 13, d'une manière générale pour les exceptions prévues à l'article 9 de la directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE.

¹⁵³⁸ Arrêt de la Cour du 8 avril 2008 (grande chambre), Commission/Italie, C-337/05, point 56.

¹⁵³⁹ Arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, point 48. Voir à cet égard cependant le sixième considérant de la directive 2004/18/CE, le treizième considérant de la directive 2004/17/CE, les seizièmes et dix-septièmes considérants de la directive 2009/81/CE, ainsi que les explications figurant au no 458 ci-dessous.

¹⁵⁴⁰ Arrêt de la Cour du 15 juillet 2010, Commission/Allemagne, points 50, 51 et 52, avec certaines nuances cependant, s'agissant d'une convention collective. Vu le droit fondamental de négociation collective, un « juste équilibre » entre les intérêts en présence, « à savoir l'amélioration du niveau des pensions de retraite des travailleurs concernés, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part » semble pouvoir justifier certaines restrictions aux libertés de circulation (point 52). Cf. également l'arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, point 23, qui reste cependant ambigu.

demande » (article 31, 1), a), de la directive 2004/18/CE ; article 40, paragraphe 3, a) de la directive 2004/17/CE ; article 28, paragraphe 1^{er}, a) de la directive 2009/81/CE).

427.- Dans ces situations, la mise en concurrence n'a pas conduit à un résultat satisfaisant. Il est légitime de ne pas recommencer la même procédure, vu le risque élevé que l'issue d'une seconde tentative ne soit pas probante non plus.

Une simple imprécision ou une non-conformité sur un détail dans les offres reçues seraient cependant insuffisantes pour justifier le recours à cette disposition¹⁵⁴¹. Il doit s'agir de non-conformités qui empêchent le pouvoir adjudicateur de réaliser valablement le projet pour lequel la procédure a été lancée¹⁵⁴². Cette exception ne paraît donc pas viser le cas d'offres financièrement inacceptables¹⁵⁴³. Dans cette hypothèse, l'article 30, paragraphe 1^{er}, a) de la directive 2004/18/CE permet au pouvoir adjudicateur de recourir à la procédure négociée précédée d'un avis de marché. Le pouvoir adjudicateur peut s'abstenir de publier un avis de marché, s'il inclut dans la procédure négociée tous les soumissionnaires ayant remis une offre conforme aux exigences formelles de la procédure.

(b) « Lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé » (article 31, 1), b), de la directive 2004/18/CE et article 28, paragraphe 1^{er}, e) de la directive 2008/71/CE ; l'article 40, paragraphe 3, c), de la directive 2004/17/CE, identique en substance à ces deux dispositions).

428.- Cette disposition regroupe des exceptions de nature diverse. Leurs contours exacts peuvent prêter à discussion. C'est moins le cas lorsqu'il s'agit de droits d'exclusivité que lorsqu'il est question de raisons techniques ou artistiques.

429. Raisons techniques.- La Cour a estimé que « la seule affirmation du caractère complexe et délicat d'un ensemble de travaux ne suffit pas à démontrer qu'il ne peut être confié qu'à un même entrepreneur, en particulier lorsque les travaux sont répartis en lots dont la réalisation doit s'étaler sur de nombreuses années »¹⁵⁴⁴. De même, n'a pas été reconnu comme justifiant le recours à cette exception « le simple fait d'affirmer que la fourniture en cause ne pouvait être confiée qu'à un fournisseur déterminé puisque le concurrent présent sur le marché national n'offrait pas un produit satisfaisant aux exigences techniques requises »¹⁵⁴⁵. Selon le Tribunal, il ne suffit pas de relever que « l'entreprise retenue était particulièrement bien placée pour répondre à l'appel d'offres des contrats litigieux [...], puisqu'elle s'était déjà vue attribuer des contrats dans des phases antérieures », mais il y a lieu de démontrer « que cette entreprise était la seule en mesure de posséder ces connaissances et qu'une autre entreprise n'aurait pas été capable de les acquérir »¹⁵⁴⁶.

Des difficultés insurmontables découlant d'interférences techniques si des travaux supplémentaires étaient confiés à une entreprise autre que celle déjà chargée de travaux en cours pourraient constituer un motif suffisant¹⁵⁴⁷.

Le fait que seulement six producteurs soient capables de livrer certaines fournitures, ne justifie pas qu'un accord-cadre soit conclu avec ces six producteurs sans mise en concurrence. Dans un cas pareil, il incombe au pouvoir adjudicateur de mettre ces producteurs en concurrence¹⁵⁴⁸.

430. Raisons artistiques. Acquisitions d'œuvres d'art existantes.- Lorsqu'un musée décide d'acquérir une œuvre d'art précise, soit qu'elle lui ait été proposée, soit que l'initiative émane de sa

¹⁵⁴¹ Arrêt de la Cour du 4 juin 2009, Commission/Grèce, C-250/07, point 43.

¹⁵⁴² Arrêt de la Cour du 4 juin 2009, Commission/Grèce, C-250/07, point 43.

¹⁵⁴³ Voir déjà les doutes émis quant à cette façon de procéder par S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, points 7.167 (pp. 555 et 556) et 16.109 (p. 1023).

¹⁵⁴⁴ Arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, point 21.

¹⁵⁴⁵ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, point 63.

¹⁵⁴⁶ Arrêt du Tribunal du 15 janvier 2013, Espagne/Commission, T-54/11, point 53 et 54.

¹⁵⁴⁷ Arrêt de la Cour du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, point 27.

¹⁵⁴⁸ Arrêt de la Cour du 4 mai 1995, Commission/Grèce, C-79/94, point 16.

part, il est évident qu'il ne pourra l'acquérir que de celui qui en est le propriétaire¹⁵⁴⁹. Dans un cas pareil une mise en concurrence ne se conçoit pas¹⁵⁵⁰.

431. Raisons artistiques. Commandes.- La même solution s'impose lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide de passer une commande auprès d'un artiste déterminé. Certes, les directives n'interdisent pas d'organiser un concours, mais elles ne l'imposent pas non plus.

(c) « Dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs » (article 31, 1), c), de la directive 2004/18/CE ; article 28, paragraphe 1^{er}, c), de la directive 2009/81/CE qui est rédigé de façon pratiquement identique ; article 40, paragraphe 3, d), de la directive 2004/17/CE, qui ne comporte pas la restriction que les circonstances invoquées ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs).

432.- L'exception suppose trois conditions qui doivent, d'après la Cour, être réunies cumulativement, à savoir, « l'existence d'un événement imprévisible, d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par les autres procédures et, enfin, d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte »¹⁵⁵¹.

N'est pas un événement imprévisible « le fait qu'une autorité qui doit donner son accord à un projet soulève, avant la date limite prévue à cet effet, des objections pour des raisons qu'elle est en droit de faire valoir »¹⁵⁵². En revanche, « un rapport scientifique dont les conclusions sont nouvelles et imprévisibles par rapport aux bases des connaissances antérieures » pourrait constituer un événement imprévisible au sens des directives « marchés publics »¹⁵⁵³.

433.- D'après les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, les circonstances invoquées ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs. Cette condition n'est pas formulée par la directive 2009/81/CE. A l'appliquer à la lettre, des travaux rendus nécessaires par un accident dû à une négligence de l'administration, ne pourraient être attribués sans mise en concurrence. Aussi, il faut plutôt considérer que les circonstances envisagées par la seconde phrase sont des circonstances en rapport avec le retard que le pouvoir adjudicateur a mis à engager les procédures ordinaires ou la durée

¹⁵⁴⁹ A remarquer qu'une œuvre d'art peut être un produit au sens des directives marchés publics. De même, des marchés de travaux peuvent avoir pour objet des œuvres d'art. Voir en ce sens également P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », in *L'art et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 178 et s., pp. 189 et 190. Si elle est éphémère, l'œuvre d'art peut également ne consister qu'en une prestation de services.

¹⁵⁵⁰ Voir à ce sujet également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 9.9, p. 616, qui propose d'appliquer un critère « d'équivalence ». Ainsi, un tableau d'un peintre comme Picasso n'aurait pas d'équivalent. Qu'en est-il pour des artistes de moindre réputation ? Le professeur Arrowsmith propose ceci : « It is submitted that where an artist's work commands a premium above ordinary commercial rates there is a rebuttable presumption that there is no « equivalent » work available ; but where this is not the case there is a rebuttable presumption that it is possible to purchase equivalent work from another provider ». Cependant, Le professeur Arrowsmith ne précise pas ce qu'elle entend par valeur de marché ordinaire : s'agit-il du prix de la matière première, augmentée du prix de la main d'œuvre dans l'artisanat, étant entendu, que l'« artiste » ne serait qu'un simple prestataire (« provider »), si le prix de ses œuvres ne dépassait pas cette valeur ?

¹⁵⁵¹ Arrêt de la Cour du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, point 14 ; arrêt de la Cour du 2 août 1993, Commission/Italie, C-107/92, point 12. Voir également l'arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, point 69, ainsi que l'arrêt de la Cour du 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, point 50.

¹⁵⁵² Arrêt de la Cour du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, point 18.

¹⁵⁵³ Cf. les conclusions de l'avocat général Gulmann du 12 mai 1993 dans l'affaire C-107/92 (Commission/Italie), point 12.

excessivement longue que requiert la mise en œuvre de ces procédures dans l'Etat membre en question¹⁵⁵⁴. Ainsi, par exemple, en cas d'incendie d'une école dû à une négligence de l'administration, la nécessité que les cours reprennent sans délai justifierait de passer outre une mise en concurrence.

La Cour a considéré des motifs relevant de l'approche adoptée par le pouvoir adjudicateur sont imputables à ce dernier. Dès lors, de tels motifs ne constituent pas un motif d'urgence au sens de l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 93/37/CEE¹⁵⁵⁵. Ainsi, s'il a été prévu dès le départ de procéder à l'exécution des travaux par lots au fur et à mesure de la disponibilité des fonds, l'urgence qui résulte de l'omission de procéder aux travaux en temps utile, ne saurait justifier le recours à cette exception¹⁵⁵⁶. Il en est ainsi, même si le défaut de procéder rapidement aux travaux aggrave le risque d'inondations¹⁵⁵⁷.

(d) « Lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement » (article 31, 2), a), de la directive 2004/18/CE ; article 40, paragraphe 2, b), de la directive 2009/81/CE ; article 40, paragraphe 3, b) de la directive 2004/17/CE, qui comporte une précision supplémentaire)

434. Origine de l'exception.- L'exception se trouvait déjà dans la première directive marchés publics de fournitures 77/62/CE. Elle y avait cependant un caractère plus général. A l'origine, en effet, la restriction qui figure dans la seconde partie de la phrase n'existait pas. Cette restriction a été introduite par la directive marchés publics de fournitures 93/36/CEE (article 6, paragraphe 3, b)). Cette exception ne vise que les marchés publics de fournitures.

Elle doit être rapprochée de l'exception plus générale en faveur de certains contrats de recherche et de développement¹⁵⁵⁸.

435. L'exception se justifie difficilement.- L'exception en question pourrait trouver sa justification dans l'idée que le succès de l'opération dépend dans une très large mesure du savoir-faire du fabricant. En effet, ici, tout comme pour l'exception justifiée par des « raisons artistiques »¹⁵⁵⁹, des considérations subjectives comme la confiance peuvent intervenir.

La restriction dont l'exception a été assortie pourrait s'expliquer de façon inverse, à savoir que le succès de « la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement » est dans une moindre mesure tributaire des capacités individuelles de celui qui exécute le marché. Une fois que le produit a été mis au point, le fabriquer en plus grand nombre ne relève plus de la recherche mais, d'une bonne technique d'exécution dont tout opérateur économique agissant dans le secteur concerné est censé disposer.

Ce ceci dit, l'exception prévue par la directive paraît formulée en des termes insuffisamment précis. En effet, la fabrication de produits à des fins « de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement » pourrait, le cas échéant, ne consister qu'en des travaux relativement simples. L'exception des directives paraît donc exempter d'une mise en concurrence des situations pour lesquelles une dérogation à l'obligation de mise en concurrence n'est pas justifiée.

Relevons cependant que la confidentialité des recherches pourrait justifier une exception à la mise en concurrence. La protection de données confidentielles est visée par les articles 14 de la directive

¹⁵⁵⁴ Cf. à ce sujet les conclusions de l'avocat général Gulmann du 12 mai 1993 dans l'affaire C-107/92 (Commission/Italie), points 8 à 12, ainsi que l'arrêt de la Cour du 2 août 1993, Commission/Italie, C-107/92, point 13.

¹⁵⁵⁵ Arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, point 28.

¹⁵⁵⁶ Arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, point 27.

¹⁵⁵⁷ Arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, point 25.

¹⁵⁵⁸ Cf. le no 422. Ne sont donc visés ici que les marchés qui ne bénéficient pas de cette exception, c'est-à-dire, les marchés dont les fruits reviennent exclusivement au pouvoir adjudicateur ou qui ne sont pas entièrement financés par le pouvoir adjudicateur.

¹⁵⁵⁹ Cf. ci-dessus, nos 428 et s.

2004/18/CE et 21 de la directive 2004/17/CE qui exclut du champ d'application de ces directives les « marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité », lorsque ces marchés ont été déclarés secrets en vertu de « dispositions législatives, réglementaires ou administratives » ou « lorsque la protection des intérêts essentiels de cet Etat membre l'exige »¹⁵⁶⁰. Ces dispositions n'empêchent évidemment pas le législateur européen de dispenser certains autres marchés d'une publicité préalable.

En revanche, la confidentialité de certaines recherches n'explique pas l'absence de toute mise en concurrence dans l'ensemble des situations visées par l'exception dont il s'agit ici.

436. Condition supplémentaire d'après la directive 2004/17/CE.- L'article 40, paragraphe 3, b) de la directive 2004/17/CE n'admet l'absence de mise en concurrence que « dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts [d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement] ». Cette condition n'est pas non plus dénuée d'ambiguïté. C'est principalement l'avantage en termes d'information du titulaire du marché pour la fabrication à titre expérimental par rapport aux autres intéressés lors des marchés subséquents qui pourrait fausser la concurrence. Or, cet avantage existe indépendamment de la mise en concurrence ou non du marché portant sur la fabrication expérimentale. Que le marché initial soit soumis à concurrence ou non, les conditions de la mise en concurrence pour les marchés subséquents restent donc identiques. La condition supplémentaire posée par la directive 2004/17/CE paraît donc dépourvue de pertinence¹⁵⁶¹.

437. Cas voisins.- Lorsqu'une entreprise a exposé des frais de recherche et de développement dans l'espoir d'être chargée par un pouvoir adjudicateur de fabriquer le produit en plus grand nombre, il s'agit d'un investissement privé dans la recherche et le développement.

Dans l'hypothèse où une partie des frais de production d'un prototype était prise en charge par l'entreprise, l'autre par le pouvoir adjudicateur, s'agirait-il d'un marché public ? Normalement non, car ce ne serait pas un « contrat à titre onéreux » au sens où l'entend la Cour. Quel serait en effet « l'intérêt économique direct »¹⁵⁶² du pouvoir adjudicateur dans ce cas de figure ? Le pouvoir adjudicateur ne cherchant pas à obtenir le produit à fabriquer pour lui-même, il s'agirait plutôt d'une subvention. Le cas échéant, pour pouvoir considérer que l'aide est compatible avec le marché intérieur, la Commission exigerait une mise en concurrence¹⁵⁶³.

Toutes sortes de situations intermédiaires sont d'ailleurs imaginables. Ainsi, une entreprise pourrait souhaiter commercialiser un produit sur le marché, alors qu'en même temps l'Etat serait fortement intéressé à ce produit pour ses propres besoins. Afin d'encourager la mise au point du produit, l'Etat contribuerait aux frais de développement d'un prototype. Si, l'Etat acquerrait certains droits sur ce prototype aux termes d'un accord de financement, il pourrait s'agir d'un marché public de fournitures¹⁵⁶⁴.

(e) « Pour des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de

¹⁵⁶⁰ Voir à cet égard le no 154 ci-dessous.

¹⁵⁶¹ Voir par ailleurs, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, point 16.32, pp. 973 et 974, qui propose d'interpréter la condition en question comme interdisant d'accorder des marchés subséquents sans mise en concurrence, manière de procéder interdite de toute façon, sans qu'il soit nécessaire de le préciser.

¹⁵⁶² Condition requise d'après la Cour de justice pour qu'il puisse y avoir un marché public (Cf. ci-dessus, no 240).

¹⁵⁶³ Cf. ci-dessous, nos 582 et s., en particulier le no 584.

¹⁵⁶⁴ L'objet d'un marché de fournitures peut consister d'après la directive 2004/18/CE en « l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat de produits » (article 1^{er}, 2^e paragraphe, c)). D'après un arrêt de la Cour du 26 avril 1994, Commission/Italie, C-272/91, cette formule « témoigne de la volonté du législateur communautaire de faire également relever du domaine d'application de la directive la fourniture de produits qui ne deviennent pas nécessairement la propriété de l'administration publique et dont la contrepartie est fixée de manière abstraite » (point 25).

fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées ; la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans » (article 31, 2), b) de la directive 2004/18/CE ; article 40, paragraphe 3, e), de la directive 2004/17/CE qui n'indique pas de condition de délai ; article 28, paragraphe 3, a), de la directive 2009/81/CE qui permet une durée de cinq ans pour ces marchés et les marchés renouvelables tout en prévoyant la possibilité de l'allonger exceptionnellement).

438.- Cette exception ne concerne également que les marchés publics de fournitures. Elle se rapproche cependant de celle sous (i) ci-dessous concernant les marchés de travaux et de services¹⁵⁶⁵.

Les textes des directives 2004/18/CE et 2009/81/CE prévoient une condition de durée. Si les contrats ou les contrats renouvelés prévoyaient des durées trop longues, il se pourrait qu'entre-temps d'autres fournisseurs soient en mesure de livrer les produits, de sorte que les inconvénients envisagés par le texte ne subsisteraient plus. Relevons cependant que la directive 2004/17/CE ne prévoit pas de condition de durée.

439. Portée de la condition de durée inscrite dans les directives 2004/18/CE et 2009/81/CE.- Comment faut-il interpréter la condition de durée : trois ans dans la directive 2004/18/CE, cinq ans dans la directive 2009/81/CE¹⁵⁶⁶?

Puisque cette condition a trait au cas d'exception dans lequel un marché supplémentaire peut être passé sans publicité préalable, elle ne peut d'évidence s'appliquer qu'aux marchés relatifs aux fournitures complémentaires. Elle ne vise pas la durée du marché initial ayant fait l'objet d'une mise en concurrence selon les dispositions de ces directives.

Aussi longtemps que l'incompatibilité ou les difficultés techniques d'utilisation subsistent, le pouvoir adjudicateur peut conclure de nouveaux contrats portant sur les fournitures en question en recourant à la procédure négociée sans publicité préalable. Il faut considérer que la condition vise, plutôt que la durée des contrats eux-mêmes, la quantité de fournitures dont le pouvoir adjudicateur a normalement besoin pendant cette durée. Sinon, un marché supplémentaire prévoyant une seule livraison de fournitures, couvrant les besoins du pouvoir adjudicateur pour une durée plus longue, pourrait être passé sans publicité préalable. Dans ce cas, la condition de durée serait privée d'effet.

440. Exceptions à la condition de durée dans la directive 2004/18/CE.- La directive 2004/18/CE prévoit que la durée de trois ans ne peut être dépassée « en règle générale », laissant entendre qu'il pourrait y avoir des exceptions.

La disposition en question doit à notre avis être interprétée comme laissant une latitude aux Etats membres dans la transposition de la directive. Les Etats membres doivent prévoir comme règle générale que la durée ne peut pas dépasser trois ans. En revanche, il leur est loisible de prévoir des exceptions. Ces exceptions pourraient viser des cas dans lesquels l'incompatibilité ou la difficulté technique d'utilisation et d'entretien en cas de changement de fournisseur subsistent raisonnablement au-delà de trois ans et où le pouvoir adjudicateur a intérêt à s'assurer moyennant une clause contractuelle qu'il disposera des fournitures nécessaires pendant plus de trois ans. Cette interprétation se trouve confirmée par la directive 2009/81/CE qui indique les circonstances permettant de dépasser la durée de cinq ans qu'elle fixe¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁵ Cf. également, quant à ces exceptions, A.L. DURVIAUX, « La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011, pp. 935 et s., point 11.

¹⁵⁶⁶ Contrairement à la latitude que la directive 2004/18/CE laisse aux Etats membres en prévoyant que la condition de durée s'applique « en règle générale », il n'appartient cependant pas aux Etats membres de définir ce qu'il faut entendre par « durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables ». Ces mots doivent être interprétés de manière uniforme, car ils indiquent l'obligation des Etats membres de prévoir en principe une durée maximale. En l'absence d'indications contraires, cette obligation doit être identique pour tous les Etats de l'Union. Sur ce point, des définitions nationales divergentes ne sont donc pas admissibles.

¹⁵⁶⁷ Article 28, paragraphe 3, a), de la directive 2009/81/CE.

441. Exceptions à la condition de durée dans la directive 2009/81/CE.- A cet égard, la directive 2009/81/CE est plus précise que la directive 2004/18/CE. Elle indique que la durée « ne peut dépasser cinq ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur ». La manière dont la directive s'exprime, indique à notre avis que les Etats membres ont la possibilité de déterminer de manière plus précise les circonstances exceptionnelles permettant de dépasser la durée de cinq ans.

(f) « Pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières » (article 31, 2), c) ; article 40, paragraphe 3, h), de la directive 2004/17/CE ; article 28, paragraphe 3, b) de la directive 2009/81/CE)

442.- En bourse, les transactions sont par définition conclues au prix du marché après mise en concurrence. Ce ne serait que si la bourse dans laquelle achète le pouvoir adjudicateur excluait certains fournisseurs que le principe d'égalité pourrait se trouver enfreint. Ainsi, si un pouvoir adjudicateur s'approvisionnait à une bourse de matières premières à laquelle ne seraient admis que des vendeurs nationaux, il contreviendrait au principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

(g) « Pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales » (article 31, 1) d) de la directive 2004/18/CE ; article 40, paragraphe 3, k), de la directive 2004/17/CE ; article 28, paragraphe 3, c)).

443.- Dans des cas pareils, il n'y a pas lieu de s'attendre à ce qu'une mise en concurrence débouche sur des conditions plus avantageuses. Inutile donc d'y procéder.

Normalement, les entreprises se trouvant dans l'une des situations envisagées par la directive, vu précisément leur situation, ne participent plus à des marchés publics. Si elles offrent des fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, c'est justement parce qu'elles entendent rapidement liquider leurs affaires, ce à quoi s'oppose le temps que prennent les procédures de passation des marchés publics. A cela s'ajoute que bien souvent, certaines conditions de participation à des procédures de marchés publics ne sont plus remplies par ces entreprises. En effet, les sociétés en faillite se trouvent régulièrement exclues de la participation à des marchés publics par le fait même de la faillite, ou alors parce qu'elles sont en retard de paiement de cotisations de sécurité sociale ou d'impôts (cf. notamment les exclusions permises par l'article 45, paragraphe 2, a), e) et f) de la directive 2004/18/CE).

(h) « Dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours ; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations » (article 31, 3) de la directive 2004/18 ; article 40, paragraphe 3, l), de la directive 2004/17/CE ; cette exception n'est pas prévue dans la directive 2009/81/CE)

444. Jurisprudence de la Cour.- Il ne peut être recouru à cette exception que si, aux termes du règlement du concours, le marché doit être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours. Il serait insuffisant que le règlement du concours se limite à accorder au pouvoir adjudicateur la faculté de leur attribuer le marché¹⁵⁶⁸.

Comme pour les autres exceptions aux directives « marchés publics », la Cour a interprété cette exception de manière restrictive. En particulier, la Cour a retenu que l'expression « fait suite à un

¹⁵⁶⁸ Arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, Commission/France, C-340/02, point 40.

concours » signifie qu'« il doit subsister un lien fonctionnel direct entre le concours et le marché concerné »¹⁵⁶⁹. Cette exigence reste cependant assez vague.

La Cour a estimé que l'assistance au maître d'ouvrage dans l'élaboration d'un programme technique détaillé pourrait présenter un lien suffisant avec un concours d'idées ayant pour objet l'étude de faisabilité de la mise en conformité d'une filière de traitement d'eau avec les normes environnementales d'une station d'épuration. Tel n'est cependant pas le cas, d'après la Cour, pour l'assistance au maître d'ouvrage dans l'analyse des offres remises en vue de la conception de l'ouvrage et sa réalisation¹⁵⁷⁰.

Dès lors, une mission d'architecte complète, pourrait-elle être confiée sans nouvelle mise en concurrence au lauréat d'un concours d'architectes ? *A priori*, une réponse affirmative paraît devoir s'imposer. Or, une mission d'architecte complète comporte précisément l'assistance du maître d'ouvrage lors de l'évaluation des offres des corps de métiers, la surveillance des travaux, le contrôle de factures et l'assistance au maître d'ouvrage lors de la réception. Dès lors, la solution retenue par la Cour paraît s'opposer à ce qu'une mission complète soit confiée au lauréat d'un concours d'architectes¹⁵⁷¹.

445. L'exception ne s'applique qu'aux marchés de services.- Comme l'exception discutée ici ne s'applique qu'aux services, il n'est pas possible, une fois le premier lauréat désigné, de lui confier des marchés de fournitures ou de travaux. Il est donc exclu que le lauréat d'un concours d'architecture prenne également en charge les travaux que comporte la réalisation de son projet.

446. Exigences supplémentaires découlant du principe d'égalité de traitement.- Les concours comportent par définition une mise en concurrence¹⁵⁷². Le principe d'égalité de traitement requiert à notre avis que la rémunération pour le marché subséquent soit déjà arrêtée au stade du concours, s'il est prévu d'attribuer un marché subséquent au lauréat d'un concours¹⁵⁷³. Cela pourrait se faire, par exemple, par référence à un même barème pour tous les candidats. S'il était procédé différemment, le pouvoir adjudicateur se verrait contraint d'accepter les conditions financières que le lauréat lui imposerait au stade de l'exécution. Il en est de même pour d'autres conditions liées à la mise en œuvre du projet.

Si des éléments importants pour le marché subséquent restaient indéfinis, l'égalité entre les candidats se trouverait rompue.

Autre élément de transparence indispensable : les candidats doivent à notre avis être informés sur les moyens que le pouvoir adjudicateur entend consacrer au projet. Peu importe en effet les qualités d'un projet, si le pouvoir adjudicateur ne dispose pas des moyens pour l'exécuter. L'égalité entre les candidats se trouverait compromise, s'ils étaient laissés dans l'incertitude sur les moyens financiers que le pouvoir adjudicateur est disposé à consacrer au projet. Il en serait autrement, si le pouvoir adjudicateur entendait faire abstraction des coûts de réalisation, par exemple, quand il s'agit d'un objet de prestige.

(i) « Pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance

¹⁵⁶⁹ Arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, Commission/France, C-340/02, point 41.

¹⁵⁷⁰ Arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, Commission/France, C-340/02, point 39.

¹⁵⁷¹ Voir en ce sens également, P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 209 et 210 ; pour une appréciation critique de l'arrêt du 14 octobre 2004, voir A. L. DURVIAUX, *Logique de marchés et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 446 et 447.

¹⁵⁷² Cf. la définition de ce qu'est un « concours » à l'article 1^{er}, paragraphe 11, e) de la directive 2004/18 : « Les « concours » sont les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes ».

¹⁵⁷³ Voir en ce sens également, P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 209

imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service :

- *Lorsque ces travaux ou ces services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,*

ou

- *Lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.*

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50% du montant du marché initial » (article 31, 4), a), de la directive 2004/18/CE ; article 28, paragraphe 4, a), de la directive 2009/81/CE ; article 40, paragraphe 3, f), de la directive 2004/17/CE, qui ne prévoit cependant pas que les travaux ou services complémentaires ne peuvent pas dépasser 50% du montant du marché initial)

447.- Ces exceptions valent pour les marchés publics de travaux et les marchés publics de services. Pour les marchés de travaux, les travaux supplémentaires sont le plus souvent rendus nécessaires par des erreurs de conception de l'ouvrage ou des lacunes du bordereau de soumission.

Premier tiret

Le cas d'exception visé au premier tiret ne suscite aucune difficulté. On comprend aisément qu'un pouvoir adjudicateur attribue sans mise en concurrence des travaux ou des services complémentaires à l'entreprise déjà chargée de travaux ou de services, si l'intervention conjointe d'un autre prestataire ne peut se faire sans inconvénient majeur. Ainsi, charger un second entrepreneur de construire un mur de soutènement pour parer à un risque d'éboulement, alors qu'un premier entrepreneur est déjà occupé sur les lieux, risque de perturber les travaux de ce dernier. A cela s'ajoute que l'intervention d'un deuxième entrepreneur requiert, pour partie, une seconde installation de chantier, engendrant ainsi des coûts supplémentaires.

Deuxième tiret

N'étant subordonnée à aucune condition pouvant raisonnablement dispenser d'une mise en concurrence, cette exception du second tiret se justifie difficilement.

(j) « Pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services sont pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7 [donc pour le calcul des seuils d'application de la directive]. Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial » (article 31, 4), b), de la directive 2004/18/CE ; article paragraphe 3, g), de la directive 2004/17/CE qui ne prévoit cependant pas la dernière phrase ; article 28, paragraphe 4, b), de la directive 2008/81/CE, dont la dernière phrase prévoit cependant un délai de cinq ans à partir de la conclusion du marché initial ainsi que des exceptions).

448.- Le marché doit porter sur des travaux ou des services conformes à un « projet de base » ayant fait l'objet d'un marché initial comportant une mise en concurrence conforme aux directives. Sous le

régime de la directive 2004/18/CE, la mise en concurrence doit avoir eu lieu selon la procédure ouverte ou restreinte. Les travaux ou services doivent être « similaires » à ceux faisant l'objet du marché initial. De plus, la possibilité de confier directement au même opérateur économique des projets ultérieurs conformes au « projet de base » doit avoir été signalée lors de la mise en concurrence pour le marché initial. Du moins, il y a donc eu une certaine publicité pour les projets subséquents.

La Cour a jugé que le délai de trois ans prévu pendant lequel cette exception peut être invoquée suivant la directive 2004/18/CE court à partir de la conclusion du marché initial et non, en cas de travaux, à partir de l'achèvement de ces derniers¹⁵⁷⁴.

En dépit de cette précision, les conditions de l'exception paraissent insuffisamment strictes. Si, du moins, les conditions financières des marchés subséquents devaient rester identiques, l'exception pourrait, à la limite se justifier par la considération que les offres des entreprises non retenues n'auraient probablement pas été plus avantageuses pour les marchés subséquents.

En revanche, la seule indication dans les documents de mise en concurrence du marché initial que des marchés subséquents, conformes au projet de base, pourront être attribués directement à l'adjudicataire du marché initial ne peut suppléer à cette condition. Comme on sait, le droit primaire des marchés publics requiert des critères d'attribution objectifs¹⁵⁷⁵. Ce ne serait pas le cas, si l'adjudicataire pouvait obtenir, pour des motifs divers, difficiles ou impossibles à contrôler, des conditions financières significativement plus avantageuses lors des marchés subséquents attribués sans mise en concurrence.

Section 3.- Activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique dans l'Etat membre intéressé

449.- Conformément aux articles 51 et 62 TFUE, la liberté d'établissement et la libre prestation des services ne s'appliquent pas aux activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique dans l'Etat membre intéressé. Ces activités peuvent donc faire l'objet de restrictions. Ainsi, si un Etat décidait de ne pas exercer une telle activité par ses propres services, il pourrait la réserver à ses ressortissants. De même, s'il choisissait de la confier à une entreprise privée, le droit européen ne l'obligerait pas de procéder à une mise en concurrence¹⁵⁷⁶. A suivre l'opinion de

¹⁵⁷⁴ Arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, point 28.

¹⁵⁷⁵ Cf. ci-dessus, no 397.

¹⁵⁷⁶ Cf. en ce sens l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 140.

Dans ses conclusions du 14 septembre 2010 (affaires C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08), l'avocat général Pedro Cruz Villalón pose la question de savoir si l'actuel article 51 TFUE « peut être interprété comme autorisant les Etats à opérer de manière indéfinie ou générale une privatisation de l'autorité publique (une forme particulière de « dévolution ») qui lui donnerait le sens d' « activité économique » » (point 82). L'avocat général répond par la négative : « Il ne nous semble pas que tel soit le cas. Au contraire, l'article 45, premier alinéa, CE [l'actuel article 51, alinéa 1^{er}, TFUE] ne doit pas être considéré tant comme une règle *d'avenir* que comme une règle *héritée du passé*. L'analyse sans doute la plus juste de l'article 45, premier alinéa, CE consiste probablement à affirmer que le traité a souhaité excepter du champ de la liberté d'établissement toute activité économique qui, à titre exceptionnel, continue à avoir pour objet une forme de relation avec le pouvoir politique étatique. Bien évidemment, le traité laisse aux Etats entière liberté pour maintenir ou mettre fin à ce type d'activités économiques. Cependant, dans la mesure où les Etats optent pour leur maintien, le traité les exclut directement du champ de la liberté d'établissement. On pourrait ainsi se risquer à comparer cette disposition à une clause facultative de « standstill » » (point 82).

A suivre l'avocat général, les Etats membres n'auraient donc que le droit de continuer les régimes existants comportant l'exercice d'activités participant à l'autorité publique par des entités privées. Ils n'auraient pas le droit de prévoir de nouveaux régimes, même si les entités disposant de prérogatives d'autorité publique étaient désignées après une mise en concurrence. Cette opinion ne trouve aucun appui, ni dans la jurisprudence de la Cour, ni dans le texte des traités. Au contraire, il convient de signaler que dans un arrêt du 29 novembre 2007 (Commission/Allemagne ; C-404/05), la Cour a relevé, sans formuler de réserves, que le règlement (CEE) 2092/91 du Conseil, du 24 juin 1991 concernant le mode de production biologique de produits agricoles ne s'oppose pas à ce que les Etats membres dotent les organismes de contrôle privés de prérogatives de puissance publique pour mener à bien leur activité de contrôle (point 47). A noter d'ailleurs que le régime

l'avocat général Pedro Cruz Villalón, les restrictions aux articles 49 et 56 TFUE devraient cependant être proportionnées au degré de participation de l'activité en question à l'exercice de l'autorité publique¹⁵⁷⁷.

450.- La Cour ne laisse qu'un champ d'application très limité à l'article 51 TFUE :

- L'exception doit recevoir une interprétation limitative¹⁵⁷⁸ ;
- Seules sont visées les activités qui « prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »¹⁵⁷⁹ ;
- Les activités auxiliaires ou préparatoires de l'exercice de l'autorité publique ne sont en principe pas visées par l'exception¹⁵⁸⁰ ;
- « Le fait d'agir en poursuivant un objectif d'intérêt général ne suffit pas, en soi, pour qu'une activité donnée soit considérée comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique »¹⁵⁸¹ ;
- Des activités de nature technique sont étrangères à l'exercice de l'autorité publique¹⁵⁸² ;
- Des actes comportant l'exercice de prérogatives de puissance publique, en ce qu'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'une visite technique, mais dépourvus d'« autonomie décisionnelle propre » et pris « dans le cadre d'une surveillance étatique directe » ne sont pas visés par l'article 51 TFUE¹⁵⁸³ ;
- Des activités comportant des contacts, même réguliers et organiques avec des autorités administratives ou judiciaires, mais laissant intacts les pouvoirs d'appréciation et de décision de ces autorités ne relèvent pas de l'article 55 TFUE¹⁵⁸⁴ ;
- La participation à l'exercice de l'autorité publique « implique un exercice suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition »¹⁵⁸⁵ ;
- L'ensemble d'une activité professionnelle n'est pas couverte par l'exception, si certains aspects seulement, qui en sont détachables, comportent l'exercice de prérogatives d'autorité publique¹⁵⁸⁶.

451.- Les activités visées par cette exception sont donc nettement moins nombreuses que celles correspondant à l'« administration publique proprement dite », expression utilisée par la Cour¹⁵⁸⁷ en

des quotas de gaz à effet de serre, examiné (ci-dessous aux nos 602 et s.), revient en définitive, du moins en partie, à privatiser le pouvoir d'autoriser l'émission de gaz à effets de serre. L'acquéreur d'un quota, c'est-à-dire d'une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre, est totalement libre d'en disposer comme bon lui semble. Il peut l'utiliser pour ses propres émissions, simplement la garder, la céder, et même la faire annuler.

¹⁵⁷⁷ Cf. les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón du 14 septembre 2010 (affaires C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08), points 83 et s.).

¹⁵⁷⁸ Cf. par exemple l'arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Autriche, C-53/08, point 83 et les arrêts cités.

¹⁵⁷⁹ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Autriche, C-53/08, point 84 et les arrêts qui y sont indiqués.

¹⁵⁸⁰ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Autriche, C-53/08, point 85 et les arrêts qui y sont indiqués.

¹⁵⁸¹ Voir par exemple l'arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Belgique, C-47/08, point 96.

¹⁵⁸² Arrêt de la Cour du 22 octobre 2009, Commission/Portugal, C- 438/08, point 40 ; arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, point 13.

¹⁵⁸³ Arrêt de la Cour du 22 octobre 2009, Commission/Portugal, C- 438/08, points 37, 41 et 45. Il s'agissait d'organismes privés de contrôle technique de véhicules. Voir dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, SOA Nazionale Costruttori, C-327/12, point 53.

¹⁵⁸⁴ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Autriche, C-53/08, point 85 et les références qui y sont indiquées.

¹⁵⁸⁵ Arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, point 78.

¹⁵⁸⁶ Arrêt de la Cour du 21 juin 1974, Reyners, affaire 2-74, point 47.

¹⁵⁸⁷ Arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, Anker, C-47/02, point 59.

rapport avec l'exception à la libre circulation des travailleurs pour les « emplois dans l'administration publique » au sens de l'article 45, paragraphe 4, TFUE. D'après la Cour, cette disposition vise « les emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques (...) »¹⁵⁸⁸.

La Cour a considéré que les services d'ambulance n'entraient pas dans les prévisions de l'article 51 TFUE. Dès lors, elle n'a pas admis que ces services soient attribués sans mise en concurrence à des entreprises privées¹⁵⁸⁹. De même, elle a estimé que des services d'informatisation d'un jeu de hasard exploité par un Etat membre, contenant la conception, le logiciel et la gestion de systèmes informatiques étaient étrangers à l'exercice de l'autorité publique. En conséquence, elle a jugé qu'il était contraire à la libre prestation des services et à la directive « marchés publics » 77/62/CEE de réserver un marché portant sur ces services à des sociétés dans lesquelles le secteur public détient directement ou indirectement une participation majoritaire¹⁵⁹⁰.

Dans six arrêts rendus le 24 mai 2011, la Cour a écarté l'application de l'article 51 TFUE aux activités des notaires au Luxembourg, en Belgique, en France, en Allemagne, en Autriche et en Grèce¹⁵⁹¹. Partant, en maintenant dans leurs législations des dispositions réservant l'accès au notariat à leurs ressortissants, ces Etats membres contrevenaient au droit de l'Union. Toutefois, ainsi que la Cour l'a observé, « le fait que les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui justifie d'éventuelles restrictions à l'article 43 CE [l'actuel article 49 TFUE] »¹⁵⁹². Aussi, la Cour a-t-elle envisagé que la limitation du nombre des notaires ou les procédures de recrutement, pourraient être justifiées « pour autant que ces restrictions permettent d'atteindre lesdits objectifs et soient nécessaires à cette fin »¹⁵⁹³. Dans ces cas, le droit primaire de la mise en concurrence requerrait normalement une mise en concurrence en vue de la désignation des notaires¹⁵⁹⁴. Des motifs impérieux d'intérêt général pourraient cependant légitimer certaines dérogations aux exigences ordinaires de la mise en concurrence du droit primaire¹⁵⁹⁵.

Incontestablement, les services de police et les autorités judiciaires sont investis de prérogatives ou d'un pouvoir de contrainte exorbitants¹⁵⁹⁶. Toutefois, vu l'interprétation restrictive de l'article 51 TFUE, des tâches auxiliaires ou préparatoires relatives aux activités de la police ou des activités judiciaires proprement dites ne sont pas soustraites aux libertés fondamentales. Ainsi, la privatisation partielle de services de police, à laquelle il est procédé au Royaume-Uni¹⁵⁹⁷, n'échappe pas à la mise en concurrence obligatoire. De même, à notre avis, les activités des registres de commerce et des sociétés ne sont pas couvertes par l'article 51 TFUE.

En définitive, les activités relevant de l'article 51 TFUE sont très peu nombreuses. Au Grand-Duché de Luxembourg, la seule activité participant à l'exercice de l'autorité publique confiée à des personnes privées paraît être celle des huissiers de justice, chargés notamment de l'exécution des décisions de justice et autorisés, à cette fin, de faire appel à la force publique. Tant la limitation du nombre des huissiers que les modalités de leur désignation devraient donc échapper à la libre prestation des

¹⁵⁸⁸ Arrêt de la Cour du 2 juillet 1996, Commission/Grèce, C-290/94, point 2.

¹⁵⁸⁹ Arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, points 72 à 86.

¹⁵⁹⁰ Arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, point 13.

¹⁵⁹¹ Voir les six arrêts rendus par la Cour le 24 mai 2011 dans les affaires C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 et C-61/08.

¹⁵⁹² Voir par exemple les arrêts rendus le 24 mai 2011 dans les affaires C-51/08 (Commission/Luxembourg), point 97, et C-47/08 (Commission/Belgique), point 97.

¹⁵⁹³ Voir par exemple les arrêts rendus le 24 mai 2011 dans les affaires C-51/08 (Commission/Luxembourg), point 97, et C-47/08 (Commission/Belgique), point 97.

¹⁵⁹⁴ Cf. ci-dessous, nos 475 et s. pour l'obligation de mise en concurrence en cas d'autorisations limitées en nombre.

¹⁵⁹⁵ Ainsi, l'obligation de procéder régulièrement à de nouvelles mises en concurrence pour une même place de notaire, pourrait le cas échéant être écartée par des considérations impératives justifiant l'inamovibilité des notaires.

¹⁵⁹⁶ Cf. en ce sens, l'arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, points 82 et 84.

¹⁵⁹⁷ Voir, par exemple, *Handelsblatt* du 27 mars 2013, « Lebensretter Prinz William braucht neuen Job », page 20.

services et à la liberté d'établissement et, partant, au principe de mise en concurrence du droit européen. Il en serait autrement, si l'on considérait que l'huissier, porteur d'un ordre de justice, ne dispose pas d'une autonomie suffisante dans l'exercice de ses fonctions ou que l'exécution des décisions de justice est détachable du reste de l'activité des huissiers. Ce serait cependant, nous semble-t-il, restreindre outre mesure la portée de l'article 51 TFUE.

Section 4.- La restriction du champ d'application de l'obligation de mise en concurrence par l'article 106, paragraphe 2, TFUE

§ 1^{er}.- Principes

452.- L'article 106, paragraphe 2, TFUE permet de faire échapper une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général (« SIEG ») ou d'un monopole fiscal aux dispositions du traité dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui lui a été impartie. A côté de la condition que le marché ne fournit pas, ou de façon insuffisante, les services en question, un SIEG suppose une mission attribuée par l'autorité publique, portant sur des services d'intérêt général et comportant l'obligation de prêter les services visés en faveur de tous les bénéficiaires désignés¹⁵⁹⁸. L'exception de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, est expressément limitée au cas dans lesquels le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. Sous ces conditions, cette disposition permet de déroger aux dispositions du traité y compris aux libertés de circulation¹⁵⁹⁹. Sous les mêmes conditions, elle affranchit, par voie de conséquence, de l'observation du droit dérivé, dont les directives « marchés publics »¹⁶⁰⁰. L'exemption ayant une portée générale, elle peut s'appliquer tant dans les rapports entre les pouvoirs publics et l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général, qu'entre cette entreprise et d'autres entreprises ou encore dans les relations entre les pouvoirs publics et d'autres entreprises.

§ 2.- Conséquences

453.- L'article 106, paragraphe 2, TFUE emporte notamment les conséquences suivantes :

- 1) L'article 106, paragraphe 2, TFUE peut permettre l'attribution directe de marchés publics à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général (« SIEG »)¹⁶⁰¹. L'absence de mise en concurrence devrait être indispensable à l'accomplissement de la mission confiée à l'entreprise en question. D'autre part, il faut que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

L'article 106, paragraphe 2, TFUE permet notamment de réserver certains services à des entreprises chargées d'un SIEG. Lorsque les pouvoirs publics ont besoin de services de ce genre, elles peuvent confier un marché portant sur ces services à l'entreprise chargée du SIEG correspondant sans mise en concurrence. Dans le domaine d'application des directives

¹⁵⁹⁸ Voir pour l'examen des conditions d'existence d'un SIEG par exemple l'arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA, T-284/03 ou encore la *Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général*, JO C 8 du 11 janvier 2012, pp. 4 et s., nos 45 et s. Il doit s'agir d'une activité économique, ce qui peut englober certains services sociaux d'intérêt général.

¹⁵⁹⁹ Arrêt de la Cour du 18 juin 1998, Corsica Ferries, C-266/96, point 60 ; voir cependant apparemment en sens contraire, l'arrêt de la Cour du 10 juillet 1984, Campus Oil, 72/83, point 19.

¹⁶⁰⁰ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, points 125 à 130 ; en sens contraire, voir P. NIHOUL, « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », *Marchés et contrats publics*, 2011, pp. 5 et s., p.29.

¹⁶⁰¹ Cf. l'arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, points 39, 40, 76, 77 et 78. Voir également en ce sens l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06, point 140.

« marchés publics » - bien que ces dispositions spécifiques ne soient pas indispensables - cette solution se trouve confirmée par les dispositions de l'article 18 de la directive 2004/18/CE et de l'article 25 de la directive 2004/17/CE¹⁶⁰².

Signalons d'autre part que dès lors que l'article 106, paragraphe 2, TFUE, est « mis en œuvre » par une directive, il ne peut plus être invoqué pour les services que cette directive soumet à la concurrence du marché, ainsi les services postaux « non réservés » de la directive 97/67/CE¹⁶⁰³.

- 2) Dans le champ de la mission de service d'intérêt économique général, l'entreprise chargée d'un tel service peut participer à des marchés publics sans que le principe d'égalité ou les libertés fondamentales s'en trouvent violées¹⁶⁰⁴. A cet égard, la Cour ne fait pas de distinction suivant que des subventions ont été autorisées sur base de l'article 106, paragraphe 2, TFUE ou en vertu de l'article 107, paragraphes 2 ou 3, TFUE¹⁶⁰⁵.

§ 3.- Limites

A. La désignation même du titulaire des droits spéciaux ou exclusifs, reste soumise à l'obligation de transparence

454.- Dans certains cas, l'article 106, paragraphe 2, TFUE permet d'attribuer des marchés sans mise en concurrence à une entité chargée d'un SIEG. Pour autant, l'attribution d'une mission de SIEG ne peut avoir lieu sans appel à la concurrence, si elle s'accompagne de droits spéciaux ou exclusifs¹⁶⁰⁶. Dans un arrêt du 29 avril 2010¹⁶⁰⁷, la Cour a jugé que la publication de l'avis d'attribution prévu par les directives « marchés publics » s'imposait également pour des marchés portant sur un SIEG. Logiquement, la même chose vaut pour l'avis de marché servant de moyen de mise en concurrence¹⁶⁰⁸. Pour des raisons procédurales la Cour n'a pas examiné cette question.

B. L'interdiction des subventions croisées

455.- Une entreprise chargée d'un SIEG ne peut utiliser les subventions qu'elle a obtenues à ce titre pour l'exercice d'activités étrangères au SIEG. Sinon, précisément, ces subventions ne seraient pas nécessaires pour le fonctionnement du SIEG. Les conditions de l'article 106, paragraphe 2, TFUE ne seraient donc pas remplies. Les subventions en question constitueraient dès lors des aides interdites.

Il s'ensuit qu'une entreprise chargée d'un SIEG ne pourrait employer les subventions reçues pour l'exercice de sa mission d'intérêt économique général afin d'emporter des marchés dans d'autres domaines par des offres à bas prix.

¹⁶⁰² Cf. au sujet de ces dispositions, ci-dessus, no 235.

¹⁶⁰³ Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, point 81. Cf. au sujet de la directive 97/67/CE relative au marché intérieur des services postaux, ci-dessous, nos 630 et s.

¹⁶⁰⁴ En ce sens, l'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz, C-94/99, point 36 ; l'arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CoNISMa, C-305/08, point 34. Selon l'article 55, paragraphe 3, de la directive générale 2004/18/CE un pouvoir adjudicateur ne peut écarter une offre anormalement basse, si elle s'explique par une aide étatique légalement accordée.

¹⁶⁰⁵ Cf. l'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz, C-94/99, point 32, ainsi que l'arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CoNISMa, C-305/08, point 34.

¹⁶⁰⁶ L'attribution d'un SIEG ne s'accompagne pas nécessairement de droits spéciaux ou exclusifs. Ainsi, « l'attribution d'une mission SIEG peut également consister en une obligation imposée à une multitude, voire à l'ensemble des opérateurs actifs sur un même marché » (arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA, T-289/03, point 179).

¹⁶⁰⁷ Arrêt de la Cour rendu le 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, points 125 à 130.

¹⁶⁰⁸ En ce sens également, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 124. Voir de même, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 3 juin 2010 (deuxième chambre), Sporting Exchange Ltd, C- 203/08, point 47.

C. D'une façon générale, les conditions d'existence d'un SIEG doivent être respectées

456.- L'article 106, paragraphe 2, TFUE tend à assurer que les missions de SIEG pourront être accomplies. A la différence d'aides accordées sous un régime d'aides autorisées, les aides¹⁶⁰⁹ accordées à un SIEG peuvent être permanentes¹⁶¹⁰. Elles peuvent, en principe, couvrir l'intégralité du

¹⁶⁰⁹ Si les conditions *Altmark* sont remplies, les compensations accordées pour des obligations de service public ne sont pas des aides (cf. ci-dessous, no 581).

¹⁶¹⁰ D'après le « paquet SIEG » de 2011-2012, la durée des mandats de SIEG doit être limitée (voir ainsi le point 17 de l'*Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public (2011)* (JO C 8 du 11 janvier 2012, pp. 15 et s. ; les articles 2, paragraphe 2, et 4, a) de la *Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* (JO L 7 du 11 janvier 2012, pp. 3 et s.). Cela n'empêche pas d'accorder un nouveau mandat de SIEG à des conditions similaires ou de prolonger un mandat venant à expiration. A noter que le paquet SIEG ne couvre pas l'ensemble des aides accordées à des SIEG. Ainsi, par exemple, les compensations visées par le règlement (CE) 1370/2007 dans le secteur du transport de voyageurs par chemin de fer et par route en sont exclues.

Le « paquet SIEG » de 2011-2012, encore appelé « paquet Almunia » a remplacé le « paquet Monti-Kroes ». Ce dernier était également connu sous le nom « paquet *Altmark* ». Les textes du paquet SIEG 2011-2012 (communication, règlement, décision et encadrement) envisagent chacun des hypothèses non couvertes par le précédent : respectivement absence d'entreprise ou absence d'aide, les critères *Altmark* étant remplis ; mesures ne constituant pas d'aide vu leur faible valeur (aide SIEG *de minimis*) ; aides considérées d'office comme couvertes par l'article 106, paragraphe 2, TFUE, aides devant être notifiées conformément à l'article 108, paragraphe 3, TFUE, avant de pouvoir être considérées comme couvertes par l'article 106, paragraphe 2, TFUE). L'objet de la *décision* et de l'*encadrement* est d'indiquer sous quelles conditions et dans quelle mesure des compensations de service public qui ne satisfont pas aux critères *Altmark*, et qui constituant donc des aides publiques, sont exemptées en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (décision) ou peuvent l'être, moyennant notification (encadrement).

Ces textes ne peuvent bien sûr ni rétrécir, ni élargir le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence du droit dérivé (directives « marchés publics » ou d'autres textes) ou du droit primaire. Tel n'est d'ailleurs pas leur objectif.

Ils ont néanmoins une incidence, quoique limitée, sur la mise en concurrence. On se souviendra en effet que selon l'arrêt *Altmark*, toute compensation pour des obligations de service public ne répondant pas à la fois aux quatre critères qu'il énonce, constitue en principe une aide d'Etat illicite. Le quatrième de ces critères constitue une alternative dont la première option est une mise en concurrence, et la seconde la fixation de la compensation pour la prestation de services publics suivant une analyse des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée. Disposant toutefois d'un large pouvoir d'appréciation en cette matière (cf. toutefois en sens contraire, l'arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA, T-289/03, points 266 et s.), la Commission peut considérer que l'aide est couverte par l'article 106, paragraphe 2 TFUE, même si elle ne répond pas à ces conditions. La Commission pourrait également autoriser des aides sous forme de compensation de services publics en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE (voir en ce sens également, par exemple, M. KLASSE, « The Impact of *Altmark* : The European Commission Case Law Response, in *Financing Services of General Economic Interest - Reform and Modernisation*, E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN, The Hague, Asser Press, 2013, p.37), possibilité que le paquet SIEG n'envisage pas. Les conditions que prévoit le « paquet Almunia » pour la compatibilité des aides - c'est-à-dire des compensations de service public - influent donc sur la mesure dans laquelle il peut être passé outre la quatrième condition *Altmark*. Dans de nombreux cas, une mise en concurrence doit de toute façon avoir lieu, soit en vertu de l'obligation de mise en concurrence déduite des articles 49 et 56 TFUE, soit en vertu du droit dérivé (directives « marchés publics », règlement 1370/2007). Cependant, il n'en est pas toujours ainsi. A cet égard, l'exception « *in house* » représente une exception notable. Elle exempte de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire et de celle des directives « marchés publics ». En revanche, elle ne dispense pas des règles concernant les aides d'Etat. C'est ce à quoi s'attache le paquet *Almunia* sous les conditions qu'il indique.

Le « paquet SIEG » forme un ensemble de textes d'un accès particulièrement malaisé. Quant à la façon dont ces textes s'articulent les uns par rapport aux autres, on se référera avec profit au diagramme du point 20 du *Document de Travail des Services de la Commission - Guide relatif à l'application aux services d'intérêt*

déficit sans être liées à des conditions d'efficacité¹⁶¹¹. C'est en cela que les subventions accordées aux activités de SIEG peuvent être particulièrement nuisibles à d'autres entreprises. Si le déficit est accru en raison de l'exécution d'un marché déterminé, peu importe qu'il s'agisse d'un marché public ou non, ce déficit pourra être couvert en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

Toutefois, au-delà de certaines limites, la définition de l'activité de SIEG - définition pour laquelle les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation¹⁶¹² - ne sera manifestement plus justifiée. A partir de ce moment, les subventions versées à l'entreprise concernée représenteront des aides d'Etat prohibées. Ainsi, le fait qu'une entreprise chargée d'un SIEG participe régulièrement à des procédures de marché public à laquelle des entreprises non chargées d'une mission de SIEG prennent également part, peut être un indice que la qualification de SIEG n'est plus justifiée, ou alors que l'entreprise en question, en participant à ces procédures, dépasse justement le domaine de l'activité de SIEG qui lui a été impartie. En effet, plus les services qui font l'objet de la mission de SIEG sont offerts par d'autres entreprises et plus celles-ci ont pour principale activité les mêmes services, moins la qualification de SIEG pourra être maintenue. Ainsi, l'exploitation de points de vente de carburant devant rester ouverts pendant la nuit et pendant les jours fériés, de manière à garantir l'approvisionnement de la population en carburant, pourrait en principe être un SIEG. Cependant, vu la possibilité de paiements automatisés, même à des points de vente fermés, la qualification de SIEG ne semble pas pouvoir être admise, sauf cas exceptionnels¹⁶¹³.

Quand est-ce que les limites du pouvoir d'appréciation dont disposent les Etats membres pour qualifier un service de SIEG seraient dépassées ? Un arrêt du 15 juin 2005 fournit à cet égard un critère dépourvu d'ambiguïté : les limites du pouvoir d'appréciation national seraient dépassées si l'appréciation des autorités nationales selon laquelle le marché n'est pas suffisamment favorable à la prestation de services analogues à ceux offerts par le prestataire du SIEG était dépourvue de plausibilité¹⁶¹⁴.

*économique général et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat, de « marchés publics » et de « marché intérieur », du 29 avril 2013 (SWD (2013), 53 final / 2), point 110. Dans son ensemble, le paquet SIEG reste peu satisfaisant. D'une part, les compétences de la Commission dans ce domaine sont incertaines (voir l'arrêt ci-dessus cité du 12 février 2008 (BUPA, T-289/03)). D'autre part, pour l'exemption de certaines « aides » sous forme de compensation de service public, l'encadrement, formule des conditions telles que les quatre conditions *Altmark* sont remplies. Dans le document de travail ci-dessus cité du 29 avril 2013, la Commission s'en explique en avançant qu'une mise en concurrence comportant des négociations ne satisferait pas à la quatrième condition *Altmark* (points 67 et 169). Or, l'arrêt *Altmark* ne comporte pas cette restriction.*

¹⁶¹¹ Telle est la portée de la *Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général* (JO L 7 du 11 janvier 2012, pp. 3 et s.) (cf. en particulier l'article 5, paragraphes 3 et 6). Pour plus de détails, cf. le *Document de Travail des Services de la Commission - Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat, de « marchés publics » et de « marché intérieur », du 29 avril 2013 (SWD (2013), 53 final/2), point 110. Pour les compensations considérées comme des aides soumises à l'« Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides sous forme de compensation de service public (2011) »* (JO C 8 du 11 janvier 2012, p. 15 et s.), les pouvoirs publics sont obligés de prévoir « des mesures incitatives pour favoriser la prestation efficiente de SIEG de qualité élevée » (point 39). Par là, il n'est cependant pas exigé que le prestataire soit aussi efficient qu'une entreprise moyenne bien gérée (voir à ce sujet, *Document de Travail des Services de la Commission - Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat, de « marchés publics » et de « marché intérieur », du 29 avril 2013 (SWD (2013), 53 final / 2), points 172 et s.*

¹⁶¹² Voir par exemple l'arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC/Commission, T-442/03, point 195 ; arrêt du Tribunal du 15 juin 2005, Fred Olsen, T-17/02, point 216 ; arrêt du Tribunal du 13 septembre 2013, Orange, T-258/10, point 116.

¹⁶¹³ Voir en ce sens, dans un autre domaine, l'arrêt du Tribunal du 15 juin 2005, Fred Olsen, T-17/02, point 227.

¹⁶¹⁴ Arrêt du Tribunal du 15 juin 2005, Fred Olsen, T-17/02, point 227.

§ 4.- Qu'en est-il des services non économiques d'intérêt général ?

457.- N'y a-t-il pas une incohérence dans l'impossibilité des services non économiques d'intérêt général de pouvoir bénéficier - contrairement aux services économiques d'intérêt général - de la dérogation de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, ainsi que certains le suggèrent ?¹⁶¹⁵ En principe non.

Les services non économiques n'obéissent pas aux mêmes règles que les services économiques d'intérêt général.

N'étant pas prestés sur des marchés, les services non économiques d'intérêt général ne sont pas des activités d'entreprise au sens du droit de la concurrence. Ils échappent ainsi à l'interdiction des aides d'Etat. Or, c'est en cette matière que l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE est particulièrement fréquente.

D'autre part, comme elles ne sont pas de nature économique, ces activités échappent à première vue aux libertés du marché intérieur. Ainsi, on pourrait croire que les instances étatiques seraient autorisées à exercer ces activités *en exclusivité* - par exemple, l'enseignement primaire au Grand-Duché de Luxembourg - sans qu'il en résulte une restriction aux libertés de circulation. Il n'en est cependant pas ainsi, car le champ des activités couvertes par les libertés fondamentales est plus large que la notion d'entreprise - c'est-à-dire, d'activité économique - au sens du droit de la concurrence¹⁶¹⁶. Il s'ensuit que des exclusivités accordées à des entités publiques ou privées exerçant de telles activités ou des subventions accordées seulement à certaines entités, mais non à d'autres pourraient constituer des entraves aux libertés d'établissement et à la libre prestation des services. Ne s'agissant pas de services d'intérêt économique général, les restrictions ne pourraient être couvertes par l'article 106, paragraphe 2, TFUE. D'autres exceptions en revanche, pourraient justifier le cas échéant de telles entraves aux libertés de circulation, ainsi, des motifs impérieux d'intérêt général¹⁶¹⁷ ou l'exception en faveur d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique¹⁶¹⁸.

Section 5.- L'article 52 TFUE et le cas de motifs impérieux d'intérêt général

458.- Tant dans le champ d'application des directives « marchés publics »¹⁶¹⁹ qu'en dehors de celui-ci, des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique visées à l'article 52 du traité FUE, de même que des motifs impérieux d'intérêt général permettent de déroger à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services. De tels motifs pourraient en particulier autoriser l'attribution directe de marchés publics¹⁶²⁰.

Sans la précision en sens contraire dans les directives « marchés publics »¹⁶²¹, les pouvoirs adjudicateurs ne pourraient pas se prévaloir des articles 36 et 52 du traité TUE pour se soustraire aux règles de passation des marchés publics des directives. En effet, ces exceptions ne peuvent plus être invoquées dès lors qu'il existe une harmonisation complète supprimant les disparités nationales susceptibles de le justifier¹⁶²², ce qui est le cas des directives « marchés publics ». Suivant une

¹⁶¹⁵ Voir en ce sens, C. JUNG, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, C.CALLIESS et M. RUFFERT (éditeurs), 2^e édition, Neuwied und Kriftel, Luchterhand, 2002, Article 86, no 38. Cette réserve n'est pas maintenue dans la 4^e édition (München, C.H. Beck, 2011, *eodem loco*)

¹⁶¹⁶ Cf. en ce sens les conclusions de l'avocat général M. M. POIARES MADURO du 10 novembre 2005 dans l'affaire Fennin/Commission (C-205/03 P), points 50 et 51. Voir également, l'arrêt de la Cour du 18 juillet 2000, Meca-Medina, C-519/04 P, point 33.

¹⁶¹⁷ Voir ci-dessous, no 458.

¹⁶¹⁸ Voir ci-dessus, les nos 449 et s.

¹⁶¹⁹ Voir en sens également, M. TRYBUS, « The Hidden Remedies Directive : Review and Remedies Under the EU Defense and Security Procurement Directive », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 135 et s., no 2.2 ; A. L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 411.

¹⁶²⁰ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, Engelman, C-64/08, point 57 ; arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Commission/Allemagne, T-258/06, point 140.

¹⁶²¹ Sixième considérant de la directive 2004/18/CE ; treizième considérant de la directive 2004/17/CE ; seizième et dix-septième considérants de la directive 2009/81/CE.

¹⁶²² Voir à ce sujet le no 463 ci-dessous.

jurisprudence constante de la Cour, les directives indiquent de façon exhaustive les cas d'exception dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs sont dispensés de recourir aux procédures de mise en concurrence¹⁶²³.

La Cour a parfois paru se satisfaire de circonstances objectives pour admettre des dérogations à l'obligation de publicité préalable du droit primaire de la mise en concurrence¹⁶²⁴. Dans un arrêt du 14 novembre 2013, la Cour a précisé que des exceptions n'étaient admises que pour des motifs impérieux d'intérêt général¹⁶²⁵.

Dans l'arrêt *Engelmann* du 9 septembre 2010 (C-64/08), la Cour avait d'abord énoncé que des « circonstances objectives » (point 51) pourraient justifier l'absence de mise en concurrence. Plus loin, elle avait cependant exigé « une justification au titre d'une mesure dérogatoire expressément prévue par le traité ou d'une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par la jurisprudence de la Cour et pouvant justifier l'attribution des concessions en cause au principal en dehors de toute transparence » (point 57)¹⁶²⁶. L'arrêt de la Cour du 14 novembre 2013 précise qu'« il ressort de la lecture combinée des points 51 et 57 de l'arrêt Engelmann précité, qu'il n'y a pas lieu de distinguer les circonstances objectives et les raisons impérieuses d'intérêt général. En effet, de telles circonstances doivent constituer, en dernière analyse, une raison impérieuse d'intérêt général »¹⁶²⁷. Conformément à la jurisprudence de la Cour en d'autres matières, l'absence de mise en concurrence devrait donc être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif¹⁶²⁸. Il faudrait de plus que la réglementation nationale en la matière revête un caractère cohérent et systématique : « En effet, selon la jurisprudence de la Cour, les différentes règles, ainsi que la législation nationale dans son ensemble, ne sont propres à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elles répondent véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique »¹⁶²⁹.

Il s'ajoute qu'« il est de jurisprudence constante que des motifs de nature économique ne sauraient être admis en tant que raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité »¹⁶³⁰. Il n'en est autrement que si les motifs économiques invoqués représentent en même temps des motifs impérieux d'intérêt général¹⁶³¹. Des motifs d'efficacité de la dépense publique ne permettent donc pas de déroger aux exigences découlant des libertés fondamentales¹⁶³². La Cour a par ailleurs précisé « que des considérations qui, prises isolément, ne constituent pas des raisons impérieuses d'intérêt général justifiant qu'il soit fait abstraction des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence ne sauraient acquérir cette qualité du simple fait de leur addition »¹⁶³³.

Dans un arrêt du 20 mai 2010, le Tribunal a estimé que les exceptions à la mise en concurrence prévues par les directives « marchés publics » pouvaient également être invoquées pour les marchés publics non soumis aux directives mais présentant néanmoins un intérêt transfrontalier et dès lors soumis au droit primaire des marchés publics¹⁶³⁴.

¹⁶²³ Voir ci-dessus, no 426.

¹⁶²⁴ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Engelmann*, C-64/08, point 57 ; arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, point 64 ; arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 19.

¹⁶²⁵ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, point 38.

¹⁶²⁶ Voir en sens contraire, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, point 192, qui pense pouvoir déceler dans la jurisprudence de la Cour une disposition à accepter de simples circonstances objectives pour justifier l'attribution directe de marchés ou de concessions.

¹⁶²⁷ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, point 38.

¹⁶²⁸ Voir notamment l'arrêt de la Cour du 1^{er} juin 2010, *Pérez et Gómez*, C-570/07 et C-571/07, point 61.

¹⁶²⁹ Arrêt de la Cour du 1^{er} juin 2010, *Pérez et Gómez*, C-570/07 et C-571/07, point 94.

¹⁶³⁰ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, point 41.

¹⁶³¹ Voir l'arrêt de la Cour du 22 octobre 2013, *Essent*, C-105/12 à C-107/12, points 52 et 66.

¹⁶³² Voir en ce sens également, F. NEUMAYR, « Value for Money v. Equal Treatment : The Relationship Between the Seemingly Overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment », *Public Procurement Law Review*, 2002, pp. 215 et s., pp. 225 et 227 en particulier.

¹⁶³³ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, point 43.

¹⁶³⁴ Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, *Allemagne/Commission*, T-258/06, point 141. Concernant cet arrêt, cf. ci-dessus, no 355.

La plupart des exceptions prévues par les directives « marchés publics » visent des situations dans lesquelles l'absence de mise en concurrence est objectivement justifiée¹⁶³⁵. En revanche, certaines de ces exceptions, bien qu'objectivement justifiées, ne correspondent pas à des motifs impérieux d'intérêt général. Ainsi en est-il, dans la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE, des exceptions de l'article 31, 4, b) (prestations consistant en la répétition de travaux ou de services similaires)¹⁶³⁶ et de l'article 31, 1), a) (absence d'offre appropriée ou de candidature à une procédure ouverte ou restreinte)¹⁶³⁷. En revanche, l'exception d'urgence des directives « marchés publics » (urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles)¹⁶³⁸ correspondra souvent à un motif impérieux d'intérêt général.

La question de savoir quelles sont les exceptions à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire se pose en dehors du champ des directives « marchés publics », mais également pour les marchés soumis aux directives. En effet, quel que soit le degré d'harmonisation des directives « marchés publics », ces marchés n'échappent pas au droit primaire¹⁶³⁹. Les directives « marchés publics » doivent respecter le principe d'égalité de traitement¹⁶⁴⁰. Or, l'obligation de mise en concurrence se déduit du principe d'égalité de traitement à travers le principe de transparence. De là, il suit que toute exception à la mise en concurrence des directives « marchés publics » doit répondre aux conditions de l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux. Elle devrait donc « être nécessaire(s) et répond(ent)[re] effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »¹⁶⁴¹. Toutefois, ces conditions pourraient ne pas être suffisantes. En effet, suivant un arrêt du 24 mars 2009, les particuliers paraissent pouvoir invoquer les libertés fondamentales même lorsqu'une matière fait l'objet d'une réglementation exhaustive par le droit dérivé¹⁶⁴². S'il en est bien ainsi, les seules exceptions à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire que le droit dérivé pourrait prévoir seraient celles existant en l'absence de droit dérivé, c'est-à-dire, celles fondées sur des motifs impérieux d'intérêt général.

¹⁶³⁵ Cf. ci-dessus, nos 419 et s., en particulier le no 425.

¹⁶³⁶ Cf. ci-dessus, no 448.

¹⁶³⁷ Cf. ci-dessus, no 427.

¹⁶³⁸ Cf. ci-dessus, no 432 et 433.

¹⁶³⁹ Cf. le chapitre VI ci-dessous, nos 459 et s.

¹⁶⁴⁰ Article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Voir également, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 14 juin 1990, Weiser, C-37/98, points 13 et 14.

¹⁶⁴¹ Article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux.

¹⁶⁴² Arrêt de la Cour du 24 mars 2009 (grande chambre), Danske Slagterier, C-445/06, points 25 et 26 (voir au sujet de cet arrêt également le no 463). Voir à cet égard également ci-dessous, nos 459 et s.

Chapitre VI.- Le droit primaire de la mise en concurrence s'applique-t-il dans le champ d'application du droit dérivé ?

Section 1^{re}.- Considérations préliminaires

459.- Hiérarchiquement, les directives et les règlements adoptés par le législateur européen sont inférieurs aux traités. Le droit dérivé doit être conforme aux traités, de même qu'à la Charte des droits fondamentaux, aux principes généraux du droit européen ainsi qu'aux traités internationaux conclus par l'Union¹⁶⁴³. Le traité FUE prévoit trois mécanismes de contrôle juridictionnel afin d'assurer le respect des normes hiérarchiquement supérieures : le recours en annulation (article 263 TFUE (ancien article 263 CE)¹⁶⁴⁴, la question préjudicielle de validité (article 267, alinéa 1^{er}, b, TFUE (ancien article 234, alinéa 1^{er}, b) CE)¹⁶⁴⁵ et l'exception d'illégalité (article 277 TFUE (ancien article 241 CE))¹⁶⁴⁶.

La Cour est seule compétente, à l'exclusion des juridictions nationales, pour constater la non validité d'un acte de l'Union, par exemple d'une directive¹⁶⁴⁷.

Notons qu'un Etat membre ne peut se prévaloir de l'exception d'illégalité d'un règlement ou d'une directive pour se défendre contre un recours en manquement¹⁶⁴⁸. A cet égard, il convient à notre sens d'assimiler aux Etats membres toutes les personnes de droit public ainsi qu'éventuellement les entreprises publiques, dès lors qu'elles relèvent de l'Etat au sens fonctionnel du terme. De même, est irrecevable une demande préjudicielle en validité formée par une juridiction nationale à la demande d'une personne qui aurait pu introduire un recours en annulation. Ces personnes doivent introduire un recours en annulation, le cas échéant, par l'intermédiaire de l'Etat membre dont ils relèvent. Elles n'auront pas d'autre moyen pour contester la non-conformité d'une directive ou d'un règlement. En revanche, une question préjudicielle en validité est recevable si elle est posée d'office par la juridiction nationale ou si elle est posée à la demande d'une personne dont le recours en annulation n'aurait pas été recevable¹⁶⁴⁹.

Un recours en annulation introduit par une personne physique ou morale contre un acte législatif¹⁶⁵⁰ comme les directives « marchés publics » n'est recevable que si elle en est directement et

¹⁶⁴³ Cf. l'article 263, alinéa 2 et article 277 TFUE ; voir également l'arrêt de la Cour du 21 décembre 2011 (grande chambre), *Air Transport Association of America*, point 51, y compris même le droit international coutumier (point 101) qui ne saurait bien entendu avoir d'incidence dans la matière que nous traitons ici.

¹⁶⁴⁴ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, *Allemagne/Parlement européen*, pour l'annulation d'une directive (annulation pour incompétence) ou encore l'ordonnance du Tribunal du 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami, T-18/10*, pour un recours en annulation dirigé contre un règlement du Conseil.

¹⁶⁴⁵ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 11 mars 2011, *Test-achats, C-236/09* ou encore l'arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Ministerio dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze*.

¹⁶⁴⁶ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 29 juillet 2010, *Commission/République d'Autriche* (exception invoquée contre l'application d'une directive à l'occasion d'un recours en manquement).

¹⁶⁴⁷ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, C-366/10*, points 47 et 48 et la jurisprudence citée.

¹⁶⁴⁸ Arrêt de la Cour du 29 juillet 2010, *Commission/Autriche, C-189/09*, point 15 ou encore l'arrêt de la Cour du 27 octobre 1992, *Commission/Allemagne, C-74/91*, point 10, ces deux arrêts ayant été rendus au sujet de directives ; pour des décisions, voir les arrêts de la Cour du 30 juin 1988, *Commission/Grèce, affaire 226/87*, point 14, du 27 juin 2000, *Commission/Portugal, C-404/97*, point 34 et du 6 mars 2008, *Commission/Espagne, C-196/07*, point 34.

¹⁶⁴⁹ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04*, points 72 à 74.

¹⁶⁵⁰ On entend par là les actes adoptés suivant la procédure législative ordinaire définie à l'article 294 TFUE. Voir l'ordonnance du Tribunal du 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami, T-18/10*, point 60. Un règlement du Parlement et du Conseil adopté suivant la procédure législative ordinaire n'est donc pas, au sens de l'article 294, paragraphe 4, TFUE, un acte réglementaire, mais un acte législatif. Les conditions de recevabilité des recours en annulation contre les « actes réglementaires » visés par l'article 263, alinéa 4, TFUE, c'est-à-dire, les actes à portée générale qui ne sont pas des actes à caractère législatif (cf. point 50 de la même ordonnance), sont moins strictes. Pour ces actes, il suffit que le requérant soit concerné directement et que l'acte ne comporte pas de mesures d'exécution.

individuellement concernée, condition qui, ne sera remplie que très rarement¹⁶⁵¹. En revanche, une demande préjudicielle en validité posée par une juridiction nationale à la demande d'une personne physique ou morale sera en général recevable.

L'agencement du système des voies des recours dans le traité FUE n'est pas sans inconvénients. Ainsi, si aucun Etat membre n'a introduit un recours en annulation contre une directive dans le délai de recours de deux mois, tous les Etats membres devront transposer la directive, même si la directive leur semble contraire en certains points au droit primaire¹⁶⁵². Les juridictions nationales seront tenues d'appliquer le droit national transposant la directive en question. En revanche, elles sont autorisées à poser une question de validité d'office ou à la demande d'une partie non recevable à former un recours en annulation une question de validité¹⁶⁵³. Si l'initiative de la question préjudicielle en validité provient d'un Etat membre ou d'un pouvoir adjudicateur, elle sera déclarée irrecevable.

La Cour s'estime-t-elle autorisée à soulever d'office des questions de validité d'une directive ou d'un règlement par rapport au droit primaire ? Nous ne le pensons pas. Un contrôle d'office de la conformité du droit dérivé avec le droit primaire s'accorderait mal avec le caractère absolu des irrecevabilités que la Cour oppose à l'exception d'illégalité soulevé par un Etat membre dans le cadre d'un recours en manquement et à la question préjudicielle de validité posée à l'initiative d'un Etat. Si la Cour était habilitée à soulever la même illégalité d'office, ces irrecevabilités disparaîtraient de fait ; il faudrait en effet s'attendre à ce qu'à chaque fois qu'une partie soulève une illégalité, la Cour la relève d'office lorsqu'elle estime que le moyen, bien qu'irrecevable, est fondé.

Sauf dans trois affaires déjà anciennes, la Cour n'a pas, à notre connaissance, procédé d'office à un contrôle de conformité d'un acte à caractère général par rapport au droit primaire¹⁶⁵⁴. Des arrêts plus récents, sans se prononcer expressément, laissent plutôt l'impression que la Cour ne s'estime pas habilitée à le faire, du moins lorsqu'elle répond à des questions préjudicielles¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵¹ Cf. l'article 263, quatrième alinéa, TFUE ; cf. également l'ordonnance du Tribunal du 6 septembre 2011, Inuit Tapiriit Kanatami, T-18/10, points 45, 56, 71 et 88 :

« Selon une jurisprudence constante, l'affectation directe d'un particulier exige, premièrement, que l'acte de l'Union attaqué produise directement des effets sur la situation juridique de ce particulier et, deuxièmement, qu'il n'existe aucun pouvoir d'appréciation laissé aux destinataires de cet acte qui sont chargés de sa mise en œuvre, cette mise en œuvre ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union sans application d'autres règles intermédiaires (voir ordonnance *Lootus Teine Osaühing/Conseil*, point 51 *supra*, point 39, et la jurisprudence citée).

Il découle clairement de cette jurisprudence que deux conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'un acte puisse être considéré comme concernant directement une personne physique ou morale (ordonnance du tribunal du 21 mai 2010, *ICO Services/Parlement et Conseil*, T-441/08, non publié au recueil, point 36) » (points 71 et 72).

D'autre part, quant à l'exigence que la personne soit individuellement concernée l'ordonnance précise :

« ... pour qu'un acte attaqué concerne individuellement une personne physique ou morale autre que le destinataire d'une décision, il faut que cet acte l'atteigne en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait l'individualise d'une manière analogue à celle dont le serait le destinataire d'une décision » (point 88).

¹⁶⁵² Sauf le cas où « l'acte en cause était affecté de vices particulièrement graves et évidents au point de pouvoir être qualifié d'inexistant » (voir en particulier l'arrêt de la Cour du 29 juillet 2010, *Commission/Autriche*, point 16).

¹⁶⁵³ Pour un tel cas, voir l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2003, *Rinke*, C-25/02, points 15, 26 à 28 et 32 à 43, ou encore l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, *Association Kokopelli*, C-59/11, point 35.

¹⁶⁵⁴ Arrêt de la Cour du 18 février 1964, *Rotterdam et Putterskoek*, 73-63 et 74-63, page 28 ; arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, *Lenoir*, affaire 313/86, points 12 et suivants (règlement 2001/81 (régimes de sécurité sociale) ; arrêt de la Cour du 14 juin 1990, *Weiser*, C-37/89 (statut des fonctionnaires des Communautés européennes), point 17.

¹⁶⁵⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008 (grande chambre), *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, C-127/07, point 24, où la Cour ne suit pas les conclusions de l'avocat général (cf. les points 19 à 27 de ces conclusions et la jurisprudence indiquée) ; arrêt du 15 avril 2008 (grande chambre), *Nuova Agricast*, C-390/06, point 44 ; arrêt de la Cour du 26 juin 2007 (grande chambre), *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, C-305/05, points 18 et 19.

Remarquons que l'impossibilité pour les Etats membres d'opposer l'exception d'illégalité à un recours en manquement remet en question le caractère prétendument objectif du recours en manquement qui viserait « la mise en œuvre et la garantie uniforme du droit communautaire », l'objectif de la procédure en manquement n'étant pas la sanction de l'Etat membre¹⁶⁵⁶. Ainsi, un Etat membre pourrait être condamné pour avoir manqué à transposer certaines dispositions non conformes au droit primaire d'une directive. Nonobstant cette condamnation, l'invalidité de la directive pourrait être constatée ultérieurement à l'occasion d'une question préjudicielle de validité posée d'office par une juridiction nationale.

Section 2.- L'application du droit primaire dans le champ d'application des directives « marchés publics »

§ 1er.- Position du problème - Avis divergents des avocats généraux

460.- Il pourrait paraître évident que le droit primaire, hiérarchiquement supérieur au droit dérivé, continue de s'appliquer dans le domaine d'application des directives « marchés publics ». Cependant, à ce sujet, les avis divergent¹⁶⁵⁷.

C'est ainsi qu'on retrouve sous la plume de certains avocats généraux des expressions surprenantes comme « primauté du droit dérivé »¹⁶⁵⁸ et même, celle de « principe de primauté du droit dérivé »¹⁶⁵⁹. D'après l'avocat général Verica Trstenjak, le « principe de primauté du droit dérivé » « [signifie] suivant une jurisprudence constante ... que l'harmonisation exhaustive d'une certaine matière, au niveau du droit communautaire dérivé, conduit à ce que toute mesure nationale liée à cette matière doit être appréciée au regard des dispositions du droit dérivé et non pas de celles du traité » (point 99).

L'harmonisation étant exhaustive pour ce qui est de la mise en concurrence des marchés de services prioritaires, l'avocat général Verica Trstenjak conclut à l'impossibilité de fonder un recours en manquement sur le droit primaire dans cette matière¹⁶⁶⁰. Seule une violation de la directive pourrait faire l'objet d'un recours en manquement. Admettre l'application du droit primaire compromettrait, selon l'avocat général, « l'autorité du droit dérivé »¹⁶⁶¹. L'avocat général continue comme suit : « *Sur le fondement d'une mise en balance des intérêts identique, le conflit général entre la liberté fondamentale de droit primaire, dont le contenu est fortement concrétisé et affiné, doit être tranché en*

¹⁶⁵⁶ Voir les conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak présentées le 11 février 2010 dans l'affaire C-160/08, point 113.

¹⁶⁵⁷ Cf. d'une part les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl du 14 septembre 2006 (Commission/Irlande, affaire C-507/03), point 50, et celles de l'avocat général Verica Trstenjak du 11 février 2010 (Commission/Allemagne, C-180/08), point 99, d'autre part, celles de l'avocat général Paolo Mengozzi du 20 octobre 2009 (Commission/Espagne, C-423/07), point 77. Quant à la doctrine, cf. implicitement en faveur de l'application du droit primaire, alors même que le point en question est réglé par les directives « marchés publics », B. HEUNINCKX, « Applicable Law to the Procurement of International Organisation in the European Union », *Public Procurement Law Review*, 2011, 4, pp. 103 et s., point 4, *in fine*.

¹⁶⁵⁸ Voir les conclusions de l'avocat général Christine Stix-Hackl du 11 mars 2003 dans l'affaire C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), point 49. Cf. également le point 48 des mêmes conclusions où l'avocat général écrit : « A titre liminaire, il convient de rappeler le principe général selon lequel les dispositions du droit dérivé peuvent l'emporter sur celles du droit primaire ». Dans des conclusions ultérieures du 14 septembre 2006 (Commission/Irlande, affaire C-507/03), le même avocat général a utilisé une formule moins extrême en écrivant que « d'après le principe marquant le rapport entre droit primaire et droit dérivé, l'application du droit primaire est exclue si les faits sont réglés de manière exhaustive par des dispositions du droit dérivé » (point 50).

¹⁶⁵⁹ Point 97 et 99 des conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak du 11 février 2010 (Commission/Allemagne, affaire C-160/08).

¹⁶⁶⁰ Point 107 des conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak du 11 février 2010 (Commission/Allemagne, affaire C-160/08).

¹⁶⁶¹ Point 107 des conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak du 11 février 2010 (Commission/Allemagne, affaire C-160/08).

faveur de cette règle de droit dérivé (50), comme la Cour le confirme désormais dans une jurisprudence constante en matière préjudicielle (51) »¹⁶⁶².

Un peu plus haut, l'avocat général avait écrit :

« Il est établi que la primauté du droit dérivé exclut le recours aux justifications consacrées par le droit primaire pour des entraves aux libertés fondamentales, dans la mesure où lesdites entraves concernent une matière dans laquelle les justifications font l'objet d'une harmonisation exhaustive (45). A l'inverse, une disposition nationale par laquelle un Etat membre se conforme à ses obligations résultant du droit dérivé ne peut pas être considérée comme une violation d'une liberté fondamentale (46). En effet, le fait de pouvoir invoquer une autorisation de droit primaire à l'encontre d'une interdiction de droit dérivé ou une interdiction de droit primaire à l'encontre d'un principe de droit dérivé constituerait une remise en cause de l'autorité du droit dérivé (47) »¹⁶⁶³.

A ce point de vue s'oppose celui de l'avocat général Paolo Mengozzi qui écrit dans des conclusions du 20 octobre 2009¹⁶⁶⁴ :

« Il y a encore lieu d'observer que les dispositions de la directive doivent être considérées comme l'application pratique, dans le cadre des marchés et des concessions de travaux publics, des principes du traité, en particulier l'interdiction de discrimination et l'obligation d'égalité de traitement (14). Par conséquent, les reproches formulés par la Commission à l'égard du royaume d'Espagne, quant à une violation de la directive et quant à une violation du traité, peuvent être discutés ensemble ».

§ 2.- Position de la Commission

461.- Dans plusieurs affaires, la Commission a défendu l'opinion que les directives « marchés publics » ne peuvent déroger au droit primaire. Ainsi, la Commission a soutenu que le législateur européen, n'a pas voulu exclure les dispositions et principes du traité CE « ni n'aurait pu » le faire¹⁶⁶⁵ ; ou encore, elle a fait valoir que le droit dérivé avait « un caractère secondaire par rapport au droit primaire » et que dans ces circonstances l'omission du législateur européen de prévoir une mise en concurrence ne pouvait avoir « aucune incidence sur les obligations » de l'Etat membre concerné¹⁶⁶⁶. Dans une affaire encore assez récente, elle a invoqué à l'appui d'un recours en manquement l'existence « d'une violation du principe d'interdiction des discriminations contenu aux articles 43 CE et 49 CE [actuels articles 49 et 56 TFUE], lequel s'impose aux pouvoirs adjudicateurs en sus des obligations découlant des directives 92/50 et 2004/18/CE »¹⁶⁶⁷.

§ 3.- Position de la Cour

462.- Contrairement à ce que laissent croire les conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak dans l'affaire *Commission/Allemagne* (C-160-08), l'existence d'un « principe de primauté du droit dérivé » n'a jamais été affirmée par la Cour. De fait, la Cour applique le principe inverse, celui de la

¹⁶⁶² Point 109 des conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak du 11 février 2010 (*Commission/Allemagne*, affaire C-160/08).

¹⁶⁶³ Point 105 des conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak du 11 février 2010 (affaire C-160/08). Dans l'arrêt qu'elle a pris dans cette affaire, la Cour n'a pas abordé cette question, le grief en question ayant été rejeté pour des motifs procéduraux.

¹⁶⁶⁴ Conclusions du 20 octobre 2009 dans l'affaire *Commission/Espagne* (C-423/07), point 77. Voir également, en faveur d'un contrôle de compatibilité, les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, dans l'affaire *Essent* (C-105/12 à C-107/12), points 76, 77 et 78. Ce contrôle pourrait cependant être moins intense qu'à l'égard des mesures purement nationales, suspectées implicitement de poursuivre une finalité protectionniste.

¹⁶⁶⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, *Allemagne/Commission*, T-258/06, point 65.

¹⁶⁶⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande*, C-507/03, point 18.

¹⁶⁶⁷ Voir l'arrêt de la Cour du 29 avril 2010, *Commission/Allemagne*, C-160/08, point 54.

primauté des traités sur le droit dérivé conformément aux dispositions expresses des traités¹⁶⁶⁸. De même, la doctrine affirme en général la suprématie du droit primaire¹⁶⁶⁹. Dans un arrêt du 10 février 2009, la Cour a expressément affirmé l'existence du « principe de la primauté des dispositions du traité sur le droit dérivé »¹⁶⁷⁰.

Il n'empêche que la position de la Cour quant à l'application du droit primaire dans le champ d'application des directives « marchés publics » reste ambiguë.

La Cour a eu plusieurs fois à connaître d'affaires dans lesquelles se posait la question de l'application du droit primaire dans le champ d'application des directives « marchés publics ».

Signalons d'abord un arrêt de la Cour du 24 janvier 1995¹⁶⁷¹ qui applique tant le droit primaire que le droit dérivé. La Cour y a retenu que les Pays-Bas avaient manqué tant à l'ancienne directive marchés publics de fournitures 77/62/CEE qu'à l'article 30 du traité CEE, devenu l'actuel article 34 TFUE, « en introduisant dans le cahier des charges une spécification technique définie par référence à un produit d'une marque déterminée ».

Dans un arrêt assez ambigu du 13 novembre 2007, intervenu en rapport avec un marché de services non prioritaires situé dans le champ d'application de l'ancienne directive marchés publics de services 92/50/CEE, la Cour a retenu que la directive 92/50/CEE poursuivait le même objectif que les articles 43 CE [actuel article 49 TFUE] et 49 CE [actuel article 56 TFUE] et en a conclu que « le régime de publicité, instauré par le législateur communautaire pour les services relevant de l'annexe I B [services non prioritaires - donc l'absence de publicité], ne saurait être interprété comme faisant obstacle à l'application des principes découlant des articles 43 CE [49 TFUE] et 49 CE [56 TFUE], dans l'hypothèse où de tels marchés [des marchés portant sur les services de l'annexe II] présenteraient néanmoins un intérêt transfrontalier certain »¹⁶⁷².

La Cour a appliqué le même raisonnement dans un arrêt du 18 novembre 2010¹⁶⁷³ qui concernait également un marché de services non prioritaires (points 29 à 31). La Cour soumet ensuite la passation des marchés publics de services non prioritaires présentant un intérêt transfrontalier aux principes d'égalité de traitement et de transparence du droit primaire (points 31, 32, 62 et 66 et le dispositif).

Est-ce à dire que par une disposition expresse en ce sens, les directives pourraient valablement faire obstacle à l'application de ces principes ? La Cour ne le précise pas, mais, à première vue, sa façon de raisonner l'implique. Inutile, sinon, d'établir d'abord que le législateur n'a pas entendu adopter une solution contraire au droit primaire.

Il y a lieu de signaler deux autres arrêts, portant l'un sur des services prioritaires, l'autre sur une concession de travaux, donc sur des contrats que le droit dérivé soumet à une mise en concurrence,

¹⁶⁶⁸ Pour le contrôle de la validité d'une directive d'harmonisation des législations par rapport aux articles 30 à 36 TFUE (libre circulation des marchandises) à la suite d'une question préjudicielle de validité, voir l'arrêt de la Cour du 29 février 1984, Rewe Zentral AG, affaire 37/83, points 18 et s. ; voir l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2003 Rinke, C-25/02, points 26 à 28 ; de même voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal du 8 octobre 1996, Compagnie maritime belge transports S.A., T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, d'après lequel, « l'octroi d'une exemption au moyen d'un acte de droit dérivé ne pourrait déroger à une disposition du traité » (point 152).

¹⁶⁶⁹ Voir, notamment, W. FRENZ, *Handbuch Europarecht, Band 5, Wirkungen und Rechtsschutz*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, nos 813 et s. En particulier, concernant la primauté des traités sur les directives „marchés publics“, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers bv, 2009, p. 17. N. DITTMER, *Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers - Aus der Perspektive einer funktionsfähigen Markt- und Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 195. Voir cependant, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 106 et la note 193 ainsi que le no 147, qui, parlant des directives « marchés publics », estime que ces directives, comportant une réglementation exhaustive, l'emportent sur le droit primaire.

¹⁶⁷⁰ Arrêt de la Cour du 10 février 2009, Commission/Italie, C-110/05, point 43. A cet endroit, la Cour expose les moyens développés par la Commission. La Cour écrit : « Elle [la Commission] rappelle également le principe de la primauté des dispositions du traité sur le droit dérivé, principe que la Cour a reconnu à plusieurs reprises ».

¹⁶⁷¹ Arrêt du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas (UNIX), C-359/93, point 29 et le dispositif. Les conclusions de l'avocat général Giuseppe Tesaurò du 17 novembre 1994 allaient d'ailleurs dans le même sens.

¹⁶⁷² Arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, points 25 et suivants.

¹⁶⁷³ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09.

dans lesquels la Cour s'est abstenue de contrôler l'application du droit primaire dans le champ d'application du droit dérivé. Ainsi, dans un arrêt du 18 décembre 2007¹⁶⁷⁴, répondant à une question préjudicielle visant à la fois des marchés de services prioritaires de transport de courrier soumis à l'ancienne directive marchés publics de services 92/50/CEE ainsi que des marchés du même type n'excédant pas le seuil d'application de la directive, la Cour a estimé que la passation sans mise en concurrence était contraire à l'ancienne directive marchés publics de services directive 92/50/CEE pour les marchés dépassant le seuil financier de cette directive et qu'elle était contraire aux articles 43 CE, 49 CE et 86 CE [articles 49, 56 et 106 TFUE] pour les marchés n'atteignant pas ce seuil. La Cour n'a cependant pas expressément exclu les exigences du droit primaire dans le domaine de la directive.

Dans l'affaire C-423/07 (Commission/Espagne), il s'agissait d'une concession de travaux dépassant le seuil d'application de l'ancienne directive « marchés publics de travaux » 93/37/CE. La Commission avait invoqué à l'appui de son recours en manquement la violation de l'ancienne directive « marchés publics de travaux » et la violation du principe d'égalité de traitement. Après avoir retenu que le grief de la violation de la directive était fondé, la Cour a considéré dans son arrêt du 22 avril 2010 que « les dispositions exigeant une publicité appropriée de la directive 93/37 constituent l'expression des principes d'égalité de traitement et de transparence » et que « par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner séparément la question de la violation éventuelle de ces principes »¹⁶⁷⁵. Or, que signifie qu'« il n'y a pas lieu d'examiner séparément la question » : simple inutilité d'un tel examen ou alors inapplicabilité du droit primaire dans le champ d'application des directives « marchés publics » ? La Cour ayant affirmé plus haut que les principes d'égalité de traitement et de transparence « s'imposent en toutes circonstances aux pouvoirs adjudicateurs » (point 57), la première interprétation paraît la plus probable.

§ 4.- Tentative d'explication - Rapprochement de la position équivoque de la Cour quant à l'application du droit primaire dans le champ d'application des directives « marchés publics » avec sa jurisprudence dans d'autres domaines

A. Rapprochement de la position de la Cour avec sa jurisprudence dans d'autres domaines

463.- Il convient évidemment de mettre les arrêts dont nous venons de parler en rapport avec la jurisprudence concernant les relations entre le droit primaire et le droit dérivé dans d'autres domaines que celui des marchés publics.

Suivant une longue série d'arrêts « lorsqu'un domaine a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau communautaire, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions de l'acte opérant cette harmonisation et non celles du droit primaire »¹⁶⁷⁶.

La Cour a-t-elle voulu par-là accorder réellement - en droit - une sorte de priorité au droit dérivé ? Nous ne le pensons pas.

La formule que nous avons citée ci-dessus, bien que conçue en des termes catégoriques peut s'expliquer par des arrêts plus anciens dans lesquels la Cour s'était exprimée de façon plus nuancée et moins absolue¹⁶⁷⁷. S'il convient d'après ces arrêts de se reporter dans certains cas au droit dérivé plutôt

¹⁶⁷⁴ Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007 (première chambre), Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, points 69 à 76, 88.

¹⁶⁷⁵ Arrêt de la Cour du 22 avril 2010 (quatrième chambre), Commission/Espagne, C-423/07, point 75.

¹⁶⁷⁶ Arrêt de la Cour du 17 avril 2007, A.G.M.-COS.MET, C-470/03, point 50 ; voir également arrêt du 14 décembre 2004, Radlberger Getränkegesellschaft, C-309/02, point 53 ; arrêt de la Cour du 14 décembre 2004 (grande chambre), Swedish Match, C-210/03, point 81 ; arrêt de la Cour du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, point 64 ; arrêt de la Cour du 24 octobre 2002, Linhart, C-99/01, point 18 ; arrêt de la Cour du 13 décembre 2001, Daimler Chrysler, C-324/99, point 32 ; arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, Bristol-Myers Squibb, point 25 ; arrêt de la Cour du 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage, C-37/92, point 9.

¹⁶⁷⁷ Arrêt de la Cour du 19 mars 1998, Compassion in World Farming, C-1/96, point 47 ; arrêt du 5 octobre 1994, Centre d'insémination Crespelle, C-323/93, points 30 et 31 ; arrêt du 23 novembre 1989, Parfümerie-Fabrik 4711, C-150/88, point 28 : « La directive ayant procédé à une harmonisation exhaustive des règles nationales d'emballage et d'étiquetage des produits cosmétiques, il n'est pas nécessaire de statuer sur

qu'au droit primaire, c'est en effet que le droit primaire contient des dispositions - il s'agit des actuels articles 36, 51, 52 et 62 TFUE - qui réservent aux Etats membres des compétences leur permettant de déroger aux libertés fondamentales aussi longtemps que des dispositions harmonisant les restrictions aux libertés fondamentales ne sont pas intervenues. Ces considérations n'impliquent manifestement aucune priorité du droit dérivé sur le droit primaire.

Dans un arrêt plus récent du 24 mars 2009¹⁶⁷⁸, la Cour s'est de nouveau exprimée en des termes plus nuancés qui rapprochent cet arrêt de ses anciens arrêts. Il ne reste plus rien de la formule que nous avons reproduite plus haut. D'après cet arrêt, les directives dont il s'agissait ont précisé et concrétisé le droit conféré par l'article 34 TFUE (point 23). Un particulier qui se prétend lésé par une transposition déficiente d'une directive qui lui occasionne un préjudice peut invoquer la libre circulation des marchandises (point 26), nonobstant une harmonisation exhaustive par le droit dérivé (point 25).

B. Des raisons procédurales expliquent la jurisprudence de la Cour

464.- Ainsi que nous l'avons expliqué, des motifs d'ordre procédural peuvent empêcher un contrôle de conformité du droit dérivé par rapport au droit primaire¹⁶⁷⁹. Cela peut expliquer pourquoi, la Cour se réfère dans certains arrêts uniquement au droit dérivé et non au droit primaire. La Cour, constaterait-elle une incompatibilité entre le droit dérivé et le droit primaire, elle ne serait pas en mesure d'en faire état. La formule que nous avons citée ci-dessus¹⁶⁸⁰, nous paraît plutôt comme le reflet de l'impossibilité procédurale d'examiner à ce stade¹⁶⁸¹ la conformité du droit dérivé par rapport au droit primaire. Cette impossibilité procédurale peut aboutir à une primauté *de fait*, mais non *de droit* du droit dérivé. A cet égard, l'interprétation du droit dérivé dans un sens conforme au droit primaire peut intervenir comme correctif¹⁶⁸². D'autre part, à chaque fois que la configuration procédurale le permet, une contradiction entre le droit dérivé et le droit primaire se résoudra en faveur du droit primaire. Ainsi, si une question de conformité du droit dérivé par rapport au droit primaire est soulevée lors d'un recours en annulation, la Cour l'examinera et, le cas échéant, annulera l'acte de

l'interprétation de l'article 30 du traité sollicité par la juridiction nationale » ; arrêt 20 septembre 1988, Moormann, 190/87, point 10 ; arrêt du 30 novembre 1983, Leendert van Bennekom, affaire 227/82, points 14 et 35 : « La directive 65/65 a pour but, à la fois d'éliminer - au moins partiellement - les entraves aux échanges intracommunautaires de spécialités pharmaceutiques tout en réalisant l'objectif essentiel de la sauvegarde de la santé publique. Cette harmonisation doit ainsi permettre de rendre le recours à l'article 36 du traité CEE [également l'actuel article 36 TFUE] progressivement inutile » (point 14) ; arrêt du 8 novembre 1979, Denkavit, 251/78, point 14 ; arrêt de la Cour du 5 octobre 1977, Tedeschi, affaire 5-77, points 34 et 35 : « Que l'article 36 [également l'actuel article 36 TFUE] n'a cependant pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des Etats membres, mais admet que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés par cet article ;

Que lorsque, par application de l'article 100 de traité, des directives communautaires prévoient l'harmonisation des mesures nécessaires à assurer la protection de la santé des animaux et des personnes et aménagent des procédures communautaires de contrôle de leur observation, le recours à l'article 36 cesse d'être justifié, et c'est dans le cadre tracé par la directive d'harmonisation que les contrôles appropriés doivent être effectués et les mesures de protection prises » (points 34 et 35) .

¹⁶⁷⁸ Arrêt de la Cour du 24 mars 2009 (grande chambre), Danske Slagterier, C-445/06, points 18 et suivants, en particulier les points 25 et 26. Voir également, en ce sens l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, Association Kokopelli, C-59/11, points 80 et 81, qui se limite cependant à un contrôle assez peu rigoureux.

¹⁶⁷⁹ Cf. ci-dessus, no 459.

¹⁶⁸⁰ « Lorsqu'un domaine a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau communautaire, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard de l'acte opérant cette harmonisation et non celles du droit primaire » (cf. ci-dessus no 463).

¹⁶⁸¹ C'est-à-dire, à l'occasion de la procédure des renvois préjudiciels en interprétation et des recours en manquement.

¹⁶⁸² Cf. par exemple, arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C- 226/09, points 30 et 31 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, points 27, 28 et 29.

droit dérivé non conforme. A cet égard, la nature de l'acte de droit dérivé n'importe pas. Il pourrait par exemple s'agir d'une directive d'harmonisation en vue de la réalisation du marché intérieur¹⁶⁸³.

C. Autre explication : le large pouvoir d'appréciation du législateur européen

465.- La Cour reconnaît au législateur européen une marge d'appréciation dans la suppression des obstacles aux libertés fondamentales ainsi que la faculté de recourir à une approche par étapes¹⁶⁸⁴. Le législateur européen est en droit « de procéder notamment en fonction de l'expérience acquise »¹⁶⁸⁵. Cette marge d'appréciation n'est cependant pas illimitée¹⁶⁸⁶. De façon générale, le législateur européen se voit reconnaître « un large pouvoir d'appréciation lorsque son action implique des choix de nature politique, économique et sociale et lorsqu'il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes »¹⁶⁸⁷.

D. Conclusion : le principe de primauté du droit dérivé, une illusion juridique

466.- A ce large pouvoir d'appréciation s'ajoutent les obstacles procéduraux empêchant un contrôle de conformité que nous avons signalés, ainsi que l'impossibilité de recourir aux exceptions des articles 36, 51, 52 et 62 TFUE au fur et à mesure de l'adoption d'harmonisations exhaustives. Les situations qui en résultent peuvent créer la fausse impression que le droit dérivé prédomine. En réalité, elles s'expliquent par les effets conjugués de ces trois phénomènes et non par un « principe de primauté du droit dérivé » - contraire aux dispositions claires des traités - que certains ont cru pouvoir en induire. Il

¹⁶⁸³ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 29 février 1984, Rewe Zentral AG, affaire 37/83, points 18 et s., dans lequel la Cour procède à un contrôle de validité pour répondre à une question préjudicielle de validité :

« S'il est vrai, ainsi que la Commission l'a souligné dans les observations qu'elle a présentées, que les articles 30 à 36 du traité [également les actuels articles 30 à 36 TFUE] visent en premier lieu les mesures unilatérales des Etats membres, il n'en reste pas moins que les institutions communautaires sont, elles aussi, tenues de respecter la liberté des échanges intracommunautaires, principe fondamental du marché commun.

Il convient toutefois de constater que la directive en cause ne vise nullement à entraver ces échanges. Au contraire, elle cherche à supprimer progressivement des mesures prises unilatéralement par les Etats membres et qui étaient à l'époque justifiées, en principe, par l'article 36 du traité [également l'actuel article 36 TFUE], ainsi que la Cour l'a reconnu dans son arrêt du 8 juillet 1975, répondant à une question préjudicielle posée dans le cadre d'un litige entre les mêmes parties au principal (affaire 4/75, recueil 1975, p. 843). En même temps, la directive vise à renforcer, dans l'intérêt général de la communauté, la protection de la production agricole contre les dégâts importants susceptibles d'être causés par des organismes nuisibles.

Dans le cadre d'un tel exercice des pouvoirs conférés aux institutions communautaires par les articles 43 et 100 du traité [actuels articles 49 et 114 TFUE], il faut nécessairement reconnaître à ces institutions une marge d'appréciation notamment en ce qui concerne la possibilité de ne procéder à une harmonisation que par étapes et de n'exiger qu'une suppression progressive des mesures unilatérales prises par les Etats membres. Compte tenu des spécificités de la matière telles qu'elles sont exposées dans les considérants précités de la directive ainsi que du caractère très partiel de l'harmonisation effectuée jusqu'ici, il n'est aucunement établi que le Conseil, en permettant, par la disposition litigieuse, des contrôles par sondage jusqu'à concurrence d'un tiers des envois, a dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation.

Il convient donc de répondre à la première question que l'examen des dispositions litigieuses n'a révélé aucun élément de nature à remettre en cause la validité de celles-ci » (points 18, 19, 20 et 21).

Voir également par exemple l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07.

¹⁶⁸⁴ Voir notamment l'arrêt de la Cour du 29 février 1984, Rewe Zentral AG, affaire 37/83, point 20.

¹⁶⁸⁵ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57.

¹⁶⁸⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 29 février 1984, Rewe Zentral AG, affaire 37/83, qui contrôle la conformité d'une directive par rapport à l'article 30 TFUE.

¹⁶⁸⁷ Voir notamment l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57.

n'empêche qu'à défaut d'être reconnu comme telle, cette fausse impression - *illusion juridique* à proprement parler - peut finir par imposer un principe inexistant au départ.

§ 5.- L'action du législateur doit respecter le principe d'égalité de traitement à supposer même que le droit dérivé puisse déroger sur certains points au droit primaire - Conséquence pour l'application du droit primaire des marchés publics dans le domaine d'application des directives « marchés publics »

467.- Le respect du principe d'égalité de traitement correspond à une exigence inhérente à toute action du législateur européen¹⁶⁸⁸. Le principe d'égalité de traitement fait partie du droit primaire. Il se trouve désormais inscrit à l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a la même valeur juridique que les traités (article 6 du traité sur l'Union européenne). D'après son préambule, la Charte est, à interpréter « en prenant en considération les explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention européenne »¹⁶⁸⁹. D'après ces explications, l'article 20 de la Charte consacre le même principe d'égalité, que la Cour avait auparavant déjà reconnu comme droit fondamental à respecter par le législateur européen.

Ainsi que le précise l'article 51 de la Charte, celle-ci s'adresse aux institutions, organes et organismes de l'Union. Tout acte de droit dérivé doit donc respecter le principe d'égalité de traitement¹⁶⁹⁰. Le législateur européen étant tenu de respecter le principe d'égalité de traitement, il doit nécessairement respecter les règles du droit primaire des marchés publics dégagées par la Cour¹⁶⁹¹. En effet, la Cour déduit ces règles du principe d'égalité de traitement soit directement, soit au travers des articles 49 et 56 TFUE qu'elle considère comme une « expression spécifique » de ce principe¹⁶⁹². Dans la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement implique le principe de transparence qui engendre à son tour l'obligation de mise en concurrence des marchés publics et des concessions présentant un intérêt transfrontalier¹⁶⁹³.

Toute dispense de procéder à une mise en concurrence accordée par le législateur européen devra donc être conforme aux principes d'égalité de traitement et de transparence.

Cela est d'autant plus vrai que le principe d'égalité constitue, d'après le Cour, *la base*¹⁶⁹⁴ des directives « marchés publics » ou encore *l'essence*¹⁶⁹⁵, voire *l'essence même*¹⁶⁹⁶ de ces directives. Lorsque le législateur européen indique les cas dans lesquels il y a lieu de procéder à une mise en concurrence ainsi que les modalités suivant lesquelles il doit y être procédé, il met donc en œuvre le

¹⁶⁸⁸ Voir l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2003, Rinke, C-25/02, point 26.

¹⁶⁸⁹ Cinquième considérant de la Charte des droits fondamentaux.

¹⁶⁹⁰ Voir par exemple pour le contrôle de la conformité d'une directive par rapport au principe d'égalité de traitement, l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07.

¹⁶⁹¹ Voir pour un exemple tiré du domaine des contingents tarifaires à l'importation l'arrêt de la Cour du 10 mars 1998, T. Port GmbH & Co, C-364/95 et C-365/95, qui a déclaré invalide pour violation du principe d'égalité de traitement le règlement (CE) no 478/95 de la Commission du 1^{er} mars 1995, points 80, 81, 87 et 88 ; cf. en ce sens également, dans le même domaine, l'arrêt de la Cour du 30 juin 2005, Assedranini Srl, C-295/03 P, points 80, 94 et 95.

¹⁶⁹² Cf. sur cette question, les nos 341 et s., plus particulièrement les nos 353 et 373 ci-dessous.

¹⁶⁹³ Voir par exemple pour un arrêt récent, l'arrêt de la Cour du 3 juin 2010, Sporting Exchange Ltd, C-203/08, points 39, 40 et 41.

¹⁶⁹⁴ Arrêt de la Cour du 17 février 2011, Commission/Chypre, C-251/09, point 37 ; arrêt de la Cour du 16 décembre 2008 (grande chambre), Michaniki AE, C-213/07, point 45 ; arrêt de la Cour du 12 novembre 2009, Commission/Grèce, C-199/07, point 37 ; arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, point 91 ; arrêt de la Cour du 18 juin 2002, HI, C-92/00, point 45.

¹⁶⁹⁵ Arrêt de la Cour du 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd, C-19/00, point 33 ; arrêt de la Cour du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, point 51.

¹⁶⁹⁶ Arrêt de la Cour du 23 avril 2009, Commission/Belgique, C-292/07, point 109. Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008 (grande chambre), Michaniki AE, C-213/07, point 45 ; arrêt de la Cour, du 24 novembre 2005, ATI et Viaggi di Maio, C-331/04, point 22 ; arrêt de la Cour du 23 mars 2005, Fabricom, C-21/03, point 26 et arrêt du 17 septembre 2002, Concordia Bus, C-513/99, point 81.

principe d'égalité de traitement. Il va de soi que ce faisant, le législateur européen doit respecter ce principe même.

Nous avons signalé ci-dessus que la Cour concède au législateur européen « un large pouvoir d'appréciation lorsque son action implique des choix de nature politique, économique et sociale et lorsqu'il est appelé à effectuer des appréciations et de évaluations complexes »¹⁶⁹⁷. Toutefois, de cette marge d'appréciation, que peut-il rester si, comme c'est le cas en matière de mise en concurrence, la Cour déduit des exigences très précises des principes d'égalité de traitement et de transparence. Rappelons à cet égard le manquement retenu à l'encontre de l'Irlande dans l'arrêt du 18 novembre 2010 pour avoir violé le principe d'égalité de transparence en modifiant « la pondération des critères d'attribution d'un marché de fournitures de services d'interprétation et de traduction à la suite d'un premier examen des offres soumises »¹⁶⁹⁸. Dans l'affaire en question, la pondération n'existait pas encore au moment de la remise des offres, ni n'avait-elle été portée à la connaissance des candidats avant d'être modifiée. De toute évidence, en formulant leurs offres, les candidats n'avaient pas pu tenir compte de cette pondération. En délibérant, le pouvoir adjudicateur, lequel dispose d'une marge d'appréciation quant à l'évaluation des offres¹⁶⁹⁹, devrait être libre d'adopter, de comparer et de rejeter divers points de vue. Or, l'arrêt du 18 novembre 2010 promeut un système qui défend au pouvoir adjudicateur de revenir sur les positions une fois adoptées lors de la délibération, même si la délibération n'a pas pris fin et que rien n'a été porté vers l'extérieur.

Il nous semble que face à une interdiction aussi précise que celle de modifier une pondération une fois adoptée, même non encore communiquée aux soumissionnaires, ni le législateur européen, ni les législateurs nationaux ne disposent de marge d'appréciation significative¹⁷⁰⁰. A cet égard, celle du législateur européen ne devrait pas être plus grande que celle des Etats membres¹⁷⁰¹. La Charte européenne des droits fondamentaux ne prévoit d'ailleurs pas que les principes qu'elle édicte, dont le principe d'égalité de traitement, s'appliqueraient moins rigoureusement à l'égard du législateur européen qu'à l'égard des Etats membres.

Une approche par étapes de la part du législateur européen, consistant à n'appliquer une obligation de mise en concurrence qu'à certains marchés en dispensant d'autres ne paraît admissible que dans

¹⁶⁹⁷ Voir notamment l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57. Dans le domaine de la politique commerciale commune, le Cour reconnaît aux institutions de l'Union « un large pouvoir d'appréciation en raison de la complexité des situations économiques, politiques et juridiques qu'elles doivent examiner » (arrêt de la Cour du 27 septembre 2007, Ikea Wholesale, C-351/04, point 40). A remarquer donc dans cette matière un large pouvoir d'appréciation même pour l'évaluation de « situations juridiques ».

¹⁶⁹⁸ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, dispositif. Ainsi que la Cour l'a retenu à juste titre dans cet arrêt, le droit primaire n'impose pas de pondérer les critères d'attribution. Vu les difficultés auxquelles une pondération peut donner lieu, il vaut donc mieux, dans le doute - à condition que le droit national applicable ne s'y oppose pas - ne pas en adopter en dehors du champ d'application des directives « marchés publics ».

¹⁶⁹⁹ Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, point 29 ; cf. également, en ce sens, entre autres l'arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN, C-448/01, point 37.

¹⁷⁰⁰ La Cour reconnaît dans certains cas une marge d'appréciation aux Etats membres, ainsi, par exemple, lorsqu'ils font valoir certains motifs comme « motifs impérieux d'intérêt général » pour déroger aux libertés fondamentales (cf. par exemple arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, Sjöberg et Gerdin, C-447/08 et C-448/08, point 43 ; arrêt de la Cour du 1^{er} juin 2010, Pérez et Gómez, C-570/07 et C-571/07, point 44 ; arrêt de la Cour du 11 septembre 2008, Commission/Allemagne, C-141/07, point 51). Des motifs de ce genre permettent de déroger à la mise en concurrence en dehors du champ d'application des directives (voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08, point 57), l'obligation de mise en concurrence étant fondée sur la liberté d'établissement et la libre circulation des services.

¹⁷⁰¹ Certains ont critiqué la tendance à accorder au législateur européen un large pouvoir d'appréciation, mais à soumettre l'action des Etats membres à un contrôle plus serré. Cf. par exemple Thorsten Kingreen, dans *Calliess/Ruffert, EUV-EGV Kommentar*, 3^e édition, Art. 28-30 EGV, point 110 ; J. VONDUNG, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, Mohr Siebeck 2012, p.24, mais de manière imprécise.

la mesure où ne sont exemptés que des marchés ne présentant pas d'intérêt transfrontalier¹⁷⁰², c'est-à-dire, des marchés non soumis à mis en concurrence en vertu du droit primaire. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour a interprété la dispense de mise en concurrence pour les marchés de services non prioritaires¹⁷⁰³ des directives « marchés publics ».

§ 6.- Enjeux de la question dans le domaine des marchés publics

468.- La question de l'application du droit primaire dans le domaine des directives « marchés publics » revêt, outre son intérêt théorique indéniable, un intérêt pratique considérable dans la matière des marchés publics. Si le droit primaire oblige de procéder dans une situation donnée à une mise en concurrence, le droit dérivé pourrait-il en dispenser ? Non, ainsi que nous venons de le voir ci-dessus¹⁷⁰⁴.

Quelques exemples permettent d'illustrer notre propos :

1° La dispense de la directive 2004/17/CE pour les activités sectorielles directement exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité

469.- L'article 30, paragraphe 1^{er}, de la directive sectorielle 2004/17/CE dispense de mise en concurrence les marchés publics en vue d'une activité sectorielle qui, dans l'Etat membre concerné, « est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité »¹⁷⁰⁵. Les dispositions correspondantes de la directive établissent une procédure détaillée pour constater que ses conditions sont remplies. Cette réglementation peut être considérée comme exhaustive. Notons que l'exemption vaut même pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'administration centrale des Etats membres. Cette dispense n'existe pas dans la directive 2004/18/CE pour les activités non sectorielles, sauf dans le domaine des télécommunications¹⁷⁰⁶. Vu les développements qui précèdent sur l'application du droit primaire dans le domaine des directives « marchés publics », la Cour, ayant à connaître de la validité de cette exception, devrait faire prévaloir la solution qui se dégage du droit primaire¹⁷⁰⁷. A notre avis, le droit primaire ne s'oppose en principe pas à la solution retenue par l'article 30 de la directive 2004/17/CE, les conditions posées à la dispense de mise en concurrence étant en principe telles que les pouvoirs adjudicateurs agissent, dans l'hypothèse envisagée, comme des entreprises ordinaires et, partant, échappent au droit primaire¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰² Dans l'arrêt du 17 mars 2011 (Strong Segurança, C-95/10), la Cour fait référence à l'« approche progressive du législateur de l'Union » en ce qui concerne les marchés publics de services (point 45).

¹⁷⁰³ Arrêt de la Cour du 17 mars 2011, Strong Segurança, C-95/10, point 35 ; arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, point 25.

¹⁷⁰⁴ Voir en ce sens également, N. DITTMER, *Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers - Aus der Perspektive einer funktionsfähigen Markt- und Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 195.

¹⁷⁰⁵ Article 30, paragraphe 1^{er}, de la directive sectorielle 2004/17/CE : « Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 3 à 7 ne sont pas soumis à la présente directive, si, dans l'Etat membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité ». Ces marchés sont exemptés de la mise en concurrence prescrite par la directive.

¹⁷⁰⁶ Cf. l'article 13 de la directive 2004/18/CE. Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 91 et 123.

¹⁷⁰⁷ Pour des questions préjudicielles en validité de directives adoptées, comme les directives « marchés publics » sur la base de l'actuel article 114 TFUE, voir l'arrêt de la Cour du 29 février 1984, Rewe Zentral AG, affaire 37/83, points 18 et suivants ; ou encore les conclusions de l'avocat général Philippe Léger du 15 juillet 1997 dans l'affaire C-1/96 (Compassion in World Farming), nos 120 et s., au sujet d'une question préjudicielle en validité d'une directive.

¹⁷⁰⁸ Cf. à ce sujet, nos 199 et 512. Voir en ce sens, mais sans autres explications, K. GREB et S. STENZEL, « Freistellung vom Vergaberecht bei konventioneller Stromerzeugung. Eine Analyse der Kommissionsentscheidung vom 24.04.2012 », *Vergaberecht*, 2013, pp. 403 et s., p. 409. Eu égard à la libéralisation du secteur des télécommunications, la directive 2004/18/CE a considéré que dans ce secteur ces conditions étaient déjà remplies (vingt et unième considérant). La directive 2004/18/CE a ainsi exempté, d'une

2° La « procédure spéciale d'attribution » prévue à l'article 34 de la directive 2004/18 dans le domaine de la construction d'ensembles de logements sociaux

(a) Déroulement de la procédure spéciale d'attribution

470.- L'article 34 de la directive 2004/18/CE prévoit une « procédure spéciale d'attribution » pour des marchés publics portant sur la conception et la construction d'ensembles de logements sociaux. Une disposition identique figurait déjà dans la première directive « marchés publics de travaux » 71/305/CEE¹⁷⁰⁹. Elle y avait été inscrite à la demande du gouvernement néerlandais, car, semble-t-il, aux Pays-Bas cette procédure était courante dans le domaine de la construction de logements sociaux¹⁷¹⁰. La directive 2004/18/CE ne donne qu'une description très sommaire de la procédure « spéciale d'attribution ». Seuls quelques-uns de ses articles sont déclarés applicables à cette procédure, dont l'article 2, qui prescrit de traiter les candidats sur un pied d'égalité.

L'article 34 de la directive 2004/18/CE dispose comme suit :

« Dans le cas de marchés publics portant sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux dont, en raison de l'importance, de la complexité et de la durée présumée des travaux s'y rapportant, le plan doit être établi dès le début sur la base d'une stricte collaboration au sein d'une équipe comprenant les délégués des pouvoirs adjudicateurs, des experts et l'entrepreneur qui aura la charge d'exécuter les travaux, il peut être recouru à une procédure spéciale d'attribution visant à choisir l'entrepreneur le plus apte à être intégré à l'équipe ».

La mise en concurrence a lieu par la publication d'un avis de marché comportant une description des ouvrages « aussi précise que possible pour permettre aux entrepreneurs intéressés d'apprécier valablement le projet à exécuter »¹⁷¹¹. Par ailleurs, l'avis doit mentionner « conformément aux critères de sélection qualitative visés aux articles 45 à 52, les conditions personnelles, techniques, économiques et financières que doivent remplir les candidats »¹⁷¹².

La mise en concurrence intervient à un stade précoce du projet. La procédure a pour particularité que la désignation de l'entrepreneur se fait uniquement en fonction de critères d'aptitude.

Il s'agit de critères de nature personnelle, technique, économique et financière, mais ne portant pas sur une offre concrète relative aux travaux à exécuter. A ce stade, ce serait impossible, puisque le plan des travaux n'est pas encore établi. S'il est recouru à la procédure « spéciale d'attribution », c'est justement parce que le plan du projet doit « être établi sur la base d'une stricte collaboration » impliquant les divers intervenants. Peut-être qu'il existe à ce moment un projet défini dans les grandes

façon générale, les marchés passés pour la mise à disposition de réseaux de télécommunications, activité qui a cessé de figurer parmi les activités sectorielles (cf. ci-dessus, nos 91 et 123).

Il y a là cependant une erreur de raisonnement certaine. En effet, nonobstant les directives intervenues dans ces secteurs, la création même des réseaux est très peu exposée à la concurrence.

Conformément à l'article 30, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE, « l'entrée sur un marché sera considérée comme étant non limitée si l'Etat membre a mis en œuvre et a appliqué les dispositions de la législation communautaire mentionnée à l'annexe XI ». Cette condition est cependant insuffisante pour dispenser l'activité d'une entité adjudicatrice de mise en concurrence. Encore faut-il que cette activité soit directement exposée à la concurrence. La directive précise « qu'aux fins du paragraphe 1, pour déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence, il faut se fonder sur des critères qui soient conformes aux dispositions du traité en matière de concurrence tels que les caractéristiques des biens ou services concernés, l'existence de biens ou de services alternatifs, les prix et la présence, réelle ou potentielle, de plus d'un fournisseur des biens ou des services en question » (article 30, paragraphe 2). Il en résulte que les activités de mise à disposition de réseaux de transport ou de distribution d'électricité, monopoles naturels, ne sont en principe pas susceptibles de bénéficier de la dispense de mise en concurrence de l'article 30.

¹⁷⁰⁹ Article 6 de la directive 71/305/CEE.

¹⁷¹⁰ M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 5^e édition, Bruxelles, 1986, pp. 45-46.

¹⁷¹¹ Article 34, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

¹⁷¹² Article 34, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

lignes, une étude ou un cahier des charges fonctionnel. De tels documents seraient cependant insuffisants pour procéder à une mise en concurrence selon un critère de prix.

Plus tard, c'est l'entrepreneur choisi suivant la procédure spéciale d'attribution pour faire partie de l'équipe « *qui aura la charge d'exécuter les travaux* »¹⁷¹³. Ainsi, d'après la directive, il n'y aura plus de nouvelle mise en concurrence au stade de l'exécution des travaux.

471.- La procédure spéciale d'attribution est contraire aux exigences du courant jurisprudentiel dominant concernant le droit primaire des marchés publics - Les critères de sélection de la « procédure spéciale d'attribution » ne portent pas sur les conditions financières auxquelles l'entrepreneur choisi exécutera les travaux. Ils n'ont trait qu'à l'aptitude des candidats à faire partie de l'équipe.

Le droit primaire n'interdit pas de retenir comme critère d'attribution l'aptitude à exécuter le marché¹⁷¹⁴. En revanche, 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 »¹⁷¹⁵. Or, dans la procédure spéciale d'attribution, il n'existe aucune concurrence quant à cet élément essentiel qu'est le prix des travaux. Dans ces circonstances, le principe d'égalité de traitement se trouve enfreint. Le cas échéant, des entrepreneurs écartés lors de la sélection, mais en principe aptes à faire partie de l'équipe, auraient offert des conditions d'exécution plus avantageuses.

Suivant un courant jurisprudentiel minoritaire que nous avons examiné plus haut, le droit primaire des marchés publics n'interdit que les discriminations en raison de la nationalité¹⁷¹⁶. Il est assez évident que l'inégalité de traitement inhérente à la procédure spéciale d'attribution n'est pas une inégalité de traitement en raison de la nationalité. Pourtant, même à suivre ce courant jurisprudentiel actuellement minoritaire, la directive n'en resterait pas moins contraire au droit primaire, car le principe d'égalité de traitement s'impose en toutes circonstances au législateur européen. Toute procédure de mise en concurrence prévue par le droit dérivé doit donc respecter le principe d'égalité de traitement¹⁷¹⁷.

3° *Autres exemples*

472.- Il existe d'autres dispositions des directives « marchés publics » dont la compatibilité avec le droit primaire peut susciter des doutes. A cet égard, on peut signaler le procédé de mise en concurrence par un avis sur l'existence d'un système de qualifications prévu par la directive 2004/17/CE¹⁷¹⁸ ou encore, sous le régime de la directive 2004/18/CE, les accords-cadres multiples dont tous les termes ne sont pas fixés¹⁷¹⁹.

¹⁷¹³ Article 34, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/18/CE.

¹⁷¹⁴ Les arrêts de la Cour qui interdisent d'utiliser comme critères d'attribution des critères liés à l'aptitude des candidats d'exécuter le marchés ont trait à des marchés publics soumis aux directives (ainsi, l'arrêt de la Cour du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, point 30 et l'arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Bentjees, affaire 31/87 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd, C-19/00, points 36 à 39). La solution retenue dans ces arrêts se dégage des dispositions des directives sans que le principe d'égalité de traitement l'impose.

¹⁷¹⁵ Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 87.

¹⁷¹⁶ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04, points 105 et 106. Cf. les nos 358 et s. pour un examen de ce courant jurisprudentiel.

¹⁷¹⁷ Cf. les articles 20 et 51 de la Charte européenne des droits fondamentaux et la jurisprudence relative au champ d'application du principe d'égalité de traitement. Voir ci-dessus nos 439 et s. développements sur les rapports entre le droit primaire et le droit dérivé.

¹⁷¹⁸ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 98 et s.

¹⁷¹⁹ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 142 et s.

Chapitre VII.- L'obligation de mise en concurrence déduite des libertés de circulation dans d'autres domaines que les marchés publics et les concessions de services

Section 1^{re}.- La solution retenue par la Cour concernant les marchés publics et les concessions peut-elle être étendue à d'autres opérations ?

473.- La jurisprudence de la Cour impose la mise en concurrence des marchés et des concessions présentant un intérêt transfrontalier¹⁷²⁰. La Cour fonde cette exigence sur le droit primaire. Cette obligation peut-elle être étendue à d'autres opérations présentant un lien avec les libertés fondamentales ?

L'exigence de mise en concurrence des marchés publics et des concessions présentant un intérêt transfrontalier correspond désormais à une jurisprudence constante de la Cour. Elle existe tant dans le courant que nous avons désigné comme le *courant dominant* que dans la jurisprudence plus restrictive qui s'en tient au principe de non-discrimination en raison de la nationalité. En revanche, selon que l'on suit l'un ou l'autre de ces courants, le contenu du droit primaire de la mise en concurrence varie (seulement des exigences déduites du principe de non-discrimination en raison de la nationalité ou également des exigences procédant du principe d'égalité de traitement). Il en est de même de ses bénéficiaires (seulement des ressortissants d'autres Etats membres ou également les ressortissants du même Etat que le pouvoir adjudicateur).

D'éminents auteurs ont estimé qu'il était improbable que la Cour étende l'obligation de mise en concurrence à d'autres opérations comme les ventes d'immeubles non accompagnées d'un marché de travaux, l'octroi d'autorisations ou de subsides, la privatisation d'établissements publics ou l'aliénation des parts dans une entreprise publique¹⁷²¹. D'après ces auteurs, la jurisprudence de la Cour en matière de mise en concurrence s'expliquerait en fin de compte par le souci de remédier à l'absence de législation européenne en matière de concessions de services¹⁷²².

Partiellement du moins, ces prévisions se sont révélées erronées, car en 2010, inspirée ou peut-être encouragée par l'obligation de mise en concurrence introduite par la directive 2006/123/CE¹⁷²³ pour l'octroi de certaines autorisations, la Cour a requis des mises en concurrence pour l'octroi d'autorisations limitées en nombre¹⁷²⁴. Plus récemment, la Cour a encore étendu le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire en assimilant l'octroi d'un droit d'emphytéose sur un réseau de télédistribution accompagné de la cession d'abonnements, suivant le cas, à une concession de services ou à l'autorisation d'exercer une activité¹⁷²⁵. Plus loin, nous verrons que les lignes directrices en matière d'aides imposent des mises en concurrence pour certaines aides, sans quoi, la Commission refuse de les déclarer compatibles avec le marché intérieur¹⁷²⁶.

D'autres ont exclu une extension de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire à des cessions de terrains ou des concessions de domaine public parce que contrairement aux marchés publics et aux concessions, le rôle des pouvoirs publics n'y serait pas celui d'acquéreur, mais de cédant. La jurisprudence *Telaustria* se justifierait par l'importance de la commande publique sur le marché intérieur. Il n'y aurait pas lieu à mise en concurrence d'après le droit primaire, si le pouvoir public assume un rôle de cédant et non d'acquéreur¹⁷²⁷. De toute évidence, ces auteurs se trompent, car tel n'est pas le fondement de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire¹⁷²⁸.

¹⁷²⁰ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 353 et s. et nos 341 et s.

¹⁷²¹ Voir E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 173.

¹⁷²² Ibidem, p. 173.

¹⁷²³ Cf. ci-dessous, nos 595 et s.

¹⁷²⁴ Cf. ci-dessous, nos 479 et s.

¹⁷²⁵ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, points 26, 32 et 33.

¹⁷²⁶ Voir les nos 582 et s. ci-dessous.

¹⁷²⁷ C. BARDON et Y. SIMMONNET, « *Telaustria* : quel périmètre », *Droit administratif*, 2009, p. 14 et s., nos 22 et s.

¹⁷²⁸ Voir ci-dessus les nos 364 et s.

Nous nous sommes exprimés de façon critique à l'égard de l'exigence de mise en concurrence suivant le droit primaire. Nous avons montré que cette exigence s'accordait mal avec les principes du traité et qu'elle était source d'insécurité juridique.

Toutefois, il y a plus. Le raisonnement sous-jacent à l'obligation de mise en concurrence des marchés publics, des concessions et des autorisations limitées en nombre, conduit à exiger la mise en concurrence de toutes sortes d'autres opérations¹⁷²⁹. C'est ce que nous nous attacherons à montrer dans les pages suivantes. Cette démarche livrera, en quelque sorte, la confirmation par l'absurde que la Cour est allée trop loin en imposant une obligation de mise en concurrence sur le fondement du seul droit primaire.

Section 2.- Mise en concurrence dans des situations autres que les marchés publics et les concessions présentant un intérêt transfrontalier

§ 1^{re}.- Autorisations de prester une activité de services qui ne sont accordées qu'à un nombre limité d'opérateurs économiques.

474.- A cet égard, il faut distinguer deux situations.

A. Situations non visées ici : autorisation d'utiliser des infrastructures résultant accessoirement d'une convention

475.- L'exécution de certains marchés publics ou de certaines concessions¹⁷³⁰ suppose que le pouvoir public mette des biens à disposition de son cocontractant. Il en est par exemple ainsi pour des concessions de services en vue de l'exploitation d'infrastructures sportives, d'établissements de restauration ou de réseaux de télédistribution appartenant à l'autorité publique. En l'absence de convention, le droit d'utiliser l'infrastructure serait inexistant. Ce droit ne résulte pas d'un régime d'autorisation administrative, mais d'une convention, souvent une concession de services. Plus haut, nous avons examiné les règles auxquelles le droit européen soumet l'attribution de ces contrats¹⁷³¹. Il n'en sera donc plus question ici. Quant à savoir quelles sont les exigences du droit primaire lors de la conclusion de ventes et de locations par lesquelles le cocontractant d'un pouvoir public obtient des droits sur un immeuble, nous le verrons plus loin¹⁷³².

B. Situation considérée dans la suite : régimes d'autorisations restreignant l'accès à des activités ou l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs

476.- Nous envisagerons ici des situations où l'accès à une activité aurait été libre en l'absence de régime d'autorisation. Dans ce cas, c'est l'existence d'un régime d'autorisation qui empêche les entreprises de prester les services en question et non un refus d'accès à une infrastructure ou l'attribution d'un contrat à un autre opérateur. Notons qu'un régime d'autorisation peut cependant accessoirement impliquer la conclusion d'une convention¹⁷³³.

¹⁷²⁹ Voir en ce sens également, P. NIHOUL, « Le principe d'égalité dans les marchés et les contrats publics », *in Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 497 et s., pp. 528 et 529.

¹⁷³⁰ Remarquons qu'il existe des concessions de services publics qui ne comportent pas la mise à disposition d'infrastructures au concessionnaire. Il pourrait en être ainsi, par exemple, d'une concession de services en vue de l'enlèvement d'ordures. Dans certains cas, un tel contrat pourrait se borner à indiquer les obligations du concessionnaire, qui pourrait le cas échéant être exposé à une certaine concurrence de la part d'autres opérateurs, ainsi que les modalités en fonction desquelles il sera rémunéré. Un contrat de ce type ne confère pas l'autorisation d'exercer l'activité en question, laquelle peut en principe être exercée librement.

¹⁷³¹ Cf. les nos 258 et s. et 389 et s.

¹⁷³² Cf. ci-dessous, no 499.

¹⁷³³ Voir, par exemple, au sujet d'une concession de cabotage maritime accordée sous forme d'autorisation administrative, l'arrêt de la Cour du 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)*, C-205/99, points 16 à 40 et 62 et s. Dans ce cas, le volet contractuel ne se trouve qu'au second plan. C'est l'existence d'un régime d'autorisation qui empêche d'autres opérateurs de prester les mêmes services.

La question d'une mise en concurrence se posera seulement pour les autorisations en nombre limité et non pour celles accordées à tous ceux remplissant certaines conditions. Dans le cas des autorisations limitées en nombre, contrairement à la passation des marchés publics de services, la restriction à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement est évidente. L'exercice de l'activité en question étant subordonné à une autorisation, il en résulte une entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services. La limitation du nombre d'autorisations constitue une restriction supplémentaire¹⁷³⁴. Pour être admises, ces restrictions doivent être justifiées¹⁷³⁵.

1. Conditions auxquelles les régimes d'autorisation sont soumis

477.- Selon une jurisprudence constante, les restrictions « applicables sans discrimination quant à la nationalité, peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »¹⁷³⁶. Les mesures constituant des discriminations directes suivant la nationalité ne sont admises¹⁷³⁷ que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique mais non pour d'autres motifs¹⁷³⁸. La réglementation nationale en question doit répondre au souci d'atteindre l'objectif visé de manière cohérente et systématique¹⁷³⁹. Si toutes ces

¹⁷³⁴ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Ladbroke's*, C-258/08, points 16 et 17 ; l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 44, qui a retenu une entrave tant à la liberté d'établissement qu'à la libre prestation des services ; ou encore l'arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH*, C-338/09, points 45 et 46, pour l'exploitation d'une ligne de bus touristique : « Il y a lieu de souligner qu'une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui exige l'obtention d'une autorisation aux fins de l'exploitation d'une ligne d'autobus touristique constitue, en principe, une restriction à la liberté d'établissement, au sens de l'article 49 TFUE, en ce qu'elle tend à limiter le nombre de prestataires de services, nonobstant l'absence alléguée de discrimination tenant à la nationalité des professionnels concernés (voir par analogie, arrêt du 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Rec. p. I-1721, points 36 et 39) » (point 45). Cet arrêt ne retient qu'une restriction à la liberté d'établissement, la libre prestation des services dans le domaine des transports n'étant pas visée par l'article 56 TFUE.

¹⁷³⁵ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 10 mars 2009 (grande chambre), *Hartlauer*, C-169/07, points 33, 34 et 44, quant à la liberté d'établissement ; l'arrêt de la Cour du 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)*, C-205/99, point 22, quant à la libre prestation des services.

¹⁷³⁶ Arrêt de la Cour du 1^{er} juin 2010, *Pérez et Gómez*, C-570/07 et C-571/07, point 68 ; cf. encore, par exemple, l'arrêt de la Cour du 9 mars 2006, *Commission/Espagne*, C-323/03, point 45 ou, bien sûr, l'arrêt de la Cour du 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, point 37. Dans un arrêt du 31 janvier 2008, *Centro Europa 7 Srl*, C-380/05, point 100, à propos d'un régime de licences limitant le nombre d'opérateurs utilisant des radiofréquences, la Cour a jugé que des « objectifs d'intérêt général » étaient suffisants « pour autant que les restrictions en découlant sont [soient] appropriées et ne vont [n'aillent] pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre lesdits objectifs ». Dans une autre affaire, la Cour a estimé que « des circonstances objectives » pouvaient légitimer une manière d'agir qualifiée de discrimination indirecte selon la nationalité (arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 51). Plus loin dans le même arrêt, la Cour requiert pourtant « une mesure dérogatoire expressément prévue par le traité » ou « une raison impérieuse d'intérêt général » (point 57). Après avoir indiqué dans son arrêt du 18 décembre 2007 (*Jundt*, C-281/06) qu'« il y a lieu d'examiner si pareille restriction à la libre prestation des services peut être objectivement justifiée », la Cour ajoute que « dans ce contexte, il convient en premier lieu, de rechercher si, comme le soutient le gouvernement allemand, la restriction prévue dans la réglementation nationale est justifiée par la raison impérieuse que constituerait la promotion de l'enseignement, de la recherche et du développement » (points 55 et 56). Dans un arrêt du 11 décembre 2007 (Grande chambre), *International Transport Workers' Federation*, C-438/05, la Cour a retenu qu'il « ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une restriction à la liberté d'établissement ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général » (point 75), ce qui revient à ajouter une nuance supplémentaire.

¹⁷³⁷ Articles 52 et 62 TFUE (anciens articles 46 et 55 CE).

¹⁷³⁸ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 34.

¹⁷³⁹ Arrêt de la Cour du 1^{er} juin 2010, *Pérez et Gómez*, C-570/07 et 571/07, point 94 ; arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 35 ; arrêt de la Cour du 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07,

conditions sont remplies, une réglementation prévoyant un nombre limité d'autorisations ou un agrément unique est compatible avec les dispositions du traité FUE concernant les libertés de circulation.

En revanche, ne saurait valoir comme justification d'un régime d'autorisation le souci de garantir à certains opérateurs « la continuité, la stabilité financière ou un juste rendement des investissements réalisés »¹⁷⁴⁰.

478.- A côté de motifs impérieux d'intérêt général, l'article 106, paragraphe 2, TFUE (ancien article 86, paragraphe 2, CE) permet de créer ou de maintenir des régimes d'exclusivité en faveur de services d'intérêt économique général. Ces régimes peuvent porter atteinte aux libertés fondamentales, dans la mesure nécessaire à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission de service d'intérêt économique général dont il s'agit¹⁷⁴¹. Toutefois, « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union » (article 106, paragraphe 2, dernière phrase, TFUE). Si ces conditions sont remplies, des droits spéciaux ou exclusifs peuvent être accordés en vue de l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt économique général. En revanche, la désignation du titulaire des droits spéciaux ou exclusifs reste soumise à l'obligation de transparence¹⁷⁴².

2. Conditions à respecter lors de l'octroi des autorisations limitées en nombre

(a) Obligation de mise en concurrence

479.- D'après un arrêt de la Cour du 3 juin 2010¹⁷⁴³, l'octroi d'autorisations en nombre limité, présentant un intérêt transfrontalier, doit être précédé d'une mise en concurrence. Cet arrêt est intervenu en rapport avec la réglementation néerlandaise sur les paris sportifs prévoyant un agrément unique.

La Cour rappelle d'abord que l'obligation de transparence s'applique lorsqu'une concession de services « est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un Etat membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée » (point 40). Puis, elle réaffirme que « sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, ladite obligation de transparence impose à l'autorité concédante de garantir, en faveur de tout concessionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des concessions de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution » (point 41).

Ensuite, elle applique la même solution à l'octroi d'un agrément unique :

« Le fait que la délivrance d'un agrément unique n'équivaut pas à un contrat de concession de services ne saurait, à lui seul, justifier que les exigences qui découlent de l'article 49 CE [l'actuel article 56 TFUE], notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, soient méconnues lors de l'octroi d'une autorisation administrative telle que celle en cause au principal.

En effet, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 154 et 155 de ses conclusions, l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un Etat membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur. Une telle obligation a vocation à s'appliquer dans le cadre d'un régime d'agrément octroyé à un opérateur unique par les autorités d'un Etat membre dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, puisque les effets d'un tel agrément à l'égard des entreprises établies

point 55 ; arrêt de la Cour du 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, C-42/07, point 61.

¹⁷⁴⁰ Arrêt de la Cour du 16 février 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et 77/10, point 59.

¹⁷⁴¹ Cf. arrêt de la Cour du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, point 14 ; arrêt de la Cour du 25 octobre 2001, Firma Ambulanz Glöckner, C-475/99, point 56. Voir en sens contraire cependant l'arrêt de la Cour du 10 juillet 1984, Campus Oil, 72/83, point 19. Voir à ce sujet également ci-dessous, no 452.

¹⁷⁴² Arrêt de la Cour rendu le 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08, points 125 à 130. Cf. par ailleurs les numéros qui suivent.

¹⁷⁴³ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010 (deuxième chambre), Sporting Exchange Ltd, C-203/08.

dans les autres Etats membres et qui seraient potentiellement intéressées par l'exercice de cette activité sont les mêmes que ceux d'un contrat de concession de services » (points 46 et 47).

Plus loin, la Cour ajoute : « Le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle doit nécessairement impliquer que les critères objectifs permettant d'encadrer le pouvoir d'appréciation des autorités compétentes des Etats membres soient soumis à une publicité adéquate » (point 51). La Cour demande que les opérateurs intéressés soient mis en mesure de manifester leur intérêt pour l'exercice de l'activité en question (point 55). Enfin, au point 58, la Cour se réfère à « l'ouverture d'une concurrence » pour l'attribution de l'agrément¹⁷⁴⁴.

Ce qu'exige la Cour est donc bien une mise en concurrence comme pour les marchés publics et les concessions de services.

Dans d'autres arrêts concernant des autorisations dans le domaine des jeux de hasard¹⁷⁴⁵, la Cour a également exigé des mises en concurrence. Bien que s'agissant de régimes d'autorisation analogues à celui dans l'affaire *Sporting Exchange* (C-203/08), la Cour y emploie l'expression « concessions de services ». L'usage de cette expression s'explique probablement par le fait que les réglementations nationales désignaient ces autorisations comme des « concessions »¹⁷⁴⁶. Pour des autorisations dans le domaine des jeux de hasard, la qualification de « concession de services » au sens des directives « marchés publics » 2004/17/CE et 2004/18/CE nous paraît *a priori* exclue. En effet, même si l'organisation du jeu de hasard faisait l'objet d'un contrat entre le pouvoir public et l'opérateur privé, la condition de l'« intérêt économique direct » dans le chef du pouvoir adjudicateur ne semble pas remplie dans le chef de l'Etat membre concerné¹⁷⁴⁷.

(b) Appréciation du bien-fondé de l'obligation de mise en concurrence dans les cas de régimes d'autorisation ne permettant qu'un nombre limité d'autorisations

480.- Dans ses conclusions concernant l'affaire *Sporting Exchange*, l'avocat général Yves Bot s'était exprimé comme suit :

¹⁷⁴⁴ Suivant en cela les conclusions de l'avocat général, la Cour y distingue d'ailleurs « les effets de l'ouverture d'une concurrence dans le marché des jeux de hasard, dont la nature préjudiciable est susceptible de justifier une restriction à l'activité de opérateurs économiques, de ceux de l'ouverture d'une concurrence pour l'attribution de marché concerné ». La Cour suit l'explication fournie à cet égard par l'avocat général qu'elle reprend également à son compte :

« Le caractère préjudiciable de l'instauration d'une concurrence dans le marché, c'est-à-dire entre plusieurs opérateurs qui seraient autorisés à exploiter un même jeu de hasard, provient du fait que ces derniers seraient conduits à rivaliser d'inventivité pour rendre leur offre plus attrayante et, de cette manière, à augmenter les dépenses des consommateurs liées au jeu ainsi que les risques de dépendance de ces derniers. En revanche, de telles conséquences ne sont pas à craindre au stade de la délivrance de l'agrément » (point 58 de l'arrêt *Sporting Exchange*).

¹⁷⁴⁵ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08, point 58 ; arrêt de la Cour du 13 septembre 2007, Commission/Italie, C-260/04, points 20 à 24 ; arrêt de la Cour du 16 février 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10, points 54, 55 et 56.

¹⁷⁴⁶ Dans un arrêt du 13 septembre 2007 (Commission/Italie ; C-260/04), la Cour s'était contentée de relever ce qui suit pour justifier qu'il s'agissait de « concession de service public » : « Ainsi que le relève à juste titre la Commission, le gouvernement italien n'a pas contesté, ni pendant la procédure précontentieuse, ni au cours de la présente procédure, que l'attribution de la gestion et de la collecte des paris hippiques en Italie constitue une concession de service public. Une telle qualification a été retenue par l'arrêt du 6 mars 2007, *Placanica e.a.* (C-338/04, C.359/04 et C-360/04, non encore publié au recueil), dans lequel la Cour interprète les articles 43 CE et 49 CE au regard de la même législation nationale » (point 20). Dans l'arrêt *Placanica*, la Cour avait certes employé le terme « concession », mais non l'expression « concession de service public ». Dans cet arrêt, la Cour ne s'était d'ailleurs pas expliquée sur l'expression employée.

¹⁷⁴⁷ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, points 49 à 52. Cf. également, ci-dessus, les nos 240 et s.

« (...) La jurisprudence relative à l'obligation de transparence est applicable, à notre avis, à un régime d'agrément limité à un seul opérateur dans le domaine des jeux d'argent, et cela pour les considérations suivantes.

En premier lieu, cette jurisprudence a pour fondement les conséquences d'un contrat de marché public ou de concession sur les libertés de circulation et non l'origine contractuelle de ces conséquences. Ainsi que nous l'avons vu précédemment, de tels contrats doivent être précédés d'un appel à la concurrence parce qu'ils ont pour objet et pour effet d'attribuer l'exercice d'une activité à un ou plusieurs opérateurs économiques en particulier. En l'absence d'une publicité adéquate, le principe d'égalité de traitement serait méconnu parce que les entreprises établies dans d'autres Etats membres, potentiellement intéressées par cette activité, seraient dans l'impossibilité de faire connaître leur intérêt et, partant, d'exercer les droits qu'elles tirent des articles 43 CE et 49 CE [actuels articles 49 et 56 TFUE].

L'obligation de transparence apparaît ainsi comme une condition préalable obligatoire du droit d'un Etat membre d'attribuer à un ou plusieurs opérateurs privés le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de ce ou de ces opérateurs » (points 152, 153 et 154).

Il convient d'approuver ce raisonnement que la Cour reprend du moins partiellement à son compte¹⁷⁴⁸.

Plus haut, nous avons critiqué le raisonnement qui sous-tend l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire¹⁷⁴⁹. Telle quelles, ces critiques ne valent pas à l'endroit de l'obligation de mise en concurrence lors de l'octroi d'autorisations limitées en nombre. En effet, dans ce cas - contrairement aux marchés publics et aux concessions - les opérateurs économiques disposent au départ du droit de prester les services en question. Ce droit est entravé par le régime d'autorisation¹⁷⁵⁰. L'on se trouve donc bien en présence d'une restriction à la libre prestation des services ou à la liberté d'établissement.

La situation est par conséquent différente de celle des marchés publics et des concessions de service qui ont pour objet des prestations à l'égard desquelles les opérateurs économiques ne peuvent *a priori* se prévaloir d'aucun droit¹⁷⁵¹.

Ici, les interdictions d'entraver les libertés de circulation - particulièrement strictes - ont vocation à s'appliquer. La rigueur de ces interdictions peut paraître anormale, ce que nous avons signalé plus haut¹⁷⁵². Il n'empêche que tel est le système du traité.

D'autre part, l'application du principe d'égalité de traitement lors de la mise en œuvre d'exceptions aux libertés de circulation ne devrait guère faire de doute¹⁷⁵³.

Si le principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence qui, à son tour, impose de procéder à une publicité adéquate, cette dernière doit-elle pour autant, lorsqu'il s'agit de l'octroi d'autorisations, conduire nécessairement à une *mise en concurrence*, ainsi que la Cour le requiert dans l'arrêt *Sporting Exchange*¹⁷⁵⁴ ? A notre avis non. Il devrait suffire que le régime d'autorisation réponde aux conditions de nécessité impérieuse, de proportionnalité et de cohérence que la jurisprudence a formulées. Traditionnellement, les Etats membres disposent à cet égard d'une certaine latitude. A condition de comporter des conditions d'attribution, objectives et impartiales, un régime d'autorisation unique ou d'autorisations limitées en nombre ne devrait pas nécessairement comporter de mise en concurrence. L'attribution d'autorisations limitée en nombre pourrait avoir lieu en fonction de critères comme l'honorabilité, l'expérience et la capacité technique sans nécessairement

¹⁷⁴⁸ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010 (deuxième chambre), *Sporting Exchange Ltd*, C- 203/08, point 47.

¹⁷⁴⁹ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 364 et s.

¹⁷⁵⁰ Nous avons vu que la jurisprudence de la Cour retient dans ce cas une entrave pourvu que le marché ait un intérêt transfrontalier.

¹⁷⁵¹ Cf. ci-dessus, no 372.

¹⁷⁵² Cf. ci-dessus, no 340.

¹⁷⁵³ Voir l'arrêt de la Cour du 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, point 6, d'après lequel dans un cas pareil, les droits fondamentaux doivent être respectés. Cf. en ce sens également, K. LENAERTS, « The EU Chartes of fundamental rights : scope of application and methods of interpretation », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 107 et s., p. 119.

¹⁷⁵⁴ Voir ci-dessus, no 479.

impliquer des propositions chiffrées de la part des intéressés. Du reste, ainsi que nous l'avons fait remarquer au sujet des marchés publics et aux concessions, il ne nous semble pas judicieux de prétendre déduire du principe d'égalité de traitement et de transparence des exigences excessivement précises¹⁷⁵⁵.

(c) Autres conditions à respecter : critères objectifs, non discriminatoires, connus d'avance, système procédural aisément accessible, propre à garantir le traitement des demandes dans un délai raisonnable, avec objectivité et impartialité, les refus devant pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel

481.- La Cour a posé certaines exigences à respecter par tout régime d'autorisation administrative. L'arrêt *Sporting Exchange* du 3 juin 2010 confirme que ces exigences s'appliquent également au cas d'un agrément unique¹⁷⁵⁶. Ainsi, un régime d'autorisation administrative ne prévoyant qu'une ou plusieurs autorisations doit « être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus d'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités afin qu'il ne soit pas utilisé de manière arbitraire »¹⁷⁵⁷. Il s'ajoute que « toute personne frappée par une mesure restrictive fondée sur une telle dérogation doit pouvoir disposer d'une voie de recours de nature juridictionnelle »¹⁷⁵⁸. La Cour considère que s'il n'en était pas ainsi, les dispositions du traité relatif aux libertés fondamentales risqueraient d'être dépourvues d'effet utile¹⁷⁵⁹. Il s'agit là de conditions que la Cour pose également pour la passation des marchés publics et les concessions¹⁷⁶⁰.

Dans un arrêt du 13 mai 2003¹⁷⁶¹, rendu au sujet de régimes d'autorisations administratives, la Cour avait retenu « qu'un tel système d'autorisation administrative préalable doit de même reposer sur un système procédural aisément accessible et propre à garantir aux intéressés que leur demande sera traitée dans un délai raisonnable ainsi qu'avec objectivité et impartialité, d'éventuels refus d'autorisation devant en outre pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel ». Il n'y a pas de raison pour que cette exigence ne s'applique pas aux régimes d'autorisation ne prévoyant qu'un nombre limité d'autorisations et qui, pour cette raison, doivent faire appel à la concurrence.

Lors de la mise en concurrence d'autorisations administratives, s'ajoutent donc, par rapport aux procédures de passation des marchés publics, l'exigence que les demandes soient traitées dans un délai raisonnable et celle d'un accès aisé au système procédural. Notons qu'en matière de marchés publics et de concessions, le principe général de protection juridictionnelle effective requiert que l'accès aux voies de recours ne soit pas excessivement difficile, mais non qu'il soit « aisé »¹⁷⁶².

Pour le surplus cependant, les exigences à respecter paraissent en principe identiques¹⁷⁶³.

Les arrêts de la Cour en matière de mise en concurrence d'autorisations ou de « concessions » pour l'organisation de jeux de hasard fournissent certaines précisions relatives à la mise en concurrence,

¹⁷⁵⁵ Cf. ci-dessus, no 373.

¹⁷⁵⁶ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010 (deuxième chambre), *Sporting Exchange Ltd*, C-203/08, point 50. Cf. également l'arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 55.

¹⁷⁵⁷ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010 (deuxième chambre), *Sporting Exchange Ltd*, C-203/08, point 50 ; voir dans le même sens, sans qu'il soit question de mise en concurrence : l'arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH*, C-338/09, point 53, l'arrêt de la Cour du 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, point 64 et l'arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, *Commission/France*, C-389/05, point 94.

¹⁷⁵⁸ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010 (deuxième chambre), *Sporting Exchange Ltd*, C-203/08, point 50.

¹⁷⁵⁹ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, C-203/08, point 49 ; arrêt de la Cour du 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, point 64 ; arrêt de la Cour du 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99, points 84 et 85 ; arrêt de la Cour du 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)*, points 37 et 38.

¹⁷⁶⁰ Cf. ci-dessus, nos 36 et s.

¹⁷⁶¹ Arrêt de la Cour du 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99, point 85.

¹⁷⁶² Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 27 et s.

¹⁷⁶³ Cela n'a rien de surprenant dans la mesure où la Cour considère que l'existence ou non d'un contrat n'est pas déterminante et que les effets d'un régime d'agrément unique sont identiques du point de vue des articles 49 et 56 TFUE (cf. l'arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, points 39, 40, 41, 46 et 47).

déduites du droit primaire. Avec quelques réserves, ces précisions peuvent être considérées comme valables également pour des marchés publics ou des concessions de services¹⁷⁶⁴.

Ainsi, outre les points que nous venons de relever :

- Les exigences relatives à l'ouverture à la concurrence valent tant pour l'octroi de l'autorisation que pour son renouvellement¹⁷⁶⁵ ;
- Les conditions et les modalités d'un appel d'offres « doivent être formulées de manière claire, précise et univoque »¹⁷⁶⁶ ;
- Que des opérateurs remplissant les conditions prévues par la législation applicable auraient pu se porter spontanément candidats à l'attribution d'une « concession » ne constitue pas « une justification au titre d'une mesure dérogatoire expressément prévue par le traité ou d'une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par la jurisprudence de la Cour et pouvant justifier l'attribution des concessions en cause au principal en dehors de toute transparence »¹⁷⁶⁷ ;
- L'attribution de « concessions d'une durée pouvant aller jusqu'à quinze ans est de nature à gêner, voire prohiber, l'exercice, par des opérateurs situés dans d'autres Etats membres, des libertés garanties par les articles 43 CE et 49 CE et constitue dès lors une restriction à l'exercice de ces libertés »¹⁷⁶⁸ ;
- La restriction de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services résultant d'une concession d'une durée de quinze ans peut se justifier par des considérations impérieuses d'intérêt général « eu égard notamment à la nécessité pour le concessionnaire de disposer d'un délai suffisamment long pour amortir les investissements exigés par la création d'un établissement de jeux »¹⁷⁶⁹ ;
- Lorsqu'un régime d'autorisation est justifié par des objectifs légitimes reconnus par la jurisprudence, il « ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver de leur effet utile les dispositions du droit de l'Union, notamment celles relatives à des libertés fondamentales »¹⁷⁷⁰ ;
- D'une façon générale - cela résulte de manière particulièrement claire des arrêts rendus dans cette matière - les seuls critères admis comme critères de sélection¹⁷⁷¹, c'est-à-dire permettant de refuser la participation à la procédure de mise en concurrence, sont ceux fondés sur des considérations d'ordre public, de sécurité ou de santé publiques ou d'autres considérations impérieuses d'intérêt général¹⁷⁷².

Cette exigence ne nous paraît pas pouvoir être appliquée aux marchés publics et aux concessions.

En effet, comme déjà signalé ci-dessus, les régimes d'autorisations se distinguent des marchés publics et des concessions par cela qu'en l'absence de régime d'autorisation, les activités en question seraient librement accessibles, ce qui n'est pas le cas pour les marchés publics et les concessions¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁴ Cf. ci-dessus nos 389 et s. concernant les règles matérielles du droit primaire des marchés publics.

¹⁷⁶⁵ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, points 54 et 55.

¹⁷⁶⁶ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, *Biasci et autres*, C-660/11 et C-8/12, point 38.

¹⁷⁶⁷ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 57.

¹⁷⁶⁸ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 46 ; voir également l'arrêt de la Cour du 9 mars 2006, *Commission/Espagne*, C-323/03, points 44 et 47, au sujet d'une concession de transport maritime de passagers à l'intérieur de la ria de Vigo d'une durée de vingt ans, susceptible d'être prolongée jusqu'à trente ans.

¹⁷⁶⁹ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, points 47 et 48.

¹⁷⁷⁰ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, point 54

¹⁷⁷¹ Cela vaut pour les critères de sélection mais non pour les critères d'attribution.

¹⁷⁷² Arrêt de la Cour du 9 mars 2006, *Commission/Espagne*, C-323/03, point 49 : la Cour rejette le critère de sélection relatif à l'expérience acquise dans le domaine du transport dans la ria de Vigo parce que le gouvernement espagnol n'a pas invoqué « de raisons impérieuses justifiant la restriction qui découle de ce critère » ; arrêt de la Cour du 6 mars 2007 (grande chambre), *Platanica*, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, points 61 et 62.

¹⁷⁷³ Cf. ci-dessus, no 372.

Nous avons constaté plus haut que la jurisprudence relative aux exigences du droit primaire en matière de marchés publics présente des divergences notables. Vu l'alignement des régimes d'autorisations administratives préalables en nombre restreint sur le droit primaire des marchés publics, les incertitudes¹⁷⁷⁴ affectant le droit primaire des marchés publics existent également en rapport avec l'attribution d'autorisations en nombre limité.

(d) Exception à l'obligation de mise en concurrence lorsque l'activité est réservée à un opérateur public dont la gestion est soumise à une surveillance directe ou à un opérateur privé sur les activités publiques duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit

482.- La Cour dispense les Etats membres de mise en concurrence lorsqu'il s'agit « d'octroyer ou de renouveler l'agrément à un opérateur public dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'Etat ou à un opérateur privé sur les activités duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit »¹⁷⁷⁵. Ces conditions, sans être identiques, rappellent les conditions *Teckal*.

(e) Droits exclusifs ou spéciaux accordés par des actes législatifs ou réglementaires

483.- Que des droits exclusifs ou spéciaux soient accordés par une autorisation dans un régime d'autorisations en nombre limité ou que ces droits résultent d'actes législatifs ou réglementaires ne devrait pas faire de différence du point de vue des principes de droit primaire à respecter¹⁷⁷⁶. La même chose vaut pour des marchés publics ou des concessions qui seraient attribués par une loi ou un règlement au lieu d'un contrat.

L'effet restrictif sur les libertés de circulation étant identique, l'instrument juridique employé au niveau national devrait être indifférent. En cas d'attribution de droits spéciaux ou exclusifs par voie législative, le respect des exigences de transparence formulées par la Cour pose de toute évidence un problème, car d'ordinaire les législateurs nationaux ne procèdent pas à des mises en concurrence. Les procédures d'adoption des textes législatifs ne prévoient rien de tel.

§ 2.- La mise en concurrence lors de la création de partenariats publics privés institutionnalisés (« PPPI ») : sous certaines conditions, il suffit d'une mise en concurrence unique pour le choix de l'associé privé d'une société d'économie mixte à créer et pour l'attribution du marché ou de la concession à cette société

A. Situations visées

484.- Lors d'un marché de travaux ou de services ou d'une concession, la collaboration entre le pouvoir adjudicateur et le prestataire de services ou de travaux peut s'accompagner de la création d'une société commerciale commune. Le pouvoir adjudicateur conclura le marché ou la concession avec cette société qui, à son tour, sous-traitera tout ou partie du marché à l'associé privé. Un assez grand nombre de variantes sont possibles. Ainsi, par exemple, l'apport de l'associé privé peut être en espèces ou en nature.

¹⁷⁷⁴ Cf. ci-dessus nos 339 et s.

¹⁷⁷⁵ Arrêt de la Cour du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, points 59 et 60.

¹⁷⁷⁶ Voir en ce sens le « Document de travail » des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (coopération public-public) du 4 octobre 2011 (SEC (2011) 1169 final, point 4.2, qui requiert une mise en concurrence également lorsque l'attribution des droits spéciaux ou exclusifs a lieu par une loi ; également en ce sens, l'avis du Conseil d'Etat belge L.46.107/4 du 23 mars 2009 sur un avant-projet de décret « portant création de la société anonyme de droit public « Société de Développement de Liège-Guillemins », en abrégé, SDLG » en vue du développement, de la réalisation et de l'exploitation d'un espace immobilier.

B. Position du problème

485.- En règle générale, un PPPI implique au moins trois contrats : un contrat de société, un contrat entre le pouvoir adjudicateur et la société commune créée ainsi qu'un contrat entre la société commune et le partenaire privé.

La société commune étant une société d'économie mixte, elle n'est pas susceptible de bénéficier de l'exception *Teckal* (exception « in-house »)¹⁷⁷⁷. En principe, l'attribution du marché à la société commune ne pourrait donc se faire sans mise en concurrence. Une mise en concurrence pourrait cependant conduire à ce que le marché doive être attribué à une entreprise tierce. En conséquence, la création de la société commune, de même que la procédure suivie pour choisir le partenaire privé dans cette société, auraient été inutiles. Le résultat de la démarche étant trop aléatoire, la mise en place d'un PPPI deviendrait inintéressante.

C. La réponse de la Cour dans l'arrêt *Acoset* du 15 octobre 2009¹⁷⁷⁸

486.- Le marché dont il s'agissait dans l'affaire *Acoset* portait sur la « gestion exclusive du service intégré d'eau » de la province de Raguse en Sicile. Ce marché comportait accessoirement certains travaux. Constatant d'une part que la principale contrepartie du service était la possibilité de réclamer aux usagers le tarif de l'eau et, d'autre part, que l'exécution des travaux n'était qu'un élément accessoire de la fourniture de services, objet principal du marché, la Cour retint d'abord que l'opération était une concession de services et non une concession de travaux¹⁷⁷⁹.

La Cour considéra ensuite que « le recours à une double procédure de mise en concurrence serait difficilement compatible avec l'économie procédurale qui inspire les partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal dont la mise en place unit en une seule démarche le choix d'un partenaire économique privé et l'attribution de la concession à l'entité à capital mixte à créer à cette seule fin »¹⁷⁸⁰.

La Cour accepta que le marché soit attribué sans nouvelle mise en concurrence à l'entité à capital mixte à constituer, la sélection de cette entité comme concessionnaire résultant indirectement de celle de l'associé privé « au terme d'une procédure respectant les principes du droit communautaire » dans la mesure « où les critères de sélection de l'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir et que cet associé se voit, comme en l'espèce au principal, confier l'activité opérationnelle du service en question et donc la gestion de celui-ci »¹⁷⁸¹.

Ainsi, les partenariats public-privé institutionnalisés créés pour l'exécution de concessions de services soumises uniquement au droit primaire des marchés publics ne requièrent pas nécessairement une double procédure de mise en concurrence.

¹⁷⁷⁷ Cf. au sujet de cette exception, ci-dessus, nos 221 et s.

¹⁷⁷⁸ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08.

¹⁷⁷⁹ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, points 40 à 45. Lorsque le PPPI est établi pour une concession (cf. au sujet des concessions ci-dessus, nos 258 et s. et 266 et s.), la société à capital mixte assume une partie significative du risque économique, mais il n'en est pas nécessairement ainsi pour l'associé privé, dont le risque est limité au capital mis à disposition de la société à capital mixte, sauf à prévoir des garanties additionnelles. Ce capital peut le cas échéant être relativement faible, voire insignifiant par rapport aux risques encourus. L'arrêt *Acoset*, ne tient pas compte de cet aspect des choses. En appliquant strictement les solutions de l'arrêt rendu dans cette affaire, l'opération sera considérée comme une concession de services, à condition que l'entité à capital mixte assure une part significative du risque économique, même si, en définitive, le risque encouru par l'associé privé était négligeable. Ainsi, la conclusion du partenariat échappera ainsi aux règles strictes de la directive « marchés publics » 2004/18/CE et ne serait soumise qu'aux règles du droit primaire.

Remarquons que les PPPI comportent naturellement le risque de transferts plus ou moins occultes vers l'associé privé ou le groupe dont il fait partie. De pareils transferts risquent d'entamer le capital de la société à capital mixte et d'accroître indûment les profits du partenaire privé (cf. également ci-dessous no 580 sur les partenariats public-privé en général).

¹⁷⁸⁰ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 58.

¹⁷⁸¹ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 60.

La Cour a-t-elle également entendu permettre de recourir à une procédure unique pour la création d'un PPPI comportant l'attribution de marchés soumis aux directives « marchés publics » à l'entité commune ? L'arrêt *Acoset* ne le précise pas. Bien que n'envisageant pas cette possibilité, les directives « marchés publics » ne contiennent aucune disposition qui s'y oppose directement. Si l'opération correspondait à un marché public et non à une concession de services, il y aurait lieu, en principe, d'appliquer les dispositions de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE, sinon celles de la directive sectorielle 2004/17/CE en recourant, le cas échéant, à la procédure du dialogue compétitif¹⁷⁸².

Selon l'arrêt *Acoset*, le recours à une procédure de mise en concurrence unique suppose la réunion de plusieurs conditions :

- 1) Il doit s'agir d'une société spécialement créée aux fins de la fourniture du service envisagé et ayant un objet social unique¹⁷⁸³ ;
- 2) La société à capital mixte, public et privé, doit garder le même objet social pendant toute la durée de la concession et toute modification substantielle du contrat conclu avec la société à capital mixte doit être précédée d'une nouvelle mise en concurrence¹⁷⁸⁴ ;
- 3) La procédure d'appel d'offres doit être « conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions »¹⁷⁸⁵ ;
- 4) « L'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir »¹⁷⁸⁶.

D. La communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)¹⁷⁸⁷

487.- Dans cette communication, publiée en 2008, donc avant l'arrêt *Acoset*, la Commission s'est prononcée en faveur d'une procédure unique en vue de désigner l'associé privé de l'entreprise d'économie mixte et de confier à celle-ci des marchés publics ou des concessions.

Outre qu'elle envisage expressément l'attribution de marchés soumis aux directives « marchés publics » à l'entité commune¹⁷⁸⁸, cette communication diverge de l'arrêt *Acoset* sur deux points.

Ainsi, dans sa communication, la Commission indique que « l'entité à capital mixte est libre, comme tout opérateur économique, de participer aux appels d'offres publics »¹⁷⁸⁹. L'arrêt *Acoset*, en revanche, l'interdit. Comme l'entité doit, aux termes de cet arrêt, avoir été spécialement créée aux fins de la fourniture du service faisant l'objet du PPPI et qu'elle doit avoir un objet social unique¹⁷⁹⁰, elle ne peut avoir d'autre activité.

D'autre part, la Commission envisage des PPPI faisant appel à une entreprise publique existante, exécutant déjà « des marchés publics ou des concessions obtenus par le passé dans le cadre d'une

¹⁷⁸² Voir en ce sens, le point 2.3.2. de la *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)* (JO C 91 du 12 avril 2008, pp. 4 et s.).

¹⁷⁸³ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 63 et le dispositif. Cette exigence est justifiée. S'il était possible de confier ultérieurement d'autres contrats à la société à capital mixte, le partenaire privé, choisi en fonction de critères qui ne sont pas nécessairement pertinents pour d'autres projets, se trouverait avantagé indûment. A cela s'ajoute que l'objet du marché ne serait pas clairement déterminé dès le début de la procédure (cf. quant à cette exigence, ci-dessus, no 395).

¹⁷⁸⁴ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 62.

¹⁷⁸⁵ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 63 et le dispositif.

¹⁷⁸⁶ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 63 et le dispositif.

¹⁷⁸⁷ *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)* (JO C 91 du 12 avril 2008, pp. 4 et s.)

¹⁷⁸⁸ Cf. notamment le point 2.3.1. de la communication.

¹⁷⁸⁹ Point 3 (« La phase postérieure à la création du PPPI ») de la communication.

¹⁷⁹⁰ En italien, langue de procédure faisant foi « ... società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura detto servizio e con oggetto sociale esclusivo... » (point 63).

relation « in-house »¹⁷⁹¹, le partenaire privé acquérant une participation dans cette entreprise. La Cour n'admet pas cette façon de procéder. En effet, outre l'exigence d'un « objet social unique », exprimée dans l'arrêt *Acoset*, la Cour impose une nouvelle mise en concurrence pour les marchés passés dans le cadre d'une relation « in-house » lorsque le capital d'une entreprise publique est ouvert à des investisseurs privés¹⁷⁹².

E. Suivant l'influence de l'autorité adjudicatrice sur la société à capital mixte, la procédure unique de mise en concurrence remplace non seulement une double, mais une triple procédure d'adjudication

488.- L'arrêt *Acoset*¹⁷⁹³ apporte une réponse à la question de savoir dans quelle mesure une double procédure de mise en concurrence peut être évitée lors de la création d'un partenariat public privé institutionnalisé. Les conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer dans cette affaire¹⁷⁹⁴ et, avant, la communication de la Commission¹⁷⁹⁵ ont également tenté de répondre à cette question.

En réalité, bien souvent, la procédure de mise en concurrence unique remplace non seulement deux, mais au moins trois adjudications. Il en est ainsi, en particulier, lorsque l'entité privée qui devient associée de la société à capital mixte participe activement à l'exécution des tâches que celle-ci se voit attribuer¹⁷⁹⁶. Cela suppose des rapports contractuels entre la société à capital mixte et son associé privé ou, le cas échéant, des sociétés du groupe dont celui-ci fait partie.

Suivant son domaine d'activités et l'influence du partenaire public, la société à capital mixte sera considérée comme un organisme de droit public au sens des directives « marchés publics »¹⁷⁹⁷. Même en dehors du champ d'application des directives « marchés publics », un tel organisme est tenu de respecter le droit primaire des marchés publics et des concessions lorsque l'opération présente un intérêt transfrontalier¹⁷⁹⁸. Cependant, à ce niveau non plus, une mise en concurrence ne peut avoir lieu dans les PPPI. Sinon, là encore, l'économie même d'un tel PPPI, faisant appel à la collaboration de

¹⁷⁹¹ Point 2.2. (« Processus de création ») de la communication.

¹⁷⁹² Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *Sea Srl*, C-573/07 : « Il convient toutefois de préciser que, dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public dans les conditions au point 51 du présent arrêt [cas où le capital de l'entreprise est entièrement public et où il n'y a aucun indice concret d'une ouverture prochaine du capital de cette société à des actionnaires privés], le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence » (point 53).

¹⁷⁹³ Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, point 58.

¹⁷⁹⁴ Conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer du 2 juin 2009 dans l'affaire *Acoset* (C-196/08), point 85.

¹⁷⁹⁵ *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)* (JO C 91 du 12 avril 2008, pp. 4 ss.), point 2.2, page 6.

¹⁷⁹⁶ En l'absence de « participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte » (1^{er} point de la communication de la Commission) on n'est pas en présence d'un partenariat public-privé institutionnalisé, mais de la constitution d'une société à l'aide de capitaux partiellement privés. Ainsi, la Commission note dans sa communication interprétative (JO C 91 du 12 avril 2008, pp. 4 et s.) : « En revanche, un simple apport de fonds par un bailleur privé à une entreprise publique ne constitue pas un PPPI. Par conséquent, cette dernière situation n'est pas couverte par la présente communication » (point 1. (Introduction)).

¹⁷⁹⁷ Sur la notion d'organisme de droit public, cf. ci-dessus, nos 204 et s. Voir en ce sens également M. THEWES, « Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois », *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2009, pp. 105 et s., no 44. A remarquer que souvent les entreprises d'économie mixte dans le domaine des services d'intérêt général remplissent la condition d'avoir été « créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » (cf. l'article 1^{er}, 9., a) de la directive 2004/18/CE), telle que cette condition est interprétée par la Cour.

¹⁷⁹⁸ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall AG*, C- 91/08, points 47, 48 et 49.

l'associé privé à l'exécution des prestations confiées à la société à capital mixte, s'en trouverait remise en question. Souvent, la procédure de mise en concurrence unique pour la désignation de l'associé privé de la société à capital mixte remplace donc non seulement deux, mais trois mises en concurrence.

§ 3.- Aliénations d'immeubles et cessions de participations - L'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'y impose comme conséquence logique du raisonnement mené par la Cour dans d'autres domaines

489.- La Cour n'a pas encore pris explicitement position quant à savoir si une mise en concurrence est requise lorsque les pouvoirs publics cèdent des immeubles ou des participations dans des sociétés¹⁷⁹⁹.

A. Certains arrêts de la Cour pourraient laisser entendre qu'une mise en concurrence n'est pas requise lors de cessions d'immeubles ou de participations par des pouvoirs publics

490.- Les arrêts *Helmut Müller* du 25 mars 2010¹⁸⁰⁰ et *Scott* du 2 septembre 2010¹⁸⁰¹ pourraient faire croire qu'une mise en concurrence ne s'impose pas lorsqu'il s'agit de cessions d'immeubles ou de participations par des pouvoirs publics.

Le premier de ces arrêts avait trait à une cession d'un terrain en vue de la réalisation d'un projet immobilier présenté par l'acquéreur. La Cour y retient ce qui suit :

« Il y a lieu de préciser d'emblée que la vente à une entreprise, par une autorité publique, d'un terrain nu ou comprenant des bâtiments déjà construits ne constitue pas un marché public de travaux au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18. En effet, d'une part, dans le cadre d'un tel marché, l'autorité publique doit assumer la position d'acquéreur et non de vendeur. D'autre part, l'objet d'un tel marché doit consister dans l'exécution de travaux [point 41].

Les termes de l'article 16, sous a), de ladite directive corroborent cette analyse [point 42] ».

La Cour refuse d'autre part de qualifier l'opération de concession de travaux publics, ce qui aurait placé l'opération sous le régime des articles 56 et suivants de la directive 2004/18/CE. Ces dispositions requièrent notamment la publication d'un avis préalable (points 70 et suivants).

Si la Cour avait été d'avis que l'opération était soumise au droit primaire de la mise en concurrence, il aurait été indiqué qu'elle le signale. En effet, cette information n'aurait peut-être pas été inutile pour la solution du litige soumis à la juridiction de renvoi. Or, la Cour ne laisse transparaître nulle part qu'une opération de ce type pourrait être soumise au droit primaire de la mise en concurrence.

L'arrêt *Scott* du 2 septembre 2010 est intervenu au sujet d'une question d'aides d'Etat en rapport avec l'aliénation d'un terrain. La Commission avait reproché au pouvoir public d'avoir cédé le terrain en dessous de sa valeur réelle. Dans cet arrêt, la Cour confirme l'approche adoptée par la Commission dans sa communication du 10 juillet 1997 concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics¹⁸⁰². La Cour admet ainsi que le recours à une expertise permet, au même titre qu'une mise en concurrence, d'exclure que la vente comporte une aide d'Etat. La Cour s'exprime comme suit :

¹⁷⁹⁹ Voir, en défaveur d'une obligation de mise en concurrence, C. BARDON et Y. SIMONNET, « Telaustria : quel périmètre ? », *Droit administratif*, 2009, pp. 14 et s., nos 22 et s. ; A. VANDEPOORTER, « Mise en concurrence et cession domaniale complexe », *Contrats publics*, 2012, pp. 60 et s., p. 63. Cf. cependant, annonçant l'extension par la Cour de l'obligation de mise en concurrence à l'attribution de concessions domaniales, F. LICHÈRE, « Public Procurement Contracts below EU Thresholds and Annexe II B Services in France » *in Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, DJØF Publishing, 2012, pp. 97 et s., point 7.

¹⁸⁰⁰ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, point 41.

¹⁸⁰¹ Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, *Scott*, C-290/07, point 72. Cf. également l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2010, *Seydaland*, C-239/99, point 39.

¹⁸⁰² JO C 2009 du 10 juillet 1997. Cf. sur cette communication, ci-dessous, nos 564 et s.

« S'il est vrai que, ainsi qu'il résulte de la communication de la Commission concernant les éléments d'aides d'Etat contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, le recours à une expertise indépendante est une méthode permettant d'obtenir une évaluation de la valeur de marché d'un terrain, il n'en reste pas moins que le Tribunal a outrepassé les limites de son contrôle juridictionnel, dans la mesure où il s'est simplement borné à statuer que, en ayant préféré la méthode des coûts, la Commission avait contrevenu à son obligation de diligence sans démontrer que les éléments ainsi ignorés auraient pu conduire à une appréciation différente quant à l'évaluation du montant de l'aide. Par ailleurs, le Tribunal n'a identifié aucune erreur d'appréciation manifeste » (point 72).

Si le droit primaire imposait une mise en concurrence en cas de ventes de terrains, cette mise en concurrence permettrait de déterminer le prix du marché et rendrait le recours à une expertise indépendante superflue. Une mise en concurrence étant requise en tout état de cause, l'option permise sous l'angle de vue des aides d'Etat entre une procédure d'appel d'offres et une expertise serait dépourvue d'intérêt. Or, ce n'est pas en ce sens que la Cour s'est exprimée.

B. Arrêt en faveur d'une mise en concurrence obligatoire en cas de cessions de participations publiques dans des sociétés : l'arrêt *Club Hotel Loutraki* du 6 mai 2010

491.- En faveur d'une mise en concurrence obligatoire de cessions de participations par des pouvoirs publics, il faut signaler l'arrêt de la Cour *Club Hotel Loutraki* du 6 mai 2010¹⁸⁰³. Après avoir retenu qu'un contrat mixte, comportant notamment l'exécution de travaux, mais dont l'objet principal était la cession d'une participation de 49% du capital d'une entreprise publique ne relevait pas du champ d'application des directives en matière de marchés publics, la Cour fait remarquer ce qui suit :

« Cette conclusion n'exclut pas qu'un tel contrat doive observer les règles fondamentales et les principes généraux du traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux. Toutefois, il n'y a pas lieu d'aborder en l'occurrence la question du respect desdites règles et principes, étant donné que le résultat d'un tel examen ne pourrait conduire en aucune manière à l'application de la directive 89/665 » (point 63)¹⁸⁰⁴.

Dans ses arrêts relatifs à l'attribution de concessions et de marchés publics non soumis aux directives « marchés publics »¹⁸⁰⁵ - cas de figure, somme toute assez proches de l'opération envisagée dans cet arrêt - la Cour ajoute régulièrement que le respect des règles fondamentales et des principes généraux du traité implique de faire précéder la conclusion de ces contrats d'une publicité adéquate. Ici, la Cour évite cependant de fournir davantage de précisions en constatant l'absence d'intérêt dans le litige au principal de savoir quelles sont les exigences de ces règles fondamentales. L'avocat général Eleanor Sharpston s'était limité à renvoyer à un passage du livre vert de la Commission du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions¹⁸⁰⁶. Le passage en question, conçu en des termes assez généraux, ne requerrait pas expressément une mise en concurrence lors de cessions de participations publiques¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰³ Arrêt de la Cour du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki*, C-145/08 et C-149/08, points 58 et suivants. Voir également expressément en ce sens les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT du 1^{er} mars 2005 dans l'affaire *Parking Brixen* (C.458/03), point 61.

¹⁸⁰⁴ Voir au sujet de la directive recours 89/665, ci-dessus, nos 27 et s. Cette directive ne s'applique que lorsque l'opération est un marché public soumis à la directive 2004/18/CE.

¹⁸⁰⁵ Cf. ci-dessus, nos 335 et s. et 345 et s.

¹⁸⁰⁶ Conclusions de l'avocat général Eleanor Sharpston présentées le 29 octobre 2009 dans les affaires C-145/08 et C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), points 62 et 63.

¹⁸⁰⁷ Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, points 65 et suivants.

C. L'obligation de mise en concurrence des cessions d'immeubles et de participations, conséquence logique de la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics et de concessions non soumis aux directives « marchés publics » et de sa jurisprudence concernant la libre circulation des capitaux

1. La jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des capitaux : la Cour a adopté une conception large de la notion de mouvements de capitaux

492.- Suivant une jurisprudence constante « la directive 88/361, ensemble avec la nomenclature qui lui est annexée, a une valeur indicative pour définir la notion de mouvements de capitaux »¹⁸⁰⁸. Cette façon d'interpréter le droit primaire en ayant recours au droit dérivé est bien sûr critiquable¹⁸⁰⁹. Notons que la Cour considère que l'énumération des mouvements de capitaux que donne la directive n'est pas exhaustive¹⁸¹⁰.

La directive adopte une conception large de la notion de mouvement de capitaux en englobant non seulement les transferts de fonds, mais également, dans certains cas, l'opération sous-jacente. A suivre cette approche, la libre circulation des capitaux pourrait englober d'autres opérations non visées par la directive 88/361/CEE impliquant un investissement, telles par exemple l'acquisition d'œuvres d'art. Pour rester cohérent, la libre circulation devrait couvrir toutes les opérations comportant un flux financier transfrontalier. Dans ce cas, la libre circulation des capitaux recouvrerait dans une large mesure les autres libertés de circulation. Jusqu'ici, la Cour n'a pas adopté de position si extrême.

La liste de la première annexe de la directive 88/361/CEE indique comme « mouvements de capitaux » les « investissements immobiliers »¹⁸¹¹. Par là, la directive entend « les achats de propriétés bâties et non bâties ainsi que la construction de bâtiments par des personnes privées à des fins lucratives ou personnelles », y compris les « droits d'usufruit, les servitudes foncières et les droits de superficie »¹⁸¹².

La Cour prenant pour référence la directive 88/361/CEE, il n'étonne pas qu'elle ait retenu dans l'arrêt *Konle* du 1^{er} juin 1999 : « Quant aux mouvements de capitaux, ils comprennent les opérations par lesquelles des non-résidents effectuent des investissements immobiliers sur le territoire d'un Etat membre, ainsi qu'il ressort de la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO L 178, p.5) »¹⁸¹³. On notera que la Cour, à l'opposé de la directive, ne limite pas la qualification de « mouvement de capitaux » à des investissements immobiliers effectués par des personnes privées.

La directive désigne également comme mouvements de capitaux les « investissements directs » ainsi que notamment, d'une façon générale, les opérations sur des actions¹⁸¹⁴. L'expression « investissements directs » désigne notamment des prises de participations dans des sociétés par actions en vue de créer ou maintenir des liens économiques durables et conférant la possibilité de participer effectivement à leur gestion ou à leur contrôle¹⁸¹⁵.

¹⁸⁰⁸ Arrêt de la Cour du 4 juin 2002, Commission/Belgique, C-503/99, point 37 ; arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Espagne, C-463/00, point 52 ; arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni, C-98/01, point 39 ; arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni, C-98/01, point 39 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 16 mars 1999, Trummer et Mayer, C-222/97, points 20 et 21 ; l'arrêt de la Cour du 28 septembre 2006, Commission/Royaume-Uni, C-282/04 et C-283/04, point 19 ; l'arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, Commission/Allemagne, C-112/05, point 18 ; arrêt de la Cour du 6 décembre 2007, Federconsumatori, C-463/04 et C-464/04, point 20.

¹⁸⁰⁹ Cf. en ce sens, par exemple, les conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer du 6 février 2003 dans les affaires C-463/00 et C-98/01, point 36.

¹⁸¹⁰ Arrêt de la Cour du 16 mars 1999, Trummer et Mayer, C-222/97, point 21.

¹⁸¹¹ Point II de la première annexe de la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO L 178 du 8 juillet 1988, pp. 5 et s.).

¹⁸¹² Cf. les notes explicatives annexées à la directive.

¹⁸¹³ Arrêt de la Cour du 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97, point 22 ; voir également par exemple les conclusions de l'avocat général Ján Mazák, présentées le 4 octobre 2012 dans les affaires C-197/11 et C-203/11, point 69.

¹⁸¹⁴ Voir le point III, a) de la première annexe de la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988.

¹⁸¹⁵ Cf. le point I., 2) de la première annexe à la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988, ainsi que les notes explicatives de cette annexe.

Dans le même esprit, quant à l'acquisition de participations, la Cour a retenu que constituent des mouvements de capitaux au sens du traité les « investissements directs sous la forme de participation à une entreprise par la détention d'actions qui confère la possibilité de participer effectivement à sa gestion et à son contrôle (investissements dits « directs ») ainsi que l'acquisition de titres sur le marché de capitaux effectués dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise (investissements dits « de portefeuille ») »¹⁸¹⁶.

2. La Cour a également adopté une conception large de ce qu'est une entrave à la libre circulation des capitaux¹⁸¹⁷

493.- Il y a entrave à la libre circulation des capitaux, même en l'absence de discrimination entre résidents et non-résidents, dès lors qu'une mesure étatique est « de nature à dissuader les investisseurs d'autres Etats membres d'effectuer de tels investissements [les investissements visés en l'espèce] »¹⁸¹⁸ ou encore - autre formule employée par la Cour - dès lors que des mesures étatiques « interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté »¹⁸¹⁹.

C'est ainsi que la Cour a jugé qu'une réglementation qui « limite l'acquisition de participations constitue une restriction à la libre circulation des capitaux »¹⁸²⁰. De même, elle a considéré comme une restriction à la libre circulation des capitaux qu'un Etat membre s'assure des droits particuliers dans une société dont il détient des actions, allant au-delà des droits dont disposerait un actionnaire ordinaire¹⁸²¹. Pour la Cour, de tels privilèges peuvent dissuader des investisseurs de procéder à un « investissement direct » ou un « investissement de portefeuille » dans la société concernée¹⁸²². Il en est ainsi, même en l'absence de mesures limitant la cessibilité des actions¹⁸²³.

3. Conséquence pour les cessions de participations et d'immeubles par les pouvoirs publics : une mise en concurrence obligatoire pour les cessions de participations par les pouvoirs publics

494.- La Cour considère qu'en omettant de procéder à une publicité préalable lors de marchés publics ou de concessions, les pouvoirs publics dissuadent ou découragent une entreprise de fournir une prestation de services ou, du moins, l'empêchent de soumettre une offre à cet effet ; ce qui, jouant d'après la Cour principalement en défaveur d'entreprises dans d'autres Etats membres, reviendrait à

¹⁸¹⁶ Arrêt de la Cour du 28 septembre 2006, Commission/Pays-Bas, C-282/04 et C-283/04, point 19 ; voir, dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 22 octobre 2013, Essent, C-105/12 à C-107/12, point 40.

¹⁸¹⁷ Voir en ce sens également, W. FRENZ, « Goldene Aktien nach der 3. Portugal-Entscheidung », *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2001, pp. 125 et s., III., 1. Voir également, au sujet de la jurisprudence de la Cour en matière d'actions spécifiques, R. ERGEC, « Une technique contestée de la présence des pouvoirs publics dans les entreprises : la *golden share* ou l'« action spécifique », *Journal des Tribunaux - Luxembourg*, 2009, pp. 82 et s.

¹⁸¹⁸ Arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni, C-98/01, point 47 ; Cf. également l'arrêt du 4 juin 2002, Commission/France, C-483/99, point 41, l'arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Espagne, C-463/00, point 61, l'arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, Commission/Allemagne, point 19, l'arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Santander, C-338/11 à C-347/11, point 15 ou encore l'arrêt de la Cour du 25 janvier 2007, Festersen, C-370/05, point 24.

¹⁸¹⁹ Arrêt de la Cour du 19 juillet 2012, Veronsaaijen, C-48/11, point 25.

¹⁸²⁰ Arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Espagne, C-463/00, point 57. Cf. également l'arrêt de la Cour du 6 décembre 2007, Federconsumatori, C-463/04 et C-464/04, point 21.

¹⁸²¹ De telles actions sont souvent désignées par les expressions « actions spéciales » ou « golden shares ».

¹⁸²² Voir par exemple les arrêts de la Cour du 28 septembre 2006, Commission/Pays-Bas, C-282/04 et C-283/04, points 21 à 29 ; l'arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, Commission/Allemagne, C-112/05, point 54.

¹⁸²³ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, Commission/Allemagne, C-112/05, en particulier les points 9 et 82. Dans cet arrêt, la Cour retient par exemple qu'« en limitant la possibilité des autres actionnaires de participer à la société en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs avec celle-ci permettant une participation effective à sa gestion ou à son contrôle, l'article 4, paragraphe 1, de la loi VW est susceptible de dissuader les investisseurs directs d'autres Etats membres d'investir dans le capital de cette société » (point 66).

une violation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services¹⁸²⁴. Puisque la Cour englobe dans la libre circulation des capitaux - à tort à notre avis¹⁸²⁵ - également la libre acquisition de propriétés immobilières et de participations dans des entreprises, l'absence de publicité préalable lors de cessions de participations ou d'immeubles par les pouvoirs publics, devrait, pour rester cohérent, être appréciée de la même façon que l'absence de publicité préalable pour des marchés publics ou des concessions. Dans un cas comme dans l'autre, les entreprises établies dans d'autres Etats membres sont empêchées d'émettre une offre pour une opération à laquelle elles pourraient être intéressées et se trouvent ainsi privées de la chance de pouvoir réaliser cette opération.

Il s'agit là d'une suite logique qui n'a pas encore été prise en considération jusqu'ici¹⁸²⁶ et qui devrait normalement étendre de façon considérable le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire.

4. La même conséquence pourrait être déduite de la liberté d'établissement pour les cessions d'immeubles et les investissements directs

495.- Des mesures restreignant des investissements immobiliers ou des investissements directs dans des entreprises sont susceptibles de représenter tant une violation de la liberté d'établissement que de la libre circulation des capitaux.

Ainsi, la Cour a considéré que « le droit d'acquérir, d'exploiter et d'aliéner des biens immobiliers sur le territoire d'un autre Etat membre constitue le complément nécessaire de la liberté d'établissement, ainsi qu'il ressort de l'article 54, paragraphe 3, sous e), du traité »¹⁸²⁷. Dès lors, la Cour a jugé que « les mesures nationales qui réglementent l'acquisition de la propriété foncière sont soumises au respect des dispositions du traité concernant la liberté d'établissement des ressortissants des Etats membres et la liberté des mouvements de capitaux »¹⁸²⁸. Quant à des investissements en parts sociales, la Cour a précisé que « relèvent du champ d'application matériel des dispositions du traité CE relatives à la liberté d'établissement les dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à la détention par un ressortissant de l'Etat membre concerné, dans le capital d'une société établie dans un autre Etat membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités »¹⁸²⁹.

En appliquant le raisonnement qui a conduit à imposer une obligation de mise en concurrence pour les marchés publics et les concessions, la liberté d'établissement requiert également une mise en concurrence pour les cessions d'immeubles et de participations susceptibles de représenter des investissements directs. L'absence de publicité préalable lors de cessions d'immeubles ou de parts sociales par les pouvoirs publics peut en effet empêcher des entreprises d'acquérir des immeubles en vue de s'établir dans cet Etat membre ou des participations correspondant à des investissements directs, ou alors rendre cet établissement plus difficile. Il en serait ainsi notamment en cas de cession de terrains rares se prêtant particulièrement à certaines activités en raison de leur situation, de leur configuration ou de leur surface. L'entreprise avec laquelle le pouvoir public conclut l'opération en l'absence de mise en concurrence sera d'ordinaire une entreprise nationale, ce qui permettrait d'affirmer, comme l'a fait la Cour en matière de marchés publics et de concessions, que l'absence de publicité préalable joue principalement au détriment des entreprises établies dans d'autres Etats membres.

¹⁸²⁴ Cf. par exemple : arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03 points 18 et 19 ; arrêt de la Cour du 13 octobre 2003, Parking Brixen, C-458/03, point 55 ; arrêt de la Cour du 3 juin 2010, Sporting Exchange, C-203/08, points 40, 46 et 47 ; arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08, point 51. Voir également ci-dessus, nos 367 et s.

¹⁸²⁵ Voir en ce sens également, les conclusions de l'avocat général M. DÁMASO RUIZ - JARABO COLOMER du 6 février 2003 (affaires C-463/00 et C-98/01), point 36.

¹⁸²⁶ Voir cependant, W. FRENZ, « Aktuelle europarechtlichen Grenzen des Vergaberechts », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 609 et s., p. 613, qui envisage l'application « à titre subsidiaire » de la libre circulation des capitaux lors de la constitution de sociétés d'économie mixte.

¹⁸²⁷ Arrêt de la Cour du 30 mai 1989, Commission/Grèce, affaire 305/87, point 22 ; arrêt de la Cour du 1^{er} juin 1999, Konle, C-302/97, point 22.

¹⁸²⁸ Arrêt de la Cour du 1^{er} juin 1999, Konle, C-302/97, point 22.

¹⁸²⁹ Arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, Commission/Allemagne, C-112/05, point 13

Dans un arrêt du 14 novembre 2013, la Cour vient d'appliquer ce raisonnement à l'octroi d'un droit d'emphytéose sur un réseau de télédistribution, accompagné de la cession de contrats d'abonnement¹⁸³⁰.

5. *Qu'en est-il, si un terrain ou une participation sont cédés dans le cadre d'une activité d'entreprise exercée par les pouvoirs publics ?*

496.- Dans ce cas, les pouvoirs publics n'agissent pas en tant qu'Etat au sens fonctionnel du terme. Il s'ensuit, à notre avis, que l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire ne s'applique pas¹⁸³¹.

La simple affirmation d'un pouvoir public qu'il vend les avoirs en cause au prix du marché ne devrait évidemment pas suffire pour considérer qu'il agit en dehors de sa fonction étatique. Il faudrait déjà que le bien fasse partie des biens affectés à une activité d'entreprise exercée dans des conditions de concurrence normale sur un marché auquel l'accès est libre.

§ 4.- Acquisitions d'immeubles

497.- L'acquisition d'immeubles de la part des pouvoirs publics est en principe étrangère aux libertés de circulation. Les immeubles n'étant ni des marchandises, ni des services, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des services ne sont pas concernées¹⁸³².

D'autre part, le flux financier qu'engendre l'opération va du pouvoir public au vendeur du bien. L'opération n'implique donc aucun investissement de la partie privée qui vend. Dès lors, un raisonnement fondé sur la libre circulation des capitaux comme ci-dessus pour la cession d'immeubles paraît exclu, sauf à considérer que la libre circulation des capitaux est en cause, *passivement* en quelque sorte.

En revanche, si, comme certains arrêts de la Cour pourraient le laisser croire¹⁸³³, le principe d'égalité de traitement s'appliquait à la passation des marchés publics et des concessions indépendamment des libertés de circulation, il devrait en être de même lorsqu'il s'agit, pour le pouvoir public, non pas d'obtenir des marchandises, des travaux ou des services, mais des immeubles.

Ici encore, comme nous l'avons signalé ci-dessus concernant l'aliénation d'immeubles ou de participations¹⁸³⁴, il devrait être fait exception lorsque le pouvoir public n'agit pas dans une fonction étatique.

§ 5.- Acquisition de participations par les pouvoirs publics

498.- Les raisonnements qui précèdent concernant les acquisitions d'immeubles par les pouvoirs publics sont valables pour l'acquisition de participation par les pouvoirs publics. En effet, la cession d'une participation par un particulier n'implique ni prestation de services, ni circulation de marchandises, ni une opération de transfert de fonds de sa part. Il ne peut donc être porté atteinte à

¹⁸³⁰ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, point 33.

¹⁸³¹ Cf. à ce sujet ci-dessus le chapitre VIII ; d'autres auteurs ne partagent pas cette opinion : cf. par exemple Hanna Barth, *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereiches der EG-Vergaberichtlinien*, éditions Peter Lang, 2010, p. 36.

¹⁸³² Il en est différemment lorsqu'il s'agit d'immeubles à construire. Si le pouvoir public a une influence déterminante sur la conception d'une construction qu'il acquiert, le contrat est considéré comme un marché public de travaux (cf. ci-dessus, no 247 et s.). Lorsque le contrat porte sur une construction non encore achevée au moment de l'acquisition, les travaux de construction restant à achever constituent en principe une prestation de service. Les travaux restant à faire devront-ils faire l'objet d'une mise en concurrence ? En principe oui. Il est toutefois évident qu'une résiliation du contrat d'entreprise en cours entraînerait d'importantes indemnités et retarderait la fin des travaux. Ces obstacles ressemblent aux droits d'exclusivité et aux raisons techniques envisagés à l'article 31, b), de la directive « marchés publics » 2004/18/CE, dispensant les pouvoirs adjudicateurs de mise en concurrence (cf. ci-dessus, nos 428 et s.).

¹⁸³³ A tort à notre avis. Voir à ce sujet, ci-dessus, nos 366 et s.

¹⁸³⁴ Cf. ci-dessus le § 3.

l'une des libertés de circulation, à moins de considérer, ici encore¹⁸³⁵, que l'opération nécessitant un transfert de fonds en faveur d'un particulier, la libre circulation des capitaux serait en cause *passivement*, pour ainsi dire.

Si l'on estime que le principe d'égalité de traitement du droit européen s'applique d'une façon générale aux marchés publics et aux concessions, elle devrait en principe s'appliquer également à l'acquisition de participations par les pouvoirs publics. L'absence de mise en concurrence risquerait en effet de procurer un avantage au cocontractant du pouvoir public sans que d'autres aient été mis en mesure de l'obtenir à des conditions égales. Mais, pourrait-on vraiment exiger qu'une mise en concurrence porte sur le choix même de la participation : acquérir des parts de telle société plutôt que de telle autre ? Difficilement, à notre avis, à défaut de pouvoir fixer à l'avance des critères d'attribution permettant d'effectuer un choix objectif, l'évaluation d'un investissement faisant appel à des appréciations largement subjectives. En revanche, dans certains cas, un appel à manifestations d'intérêt de la part de personnes intéressées à céder une participation, sans fixer des critères de choix contraignants, serait concevable. Quant à savoir si, le choix pour une valeur déterminée étant fait, les parts en question ne peuvent être acquises qu'après mise en concurrence, la réponse paraît évidente. Si la participation est acquise par des achats en bourse, il y a par définition mise en concurrence. Sinon, il y a lieu, autant que faire se peut, de procéder à une mise en concurrence.

§ 6.- Locations

A. Locations accordées par les pouvoirs publics - Contrats d'occupation du domaine public ou concessions domaniales

499.- Dans ce cas, tout comme pour les cessions d'immeubles¹⁸³⁶ l'absence de mise en concurrence est susceptible de limiter la liberté d'établissement. Ce n'est pas le cas pour toutes les locations, mais seulement pour celles d'immeubles présentant un intérêt pour les entreprises qui envisagent de s'établir dans un Etat membre.

Certains contrats d'occupation du domaine public, ainsi par exemple lors de foires touchant à la libre prestation des services, mais non à la liberté d'établissement, vu le caractère seulement temporaire de l'activité sur le territoire de l'Etat en question¹⁸³⁷.

B. Prise en location d'immeubles par les pouvoirs publics

500.- Toujours, en suivant le raisonnement de la Cour en matière de marchés publics et de concessions, on peut affirmer que si les pouvoirs publics prennent en location des immeubles sans procéder à une mise en concurrence, la liberté d'établissement de prestataires étrangers pourrait être entravée.

Comment cela se peut-il ? L'activité de mise à disposition d'immeubles contre rémunération implique par définition un établissement dans l'Etat membre où se trouve l'immeuble. En l'absence de

¹⁸³⁵ Voir déjà le § 4 ci-dessus.

¹⁸³⁶ Cf. ci-dessus, no 495.

¹⁸³⁷ Cf. également L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, no 186, qui envisage l'application de l'obligation de mise en concurrence suivant le droit primaire aux contrats d'occupation du domaine public en France ; de même en faveur de l'application de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire pour l'attribution de concessions domaniales, P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, no 65, note 167. Voir, en sens contraire, C. BARDON et Y. SIMONNET, « Telaarstria : quel périmètre ? », *Droit administratif*, 2009, pp. 14 et s., nos 22 et s. Egalement en sens contraire, l'arrêt du Conseil d'Etat français du 3 décembre 2010 (Ville de Paris - Association Paris Jean Bouin, nos 338272 et 338527) qui considère « qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public ayant dans l'un ou dans l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel ».

mise en concurrence, des promoteurs établis dans d'autres Etats membres pourraient être « dissuadés » de s'établir dans l'Etat membre en question en y construisant un immeuble pour le donner en location.

Reproche-t-on à ce raisonnement d'être tortueux ? Nous répondrons qu'il l'est à peine plus que celui que la Cour a mené pour les marchés publics et les concessions.

§ 7.- Concours dans le domaine des services

501.- Pour l'application du droit primaire au concours en matière de services, il est renvoyé au no 275 ci-dessus.

§ 8.- Mécénat

502.- Dans une étude assez récente, A. L. Durviaux et T. Delvaux ont examiné la question de savoir si un « mécénat de compétence » ou « en nature » peut constituer un marché public soumis aux directives marchés publics¹⁸³⁸. Par là, ces auteurs visent la fourniture de services ou de biens par une entreprise « mécène », mais non la mise à disposition de fonds. Ces auteurs soulèvent la question de savoir si la disproportion entre les prestations du pouvoir public et de l'entreprise « mécène » permet d'exclure le caractère onéreux du contrat au sens des directives marchés publics, problème sur lequel la Cour ne s'est pas encore prononcée¹⁸³⁹. Les directives « marchés publics » ne distinguant pas suivant que les prestations réciproques s'équivalent, c'est à juste titre, nous paraît-il, que les auteurs en question estiment que le défaut d'équivalence des prestations n'empêche pas de qualifier l'opération de marché public¹⁸⁴⁰.

En revanche, si les engagements du pouvoir public sont de faible valeur, les seuils d'application des directives ne seront pas atteints. Les seuils d'application des directives sont en effet fixés en fonction du montant total payable par le pouvoir adjudicateur¹⁸⁴¹. Si la prestation du mécène se limite à une contribution monétaire, il est clair que faute de travaux, de services ou de fournitures, le contrat entre le pouvoir public et le mécène ne saurait être qualifié de marché public¹⁸⁴².

Le droit primaire peut cependant exiger une mise en concurrence, même si la prestation du pouvoir adjudicateur est de faible valeur, à condition que la relation de mécénat revête un intérêt transfrontalier.

Il pourrait en être ainsi, même en l'absence de toute contrepartie économique de la part du pouvoir public, par exemple si l'entreprise mécène était admise à effectuer des travaux de remise en état d'un site historique, l'entreprise espérant être en mesure d'augmenter son image de marque par la seule possibilité de se prévaloir des travaux ainsi effectués. Y a-t-il dans ce cas prestation de services au sens de l'article 56 TFUE qui pose la condition qu'il s'agisse de prestation fournies contre rémunération ? Il en est ainsi, car même si le « mécène » ne perçoit pas de contrepartie de la part du pouvoir public, les services qu'il preste - s'il s'agit d'une prestation de services - n'engendrent pas moins des frais pour le « mécène ». Ces frais sont en définitive couverts par les paiements effectués par des tiers pour d'autres services prestés par le « mécène ». La libre prestation des services qui suppose des services fournis contre rémunération s'applique donc. La Cour n'exige en effet pas « que le service soit payé par ceux qui en bénéficient »¹⁸⁴³. D'autre part, les prestations du « mécène »

¹⁸³⁸ A. L. DURVIAUX et T. DELVAUX, *De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics*, Journal des Tribunaux, 2011, pp. 429 et s., nos 20 et s.

¹⁸³⁹ Ibidem, points 23 et suivants et point 34.

¹⁸⁴⁰ Ibidem, point 24. Cf. en ce sens également, H. PÜNDER, « Öffentlicher Auftrag » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDEK (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 139.

¹⁸⁴¹ Voir en ce sens, l'article 9, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/18/CE, l'article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE et l'article 9, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/81/CE.

¹⁸⁴² Les marchés publics portent en effet soit sur des travaux, des fournitures ou des services. Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 246 et s. Voir en ce sens également, A. L. DURVIAUX et T. DELVAUX, *De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics*, Journal des Tribunaux, 2011, pp. 429 et s., no 20.

¹⁸⁴³ Arrêt de la Cour du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, affaire C-352/85, point 16 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 11 avril 2000, Deliège, C-191/97, points 55 à 57 : « ... il convient de constater que les activités

peuvent être considérées comme servant à la promotion de son activité et, dès lors, être protégée par la libre prestation des services¹⁸⁴⁴. Dans certains cas, l'impossibilité de se prévaloir de la qualité de « partenaire privilégié » de tel pouvoir public, une entreprise concurrente se trouvant à cet égard systématiquement privilégiée, pourrait « rendre moins attrayant » pour une entreprise de s'établir dans l'Etat membre en question.

Ainsi, en suivant le raisonnement que la Cour a adopté pour les concessions et les marchés publics soumis au droit primaire seul, on finit, de proche en proche, par imposer une mise en concurrence à chaque fois que les pouvoirs publics nouent des relations avec des entreprises.

De même, la mention du nom du donateur lors de certaines manifestations, d'expositions ou de concerts, par exemple, et des invitations et des annonces y relatives, en contrepartie de dons en espèces, pourraient n'avoir lieu qu'après mise en concurrence. Le privilège de voir figurer son nom dans le catalogue d'une exposition devrait donc être accordé après mise en concurrence en fonction de différents critères dont, normalement, le montant de la contribution. Cependant, les effets sur les libertés de circulation ne seraient-ils pas, dans ces cas, trop indirects et trop aléatoires¹⁸⁴⁵, ce qui dispenserait de l'application des règles de mise en concurrence dégagées par la Cour des articles 49 et 56 TFUE ? Oui, si on ne considère que l'effet sur le chiffre d'affaires des entreprises, mais non si on considère que la publicité en faveur des services d'une entreprise est couverte par la libre prestation des services au même titre que la prestation des services eux-mêmes¹⁸⁴⁶.

§ 9.- Constitution de sociétés avec des partenaires privés

503.- La constitution de sociétés est l'une des formes que peut prendre l'exercice de la liberté d'établissement¹⁸⁴⁷. Par ailleurs, la libération du capital social, indispensable, du moins en partie, à la création d'une société, requiert un transfert de fonds qui, s'il est transfrontalier, est protégé par la libre circulation des capitaux¹⁸⁴⁸.

Vu qu'une mise en concurrence est requise pour les concessions de services ayant un intérêt transfrontalier¹⁸⁴⁹, il pourrait en être de même lors de la constitution de sociétés communes entre un pouvoir public et un partenaire privé. En effet, l'absence de mise en concurrence est de nature à empêcher d'éventuels intéressés, établis dans d'autres Etats membres, de manifester leur intérêt de s'établir sous cette forme dans l'Etat membre en question. Ces potentiels intéressés sont ainsi dissuadés d'essayer de faire usage de la liberté d'établissement. D'autre part, en l'absence de mise en concurrence, les pouvoirs publics choisiront de préférence une entreprise nationale plutôt qu'une entreprise établie dans un autre Etat membre¹⁸⁵⁰. Ces considérations ayant conduit à imposer une mise

sportives et, notamment, la participation d'un athlète de haut niveau à une compétition internationale sont susceptibles d'impliquer la prestation de plusieurs services distincts, mais étroitement imbriqués, qui peuvent relever de l'article 59 du traité même si certains de ces services ne sont pas payés par ceux qui en bénéficient ... » (point 56).

¹⁸⁴⁴ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, HIT, C-176/11, points 16 et 17 ; arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, Sjöberg et Gerdin, C-447/08 et C-448/08, points 33 et 34.

¹⁸⁴⁵ Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 20. Si les effets d'une mesure sur les libertés fondamentales « sont trop aléatoires et trop indirects » pour pouvoir conclure à une éventuelle violation de ces libertés, elles ne s'appliquent pas. Il s'agit d'une formule que la Cour emploie régulièrement. Cf. à ce sujet le no 342.

¹⁸⁴⁶ Pourraient être invoqués en ce sens, l'arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, Sjöberg et Gerdin, C-447/08 et C-448/08, points 33 et 34 de même que l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, HIT, C-176/11, points 16 et 17 : « Plus précisément, dans le domaine de la publicité pour jeux de hasard, la Cour a déjà jugé qu'une réglementation nationale qui a pour effet d'interdire la promotion dans un Etat membre des jeux de hasard organisés licitement dans d'autres Etats membres constitue une restriction à la libre prestation des services (voir en ce sens, arrêt du 8 juillet 2010, Sjöberg et Gerdin, C-447/08 et C-448/08, Rec. p. I-6921, points 33 et 34) » (point 17) .

¹⁸⁴⁷ Cf. l'article 49, paragraphe 2, TFUE.

¹⁸⁴⁸ Voir en ce sens, W. FRENZ, « Aktuelle europarechtlichen Grenzen des Vergaberechts », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 609 et s., p. 613.

¹⁸⁴⁹ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 342 et s.

¹⁸⁵⁰ Voir par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, points 18 à 20.

en concurrence en matière de concessions, on voit mal pourquoi il n'en serait pas ainsi, en principe, pour la constitution d'une société à capital mixte, public et privé.

Une réserve - qui vaut également en matière de concessions, mais qui trouvera peut-être à s'appliquer davantage lors de la création d'entreprises à capital mixte - s'impose cependant : une mise en concurrence ne s'impose que lorsque le pouvoir public agit comme Etat au sens fonctionnel du terme¹⁸⁵¹. Si le pouvoir se limite à assumer le rôle d'un simple associé privé, il devrait pouvoir contracter sans mise en concurrence. Tel n'est pas le cas, si la société à capital mixte public-privé est censée recevoir le soutien de diverses administrations étatiques ou de collectivités territoriales soumises à une tutelle étatique lors de l'octroi d'autorisations de construire ou d'exploitation. Dans le doute, il conviendra de supposer que le pouvoir public agit comme tel et non comme personne privée. L'action du pouvoir public comme une personne privée étant l'exception, il devrait incomber au pouvoir public qui s'estime dans ce cas de figure d'en rapporter la preuve. A cet égard, on s'inspirera utilement de la jurisprudence de la Cour concernant l'imputabilité de mesures suspectées de renfermer une aide d'Etat¹⁸⁵².

§ 10.- Marchés et concessions ne présentant pas d'intérêt transfrontalier

504.- Pour les concessions et les marchés non soumis aux directives, une mise en concurrence ne s'impose d'après la Cour que lorsqu'ils présentent un intérêt transfrontalier.

En l'absence d'intérêt transfrontalier, la Cour considère que le contrat a des effets trop aléatoires ou trop indirects sur les libertés fondamentales¹⁸⁵³.

Or, s'il y a entrave dès lors qu'une mesure interdit, gêne¹⁸⁵⁴ ou est susceptible de rendre moins attrayant¹⁸⁵⁵ ou encore, de décourager¹⁸⁵⁶ l'usage d'une liberté fondamentale, le critère de l'intérêt transfrontalier du marché individuel en cause n'est pas nécessairement pertinent. En effet, l'absence générale de publicité préalable pour des marchés de moindre envergure, n'ayant individuellement pas d'intérêt transfrontalier, peut néanmoins « décourager » de créer une succursale ou une filiale dans l'Etat membre en question¹⁸⁵⁷.

Ainsi, par exemple, la loi luxembourgeoise du 25 juin 2009 sur les marchés publics¹⁸⁵⁸ prévoit que « les dispositions du Livre I [c'est-à-dire les dispositions auxquelles est soumise la passation des marchés publics dont la valeur estimée est inférieure aux seuils d'application des directives européennes] ne s'appliquent pas aux appels à la concurrence à opérer par le Fonds pour le logement à coût modéré pour la réalisation de logements »¹⁸⁵⁹. Pour ces marchés, le Fonds du logement procède suivant des règles qui lui sont propres : après un appel à candidatures lancée tous les deux ans, les entreprises ayant manifesté leur intérêt et remplissant les conditions fixées sont invitées à présenter une offre¹⁸⁶⁰. Cela revient à dire qu'une entreprise étrangère, envisageant de s'établir au Luxembourg, devrait attendre jusqu'à deux ans avant de pouvoir participer aux adjudications du Fonds du logement.

¹⁸⁵¹ Cf. ci-dessous, nos 508 et s.

¹⁸⁵² Cf. à ce sujet, nos 535 et 536.

¹⁸⁵³ Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 20.

¹⁸⁵⁴ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Tankreederei I, C-287/10, point 15.

¹⁸⁵⁵ Cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 5 juillet 2012, SIAT, C-318/10, point 18 : « Constituent des restrictions à la libre prestation des services les mesures nationales qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté ». Ou encore, par exemple, l'arrêt de la Cour du 4 décembre 2008, Jobra, C-330/07, point 19, l'arrêt de la Cour du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, point 31 ou l'arrêt de la Cour du 15 janvier 2002, Commission/Italie, C-439/99, point 22.

¹⁸⁵⁶ Cf. par exemple pour la libre prestation de services, l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2011, Waypoint Aviation, C-9/11, point 23. Voir également en ce sens, l'avocat général Yves BOT dans ses conclusions du 20 septembre 2007 dans l'affaire C-220/06 (Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia) (point 115).

¹⁸⁵⁷ Cf. ci-dessus le no 372.

¹⁸⁵⁸ Mémorial A no 172 du 29 juillet 2009.

¹⁸⁵⁹ Article 20, (1), de la loi luxembourgeoise du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

¹⁸⁶⁰ Voir le cahier des clauses contractuelles générales du Fonds pour le développement du logement et de l'habitat pour le gros-œuvre et celui pour les autres corps de métier (chapitre 1^{er}, 1.2.) (www.fondsdulogement.lu).

Vu l'importance de l'activité du Fonds du Logement, cela pourrait l'amener à reporter la création d'un établissement au Luxembourg, voire à y renoncer.

§ 11.- Marchés subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs

505.- Aux termes de l'article 8 de la directive 2004/18/CE, certains marchés de travaux, bien que passés par des entités qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, doivent être mis en concurrence s'ils sont directement subventionnés¹⁸⁶¹ à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs. Sont visés les marchés de travaux de génie civil ainsi que de travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif. Il en est de même pour les marchés de service qui sont en relation avec de tels marchés de travaux. Ce qui précède suppose cependant que ces marchés dépassent les seuils de la directive 2004/18/CE.

L'obligation de procéder à une mise en concurrence pour les marchés subventionnés s'impose-t-elle également en vertu du droit primaire ?

Remarquons d'abord que souvent, l'entité qui reçoit des subventions pour un marché qu'elle passe « est sous contrôle effectif de l'Etat ou d'une autre autorité publique et, d'autre part, [qu'elle] n'opère pas en situation de concurrence sur le marché »¹⁸⁶². Dans ce cas, le droit primaire impose de toute façon une mise en concurrence.

Si ces conditions ne sont pas remplies, la réponse est incertaine.

Prenons l'exemple d'une congrégation religieuse qui reçoit des subventions pour la construction d'une école ou d'un hôpital. De telles subventions sont normalement liées à des contraintes assez strictes quant à l'infrastructure projetée et sa destination future. Certes, une congrégation religieuse ne peut être considérée comme étant, en tant que telle, soumise à un contrôle effectif de l'Etat. Toutefois, le projet dont il s'agit l'est indubitablement. Ce projet répond, en principe, du moins partiellement à un intérêt public, à défaut de quoi, il ne ferait pas l'objet d'un financement public. Ainsi, de par sa destination d'intérêt public¹⁸⁶³, son financement public et le contrôle public auquel il est soumis, ce projet, privé du point de vue formel, devient en substance un projet public. Le caractère privé de l'entité qui met le projet en œuvre et l'absence de contrôle public quant à ses autres activités ne devraient pas être décisifs. Dès lors, une mise en concurrence nous semble s'imposer en vertu du droit primaire¹⁸⁶⁴.

§ 12.- Les contrats de travail conclus par les pouvoirs adjudicateurs

506.- Le raisonnement tenu par la Cour quant aux concessions de services et aux marchés non soumis aux directives vaut-il également pour les contrats de travail conclus par les pouvoirs adjudicateurs ?

¹⁸⁶¹ Le texte vise également des subventions sous la forme d'allègements fiscaux (arrêt de la Cour du 26 septembre 2013, France/Commission, C-115/12 P, points 46 à 49).

¹⁸⁶² Cf. l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, point 49.

¹⁸⁶³ Cette condition n'est pas requise sous le régime de la directive 2004/18/CE. Ainsi, d'après la Cour, l'obligation de mise en concurrence de marchés privés subventionnés n'est pas limitée à des équipements « qui visent à répondre aux besoins collectifs des usagers » (arrêt de la Cour du 26 septembre 2013, France/Commission, C-115/12 P, point 78). La directive 2004/18/CE peut ainsi s'appliquer à des marchés privés de travaux portant sur des constructions de l'une des catégories visées, accessibles seulement à la clientèle d'un établissement d'hébergement, ne répondant pas à un besoin d'intérêt général

¹⁸⁶⁴ Sous réserve, bien entendu, des critiques que nous avons émises contre la théorie de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire (cf. ci-dessus, no 364 et s.). Voir également S. ARROWSMITH, « The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement », *P.P.L.R.*, 1995, pp. 255 et s., p. 262, qui considère - à l'époque il n'était évidemment pas encore question d'une obligation de mise en concurrence en vertu du droit primaire - que dans un cas pareil, l'entité concernée serait tenue de respecter l'actuel article 34 TFUE (libre circulation des marchandises).

Notons d'abord que les prestations de service en vertu d'un contrat de travail ne sont protégées ni par la liberté d'établissement¹⁸⁶⁵, ni par la libre prestation des services¹⁸⁶⁶. Sauf à vouloir l'étendre outre mesure, la libre circulation des capitaux¹⁸⁶⁷ paraît également étrangère aux contrats de travail.

La libre circulation des prestations en vertu d'un contrat de travail est en revanche garantie par l'article 45 TFUE relatif à la libre circulation des travailleurs laquelle « *comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique :*

- a) *de répondre à des emplois effectivement offerts,*
- b) *de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres, (...)* (paragraphe 3).

Or, ne pas assurer une publicité adéquate aux offres d'emploi revient incontestablement à empêcher les ressortissants d'autres Etats membres de manifester leur intérêt pour les emplois en question. N'est-ce pas là « empêcher ou dissuader les ressortissants d'un Etat membre de quitter celui-ci afin d'exercer leur droit à la libre circulation à l'intérieur de l'Union », ce qu'interdit la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des travailleurs¹⁸⁶⁸ ? En l'absence de publicité adéquate, le poste serait normalement pourvu par une personne de même nationalité que le pouvoir adjudicateur. En fait de services non salariées, ces considérations ont suffi à la Cour pour imposer « des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un Etat membre autre ... puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession »¹⁸⁶⁹.

On objectera peut-être que l'article 45, paragraphe 3, TFUE ne parle que d'emplois « effectivement offerts ». Le traité contient en effet une restriction à cet égard. Cependant, avant de faire l'objet d'un contrat de travail, un emploi n'est-il pas, nécessairement, d'abord offert, même si l'offre ne s'adresse qu'à une seule personne ? La précision qu'il doit s'agir d'un emploi effectivement offert ne tend-elle pas plutôt à éviter que la libre circulation des travailleurs ne soit invoquée pour des emplois inexistant¹⁸⁷⁰ ?

¹⁸⁶⁵ Voir l'article 49 TFUE, paragraphe 2, TFUE : « *La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées ...* ».

¹⁸⁶⁶ Voir l'article 57 TFUE : « *Au sens des traités, sont considérés comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ». Or, l'article 45 TFUE, relatif à la libre circulation des travailleurs garantit la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union (paragraphe 1^{er}), laquelle « *comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique :*

- a) *de répondre à des emplois effectivement offerts,*
- b) *de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres, (...)* ».

¹⁸⁶⁷ Cf. ci-dessus, nos 488 et s.

¹⁸⁶⁸ Arrêt de la Cour du 8 mai 2013, Libert, C-197/11 et 203/11, point 38. Cette conséquence absurde de la doctrine de l'obligation de mise en concurrence suivant le droit primaire a déjà été relevée en 2005 par E. PIJNACKER HORDIJK et M. MEULENBELT, « *A Bridge Too Far : Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed* », *P.P.L.R.*, 2005, 3, pp. 123 et s., pp. 129 et 130. Voir également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 166, qui signalent au demeurant l'effet horizontal que produit la libre circulation des travailleurs d'après la Cour (cf. l'arrêt de la Cour du 6 juin 2000, Angonese, C-281/98, points 30, 36 et 37), avec pour conséquence que même les employeurs privés seraient contraints de procéder à une mise en concurrence pour les postes présentant un intérêt transfrontalier.

¹⁸⁶⁹ Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, point 21. Cf. au sujet de cet arrêt, ci-dessus, nos 359 et 360.

¹⁸⁷⁰ Ainsi, la Cour a retenu que « la définition de la notion de « travailleur » au sens de l'article 45 TFUE exprime l'exigence, inhérente au principe même de la libre circulation des travailleurs, que les avantages que le droit de l'Union confère au titre de cette liberté ne puissent être invoqués que par des personnes exerçant véritablement ou souhaitant sérieusement exercer une activité salariée » (arrêt de la Cour du 21 février 2013, L.N., C-46/12, point 47).

A l'obligation d'effectuer une publicité adéquate préalablement à la conclusion de tout contrat d'emploi, l'article 45, paragraphe 4, TFUE pose cependant une limite indiscutable, puisqu'il précise que les dispositions de l'article 45 TFUE « ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ». Il s'agit, d'après la Cour, des emplois dans l'« administration publique proprement dite »¹⁸⁷¹. Sont visés « les emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques (...) »¹⁸⁷².

§ 13.- Subventions accordées par des pouvoirs adjudicateurs

507.- Les paragraphes qui précèdent ont montré qu'à suivre de manière cohérente et systématique la théorie de la mise en concurrence selon le droit primaire, il s'ouvre, au-delà des marchés publics des concessions, un large éventail d'opérations sujettes à une mise en concurrence. Toutefois, si vaste que soit potentiellement le champ d'application de l'exigence de mise en concurrence, couvre-t-il également l'octroi de subventions ? Nous visons ici les véritables subventions et non des subventions dissimulant des marchés publics (la condition du contrat à titre onéreux permettant en principe - selon nous - de distinguer la subvention du marché public¹⁸⁷³). Les véritables subventions ne sont-elles pas par principe des mesures inégalitaires, puisqu'elles représentent des avantages accordés à certains, mais refusés à d'autres ? Impossible dès lors - pourrait-on raisonner - de réclamer, au nom du principe d'égalité, une mise en concurrence pour l'octroi de subventions. L'objection est cependant trompeuse car les marchés publics sont également des avantages accordés à certains, mais non à d'autres. En ce sens, l'octroi de tout marché public crée une discrimination¹⁸⁷⁴. Plus loin, nous verrons d'ailleurs, que pour l'octroi de subventions à charge du budget de l'Union - expressément soumises au principe d'égalité - l'Union, procède par mises en concurrence¹⁸⁷⁵. De même, nous constaterons que la réglementation des aides d'Etat peut impliquer des mises en concurrence¹⁸⁷⁶.

C'est au nom de l'efficacité des aides d'Etat que la Commission subordonne l'octroi de certaines subventions des Etats membres à une mise en concurrence¹⁸⁷⁷. Cette même préoccupation préside à la mise en concurrence des subventions à charge du budget de l'Union.

L'octroi de subventions étatiques peut non seulement heurter la réglementation relative aux aides d'Etats, mais également les articles 49 et 56 TFUE (liberté d'établissement et libre prestation des services), deux dispositions dont la portée - on l'a vu - est particulièrement large. En effet, les subventions, profitant à certaines entreprises et non à d'autres pourraient avoir pour effet de dissuader celles qui n'en obtiennent pas, face à des concurrents rendus plus forts, de faire usage de la libre prestation des services ou de la liberté d'établissement. Cette observation permettra, plus loin, de mettre en évidence l'aspect à notre avis le plus ambigu des rapports complexes entre les principes régissant le marché intérieur et la réglementation des aides d'Etat¹⁸⁷⁸.

Ici, la question qui nous intéresse est en revanche celle de savoir si les articles 49 et 56 TFUE peuvent donner lieu à une obligation de mise en concurrence pour l'octroi de subventions. *A priori*, une fois admis le principe de la subvention, c'est-à-dire dès lors que l'aide sous forme de subvention est autorisée en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, rien ne s'opposerait à ce que, comme en matière de marchés publics ou de concessions, le principe d'une mise en concurrence soit déduit des articles 49 et 56 TFUE, afin d'attribuer la subvention à l'entreprise qui est en mesure d'en faire le meilleur usage et de lui conférer ainsi la plus grande efficacité. Nous verrons plus loin que dans l'exercice des compétences qui lui reviennent en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, la

¹⁸⁷¹ Arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, Anker, C-47/02, point 59.

¹⁸⁷² Arrêt de la Cour du 2 juillet 1996, Commission/Grèce, C-290/94, point 2.

¹⁸⁷³ Comme critères distinctifs également ont été proposés « l'initiative de l'opération et la détermination de même que la portée de l'intervention publique » (P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », *in L'art et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 178 et s., pp. 183 et 184).

¹⁸⁷⁴ Voir en ce sens, A. L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 425.

¹⁸⁷⁵ Voir ci-dessous, no 731.

¹⁸⁷⁶ Voir ci-dessous, nos 582 et s.

¹⁸⁷⁷ Voir ci-dessous, nos 582 et s.

¹⁸⁷⁸ A ce sujet, le lecteur est renvoyé au no 530.

Commission tend à imposer des mises en concurrence afin qu'il soit satisfait à l'exigence d'efficacité de l'aide¹⁸⁷⁹.

Ce qui précède ne vaudrait en principe que pour les subventions accordées à des activités visées par les articles 49 et 56, TFUE et non pour celles accordées à des organismes ne participant pas à la vie économique, tels les cultes, les conservatoires de musique ou des associations sportives.

Chapitre VIII.- Champ d'application personnel de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire

508.- L'obligation de mise en concurrence en dehors du droit dérivé étant fondée sur le droit primaire, il serait cohérent que son champ d'application personnel soit identique à celui du droit primaire.

A côté des institutions européennes, le droit primaire oblige les Etats membres.

Les marchés passés par les institutions européennes, sont traités au chapitre IX de la quatrième partie (nos 724 et s.).

Ici, nous verrons d'abord ce que recouvre, d'une façon générale, la notion d'Etat au sens du droit primaire (Section 1), puis comment elle s'entend en matière de mise en concurrence suivant le droit primaire (Section 2). Enfin, nous comparerons le champ d'application personnel du droit primaire et des directives « marchés publics » (Section 3).

Section 1^{re}.- La notion d'Etat au sens des traités se détermine d'après l'exercice de fonctions étatiques et non d'après la forme que prennent les institutions qui exercent ces fonctions

509.- Le droit primaire lie non seulement les Etats membres proprement dits, mais également :

- « toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre leurs compétences, les autorités juridictionnelles »¹⁸⁸⁰,
- « une autorité publique, chargée par l'Etat du maintien de l'ordre et de la sécurité publique, quels que soient par ailleurs ses rapports avec d'autres institutions de l'Etat »¹⁸⁸¹, ainsi que les « autorités décentralisés, telles les communes »¹⁸⁸²,
- des « organismes ou entités qui sont soumis à l'autorité ou au contrôle d'une autorité publique »¹⁸⁸³ et des organismes ou entités disposant « de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers »¹⁸⁸⁴,
- « un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les règles entre les particuliers »¹⁸⁸⁵.

Aussi, on peut affirmer qu'au sens du droit primaire la notion d'Etat est une notion fonctionnelle¹⁸⁸⁶, impliquant par ailleurs que l'entité considérée soit soumise à un contrôle public¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁷⁹ Voir ci-dessous, nos 582 et s.

¹⁸⁸⁰ Arrêt de la Cour du 15 mai 1986, Johnston, affaire 222/84, point 53.

¹⁸⁸¹ Arrêt de la Cour du 15 mai 1986, Johnston, affaire 222/84, point 56.

¹⁸⁸² Arrêt de la Cour du 22 juin 1989, Fratelli Constanzo, affaire 103/88, point 31, quant à l'effet direct des directives.

¹⁸⁸³ Arrêt de la Cour du 25 mai 2005, Sozialhilfverband Rohrbach, C-297/03, point 27, de même que l'arrêt de la Cour du 12 juillet 1990, Foster, C-188/89, point 18, quant à l'effet direct des directives.

¹⁸⁸⁴ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, Portugás, C-425/12, point 24 ; arrêt de la Cour du 12 juillet 1990, Foster, C-188/89, point 20.

¹⁸⁸⁵ Arrêt de la Cour du 12 juillet 1990, Foster, C-188/89, point 22.

¹⁸⁸⁶ Voir en ce sens, W. FRENZ, *Handbuch Europa, Band 1 - Europäische Grundfreiheiten*, 2^e éd., Berlin - Heidelberg, 2012, no 316 ; cf. également S. ARROWSMITH, « The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 255 et s., p. 262. A.L. DURVIAUX,

Remarquons que la Cour a retenu « que les dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et des services et de liberté d'établissement ne régissent pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étendent également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »¹⁸⁸⁸. Faut-il pour autant contraindre des organismes édictant de pareilles réglementations à mettre en concurrence les marchés qu'ils passent ? Dans les affaires dont a eu à connaître la Cour, les organismes visés étaient des fédérations sportives ne relevant pas, en tant que telles de la sphère étatique. Il serait cohérent de limiter l'application du droit primaire de la mise en concurrence à la seule fonction appréhendée par les principes des traités, c'est-à-dire à l'adoption des réglementations concernées. Autrement dit, les marchés de ces organismes ne seraient en principe pas visés par l'obligation de mise en concurrence que la Cour a dégagée du droit primaire¹⁸⁸⁹.

Section 2.- La Cour a également recours à une conception fonctionnelle de l'Etat aux fins du droit primaire de la mise en concurrence

§ 1^{er}.- L'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'impose aux entités et organismes relevant de l'Etat « au sens fonctionnel »

510.- Dans son arrêt *Wall* du 13 avril 2010, la Cour a indiqué les conditions permettant d'assimiler une entreprise à une autorité publique tenue au respect d'une obligation de transparence et donc de mise en concurrence. A cet effet, il convient, d'après la Cour, « de vérifier si deux conditions sont réunies, à savoir, d'une part, que l'entreprise concernée est sous le contrôle effectif de l'Etat ou d'une autorité publique et, d'autre part, qu'elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché »¹⁸⁹⁰. L'entreprise dont il s'agissait dans cette affaire était dotée d'une personnalité juridique propre.

Il résulte de ces conditions que les entreprises publiques, dotées d'une personnalité juridique distincte, qui opèrent en situation de concurrence sur le marché ne sont pas tenues de procéder à des mises en concurrence selon le droit primaire¹⁸⁹¹.

Les entreprises qui disposent de droits spéciaux ou exclusifs empêchant d'autres entreprises de les concurrencer efficacement n'opèrent pas en situation de concurrence. De ce point de vue, leur

Logique de marché et marché public, Bruxelles, Larcier, 2006, no 119, note 399. A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 123 et s. et 139 et s. en particulier.

¹⁸⁸⁷ Voir en ce sens, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 118. Voir également ci-dessous, no 510.

¹⁸⁸⁸ Arrêt de la Cour du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation*, C-438/05, point 33 ; arrêt de la Cour du 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, point 47 ; arrêt de la Cour du 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, points 82 et 83 ; arrêt de la Cour du 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, 36/74, points 17 et 18.

¹⁸⁸⁹ Voir en ce sens, S. ARROWSMITH, « *The law of public and utilities procurement* », *Sweet & Maxwell*, London, 2^e éd., 2005, no 4.33, p. 216 ; de même, par analogie, l'auteur écrivant avant l'arrêt *Telaustria* (2000), S. ARROWSMITH, « *The application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement* », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 225 et s., point 3, (d). Cf. également, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 141.

¹⁸⁹⁰ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08, point 49. En retenant ces conditions, la Cour s'est inspirée, ainsi qu'elle le reconnaît expressément, « de certains aspects de la définition de la notion de « pouvoir adjudicateur » figurant à l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50, relative aux marchés publics de services, dans la mesure où ces aspects répondent aux exigences posées par l'application aux concessions de services de l'obligation de transparence qui découle des articles 43 CE et 49 CE » (point 47). La Cour ajoute qu'« en effet, ces derniers articles et les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, poursuivent des objectifs identiques à ceux visés par ladite directive, notamment visant la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans les Etats membres » (point 48).

¹⁸⁹¹ Quant à la question de savoir si des organisations internationales dont font partie des Etats membres peuvent être tenue de respecter le droit primaire de la mise en concurrence, cf. B. HEUNINCKX, « *Applicable Law to the Procurement of International Organisation in the European Union* », *P.P.L.R.*, 2011, 4, pp. 103 et s.

inclusion dans le champ d'application personnel de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE des entreprises publiques exerçant une activité sectorielle est cohérente, du moins si elles sont soumises à un contrôle public. Cette inclusion n'est que provisoire, puisque la directive 2004/17/CE ne s'applique plus « si dans l'Etat membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité »¹⁸⁹².

Il convient cependant de signaler un arrêt de la Cour du 12 décembre 2013 (Portgás, C-425/12) posant des exigences plus lourdes qui ne concordent pas avec celles de l'arrêt *Wall* du 13 avril 2010. Le marché qui a donné lieu à l'arrêt *Portgás* avait été attribué sans mise en concurrence par Portgás, une entreprise publique portugaise, en même temps entité adjudicatrice au sens de la directive « marchés publics » sectorielle 93/38/CEE. L'attribution du marché eut lieu après le délai de transposition de cette directive, mais à un moment où le Portugal ne l'avait pas encore transposée en droit national. La question se posait de savoir si le respect des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises de la directive 93/38/CEE s'imposait directement à Portgás. Tel n'était le cas que si Portgás pouvait être assimilé à l'Etat portugais. La Cour considéra que pour qu'il en soit ainsi cette entité adjudicatrice devait se trouver sous le contrôle d'une autorité publique et disposer « de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers », la circonstance que l'entreprise en question dispose de droits spéciaux ou exclusifs étant insuffisante à cet égard¹⁸⁹³. Or, à elle seule, l'existence de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la directive 93/38/CE implique par définition déjà que la capacité des autres entités d'exercer cette activité est substantiellement affectée¹⁸⁹⁴. Dans ce cas, l'entité concernée n'opère pas en situation de concurrence sur le marché, c'est-à-dire que la seconde condition de l'arrêt *Wall* est remplie. Ainsi, selon l'arrêt *Wall* une entité ne doit pas nécessairement disposer de *pouvoirs exorbitants* pour être tenue au respect du droit primaire.

Ajoutons que dans l'arrêt *Portgás*, la Cour a estimé que « la circonstance que Portgás pouvait demander que soient effectuées les expropriations nécessaires à l'implantation ainsi qu'à l'exploitation des infrastructures, sans pour autant pouvoir y procéder par elle-même, ne suffit [suffisait] pas, en tant que telle, pour qu'il puisse être admis que Portgás disposât de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers »¹⁸⁹⁵.

§ 2.- Un pouvoir adjudicateur est dispensé de mise en concurrence lorsqu'il confie un marché à une entité juridique distincte qui peut être considérée, en fonction de critères fonctionnels, comme étant intégrée au pouvoir adjudicateur

511.- L'exception *Teckal*¹⁸⁹⁶, fondée sur des critères fonctionnels, permet, tant sous le régime des directives que sous celui du droit primaire seul, de soustraire un marché à toute mise en concurrence, bien qu'il soit conclu entre un pouvoir adjudicateur et une entité juridique distincte. L'exception *Teckal* s'explique aisément par la considération que lorsque les conditions *Teckal* sont remplies, la sphère de l'Etat au sens fonctionnel du terme n'est pas quittée et que, dès lors, il n'y a pas lieu à mise en concurrence¹⁸⁹⁷. En revanche, elle ne s'explique pas si l'on adopte une conception formelle des notions d'Etat et de pouvoir adjudicateur.

¹⁸⁹² Article 30, paragraphe 1^{er}, de la directive sectorielle 2004/17/CE.

¹⁸⁹³ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, Portgás, C-425/12, points 26 et 30 ; voir également l'affirmation suivante dans les conclusions dans la même affaire de l'avocat général N. Wahl du 18 septembre 2013 auxquels la Cour se réfère expressément : « ... en dépit des rapprochements qui peuvent être légitimement établis, la notion d'« entité adjudicatrice » n'a pas la même portée que le concept d'« Etat » au sens fonctionnel du terme à l'encontre duquel le particulier peut invoquer l'effet direct d'une directive » (point 42).

¹⁸⁹⁴ Article 2, paragraphe 3, de la directive 93/38/CE. Il en est de même sous l'actuelle directive 2004/17/CE (article 2, paragraphe 3). La Cour définit d'ailleurs de façon identique, en substance, la notion de droits exclusifs ou spéciaux au sens de l'article 106, paragraphe 1^{er}, TFUE (cf. l'arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, SOA Nazionale Costruttori, C-327/12, point 41).

¹⁸⁹⁵ Arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, Portgás, C-425/12, point 30.

¹⁸⁹⁶ Cf. les nos 221 et s. ci-dessus.

¹⁸⁹⁷ Cf. déjà ci-dessus, no 232.

§ 3.- Inversement, une entité faisant partie de l'Etat ou d'un pouvoir adjudicateur au sens formel, mais qui agit dans des conditions de concurrence normale et ne bénéficie pas de subventions croisées, est-elle dispensée de mise en concurrence selon le droit primaire pour les marchés qu'elle passe dans l'intérêt de ses activités ?

512.- La Cour ne s'est pas encore prononcée à cet égard.

S'il en était ainsi, une entreprise exploitée en régie par les pouvoirs publics, conformément aux principes de la gestion des entreprises privées, agissant sur le marché sans disposer de droits spéciaux ou exclusifs, ni de subventions, serait dispensée de mise en concurrence.

Il existe des motifs sérieux pour admettre qu'il en est effectivement ainsi¹⁸⁹⁸.

En effet :

- Le concept d'Etat au sens des traités n'étant pas formel, mais fonctionnel, la forme juridique que prend l'activité économique de l'Etat ne devrait pas intervenir¹⁸⁹⁹.
- La notion d'Etat étant indépendante en droit européen des qualifications nationales, il serait incohérent de s'en remettre à un critère dépendant en principe des droits nationaux, à savoir l'existence d'une personnalité juridique propre.
- L'existence d'une personnalité juridique propre, n'a pas nécessairement, en fait, une influence déterminante sur l'autonomie de l'entité en cause, ni du point de vue du fonctionnement, ni de celui du contrôle ou du financement, un degré d'autonomie comparable pouvant être atteint par d'autres moyens. L'existence ou non d'une personnalité juridique peut donc être considérée comme un facteur indifférent.
- D'après le traité FUE, les Etats sont libres de poursuivre des activités économiques sur les marchés¹⁹⁰⁰. Le respect de procédures de mise en concurrence empêcherait les entreprises étatiques exploitées en régie d'agir à égalité avec les entreprises privées.

Remarquons que la directive 2004/17/CE va dans le même sens, puisqu'elle dispense de mise en concurrence non seulement les entreprises publiques, mais également toutes les autres entités adjudicatrices, en particulier, les collectivités locales, les organismes de droit public et les Etats, dès lors que le marché dont il s'agit est passé pour une activité sectorielle directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité¹⁹⁰¹.

Il s'agit là d'un point important. La dispense qu'accorde la directive 2004/17/CE n'est conforme au droit primaire que si d'après celui-ci, l'Etat au sens formel du terme est dispensé de mise en concurrence à chaque fois qu'il agit comme entrepreneur sur un marché directement exposé à la concurrence dont l'accès n'est pas limité. La même chose vaut à l'égard de la dispense qu'accorde l'article 13 de la directive 2004/18/CE pour les « marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications »¹⁹⁰².

§ 4.- La jurisprudence Mannesmann¹⁹⁰³, remet-elle en question la solution envisagée au § 3 ci-dessus, à savoir, que le droit primaire n'oblige pas les autorités adjudicatrices de mettre en

¹⁸⁹⁸ Voir en sens contraire, H. BARTH, *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010, p. 36.

¹⁸⁹⁹ Cf. par ailleurs à cet égard l'arrêt de la Cour du 16 juin 1987, Commission/Italie, affaire 118/85, points 10 à 13.

¹⁹⁰⁰ En ce sens l'article 345 TFUE : « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ».

¹⁹⁰¹ Article 30 de la directive 2004/17/CE. Cf. au sujet de cette exception également les nos 82 et 199.

¹⁹⁰² Cf. au sujet de cette exception les nos 91 et 123 ci-dessus.

¹⁹⁰³ Voir l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann, C-44/96, points 25 à 36. Voir également les arrêts suivants : arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley, C-373/00, point 56 ; arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/96, points 55 et 56 ; arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, points 57 et 58 ; arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Aigner, C-393/06, points 49 à 53. Tous ces arrêts sont intervenus dans le champ d'application des directives « marchés publics ».

concurrence les marchés publics qu'elles passent pour des activités directement exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité ?

513.- A ne considérer que l'arrêt *Mannesmann*, la réponse à cette question nous paraît négative.

D'après l'arrêt *Mannesmann* du 15 janvier 1998, une entité, considérée comme un « organisme de droit public » et, de ce fait, comme un pouvoir adjudicateur, en raison d'une activité relativement peu importante par rapport à l'ensemble de ses activités, n'en est pas moins considéré comme un pouvoir adjudicateur pour l'ensemble de ses activités. Une telle entité est tenue, en principe, d'observer les dispositions de la directive « marchés publics » 2004/18/CE pour l'ensemble de ses activités, y compris celles exercées dans des conditions de concurrence normales. Il s'agissait en l'espèce de l'imprimerie d'Etat autrichienne (« Österreichische Staatsdruckerei »), créée comme établissement public à vocation économique, ayant la qualité de commerçant au regard de la loi autrichienne.

La solution retenue par l'arrêt *Mannesmann*, est connue sous le nom de « théorie de la contagion »¹⁹⁰⁴ ou de « théorie de la contamination »¹⁹⁰⁵. Comme elle étend l'obligation de mise en concurrence à l'ensemble des activités d'une personne juridique, l'élément de référence en est la personnalité morale.

Aussi, si la théorie de la contagion s'imposait en vertu du droit primaire, toutes les activités de l'Etat au sens formel, y compris les activités commerciales ordinaires seraient soumises à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire. Ces activités n'y échapperaient qu'à la condition que les Etats fassent appel à des entités juridiques dotées d'une personnalité juridique distincte.

Or, l'arrêt *Mannesmann* déduit la théorie de la contagion des termes employés par les directives « marchés publics ». Si la Cour y invoque le principe de droit primaire de sécurité juridique, ce n'est que comme principe d'interprétation¹⁹⁰⁶. On ne peut donc retenir de cet arrêt qu'en dehors des directives « marchés publics », le principe de sécurité juridique empêcherait l'attribution directe de marchés publics pour des activités commerciales exercées dans les conditions ordinaires par les pouvoirs publics.

Dans une décision ultérieure, l'arrêt *Aigner* du 10 avril 2008¹⁹⁰⁷, la Cour paraît cependant rattacher la théorie de la contagion directement à des principes du droit primaire. La juridiction de renvoi autrichienne avait posé la question de savoir si un pouvoir adjudicateur pouvait échapper à l'application des directives « marchés publics » « si grâce à des mesures efficaces, comme la séparation des bilans et des comptabilités, un financement croisé des activités exercées dans le cadre de la concurrence peut être exclu ».

La Cour prit position comme suit :

« En effet, comme le souligne M. l'avocat général aux points 64 et 65 de ses conclusions, il est permis de douter sérieusement qu'il soit en réalité possible d'établir une telle séparation entre les différentes activités d'une entité qui forme une personne morale unique, qui a un régime de patrimoine et de propriété unique et dont les décisions en matière de direction et de gestion sont prises de manière unitaire, et ceci même en faisant abstraction des nombreux autres obstacles d'ordre pratique quant au

¹⁹⁰⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, point 30.

¹⁹⁰⁵ Voir par exemple les conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 22 novembre 2007 dans l'affaire C-393/06 (Ing. Aigner), point 53.

¹⁹⁰⁶ La Cour écrit : « Enfin, une interprétation de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 93/37 selon laquelle 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 serait contraire au principe de sécurité juridique qui exige qu'une règle communautaire soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés » (point 34). La disposition de la directive 93/37 à laquelle la Cour se réfère définit de la notion d'« organisme de droit public ». Cette définition est restée identique dans les directives « marchés publics » actuelles.

La sécurité juridique serait en effet menacée si l'on se permettait de distinguer là où la directive ne distingue pas : « Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus ». C'est en ce sens, nous semble-t-il, qu'il y a lieu de comprendre la référence de la Cour au principe de sécurité juridique.

¹⁹⁰⁷ Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, points 49 à 53.

contrôle, ex ante et ex post, de la séparation absolue entre les différents domaines d'activité de l'entité concernée et de l'appartenance de l'activité en cause à tel ou tel domaine.

Ainsi, eu égard aux raisons de sécurité juridique, de transparence et de prévisibilité qui régissent la mise en œuvre des procédures de tous les marchés publics, il y a lieu de se tenir à la jurisprudence de la Cour exposée aux points 50 et 51 du présent arrêt » (points 52 et 53).

§ 5.- Autres conséquences dérivant de ce que le droit primaire s'applique selon que l'entité exerce des fonctions étatiques et non selon sa forme

514.- Le fait que le droit primaire s'applique selon que l'entité exerce des fonctions étatiques et non selon sa forme devrait normalement entraîner les conséquences suivantes :

1° Les entités *Teckal* sont soumises à l'obligation de transparence du droit primaire, c'est-à-dire à l'obligation de mettre en concurrence les contrats qu'ils passent¹⁹⁰⁸. Rappelons que les entités *Teckal* sont des entreprises publiques, soumises à un contrôle analogue à celui sur leurs propres services de la part des pouvoirs publics qui les détiennent, pour lesquels elles réalisent l'essentiel de leur activité et dont elles peuvent obtenir des contrats publics sans mise en concurrence¹⁹⁰⁹. Toute autre activité de ces entités ne peut qu'être marginale.

En appliquant les critères de l'arrêt *Wall* du 13 avril 2010, les entités *Teckal* doivent être assimilées à des autorités publiques tenues de faire précéder leurs marchés d'une publicité adéquate¹⁹¹⁰.

Dans le champ d'application des directives « marchés publics », les entités *Teckal* répondent en principe à la définition des « organismes de droit public »¹⁹¹¹.

2° Le droit primaire de la mise en concurrence s'oppose à ce que, sans procéder à une mise en concurrence, les pouvoirs publics confient des commandes à des entreprises internes sans personnalité juridique distincte (entreprises en régie) agissant en situation de concurrence sur des marchés. Sur ce point, la Cour ne s'est pas encore prononcée.

Section 3.- Comparaison entre le champ d'application *ratione personae* de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire et des directives « marchés publics »

§ 1^{er}.- Points communs

1° Pour savoir quelles sont les entités autres que les Etats, les collectivités territoriales ou les associations de collectivités territoriales soumises à une obligation de mise en concurrence, le droit primaire et les directives « marchés publics » appliquent des critères en principe similaires

515.- Pour l'application du droit primaire de la mise en concurrence, il y a lieu « de vérifier si deux conditions sont réunies, à savoir, d'une part, que l'entreprise concernée est sous le contrôle effectif de l'Etat ou d'une autorité publique et, d'autre part, qu'elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché »¹⁹¹². Ainsi que la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Wall* du 13 avril 2010¹⁹¹³, ces critères sont

¹⁹⁰⁸ Voir en ce sens également, E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 113.

¹⁹⁰⁹ Cf. ci-dessus, nos 221 et s. concernant l'exception *Teckal*.

¹⁹¹⁰ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall* AG, C-91/08, points 47, 48 et 49.

¹⁹¹¹ Voir en ce sens également le « Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-privé ») du 4 octobre 2011 (SEC (2011) 1169 final, point 3.2. Cf. au sujet des organismes de droit public ci-dessus, les nos 204 et s.

¹⁹¹² Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall* AG, C-91/08, point 49.

¹⁹¹³ Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08, points 47, 48 et 49.

inspirés de « certains aspects » de la définition que les directives « marchés publics » donnent des « organismes de droit public »¹⁹¹⁴.

2° L'exception *Teckal* s'applique tant aux marchés soumis aux directives « marchés publics » qu'à ceux soumis seulement au droit primaire

516.- Nous avons déjà relevé ce point au moment de traiter de l'exception *Teckal*. Nous y renvoyons le lecteur¹⁹¹⁵. Il convient cependant de relever l'extension considérable donnée à l'exception *Teckal* par la directive 2004/17/CE (article 23). Cette extension ne paraît pas conforme au droit primaire¹⁹¹⁶.

3° Suivant le cas, il sera nécessaire de conduire deux ou plusieurs procédures de mise en concurrence

517.- Sous le régime des directives « marchés publics », un pouvoir adjudicateur qui obtient un marché public de la part d'un autre pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à des mises en concurrence pour les contrats de sous-traitance qu'il passe en vue de l'exécution de ce marché. Qu'il en soit ainsi ne dispense nullement de la mise en concurrence du marché principal¹⁹¹⁷. Inversement, si un pouvoir public se voit attribuer un marché public, le fait que ce marché ait été mis en concurrence ne le dispense pas de mettre en concurrence d'éventuels contrats de sous-traitance¹⁹¹⁸.

Rien ne permet de penser qu'il en est autrement sous le régime du droit primaire seul.

4° Situation en cas de mandat

518.- Les directives « marchés publics » ne s'opposent pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur accorde à une personne autre qu'un pouvoir adjudicateur un mandat pour la conclusion d'un marché public. Dans ce cas, le mandataire doit respecter les procédures de passation des directives « marchés publics »¹⁹¹⁹. Inversement, si un mandat de passer un marché a été accordé à un pouvoir adjudicateur de la part d'une entité qui n'est pas soumise aux directives « marchés publics », ces dernières ne s'appliquent pas¹⁹²⁰.

Ces solutions restent valables lorsque l'attribution d'un contrat public est uniquement régie par le droit primaire.

5° L'obligation de mise en concurrence peut exister même pour un pouvoir adjudicateur ne mettant pas en œuvre des ressources publiques

519.- L'emploi de ressources publiques n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'un marché public au sens des directives¹⁹²¹. De même, la mise en œuvre de ressources publiques n'est pas une condition d'application du droit primaire de la mise en concurrence¹⁹²².

§ 2.- Deux différences importantes

520.- Les champs d'application *ratione personae* de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire et des directives « marchés publics » nous paraissent se distinguer pour l'essentiel sur deux points :

¹⁹¹⁴ Voir pour les organismes de droit public, ci-dessus, nos 204 et s.

¹⁹¹⁵ Voir le no 221 ci-dessus.

¹⁹¹⁶ Cf. à cet égard, ci-dessus, no 81.

¹⁹¹⁷ Arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, C-220/05, point 62.

¹⁹¹⁸ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne, C-126/03, point 19.

¹⁹¹⁹ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti, C-399/98, point 100.

¹⁹²⁰ Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria, C- 44/96, point 44.

¹⁹²¹ Arrêt de la Cour du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne, C-126/03, point 20.

¹⁹²² Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, points 60 et 61, pour le cas où un pouvoir public ne fait que confier la prestation d'activités économiques à un tiers.

1° En suivant les considérations développées plus haut concernant le caractère fonctionnel de la notion d'Etat au sens du droit européen, le droit primaire ne permettrait pas l'attribution directe de marchés par des pouvoirs publics à leurs entreprises internes dépourvues de personnalité juridique et opérant en situation de concurrence sur le marché¹⁹²³. Signalons cependant que ce point n'a pas encore été confirmé par la Cour.

Comme il n'y a dans ces cas qu'une seule personne juridique en cause, il n'y a pas de contrat¹⁹²⁴, ni partant de marché public. Aussi, les directives « marchés publics » ne prévoient-elles pas de mise en concurrence dans ces hypothèses. Sur ce point, le champ d'application des directives « marchés publics » reste en-deçà de celui l'obligation de mise en concurrence du droit primaire.

2° Du moins d'un point de vue purement théorique, le droit primaire ne requiert à notre avis pas de mise en concurrence pour les marchés passés par les entreprises exploitées en régie par les pouvoirs publics lorsqu'elles opèrent en situation de concurrence sur des marchés ouverts, sans disposer de droits exorbitants du droit commun, ni profiter de subventions¹⁹²⁵. Autrement dit, la théorie de la contagion ne ferait pas partie du droit primaire. La Cour ne s'est pas encore explicitement prononcée sur cette question. Vu l'arrêt de la Cour du 10 avril 2008 (Ing. Aigner, C- 393/06, point 53), intervenu dans le champ d'application des directives « marchés publics », on peut cependant s'attendre à ce que la Cour étende la théorie de la contagion juridique au droit primaire pour des motifs de sécurité juridique et de transparence¹⁹²⁶.

Sous le régime des directives « marchés publics », il existe des cas dans lesquels la théorie de la contagion ne s'applique pas.

Il en est ainsi :

- pour les marchés dans l'intérêt de certaines activités dans le domaine des télécommunications (article 13 de la directive 2004/18/CE) ;
- pour les activités sectorielles directement exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité (article 30 de la directive 2004/17/CE¹⁹²⁷ ;
- pour les marchés d'entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs passés à des fins autres que des activités sectorielles non exemptées¹⁹²⁸.

Si la théorie de la contagion faisait partie du droit primaire, ces exceptions seraient contraires au droit primaire.

¹⁹²³ Voir ci-dessus, no 514.

¹⁹²⁴ Les procédures de passation des directives « marchés publics » ne s'appliquent qu'à la conclusion de contrats, l'existence d'un marché public supposant un contrat (voir à ce sujet, ci-dessus, nos 237 et s.).

¹⁹²⁵ Cf. ci-dessus, nos 512 et 513. Voir en sens contraire, mais sans fournir d'explications, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 120 ; dans le sens que nous indiquons, cf. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 4.53 (p. 234) et la note 55, no 691 (p. 342).

¹⁹²⁶ Cf. ci-dessus, no 513.

¹⁹²⁷ Cf. au sujet de cette exemption, ci-dessus, nos 82 et 199.

¹⁹²⁸ En effet, d'une part, ces entités adjudicatrices ne sont pas soumises à la directive 2004/18/CE. D'autre part, la directive 2004/17/CE ne s'applique qu'à la passation des marchés passés pour des activités sectorielles (article 12 de la directive 2004/18/CE).

Troisième partie.- La mise en concurrence dans la réglementation européenne sur les aides d'Etat

Introduction

521.- Afin de délimiter le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence, il convient également d'examiner l'incidence du droit des aides d'Etat.

La réglementation concernant les aides d'Etat n'implique-t-elle pas en effet une restriction du champ d'application de la mise en concurrence fondée sur les articles 49 et 56 TFUE, puisqu'elle permet à la Commission de déclarer certaines mesures d'aide compatibles avec le marché intérieur (chapitre Ier) ?

A l'inverse, la réglementation des aides d'Etat n'impose-t-elle pas dans certains cas des mises en concurrence (chapitre II) ? Nous verrons que le droit primaire des aides d'Etat n'impose jamais une mise en concurrence pour éviter que des opérations comme des ventes d'immeubles par des pouvoirs publics, des privatisations d'entreprises, des investissements publics dans des entreprises, la création d'entreprises publiques ou la création de partenariats publics - privés ne soient qualifiées d'aides d'Etat. Inversement, une mise en concurrence ne permet pas d'écarter de façon absolue la qualification d'aide d'Etat. Une mise en concurrence conforme à certaines exigences conduit cependant en quelque sorte à une présomption d'absence d'aide lorsque l'opération ne contient pas de conditions anormales ou inhabituelles.

Parfois une mise en concurrence est imposée afin de garantir qu'une aide soit limitée au strict minimum (chapitre III). En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 107, paragraphe 3, TFUE, la Commission impose en effet régulièrement des mises en concurrence suivant le critère dit de la « mise en balance » afin de pouvoir déclarer certaines mesures, considérées comme des aides, compatibles avec le marché intérieur. Il en est ainsi, par exemple, lors du développement par les pouvoirs publics de réseaux de communication à haut débit¹⁹³⁴. Une mesure ayant été qualifiée d'aide, une mise en concurrence peut s'imposer pour éviter que l'aide ne dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Parfois, l'exigence d'une mise en concurrence pourrait également se justifier par l'article 106, paragraphe 2, TFUE, les dérogations aux traités - dans ce cas l'aide - ne pouvant dépasser ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission de SIEG.

Chapitre Ier.- L'obligation de la mise en concurrence déduite des articles 49 et 56 TFUE et la réglementation sur les aides d'Etat

Section 1^{re}.- La réglementation sur les aides d'Etat restreint-elle le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence déduite des articles 49 et 56 TFUE ? Application conjointe du droit des aides d'Etat et du droit des marchés publics

§ 1^{er}.- Position du problème

522.- L'article 107, paragraphe 3, TFUE accorde à la Commission le pouvoir de déclarer certaines aides d'Etat compatibles avec le marché intérieur.

Le contrôle de la compatibilité d'une aide d'Etat ou d'un régime d'aide d'Etat relève de la compétence exclusive de la Commission, agissant sous le contrôle du juge communautaire¹⁹³⁵. L'exercice de cette compétence implique bien souvent une appréciation économique complexe. Dans ces cas, la Commission jouit suivant une jurisprudence constante d'un large pouvoir d'appréciation. Ainsi que la Cour l'a retenu par exemple dans un arrêt du 2 septembre 2010, « le contrôle que les juridictions de l'Union exercent sur les appréciations économiques complexes faites par la Commission est un contrôle restreint qui se limite nécessairement à la vérification du respect des

¹⁹³⁴ Cf. ci-dessous, no 591.

¹⁹³⁵ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 10 juin 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09, point 22 ou encore l'arrêt du 23 mars 2006, Enirisorse, C-237/04, point 23.

règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir »¹⁹³⁶.

A cela s'ajoute que si elle constate que les conditions d'une dérogation à l'interdiction des aides d'Etat sont remplies, la Commission a la faculté (« Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur ... » (article 107, paragraphe 3, TFUE)), mais non, nous semble-t-il, l'obligation de déclarer l'aide compatible avec le marché intérieur¹⁹³⁷.

A première vue, l'article 107, paragraphe 3, TFUE, et plus particulièrement son point c), lequel correspond à l'exception la plus fréquemment invoquée, semble permettre à la Commission de déclarer compatible avec le marché intérieur des aides sous la forme de marchés publics attribués soit directement à des conditions s'écartant des conditions ordinaires du marché, soit après mise en concurrence à des conditions contraires au principe d'égalité, .

S'il en était effectivement ainsi, le pouvoir de la Commission de déclarer une aide compatible avec le marché intérieur limiterait l'obligation de mise en concurrence procédant d'autres dispositions du traité ou du droit dérivé.

Pour cela, il faudrait qu'une mesure d'aide soit exclusivement appréciée au regard de la réglementation relative aux aides d'Etat. Or, la jurisprudence actuelle de la Cour n'est pas en ce sens. D'après la Cour, la réglementation relative aux aides d'Etat et les autres dispositions des traités s'appliquent cumulativement, la Commission ne pouvant autoriser sur le fondement de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, ce qui est défendu par d'autres dispositions du droit européen.

§ 2.- L'arrêt *Iannelli* du 22 mars 1977

523.- D'après un arrêt de la Cour du 22 mars 1977 (*Iannelli*, affaire 74/76)¹⁹³⁸ une mesure d'aide autorisée peut déroger à d'autres dispositions du traité, en particulier à l'interdiction de mesures d'effet

¹⁹³⁶ Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, *Commission/Scott*, C-290/07 P, point 66.

¹⁹³⁷ Jusqu'ici, la Cour n'a pas pris clairement position sur le point de savoir si la Commission dispose seulement d'un pouvoir d'appréciation important quant aux conditions des dérogations ou si elle a également le pouvoir de ne pas déclarer l'aide compatible avec le marché commun si ces conditions sont remplies. Certains arrêts laissent plutôt penser qu'elle ne peut pas ne pas déclarer l'aide compatible avec le marché intérieur si les conditions d'une dérogation sont réunies (Cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 21 mars 1990, *Belgique/Commission*, C-142/87, points 54 et s.; voir éventuellement en sens contraire, l'arrêt de la Cour du 17 septembre 1980, *Philip Morris*, affaire 730/79, point 17).

¹⁹³⁸ Arrêt de la Cour du 22 mars 1977, *Iannelli*, affaire 74/76, points 9 et suivants. Dans cet arrêt, la Cour retient en particulier ce qui suit :

« qu'une interprétation à ce point extensive de l'article 30 [l'actuel article 34 TFUE] qu'elle assimilerait, en tant que telle, une aide, au sens de l'article 92 [l'actuel article 107 TFUE], à une restriction quantitative visée à l'article 30, aurait pour effet d'altérer la portée des articles 92 et 93 du traité et de porter atteinte au système de distribution de compétences que le traité vise en instaurant la procédure d'examen permanent décrite à l'article 93 [point 12, 3^e alinéa] ; (...)

Attendu que des modalités d'une aide qui contreviendraient à des dispositions particulières du traité, autres que les articles 92 et 93, peuvent être à ce point indissolublement liées à l'objet de l'aide qu'il ne serait pas possible de les apprécier isolément, de sorte que leur effet sur la compatibilité de l'aide dans son ensemble doit alors nécessairement être appréciée à travers la procédure de l'article 93 [point 14, 1^{er} alinéa] ;

Qu'il en va cependant différemment lorsqu'il est possible, dans l'analyse d'un régime d'aides, d'isoler des conditions ou éléments qui, bien que faisant partie de ce régime, peuvent être considérés comme n'étant pas nécessaires à la réalisation de son objet ou à son fonctionnement [point 14, 2^e alinéa] » ;

Que dans cette dernière hypothèse, il n'y a pas de motifs tirés de la répartition de compétences découlant des articles 92 et 93 pour conclure que dans le cas de violation d'autres dispositions du traité, ayant un effet direct, ces dispositions ne pourraient être invoquées devant les juridictions nationales en raison du seul fait que l'élément visé constituerait une modalité d'une aide [point 14, alinéa 3] ;

Que si un aide comporte fréquemment par elle-même une protection et, partant, un certain cloisonnement du marché par rapport aux productions des entreprises qui n'en bénéficient pas, cette circonstance ne saurait impliquer des effets restrictifs qui iraient au-delà de ce qui est nécessaire pour que l'aide puisse atteindre les objectifs admis par le traité [point 15, alinéa 1^{er}] ;

équivalent à des restrictions quantitatives¹⁹³⁹, dans la mesure où cela est nécessaire « à la réalisation de son objet ou à son fonctionnement ». Lorsque l'aide prend la forme d'un marché public attribué dans des conditions ne respectant pas les principes d'égalité et de transparence, il s'agit évidemment là d'éléments sans lesquels l'aide ne saurait « fonctionner ». L'entreprise que le pouvoir public souhaiterait favoriser, mise en concurrence avec d'autres à des conditions égales, serait justement privée de l'avantage qui lui était destiné. En suivant l'arrêt *Iannelli*, la Commission pourrait donc déclarer une aide sous forme d'un marché public compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 3, c), TFUE. Par là, le droit primaire de la mise en concurrence se trouverait écarté.

§ 3.- Jurisprudence ultérieure de la Cour

524.- L'arrêt *Iannelli* a été interprété de diverses manières. Certains auteurs ont tenté de le concilier avec des arrêts ultérieurs qui, tout en s'y référant, ont statué différemment¹⁹⁴⁰. De fait, l'arrêt *Iannelli* est resté une décision isolée. Sauf à le dénaturer, il est impossible de le concilier avec la jurisprudence ultérieure de la Cour. L'arrêt *Iannelli*, accepte qu'une aide puisse comporter des mesures d'effet équivalent contraires à l'actuel article 34 TFUE « si ces mesures ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour que l'aide puisse atteindre les objectifs admis par le traité » (point 15), autrement dit, si elles sont nécessaires à la réalisation de l'objet ou du fonctionnement de l'aide (point 14). Cette solution n'est manifestement pas acceptée par les arrêts ultérieurs¹⁹⁴¹.

Dans ces arrêts, la Cour a en effet décidé que la procédure de l'actuel article 107, paragraphe 3, TFUE ne peut en aucun cas aboutir à un résultat qui serait contraire à d'autres dispositions du traité¹⁹⁴² ou à des principes généraux du droit de l'Union¹⁹⁴³. Dans les décisions plus récentes, la Cour ne se réfère même plus à l'arrêt *Iannelli*. Aussi peut-on considérer la jurisprudence *Iannelli* comme définitivement abandonnée¹⁹⁴⁴. Conformément à la jurisprudence ultérieure de la Cour, les dispositions

Que tel serait cependant le cas d'une modalité qui accorderait l'aide à des opérateurs économiques qui s'approvisionnent en produits importés par l'intermédiaire d'un organisme d'Etat, mais la refuserait en cas d'importation directe, lorsque cette distinction ne serait manifestement pas nécessaire à la réalisation de l'objectif de ladite aide ou de son fonctionnement [point 15, alinéa 2] ».

¹⁹³⁹ Actuel article 34 TFUE.

¹⁹⁴⁰ Cf. notamment les arrêts de la Cour du 7 mai 1985, Commission/France, 18/84, point 13, et du 5 juin 1986, Commission/Italie, 103/84, point 19. Voir par exemple D. MIDDELSCHULTE, *Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilferechts*, éd. Peter Lang, 2004, pp.115 et suivantes ; R. LIPKA, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, Nomos, 2005, pp. 188-190 ; P. TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, 2004, p. 164 ; le même auteur, *Public Procurement in the EU. A practitioner's guide*, 2^e édition, Oxford University Press, 2007, p. 58 ; d'autres auteurs relèvent le caractère contradictoire des décisions rendues, ainsi M. DREHER dans DREHER/STOCKMANN, *Kartellvergaberecht* (Extrait de IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*), §§ 97 et s., C.H. Beck, 2008, numéro 31.

¹⁹⁴¹ Ainsi qu'en témoignent d'ailleurs les expressions employées par la Cour : « en aucun cas » dans son arrêt du 5 juin 1986 (Commission/Italie, 103/84, point 19) ou encore « jamais » dans son arrêt du 19 septembre 2000 (Allemagne/Commission, C-156/98, point 78).

¹⁹⁴² Arrêt de la Cour du 21 mai 1980, Commission/Italie, point 11 ; arrêt de la Cour du 7 mai 1985, Commission/France, 18/84, point 13 ; arrêt de la Cour du 5 juin 1986, Commission/Italie, 103/84, point 19 ; arrêt de la Cour du 20 mars 1990, Du Pont de Nemours, C-21/88, point 20, qui, tout en se référant à l'arrêt *Iannelli* du 22 mars 1977, adopte une solution opposée ; arrêt de la Cour du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission, C-156/98, point 78 ; arrêt de la Cour, Portugal/Commission, C-204/97, point 41 ; arrêt du 21 octobre 2003, Belgique/Van Calster, C-261/01 et C-262/01, points 48 et 49 ; Arrêt de la Cour du 15 avril 2008, Nuova Agricast, C-390/06, point 50. Voir dans le même sens l'arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, British Aggregates Association, T-359/04, point 92.

¹⁹⁴³ Arrêt de la Cour du 15 avril 2008, Nuova Agricast, C-390/06, point 51.

¹⁹⁴⁴ En sens contraire, W. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, t. 3, *Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2007, no 9, qui se réfère sans réserves à l'arrêt *Iannelli* du 22 mars 1977 (cf. note 371) ; W. KREMER, dans CALLIESS/RUFFERT, *EUV-EG Kommentar*, München, Beck, 2007, article 87, no 64, continue de se référer à l'arrêt *Iannelli* du 22 mars 1977, tout en notant que la jurisprudence en la matière n'a jamais acquis la clarté

du traité relatives aux aides et celles relatives aux libertés fondamentales s'appliquent cumulativement¹⁹⁴⁵. A première vue, cette solution semble devoir être approuvée. En effet, la réglementation des aides d'Etat ne constitue qu'un des domaines auxquels s'applique le traité FUE. Une mesure contraire à plusieurs dispositions du traité ne devrait pas pouvoir être autorisée par une exception qui n'a trait qu'à une seule de ces dispositions. Nous verrons cependant plus loin que de puissants motifs exigent de revenir à la jurisprudence *Iannelli*¹⁹⁴⁶.

§ 4.- Conséquence de l'abandon de la jurisprudence *Iannelli* quant au champ d'application de l'obligation de mise en concurrence fondée sur les articles 49 et 56 TFUE : l'obligation de mise en concurrence s'applique cumulativement avec la réglementation sur les aides d'Etat

A. La Commission ne saurait déclarer l'attribution directe d'un marché public présentant un intérêt transfrontalier compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE

525.- Il découle de l'application conjointe des articles 49 et 56 TFUE et des articles 107 et suivants du TFUE que la Commission ne pourrait en aucun cas déclarer compatible avec le marché intérieur une aide qui par ses modalités¹⁹⁴⁷ porterait atteinte aux libertés fondamentales.

Tel serait en particulier le cas pour une aide sous la forme de l'attribution directe d'un marché public¹⁹⁴⁸ présentant un intérêt transfrontalier. Il en serait cependant autrement si l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire était directement et exclusivement rattachée au principe

souhaitable ; R. LIPKA, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, Nomos, 2005, fait l'inventaire des essais de conciliation de la jurisprudence ultérieure avec l'arrêt *Iannelli*, sans prendre position de façon expresse, ses développements pp. 186 et s. impliquant cependant le rejet de la jurisprudence *Iannelli* ; cf. également en sens contraire A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, 213, qui se réfère à la « théorie de la scission », sans cependant tenter de la justifier, tout en se rapportant à R. LIPKA.

¹⁹⁴⁵ Pour l'application cumulative des actuels articles 34 et 110 TFUE d'une part et de l'actuel article 107 TFUE d'autre part, cf. l'arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, point 59.

¹⁹⁴⁶ Voir, ci-dessous, no 530.

¹⁹⁴⁷ Une aide pourrait être déclarée compatible avec le marché intérieur nonobstant d'autres mesures contraires aux libertés fondamentales qui, sans faire partie intégrante de l'aide, présenteraient certains liens avec l'aide. Ainsi, par exemple, le fait que de telles mesures figurent dans le même texte de droit national que l'aide n'empêcherait pas la Commission de décider que l'aide est compatible avec le marché intérieur (cf. *a contrario* en ce sens, l'arrêt de la Cour du 21 octobre 2003, Belgique/Van Calster, C-261/01 et C-262/01, point 49).

¹⁹⁴⁸ Si le prix à régler à l'adjudicataire correspond au prix du marché, l'absence de mise en concurrence, à elle seule, ne constitue en principe pas une aide d'Etat. Dans ce cas, l'attributaire du marché ne reçoit pas d'avantage qu'il aurait obtenu dans des conditions normales de marché (cf. les nos 553 et s. ci-après). Pour le cas où il serait établi qu'exposé à des conditions de marché, il n'aurait pas obtenu le marché, R. LIPKA propose de réclamer non seulement l'excédent de prix, mais également la partie du prix représentant les coûts fixes et le bénéfice à l'exception des coûts supplémentaires effectivement exposés en raison de l'exécution du marché (R. LIPKA, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, Nomos, 2005, p. 244). Cette solution paraît exagérément sévère, en particulier, si l'adjudicataire a agi de bonne foi ou s'il avait pu obtenir d'autres marchés permettant de couvrir ses frais fixes ou même d'engendrer des bénéfices.

Le remboursement ne devrait pas engendrer un enrichissement du pouvoir public. Même limité à l'excédent sur le prix du marché, les remboursements à effectuer pourraient rendre le marché déficitaire pour l'entreprise concernée, si elle avait eu pour sa prestation ou sa fourniture des frais réels anormalement élevés.

Le Tribunal a estimé que, face à des marchés publics de transport maritime de voyageurs ne correspondant pas à des besoins effectifs du pouvoir public, la Commission était fondée à exiger le remboursement de la totalité du montant des billets de transports (arrêt du Tribunal du 5 août 2003, P & O European Ferries (Vizcaya), T-116/01 et T-118/01, points 117 et 118 ; arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, BAI, T-14/96, points 76 à 79). Dans ces affaires, les transports de personnes correspondant aux billets en question n'occasionnaient aucun coût supplémentaire significatif à charge des transporteurs, circonstance que le Tribunal ne relève pas expressément à l'appui de son raisonnement, mais qui peut l'avoir influencé.

d'égalité de traitement¹⁹⁴⁹. Le principe d'égalité se trouve en effet écarté à chaque fois que des dispositions du droit primaire contiennent des règles spécifiques permettant d'y déroger, telles par exemple, celles de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, permettant de déroger à l'interdiction de principe des aides d'Etat. Rappelons cependant qu'en principe, la Cour rattache l'obligation de mise en concurrence du droit primaire aux principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement au travers les articles 49 et 56 TFUE (liberté d'établissement et libre prestation des services)¹⁹⁵⁰.

B. Introduction de mécanismes destinés à avantager certains candidats ou un candidat déterminé à titre d'aide - critères d'attribution étrangers à l'objet du marché public

1. Principe

526.- Si le mécanisme de l'aide porte atteinte aux libertés fondamentales, l'aide n'est pas susceptible d'être déclarée compatible avec le marché intérieur. Les libertés fondamentales se trouveraient violées non seulement si l'aide consistait en l'attribution directe d'un marché public à des conditions avantageuses, mais également si son mécanisme reposait sur des conditions de mise en concurrence contraires au droit primaire de la mise en concurrence fondé - on peut le supposer, mais ce n'est pas très clair¹⁹⁵¹ - sur les principes d'égalité et de transparence à travers les articles 49 et 56 TFUE¹⁹⁵². Si le droit primaire de la mise en concurrence procédait directement des principes d'égalité et de transparence et non des articles 49 et 56 TFUE, la Commission pourrait, en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, autoriser des aides qui y seraient contraires, à condition qu'il s'agisse d'un marché non soumis aux directives « marchés publics ». Une aide étant par définition une mesure inégalitaire, le principe général d'égalité cède, s'il n'intervient pas au travers des articles 49 et 56 TFUE. En revanche, la faculté accordée à la Commission par le TFUE d'autoriser des aides ne lui permettrait pas de dispenser de l'observation des directives « marchés publics » adoptées pour la réalisation du marché intérieur.

La Commission doit d'office examiner si les modalités faisant partie intégrante de l'aide sont conformes au droit primaire et refuser d'autoriser l'aide, si tel n'est pas le cas¹⁹⁵³.

Que la Commission soit occupée à examiner la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur, n'empêcherait pas la Cour de justice ou une juridiction nationale de constater que l'aide déjà mise en œuvre est contraire à des dispositions du droit de l'Union autres que la réglementation sur les aides d'Etat. Ainsi, en dépit d'une procédure d'examen de l'aide en cours devant la Commission, la Cour a statué sur un recours en manquement à l'encontre d'une taxe discriminatoire destinée au financement d'aides d'Etat au profit de producteurs de betteraves et de transformateurs de sucre¹⁹⁵⁴.

La Commission est seule¹⁹⁵⁵ compétente pour juger de la compatibilité d'une aide d'Etat avec le marché intérieur conformément à l'article 107, paragraphe 3, TFUE. Elle n'est cependant pas

¹⁹⁴⁹ Ce n'est que très rarement que la Cour a rattaché l'obligation de mise en concurrence du droit primaire exclusivement au principe d'égalité de traitement (arrêt de la Cour du 14 juin 2007, *Medipac-Kazantzidis*, C-6/05, point 33 ; arrêt de la Cour du 22 avril 2010, *Commission/Espagne*, points 55, 56, 57 et 75). Encore, n'a-t-elle pas exclu dans ces arrêts que dans le domaine du seul droit primaire de la mise en concurrence, les principes d'égalité de traitement ne s'appliquent qu'au travers des articles 49 et 56 TFUE. Cf. au sujet de ces arrêts, ci-dessus, nos 349, 351 et 366.

¹⁹⁵⁰ Cf. ci-dessus, nos 353 et s.

¹⁹⁵¹ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 367 et s.

¹⁹⁵² Nous renvoyons aux nos 389 et s. où nous avons indiqué les exigences d'une mise en concurrence conforme au droit primaire.

¹⁹⁵³ Arrêt de la Cour du 21 octobre 2003, *Belgique/Van Calster*, C-261/01 et C-262/01, point 49, pour le mode de financement de l'aide. La même solution s'impose pour d'autres modalités de l'aide.

¹⁹⁵⁴ Cf. arrêt de la Cour du 21 mai 1980, *Commission/Italie*, 73/79, en particulier le point 11.

¹⁹⁵⁵ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal du 11 mars 2009, *Télévision française 1 SA (TF1)*, point 139. Il est admis que les juridictions nationales constatent l'existence d'une aide d'Etat non notifiée et en ordonnent la restitution, vu l'effet direct de l'article 108, paragraphe 3, TFUE qui interdit de mettre à exécution des aides non autorisées par la Commission (arrêt de la Cour du 21 octobre 2003, *Belgique/Van Calster*, C-261/01 et C-262/01, point 53 ; arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, *FNCEP*, points 13 et 14). La Commission doit procéder

exclusivement compétente pour apprécier si la mesure d'aide envisagée ne contrevient pas à d'autres dispositions du droit primaire.

2. Critères d'attribution non liés à l'objet du marché

527.- Les critères d'attribution de tout marché public, qu'il soit soumis aux directives « marchés publics » ou seulement au droit primaire de la mise en concurrence, doivent être liés à l'objet du marché. Cette exigence résulte d'après la Cour tant du droit primaire que des directives¹⁹⁵⁶. Dans un arrêt assez ancien, l'arrêt *Beentjes*¹⁹⁵⁷, la Cour avait admis qu'une condition relative à la lutte contre le chômage soit employée comme critère d'attribution. Ultérieurement, la Cour est cependant revenue sur cette jurisprudence et a requis un lien entre les critères d'attribution et l'objectif du marché¹⁹⁵⁸.

Le critère de l'investisseur privé de la réglementation des aides d'Etat requiert que les opérations pour lesquelles les pouvoirs publics n'agissent pas à titre de puissance publique soient « inconditionnelles », c'est-à-dire, qu'elles ne doivent pas comporter de conditions qu'un investisseur privé, placé dans la même situation, n'accepterait pas¹⁹⁵⁹. Le critère de l'investisseur privé étant appliqué à des opérations comparables aux marchés publics, telles des privatisations d'entreprises ou l'acquisition de terrains, il n'y a aucun motif pour ne pas l'appliquer également aux marchés publics¹⁹⁶⁰. C'est ce qu'a fait d'ailleurs le Tribunal¹⁹⁶¹.

autrement. Elle doit d'abord examiner la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur (Arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, FNCEP, points 13 et 14). Une décision de la Commission qui déclarerait une aide compatible avec le marché intérieur n'aurait pas pour effet de régulariser après coup les actes d'exécution illicites (arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, FNCEP, point 16). Quant au juge national, il n'est en aucun cas autorisé à examiner la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur, cette compétence revenant exclusivement à la Commission (arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, FNCEP, point 14).

¹⁹⁵⁶ Arrêts de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03, point 77, et Contse, C-234/03, points 68 à 71. Voir dans le même sens, *Document de Travail des Services de la Commission - Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat, de « marchés publics » et de « marché intérieur »*, du 29 avril 2013 (SWD (2013), 53 final / 2), point 213. Cf. également, T. KOTSONIS, « Commission v Netherlands (C-368/10) : Environmental and fair trade considerations in the context of a contract award procedure », *Public Procurement Law Review*, 2012, NA 234 et s., point 4.2., qui estime que des conditions relatives à la politique générale d'achat d'un soumissionnaire, sans lien avec l'exécution spécifique d'un contrat, seraient contraires au principe de proportionnalité.

¹⁹⁵⁷ Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beentjes*, 31/88, points 28, 29 et 30.

¹⁹⁵⁸ Arrêt de la Cour du 17 septembre 2002, *Concordia*, C-513/99, point 64 ; arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, point 33 ; arrêts de la Cour du 27 octobre 2005, *Commission/Espagne*, C-158/03, points 77 à 80 et *Contse*, C-234/03, points 68 à 71. A noter que certains auteurs n'y voient pas un revirement, mais pensent que la Cour distingue entre les critères sociaux et les critères environnementaux (voir en ce sens, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, nos 803 et s.).

¹⁹⁵⁹ Voir ci-dessous, nos 567, 575 et s. Voir également, précisément quant aux marchés publics, A. BARTOSCH, « Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichem Pulverfass? », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, pp. 229 et s., pp. 231 et 232.

¹⁹⁶⁰ Voir en ce sens, P. TREPTE, *Public Procurement in the EU. A practitioner's guide*, Oxford University Press, 2007, p. 57. Cf. cependant, H.-J. PRIESS et M. GRAF VON MERVELDT, « The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 254, 255 et 264 à 267, qui estiment à notre avis à tort que l'exigence du critère de l'investisseur privé se résume à exiger que les critères retenus ne soient pas discriminatoires. A peu près dans le même sens, cf. H. KAELBLE, « Verhältnis zum EG-Beihilfenrecht » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberecht*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 760. Cf. par ailleurs la position, très favorable aux critères non liés à l'objet du marché, défendue par S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 37 et s., pour qui des objectifs environnementaux ou sociaux même non liés à

La jurisprudence *Iannelli* aurait permis d'exempter de l'interdiction des aides d'Etat des critères d'attribution sans lien avec l'objet du marché. L'admissibilité de tels critères, indispensables à la réalisation de l'objet ou du fonctionnement de l'aide, aurait été appréciée exclusivement en fonction de la réglementation sur les aides d'Etat. De nos jours, la jurisprudence *Iannelli* ayant été abandonnée, une aide d'Etat sous la forme de critères d'attribution tendant à favoriser des objectifs non liés à l'objet du marché ne peut être autorisée¹⁹⁶².

Il a été soutenu que les articles 107 et 108 TFUE l'emporteraient sur l'exigence d'un lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché, cette exigence résultant des directives, c'est-à-dire du droit dérivé¹⁹⁶³. La Cour ayant entre-temps précisé que l'exigence d'un lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché résulte du droit primaire¹⁹⁶⁴, cet argument ne vaut certainement plus. Il s'ajoute à cela que l'article 107 TFUE, paragraphe 3, TFUE, n'accorde à la Commission que la faculté de déclarer certaines aides compatibles avec le marché intérieur et, par là, de les dispenser de l'interdiction de principe des aides d'Etat. En revanche, il ne permet pas à la Commission d'exempter d'autres dispositions de droit européen¹⁹⁶⁵.

528.- La difficulté de savoir quels critères présentent un lien avec l'objet du marché subsiste évidemment. La Cour ne requiert pas que les critères portent sur une « caractéristique intrinsèque d'un produit »¹⁹⁶⁶. Ainsi, la Cour a admis que les critères d'attribution peuvent porter sur le mode de production des produits à livrer (favoriser les petits producteurs des pays en développement pour le café ; production respectueuse de l'environnement comportant des restrictions quant à l'utilisation de pesticides ou de fertilisants ; production d'énergie à partir de ressources renouvelables)¹⁹⁶⁷. L'exigence qu'une construction soit réalisée en matériaux recyclables paraît bien porter sur une « caractéristique intrinsèque » des matériaux mis en œuvre et présenterait donc un lien certain avec l'objet du marché. Celle que le bois utilisé pour la construction soit certifié comme provenant de forêts gérées durablement, même si elle ne porte pas sur une « caractéristique intrinsèque » du matériau, ne semble pas moins procéder de considérations ayant, d'après les sensibilités actuelles, un lien avec l'objet du

l'objet du marché sont admissibles, en principe au libre choix du pouvoir adjudicateur, à côté de l'objectif d'acquisition en tant que tel. Pour intéressants que soient ces développements, ils font complètement abstraction de l'incidence des règles en matière d'aide d'Etat. Les contrats entre autorités publiques et entreprises n'échappent pas à ces règles. A supposer même que les directives « marchés publics » autorisent d'une façon générale - ce qui n'est certainement pas le cas aujourd'hui - la poursuite d'objectifs non liés au marché en tenant compte du comportement de l'entreprise en général, ainsi, par exemple, du pourcentage du chiffre d'affaires consacré à certaines fins philanthropiques, une telle approche serait en principe incompatible avec les dispositions du traité FUE sur les aides d'Etat.

¹⁹⁶¹ Arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, BAI, T-14/96, point 75; arrêt du Tribunal du 5 août 2003, P&O, T-116/01 et T-118/01, point 113 ; arrêt du Tribunal du 13 avril 2004, Thermenhotelstoiser, T-158/99, point 108.

¹⁹⁶² Voir également R. LIPKA, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, Nomos, 2005, pp.186, 187 et 188, pour qui une aide comportant des modalités contraires aux libertés fondamentales ne peut être déclarée compatible avec le marché intérieur, mais qui admet néanmoins dans la suite des aides susceptibles d'être autorisées au travers de marchés publics (pp. 201 et s.).

¹⁹⁶³ R. LIPKA, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 211 et 212.

¹⁹⁶⁴ Cf. L'arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03, point 70; arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03, point 79.

¹⁹⁶⁵ Voir cependant en sens contraire, A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 210, qui estime que les directives „marchés publics“ ne touchent en rien au droit primaire des aides d'Etat. La doctrine allemande utilise l'expression „vergabefremde Kriterien“ [critères étrangers à l'adjudication]. Certains auteurs emploient cette expression de manière équivoque. Cf. par exemple W. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, t. 3, *Beihilfe- und Vergaberecht*, no 332, où l'auteur envisage comme « vergabefremd » des critères environnementaux qui, au sens des directives marchés publics, sont expressément considérés comme liés à l'objet du marché.

¹⁹⁶⁶ Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 91.

¹⁹⁶⁷ Voir l'arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 91 ; arrêt de la Cour, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 34.

marché. La Cour a considéré comme un critère lié à l'objet d'un marché de fourniture d'électricité l'exigence que l'électricité provienne de sources d'énergie renouvelables¹⁹⁶⁸.

C. Application de la même solution aux conditions d'exécution du marché

529.- Certaines conditions peuvent être formulées tout aussi bien comme critère d'attribution que comme condition d'exécution du marché. Il est donc cohérent de n'admettre, à l'instar des conditions d'attribution, que des conditions d'exécution propres à réaliser l'objectif du marché¹⁹⁶⁹. Une condition d'exécution qui ne le serait pas, pourrait donner lieu à une aide d'Etat. Une telle aide d'Etat, contraire aux articles 49 et 56 TFUE, ne serait pas susceptible d'être autorisée. Il convient de signaler que les actuelles directives « marchés publics » prévoient que les conditions d'exécution des marchés peuvent notamment « viser des considérations sociales et environnementales »¹⁹⁷⁰. Sont visées les conditions d'exécution du marché dont il s'agit et non l'activité de l'entreprise en général¹⁹⁷¹.

Les conditions d'exécution au sens de l'article 26 de la directive 2004/18/CE comprennent également l'origine des produits à livrer. Ainsi, « imposer que le thé ou le café à fournir proviennent de petits producteurs de pays en développement, avec lesquels sont établis des relations commerciales qui leur sont favorables, relève de telles considérations [considérations d'ordre social quant à l'exécution du marché] »¹⁹⁷².

§ 5.- L'abandon de la jurisprudence *Iannelli* conduit en dernière analyse à des conséquences absurdes - Nécessité d'y revenir

530.- De toute évidence, les aides d'Etat, même celles déclarées conformes au marché intérieur, créent une certaine inégalité entre les entreprises¹⁹⁷³. Cette inégalité affecte par définition le commerce entre les Etats membres et fausse la concurrence, car il s'agit là de conditions d'existence de toute aide au sens de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE¹⁹⁷⁴. Ces conditions sont appréciées de façon très large. La Commission estime qu'elles sont remplies à chaque fois qu'« une aide accordée par un Etat membre renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires »¹⁹⁷⁵. A cet égard, il n'est pas requis que le bénéficiaire de l'aide participe aux échanges communautaires¹⁹⁷⁶. Selon la Cour, si « un Etat membre octroie une aide à une

¹⁹⁶⁸ Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 33.

¹⁹⁶⁹ Cf. en ce sens également, en adoptant un angle de vue différent, les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott du 15 décembre 2011 dans l'affaire Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 110. Voir cependant en sens contraire, P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation de la commande publique*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2009, nos 100 et s., selon lesquels il convient de distinguer entre les conditions d'attribution et les conditions d'exécution d'un marché. Ainsi, selon ces auteurs, des conditions d'exécution environnementales ou sociales seraient plus largement admises que des critères d'attribution correspondants et ne devraient pas nécessairement présenter un lien avec l'objet du marché.

Il est exact que cette position peut s'appuyer sur l'article 26 (conditions d'exécution) de la directive 2004/18/CE et le considérant 33 de celle-ci. Il n'en reste pas moins que le problème qui se pose par rapport à la réglementation des aides d'Etat reste intact. Peu importe en effet, de ce point de vue, que la condition sans lien avec l'objet du marché intervienne comme critère d'attribution ou lors de l'exécution du marché.

¹⁹⁷⁰ Article 26 de la directive 2004/18/CE; article 38 de la directive 2004/17/CE; article 20 de la directive 2009/81/CE (« prendre en compte des considérations sociales ou environnementales »).

¹⁹⁷¹ Cf. également en ce sens, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, *General Principles, in Social and Environmental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 27.

¹⁹⁷² Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 76.

¹⁹⁷³ Voir à ce sujet, no 531 ci-dessous.

¹⁹⁷⁴ Voir ci-dessous, no 537.

¹⁹⁷⁵ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA, C-222/04, point 141 ; voir également, no 537 ci-dessous.

¹⁹⁷⁶ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA, C-222/04, point 143 ; voir également, no 537 ci-dessous.

entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres Etats membres de pénétrer le marché d'un autre Etat membre en sont diminuées »¹⁹⁷⁷.

Autrement dit, l'aide accordée à une ou plusieurs entreprises peut avoir pour conséquence que d'autres entreprises peuvent se trouver dissuadées ou empêchées de prester des services ou de s'établir dans un autre Etat membre. Cet effet suffit d'ordinaire à la Cour pour déclarer qu'une mesure est contraire aux articles 49 et 56 TFUE¹⁹⁷⁸. Il s'ensuit, à tout bien considérer, que dans la plupart des cas, les aides qu'interdit l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE, représentent également une violation des articles 49 et 56 TFUE.

D'après la jurisprudence actuelle de la Cour, cela empêcherait l'aide d'être déclarée compatible avec le marché intérieur. L'article 107, paragraphe 3, TFUE, s'en trouverait pratiquement privé de tout effet utile¹⁹⁷⁹. Comme telle ne peut être la portée du traité, le principe posé par l'arrêt *Iannelli* paraît en fin de compte correct, du moins en rapport avec les articles 49 et 56 TFUE. A cet égard, la forme de l'aide ne devrait pas importer : subventions, dégrèvements fiscaux, attributions de marchés publics ou de concessions, ventes en dessous du prix du marché, ...

La solution que nous venons d'indiquer vaut-elle seulement pour les marchés soumis au droit primaire seul ou également pour ceux soumis aux directives ? Dans le domaine d'application des directives, elle nous paraît exclue. Les directives « marchés publics » - sauf les cas d'exception à la mise en concurrence qu'elles prévoient - prescrivent des procédures de mise en concurrence incompatibles avec l'attribution directe d'un marché. Ce faisant, les directives suppriment une modalité d'aide, celle sous forme d'un marché public¹⁹⁸⁰. Il n'en serait pas autrement, nous semble-t-il, si la Commission n'exerçait en fin de compte, à cet égard, qu'une compétence liée, *obligée* d'autoriser toute aide compatible avec le marché intérieur¹⁹⁸¹. En effet, bien que la dérogation résulte dans cette hypothèse de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, et donc directement du traité, une mesure d'aide contraire à l'une des directives « marchés publics », adoptées en vue de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur¹⁹⁸², serait contraire, par définition, au marché intérieur.

Section 2.- Comparaison de la réglementation concernant les aides d'Etat avec l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire

§ 1^{er}.- Les points de vue divergents des droits primaire et dérivé des marchés publics et de la réglementation concernant les aides d'Etat

531.- L'obligation de mise en concurrence du droit primaire¹⁹⁸³, de même que les directives « marchés publics »¹⁹⁸⁴, procèdent des libertés fondamentales et du principe d'égalité de traitement. Toute procédure de mise en concurrence revêtant un intérêt transfrontalier devra être agencée de manière à traiter les concurrents d'une façon strictement égalitaire. L'obligation de mise en concurrence tend ainsi à assurer le respect du principe d'égalité en rapport avec un marché public déterminé.

¹⁹⁷⁷ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA, C-222/04, point 143 ; voir également, no 537 ci-dessous.

¹⁹⁷⁸ Voir à ce sujet, ci-dessus, nos 370 et s.

¹⁹⁷⁹ Voir en ce sens également, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 369 ; J. FERNANDEZ-MARTIN, *EC public Procurement Rules. A critical Analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 72 - 76.

¹⁹⁸⁰ Telle l'attribution directe de marchés publics ou l'emploi de critères d'attribution non liés à l'objet du marché.

¹⁹⁸¹ A ce sujet, la jurisprudence n'a pas encore pris position de façon nette. Voir en faveur d'une faculté, W. CREMER, « Abschnitt 2. Staatliche Beihilfen » dans *EUV - EGV Kommentar*, C. CALLIESS et M. RUFFERT (éditeurs), München, C.H. Beck, 2007, article 87, no 35. Cette question est à distinguer de celle de l'étendue du pouvoir d'appréciation de la Commission lorsqu'elle examine si les conditions d'une dérogation sont réunies (cf. sur cette question ci-dessous, no 578).

¹⁹⁸² Cf. ci-dessus, nos 189 et s.

¹⁹⁸³ Cf. ci-dessus, nos 364 et s.

¹⁹⁸⁴ Cf. ci-dessus, nos 189 et s.

L'objectif de l'article 107 TFUE est plus général. En interdisant les aides d'Etat, il s'agit de préserver l'égalité des chances sur les marchés. Il existe des exceptions à l'interdiction de principe. Ainsi, une certaine inégalité provoquée à dessein en faveur de certaines entreprises par des transferts de ressources étatiques est admise¹⁹⁸⁵, soit qu'il s'agisse d'aides autorisées d'après l'article 107, paragraphe 2 ou 3, TFUE ou de subventions en faveur d'une activité de SIEG en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. L'article 107, paragraphes 2 et 3, TFUE ne permet de déroger ni aux libertés fondamentales, ni à l'obligation de mise en concurrence qui en découle¹⁹⁸⁶. Sous certaines conditions¹⁹⁸⁷, l'article 106, paragraphe 2, TFUE permet, d'une façon générale, de déroger aux dispositions des traités et donc à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire.

§ 2.- Avantage reçu excédant, oui ou non, ce que l'entreprise aurait pu obtenir dans des conditions normales de marché

532.- Qu'une entreprise reçoive ou non un avantage qu'elle n'aurait pas reçu dans des conditions normales de marché importe du point de vue du droit des aides d'Etat.

Le droit des marchés publics n'y attache pas d'importance.

§ 3.- Mise en œuvre de ressources d'Etat

A. Condition nécessaire à l'existence d'une aide d'Etat

533.- Une aide d'Etat suppose un avantage accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat¹⁹⁸⁸.

La Cour a retenu que les ressources d'Etat englobent « tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'Etat »¹⁹⁸⁹ et qu'« en conséquence, même si les sommes correspondant à la mesure en cause ne sont pas de façon permanente en possession du Trésor public, le fait qu'elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'Etat »¹⁹⁹⁰. Ainsi en est-il d'un solde constamment disponible jusqu'à une certaine hauteur, comme des fonds déposés à la Caisse des dépôts et consignations française, dont l'autorité peut disposer comme s'il s'agissait de fonds définitivement à sa disposition¹⁹⁹¹. S'agissant de ressources d'entreprises publiques, comme le Crédit Lyonnais et ses filiales, la Cour a considéré que l'Etat était « parfaitement en mesure, par l'exercice de son influence dominante sur de telles entreprises, d'orienter l'utilisation de leurs ressources pour financer, le cas échéant, des avantages spécifiques en faveur d'autres entreprises » et que dès lors la qualification d'aide d'Etat n'était pas erronée¹⁹⁹².

¹⁹⁸⁵ Ainsi, la Cour relève dans un arrêt du 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz, C-94/99 : « ... en règle générale, les aides sont octroyées à des entreprises installées sur le territoire de l'Etat membre qui les dispense. Une telle pratique, et l'inégalité de traitement qui en découle pour les entreprises d'autres Etats membres, est donc inhérente à la notion d'aide d'Etat. Elle ne constitue cependant pas en soi une discrimination déguisée, ni une restriction à la libre circulation des services au sens de l'article 59 du traité [actuel article 56 TFUE] » (point 36).

¹⁹⁸⁶ Cf. ci-dessus, nos 525 et s.

¹⁹⁸⁷ Sur ces conditions, cf. ci-dessus, nos 452 et s.

¹⁹⁸⁸ Voir par exemple arrêt de la Cour du 17 mars 1993, Sloman Neptun, C-72/91 et C-73/91, point 19 ; arrêt du 13 mars 2011, PreussenElektra, C-379/98, point 58.

¹⁹⁸⁹ Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, point 37 ; Cf. l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France, T-358/94, point 66.

¹⁹⁹⁰ Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France / Commission, C-482/99, point 37 ; voir dans le même sens l'arrêt du Tribunal du 15 janvier 2013, Concessioni Autostradali Venete - CAV SpA, T-182/10, point 104.

¹⁹⁹¹ Cf. l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France, T-358/94, point 67.

¹⁹⁹² Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, point 38.

De même, des ressources financières d'une société de droit privé détenue à 87% par une collectivité publique et agissant sous le contrôle de cette dernière peuvent être considérées comme des ressources d'Etat au sens de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE¹⁹⁹³.

Une aide d'Etat peut consister dans le transfert d'un actif incorporel à titre gratuit, par exemple une clientèle, même si par ce transfert, l'autorité publique ne s'appauvrit pas¹⁹⁹⁴.

B. L'obligation de mise en concurrence ne suppose pas nécessairement la mise en œuvre de ressources d'Etat

534.- L'obligation de mise en concurrence n'est pas liée à la mise en œuvre de ressources d'Etat.

Ainsi, l'article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive services 2006/123/CE impose une procédure de sélection des candidats comportant « toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture », lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limitée en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables¹⁹⁹⁵. Si l'autorisation donne le droit d'utiliser une infrastructure publique, il n'y a pas de doute que des ressources d'Etat au sens de l'article 107 TFUE sont en jeu. En revanche, la simple autorisation d'exercer une activité ne comporte en principe aucun avantage au moyen de ressources publiques.

Un marché public au sens des directives « marchés publics » implique d'ordinaire une dépense de ressources publiques, les marchés publics étant des « contrats à titre onéreux », ce qui « implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une prestation moyennant une contrepartie »¹⁹⁹⁶. Cette contrepartie ne doit pas nécessairement consister dans une dépense à charge du pouvoir adjudicateur¹⁹⁹⁷.

§ 4.- Mesure imputable à l'Etat

A. Une aide d'Etat peut venir d'une personne autre que l'Etat, mais elle doit pouvoir être imputée à l'Etat

535.- Que les aides soient définies comme des avantages « accordés par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit », entraîne « que les aides accordées par des entités régionales et locales des Etats membres, quels que soient le statut et la désignation de celles-ci, sont soumises à l'examen de conformité à l'article 92 [actuel article 107 TFUE] du Traité »¹⁹⁹⁸.

Le Tribunal a relevé que la Caisse des dépôts et consignations française est certes rattachée à la seule « autorité législative », mais que « cependant, le pouvoir législatif est l'un des pouvoirs constitutionnels d'un Etat, de sorte que son comportement est nécessairement imputable à celui-ci »¹⁹⁹⁹.

En général, une aide accordée par un établissement public peut être imputée à l'Etat²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹³ Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 8 mai 2003, SIM 2, C-328/99 et C-399/00, point 33.

¹⁹⁹⁴ Voir par exemple, l'arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Ufex, T-613/97, points 164 à 169.

¹⁹⁹⁵ Cf. à ce sujet ci-dessous, nos 595 et s.

¹⁹⁹⁶ Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 48. Au sujet du « caractère onéreux » des marchés publics, cf. ci-dessus, nos 240 et s.

¹⁹⁹⁷ Voir ci-dessus les nos 237 et s. et le no 258 au sujet des concessions de services qui, tout comme les marchés publics, sont définies comme des « contrats à titre onéreux ».

¹⁹⁹⁸ Arrêt de la Cour du 14 octobre 1987, Allemagne/Commission, affaire C-248/84, point 17 ; cf. également l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France, T-358/94, point 58 ; l'arrêt du Tribunal de première instance du 6 mars 2002, Territorio Histórico de Álava, T-127/99 et T-148/99, point 142.

¹⁹⁹⁹ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France, T-358/94, point 59 ; voir également l'arrêt du Tribunal de première instance du 6 mars 2002, Territorio Histórico de Álava, T-127/99 et T-148/99, point 142.

²⁰⁰⁰ Arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, Thermenhotel Stoiser, T-158/99, point 107. Fait partie du secteur public un établissement comme la Caisse des dépôts et consignations française, institué par une loi française de 1816 en tant qu'« établissement spécial » placé « sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative », dont les missions sont réglées par des dispositions légales et réglementaires et comportent notamment l'administration de fonds publics et privés constitués par des dépôts obligatoires, et dont le directeur général

D'après la Cour, « il n'y a pas lieu de distinguer entre les cas où l'aide est accordée directement par l'Etat et ceux où elle est accordée par des organismes publics ou privés que l'Etat institue ou désigne en vue de gérer l'aide²⁰⁰¹. La Cour considère qu'« en effet, le droit communautaire ne saurait admettre que le seul fait de créer des institutions autonomes chargées de la distribution d'aides permette de contourner les règles relatives aux aides d'Etat »²⁰⁰².

Il en est ainsi en particulier pour des entités « ad hoc », parfois désignées comme des SPV (*special purpose vehicle*) spécialement créées en vue de la distribution d'une aide²⁰⁰³.

Parfois, un tel véhicule d'investissement peut être considéré lui-même comme une entreprise et dès lors comme bénéficiaire d'une aide²⁰⁰⁴.

Une mesure prise par une entreprise publique, ne peut de ce seul fait être imputée à l'Etat, mais « il ne saurait être exigé qu'il soit démontré, sur le fondement d'une instruction précise, que les autorités publiques ont incité concrètement l'entreprise publique à prendre les mesures d'aide en cause »²⁰⁰⁵. L'imputabilité à l'Etat d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique peut, d'après la Cour, être déduite des circonstances et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue²⁰⁰⁶.

est nommé par le président de la République française, la nomination de ses autres dirigeants s'effectuant au sein du gouvernement (arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France, T-358/94, point 58). Tout dépend cependant en définitive d'un ensemble de facteurs dont le statut exact de l'établissement et, d'une façon générale, les circonstances précises dans lesquelles la mesure a été prise (cf. l'extrait de l'arrêt de la Cour du 16 mai 2002 France/Commission, Stardust Marine, C-482/99, reproduit en note au no 535).

²⁰⁰¹ Voir, par exemple, l'arrêts de la Cour du 20 novembre 2003, Gemo, C-126/01, point 23 ; l'arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, point 23.

²⁰⁰² Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, point 23.

²⁰⁰³ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, point 130.

²⁰⁰⁴ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, points 130 et 131 qui se réfère aux lignes directrices de la Commission concernant les aides d'Etat visant à promouvoir les investissements en capital-investissement dans les petites et moyennes entreprises (JO 2006, C 194, p. 2).

²⁰⁰⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission (Stardust Marine), C-482/99, points 51 et suivants ; dans le même sens, l'arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC/Commission, T-442/03, point 94.

²⁰⁰⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission (Stardust Marine) C-482/99 dans lequel la Cour énumère un certain nombre d'indices :

« Pour ces motifs, il y a lieu d'admettre que l'imputabilité à l'Etat d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique peut être déduite d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue. A cet égard, la Cour a déjà pris en considération le fait que l'organisme en question ne pouvait pas prendre la décision contestée sans tenir compte des exigences des pouvoirs publics (voir, notamment, arrêt Van Kooy e.a./Commission, précité, point 37) ou que, outre des éléments de nature organique qui liaient les entreprises publiques à l'Etat, celles-ci, par l'intermédiaire desquelles les aides avaient été accordées, devaient tenir compte des directives émanant d'un comitato interministeriale per la Programmazione economica (CIPE) (arrêts précités du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-303/88, points 11 et 12, ainsi que Italie/Commission, C-305/89, points 13 et 14) [point 55].

D'autres indices pourraient, le cas échéant, être pertinents pour conclure à l'imputabilité à l'Etat d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique, tels que, notamment, son intégration dans les structures de l'administration publique, la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés, le statut juridique de l'entreprise, celle-ci relevant du droit public ou du droit commun des sociétés, l'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques sur la gestion de l'entreprise ou tout autre indice indiquant, dans le cas concret, une implication des autorités publiques ou l'improbabilité d'une absence d'implication dans l'adoption d'une mesure, eu égard également à l'ampleur de celle-ci, à son contenu ou aux conditions qu'elle comporte [point 56].

Cependant, la seule circonstance qu'une entreprise publique a été constituée sous la forme d'une société de capitaux de droit commun ne saurait, eu égard à l'autonomie que cette forme juridique est susceptible de lui conférer, être considérée comme suffisante pour exclure qu'une mesure d'aide prise par une telle société soit imputable à l'Etat (voir, en ce sens, arrêt du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-305/89, précité, point 13). En effet, l'existence d'une situation de contrôle et les possibilités réelles d'exercice d'une influence dominante qu'elle comporte en pratique empêchent d'exclure d'emblée toute imputabilité à l'Etat d'une mesure prise par une telle société et, par voie de conséquence, le risque d'un contournement des règles du traité relatives aux aides d'Etat, nonobstant la pertinence en tant que telle de la forme juridique de l'entreprise publique comme indice, parmi d'autres, permettant d'établir dans un cas concret l'implication ou non de l'Etat » [point 57].

B. Personnes tenues de procéder à des mises en concurrence : les Etats, les autorités publiques et les personnes qui sont sous le contrôle effectif de l'Etat ou d'autres autorités publiques

536.- Sous le régime des directives « marchés publics », les personnes tenues de procéder à des mises en concurrence sont les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices selon que c'est la directive 2004/18/CE ou la directive 2004/17/CE qui s'applique. Les règles de la directive 2009/81/CE s'imposent tant aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux entités adjudicatrices. Sont visés par là, les Etats, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations de collectivités territoriales ou d'organismes de droit public²⁰⁰⁷, ainsi que, sous le régime de la directive 2004/17/CE, des entreprises publiques²⁰⁰⁸ et les entités disposant de droits spéciaux ou exclusifs²⁰⁰⁹. Même en dehors du champ d'application des directives « marchés publics », les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont tenus de faire précéder l'attribution de marchés ou de concessions d'une mise en concurrence, s'ils revêtent un intérêt transfrontalier²⁰¹⁰.

Il y a une coïncidence frappante entre les personnes tenues au respect de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire et celles visées par la réglementation des aides d'Etat. Il ne s'agit pas d'un hasard. En effet, à chaque fois se pose la question du champ d'application personnel du droit primaire qui se résume à savoir quelles sont, outre l'Etat au sens formel du terme, les entités tenues au respect du droit primaire. Pour autant, les champs d'application de l'obligation de mise en concurrence et des aides d'Etat ne semblent pas totalement se recouvrir. Ainsi, une aide d'Etat peut être accordée à travers une entreprise publique agissant sur le marché dans des conditions de concurrence normales, tel un établissement de crédit. Cette entité n'est pas tenue au respect d'une obligation de mise en concurrence pour les marchés qu'elle passe²⁰¹¹. La divergence n'est cependant qu'apparente. L'interdiction des aides d'Etat s'applique dans des cas pareils non parce que l'entreprise publique concernée serait, en tant que telle, soumise au droit primaire, mais en raison de son comportement qui, vu les circonstances, est imputable à l'Etat.

§ 5.- Effet transfrontalier

A. Il n'y a d'aide interdite que si les échanges entre les Etats membres sont affectés et que l'aide fausse ou menace de fausser la concurrence

537.- Ces deux conditions sont assez facilement remplies.

Ainsi, « il y a lieu non pas d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre Etats membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si l'aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence »²⁰¹². La Commission n'est pas obligée

Voir également dans le même sens l'arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC, T-442/03, points 98 à 100.

La Cour a par ailleurs indiqué « qu'il ne saurait être exigé qu'il soit démontré, sur le fondement d'une instruction précise, que les autorités publiques ont incité concrètement l'entreprise publique à prendre les mesures d'aide en cause. En effet, d'une part, eu égard au fait que les relations entre l'Etat et les entreprises publiques sont étroites, il existe un risque réel que des aides d'Etat soient octroyées par l'intermédiaire de celles-ci de façon peu transparente et en méconnaissance du régime des aides d'Etat prévu par le traité » (arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France / Commission, C-482/99, point 53) (cf. également dans le même sens l'arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC, T-442/03, point 96).

²⁰⁰⁷ Cf. ci-dessus concernant les organismes de droit public les nos 204 et s.

²⁰⁰⁸ Cf. ci-dessus pour les entreprises publiques le no 199.

²⁰⁰⁹ Voir ci-dessus les nos 80 et 200 pour la notion de droits spéciaux ou exclusifs.

²⁰¹⁰ Pour une entreprise publique détenue à 100% par l'Etat central autrichien, cf. l'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, Telaustria, points 17, 60, 61 et 62 ; pour des organismes soumis au contrôle effectif de l'Etat ou d'une autorité publique et n'opérant pas en situation de concurrence sur le marché, voir l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall AG, C- 91/08, points 47, 48 et 49.

²⁰¹¹ Voir à ce sujet également, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 4.50 (p. 232).

²⁰¹² Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, point 140 ; arrêt du Tribunal (3^e chambre), du 15 décembre 2009, T-156/04, point 144.

« de procéder à une analyse économique de la situation réelle du marché concerné, de la part de marché des entreprises bénéficiaires des aides, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges en cause entre Etats membres »²⁰¹³. La Cour considère que « lorsqu'une aide accordée par un Etat membre renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide »²⁰¹⁴. Il n'est même pas indispensable que le bénéficiaire de l'aide participe aux échanges intracommunautaires²⁰¹⁵. La Cour considère en effet que « lorsqu'un Etat membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres Etats membres de pénétrer le marché d'un autre Etat membre en sont diminuées²⁰¹⁶ et qu'« en outre, un renforcement d'une entreprise qui, jusqu'alors, ne participait pas à des échanges intracommunautaires, peut la placer dans une situation lui permettant de pénétrer le marché d'un autre Etat membre »²⁰¹⁷.

B. Pour que l'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'applique, les effets sur les libertés fondamentales ne doivent pas être trop indirects et trop aléatoires pour pouvoir conclure à une éventuelle violation

538.- S'il existe un intérêt, du moins théorique pour une entreprise située dans un autre Etat membre d'obtenir le marché, la concession ou l'autorisation dont il s'agit, la Cour considère que les effets sur les libertés fondamentales ne sont pas trop indirects et trop aléatoires pour pouvoir conclure à une violation de celle-ci en cas d'absence de publicité adéquate²⁰¹⁸. Cet intérêt est communément appelé « intérêt transfrontalier ». Il s'agit d'une condition concrète, liée au contrat ou à l'autorisation dont il s'agit, contrairement à la condition abstraite, exigée pour les aides, d'une incidence sur les échanges entre les Etats membres.

Des marchés attribués directement ne revêtant pas d'intérêt transfrontalier, pourraient néanmoins comporter des éléments d'aide, s'ils renforçaient une entreprise participant déjà aux échanges entre Etats membres, s'ils mettaient une entreprise en position de pouvoir participer à ces échanges ou de s'implanter dans un autre Etat ou alors s'ils renforçaient une entreprise n'agissant qu'à l'intérieur d'un seul Etat membre et diminuait par là les chances d'entreprises établies dans d'autres Etats membres de pénétrer ce marché.

La théorie de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire paraît reposer sur la considération que l'absence de mise en concurrence des marchés joue principalement au détriment des entreprises établies dans d'autres Etats membres et rend l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services plus difficile ou moins attrayante pour elles²⁰¹⁹. En admettant qu'il en soit ainsi - nous avons exprimé plus haut des réserves à l'encontre de ce raisonnement - ne devrait-il pas en être de même lorsque des marchés ne présentant pas d'intérêt transfrontalier sont attribués directement ? Oui, à notre avis en ce qui concerne la liberté d'établissement. En effet, ne pas mettre en concurrence les marchés ne présentant individuellement pas d'intérêt transfrontalier rend moins attrayant, pour des entreprises d'autres Etats membres, de s'établir dans l'Etat considéré. Ces entreprises pourraient craindre à juste titre qu'il leur serait plus difficile d'y obtenir des marchés que les entreprises qui y sont déjà établies. A rester cohérent, la théorie de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire devrait donc déboucher sur une obligation générale de mise en concurrence des marchés publics et des concessions, quelle que soit leur importance.

²⁰¹³ Arrêt du Tribunal (3^e chambre) du 15 décembre 2009, *Electricité de France*, T-156/04, point 145.

²⁰¹⁴ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, C-222/04, point 141.

²⁰¹⁵ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, C-222/04, point 143.

²⁰¹⁶ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, C-222/04, point 143.

²⁰¹⁷ Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, C-222/04, point 143.

²⁰¹⁸ Cf. par exemple l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 20. Voir au sujet de l'exigence d'un intérêt transfrontalier également ci-dessus, nos 342 et s.

²⁰¹⁹ Cf. ci-dessus, nos 364 et s.

§ 6.- L'avantage accordé ne doit pas pouvoir être quantifié ou être en numéraire

539.- Même un avantage difficilement quantifiable peut constituer une aide²⁰²⁰. Il ne doit pas s'agir d'un avantage en numéraire.

Une opération peut être soumise à une obligation de mise en concurrence, même si l'avantage qu'en retire le cocontractant n'est pas en numéraire ou ne peut être quantifié. Ainsi, une autorisation pour l'exercice d'une activité déterminée ne représente pas un avantage en numéraire. Pourtant, lorsque le nombre d'autorisations est limité, une mise en concurrence s'impose, si ces autorisations présentent un intérêt transfrontalier²⁰²¹. De même, nonobstant le risque économique à charge des concessionnaires, l'attribution de concessions présentant un intérêt transfrontalier doit être précédée d'une mise en concurrence.

§ 7.- Comparaison entre l'exigence du caractère sélectif de l'aide d'Etat et la sélection du soumissionnaire auquel un marché public sera attribué

A. L'exigence de sélectivité de l'aide d'Etat

540.- Une aide n'est prohibée que si elle a un caractère sélectif, c'est-à-dire, si elle favorise certaines entreprises ou certaines productions, ainsi que le prévoit l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE.

L'exigence de sélectivité de l'aide ne signifie pas qu'il n'y a d'aide au sens de l'article 107 TFUE que si la mesure ne favorise qu'un nombre limité d'entreprises. Une aide peut être sélective, même si elle concerne tout un secteur économique²⁰²².

D'autre part, « la circonstance que les entreprises bénéficiaires de ladite mesure appartiennent à des secteurs d'activité divers ne saurait suffire à mettre en cause son caractère sélectif et, partant, à écarter la qualification d'aide d'Etat »²⁰²³.

L'octroi d'avantages à des entreprises que le pouvoir public considère comme socialement méritantes relève d'une démarche sélective²⁰²⁴.

En revanche, les mesures générales, notamment en matière de politique fiscale ou économique, applicables sans distinction à tous les opérateurs économiques, ne sont pas visées²⁰²⁵.

De même « ne remplit pas la condition de sélectivité une mesure étatique qui, bien qu'elle confère un avantage à une catégorie spécifique d'opérateurs économiques, ne déroge pas à l'application normale du système, mais, au contraire, s'y insère et constitue, ce faisant, une mesure inhérente à ce système, ou encore, lorsque les différences de traitement engendrées par cette mesure peuvent se justifier par la nature ou l'économie du système »²⁰²⁶.

L'avantage résultant d'un marché public, attribué à l'issue d'une procédure de mise en concurrence à des conditions s'écartant des conditions du marché, remplit la condition de sélectivité de la réglementation des aides d'Etat et est donc susceptible de renfermer une aide d'Etat²⁰²⁷.

²⁰²⁰ Voir par exemple, l'arrêt du 7 juin 2006, Ufex, T-613/97, point 169.

²⁰²¹ Cf. ci-dessus, nos 474 et s.

²⁰²² Voir notamment l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Paint Graphos, C-78/08 à C-80/08, point 53.

²⁰²³ Arrêt de la Cour (neuvième chambre) du 20 novembre 2003, Gemo, C-126/01, point 39.

²⁰²⁴ Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04, points 137 et 138.

²⁰²⁵ Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04, point 135 ; arrêt de la Cour du 15 décembre 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, point 49 ; l'arrêt de la Cour du 15 novembre 2011, Commission / Gouvernement de Gibraltar, C-106/09P et C-107/09P, point 73 ; arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, P Oy, C-6/12, point 18.

²⁰²⁶ Arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC, T-442/03, point 64. Dans le même sens, voir l'arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, P Oy, C-6/12, point 19.

²⁰²⁷ Voir ci-dessus, no 552 et la jurisprudence citée. Voir, à tort en sens contraire, niant le caractère sélectif d'une aide sous la forme d'un marché, M. DISCHENDORFER et M. STEMPKOWSKI, « The Interplay Between the E.C. Rules on Public Procurement and State Aid », *Public Procurement Law Review*, 2002, 3, NA 47 et s., NA 51. Tout aussi étrangement, ces auteurs estiment que l'attribution d'un marché public ne saurait fausser la concurrence, ni affecter le commerce entre Etats membres au sens de l'actuel article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE (NA 51).

B. Sélection du soumissionnaire auquel le marché sera attribué

541.- Il n'y a lieu à mise en concurrence que si un marché, une concession ou une autorisation ne peut être accordée qu'à une seule personne ou à un nombre limité de personnes. Si toutes les personnes remplissant certaines conditions pouvaient obtenir la commande, la concession ou l'autorisation souhaitée, une mise en concurrence serait inutile. C'est en ce sens seulement, qu'une *procédure de mise en concurrence*, en tant que telle, a un caractère sélectif.

§ 8.- Un bénéficiaire potentiel d'une aide est susceptible d'accorder lui-même des aides, tout comme l'obligation de mise en concurrence peut exister à plusieurs niveaux

542.- Il n'y a pas d'incompatibilité entre les fonctions de bénéficiaire et de donneur d'aide²⁰²⁸.

De même, l'obligation de mise en concurrence peut s'appliquer à plusieurs niveaux. Ainsi, le fait qu'un pouvoir public, titulaire d'un marché principal, soit tenu de procéder à des mises en concurrence pour le choix de ses sous-traitants, ne dispense pas de la mise en concurrence pour le marché principal²⁰²⁹. Inversement, l'attribution d'un marché à un pouvoir adjudicateur à la suite d'un appel d'offres, ne le dispense pas ce pouvoir adjudicateur d'effectuer lui-même des mises en concurrence pour l'attribution d'éventuels contrats de sous-traitance²⁰³⁰.

§ 9.- Application différée des règles concernant les aides d'Etat et de l'obligation de mise en concurrence

543.- Pour diverses raisons, une relation entre un pouvoir public et une entité privée ou publique peut ne pas avoir été sujette à une obligation de mise en concurrence au moment où elle fut établie. Ainsi, par exemple, l'obligation de mise en concurrence est écartée, si le marché est attribué à une entité remplissant les critères *Teckal*²⁰³¹ ou encore s'il ne présente pas d'intérêt transfrontalier. Lorsqu'une entité cesse de remplir les conditions « Teckal », il doit être mis fin aux marchés publics qu'elle a obtenus sur le fondement de l'exception « in-house ». Ces marchés doivent ensuite faire l'objet d'une mise en concurrence²⁰³². La même solution devrait s'appliquer à un marché de longue durée ne présentant pas d'intérêt transfrontalier au départ, mais qui en acquiert un en cours d'exécution, sauf les exigences du principe de sécurité juridique qui paraissent s'opposer à ce qu'il soit mis fin au contrat sans respecter un délai approprié²⁰³³.

Des cas comparables peuvent se présenter en matière d'aides d'Etat. Ainsi, conformément à l'article 108, paragraphe 3, TFUE, les aides nouvelles doivent être notifiées préalablement à la Commission et ne peuvent être mises à exécution qu'après une décision de la Commission constatant leur compatibilité avec le marché intérieur. Les aides existantes peuvent être régulièrement exécutées tant que la Commission n'a pas constaté leur incompatibilité avec le marché intérieur²⁰³⁴. Aux termes de l'article 1^{er}, sous b), v), du règlement (CE) no 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999²⁰³⁵, une mesure est considérée comme une aide existante, si elle ne constituait pas une aide « au moment de sa mise en vigueur, mais est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché commun et sans avoir été modifiée par l'Etat membre ». Dans un arrêt du 24 mars 2011, le Tribunal a considéré que « cette notion d'« évolution du marché commun » peut être comprise comme une modification du contexte économique et juridique dans le secteur concerné par la mesure en cause » et qu'« une telle

²⁰²⁸ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, points 143 et 144.

²⁰²⁹ Voir l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux, point 62.

²⁰³⁰ Voir l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2004, C-126/03, Commission/Allemagne, point 19.

²⁰³¹ Cf. au sujet de cette exception ci-dessus, nos 221 et s.

²⁰³² Cf. à ce sujet ci-dessus, no 225.

²⁰³³ En ce sens, ci-dessus, no 697, la solution appliquée par la Cour à des contrats de longue durée non soumis aux directives conclus avant qu'elle n'ait affirmé l'existence d'une obligation de mise en concurrence suivant le droit primaire.

²⁰³⁴ Arrêt de la Cour du 30 juin 1992, Italie / Commission, C-47/91, point 25 ; arrêt de la Cour du 15 mars 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, point 20 ; arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, point 188.

²⁰³⁵ JO L 83 du 27 mars 1999, pp. 1 et s.

modification peut, en particulier, résulter de la libéralisation d'un marché initialement fermé à la concurrence »²⁰³⁶.

§ 10.- Le critère de l'investisseur privé pour apprécier si des mesures ne présentent pas des éléments d'aide d'Etat - L'offre économiquement la plus avantageuse comme critère d'attribution des marchés publics et des concessions

544.- Le critère de l'investisseur privé s'applique uniquement aux activités économiques des pouvoirs publics. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'Etat procède à des ventes ou à des acquisitions. Le critère de l'investisseur privé revient à vérifier si l'opération dont il s'agit a été conclue à des conditions qu'un investisseur privé, placé dans la même situation, aurait acceptées.

Pour le choix du soumissionnaire avec lequel le pouvoir adjudicateur passera un marché public, le critère à appliquer est en principe celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, à moins que ce soit simplement celui du prix le plus bas. Cela vaut pour les marchés soumis aux directives « marchés publics », comme pour ceux qui sont uniquement soumis au droit primaire²⁰³⁷. Lors du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur dispose en général d'un certain pouvoir d'appréciation.

En général ces deux critères, « principe de l'investisseur privé » et « offre économiquement la plus avantageuse », se rejoignent, l'offre économiquement la plus avantageuse étant également celle en faveur de laquelle opterait l'investisseur privé. Tel n'est cependant pas toujours le cas²⁰³⁸.

Le droit des marchés publics - contrairement à la réglementation sur les aides d'Etat - ne s'opposerait pas à ce que le pouvoir public passe le marché aux conditions de l'offre économiquement la plus avantageuse, même si cette offre était manifestement plus onéreuse que les conditions du marché.

§ 11.- Charge de la preuve quant à l'absence d'aide d'Etat - charge de la preuve que le marché a été attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse

545.- La charge de la preuve de l'existence d'une aide d'Etat pèse en principe sur la Commission²⁰³⁹. C'est elle qui doit établir que l'opération n'a pas été conclue aux conditions du marché. Le droit des aides d'Etat n'impose pas de procéder à des mises en concurrence²⁰⁴⁰. Le pouvoir public peut, jusqu'à un certain degré, se prémunir contre le reproche d'aides d'Etat en procédant à une mise en concurrence ou alors en procédant à une expertise.

546.- En matière de marchés publics, le principe de transparence veut que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de motiver son choix. Les directives « marchés publics » comportent à cet égard des dispositions spécifiques²⁰⁴¹. En cas de contestation, la preuve que le marché a été attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse incombe au pouvoir adjudicateur.

²⁰³⁶ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, point 188.

²⁰³⁷ Cf. L'arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03, points 47, 61 et 68.

²⁰³⁸ Cf. à ce sujet ci-dessous, nos 559 et s.

²⁰³⁹ Nous disons en principe, car lorsqu'une compensation est réglée en contrepartie d'obligations de service public, la jurisprudence *Altmark* présume l'existence d'une aide si l'un des quatre critères *Altmark* n'est pas rempli (voir l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, points 87 à 93).

²⁰⁴⁰ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 550 et s.

²⁰⁴¹ Articles 41 et 43 de la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE ; articles 49 et 50 de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE.

§ 12.- Champ d'application du critère de l'investisseur privé en matière d'aides d'Etat - Champ d'application de l'obligation de mise en concurrence

547.- Sans être identiques, les domaines d'application du critère de l'investisseur privé en matière d'aides d'Etat et de l'obligation de mise en concurrence se recoupent en large partie. Dans ce cas, l'obligation de mise en concurrence et le critère de l'investisseur privé s'appliquent conjointement.

A. Aides d'Etat

548.- Le critère de l'investisseur privé n'est appliqué dans le domaine des aides d'Etat que lorsque le pouvoir public exerce une activité économique. Il n'est pas appliqué lorsque l'Etat agit comme puissance publique²⁰⁴². Ainsi, la Commission a considéré qu'« une autorité publique ne peut pas utiliser l'argument des éventuels bénéfices économiques qu'elle pourrait retirer en tant que propriétaire d'une entreprise pour justifier une aide octroyée de manière discrétionnaire à travers les prérogatives dont elle dispose en tant qu'autorité fiscale vis-à-vis de cette même entreprise »²⁰⁴³.

B. Obligation de mise en concurrence

549.- Il peut y avoir lieu à mise en concurrence, même si l'Etat agit comme puissance publique. Il en est ainsi lors de l'octroi de certaines autorisations, par exemple dans le domaine des jeux de hasard²⁰⁴⁴.

Actuellement, certaines opérations auxquelles le critère de l'investisseur privé est appliqué, bien que susceptibles de faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence, n'y sont pas soumises. Il en est ainsi notamment lors d'acquisitions ou cessions d'immeubles ou de participations dans des entreprises. Nous avons montré ci-dessus que le raisonnement qui est à la base de la mise en concurrence selon le droit primaire devrait imposer une mise en concurrence pour des opérations qui, aujourd'hui, en paraissent dispensées (notamment des ventes de terrains, des cessions de participations et les marchés publics qui, individuellement, ne présentent pas d'intérêt transfrontalier).

Certaines opérations auxquelles le critère de l'investisseur privé s'applique ne sont pas susceptibles de donner lieu à des mises en concurrence. Il en est ainsi, par exemple, pour certaines garanties étatiques.

Chapitre II.- Mise en concurrence afin d'éviter la qualification d'aide d'Etat

Section 1^{re}.- Considérations générales

550.- Les articles 107 et 108 TFUE édictent une interdiction de principe des aides d'Etat qui sont soumises à un contrôle permanent de la Commission. Le traité prévoit des cas dans lesquels les aides sont d'office permises (article 107, paragraphe 2, TFUE) et d'autres dans lesquels la Commission peut les autoriser (articles 107, paragraphe 3, TFUE).

§ 1^{er}.- Les conditions d'existence d'une aide d'Etat

551.- L'existence d'une aide d'Etat est en principe indépendante des causes ou des objectifs des interventions étatiques²⁰⁴⁵ ou encore de la forme que revêt la mesure en cause²⁰⁴⁶. Conformément à la jurisprudence, la réunion des conditions suivantes détermine l'existence d'une aide d'Etat, à savoir :

²⁰⁴² Décision de la Commission du 16 décembre 2003 relative à des mesures d'aide en faveur d'EDF et du secteur des industries électriques et gazières (JO L 49 du 22 février 2005), point 96.

²⁰⁴³ Décision de la Commission du 16 décembre 2003 relative à des mesures d'aide en faveur d'EDF et du secteur des industries électriques et gazières (JO L 49 du 22 février 2005), point 96.

²⁰⁴⁴ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 474 et s.

²⁰⁴⁵ Arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, Italie/Commission, 173/73, points 26 à 28 ; arrêt du Tribunal du 27 février 1997, FFSA e.a./Commission, T-106/95, point 195 ; arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, BAI/Commission,

- une mesure imputable à l'Etat²⁰⁴⁷,
- comportant la mise en œuvre de ressources étatiques²⁰⁴⁸,
- ayant un caractère sélectif²⁰⁴⁹,
- conférant directement ou indirectement²⁰⁵⁰ un avantage²⁰⁵¹ à une ou plusieurs entreprises ou catégories d'entreprises, ce qui, pour les opérations susceptibles également d'être conclues par des particuliers, revient à examiner si elles revêtent ou non le caractère de transaction commerciale normale²⁰⁵²,
- affectant les échanges entre les Etats membres et
- faussant ou menaçant de fausser la concurrence.

Pour qu'il y ait aide, le bénéficiaire doit être une entreprise, ce qui suppose qu'il soit actif sur un marché²⁰⁵³, ce qui exclut en principe les entreprises constituées par un pouvoir public dans le seul but de lui fournir des prestations.

L'absence de personnalité juridique distincte n'empêche pas l'entreprise d'être bénéficiaire d'une aide d'Etat prohibée²⁰⁵⁴.

Quant au lien entre l'avantage et le budget étatique, la Cour a retenu que « la Commission doit établir un lien suffisamment direct entre, d'une part, l'avantage accordé au bénéficiaire et, d'autre part, une diminution du budget étatique, voire un risque économique suffisamment concret de charges le grevant »²⁰⁵⁵. A cet égard, il convient de noter que, « dès lors que, en termes économiques, la modification des conditions de marché, qui génère un avantage indirectement accordé à certaines entreprises, est la résultante de la perte de ressources de la part des pouvoirs publics, même l'interposition d'une décision autonome de la part d'investisseurs n'a pas pour effet de supprimer le lien existant entre ladite perte de ressources et l'avantage dont bénéficient les entreprises concernées »²⁰⁵⁶.

Il est assez facilement admis que les échanges entre Etats membres sont affectés par un avantage accordé à une entreprise²⁰⁵⁷. Il en a été ainsi pour la vente d'un terrain au prix de deux millions d'euros au lieu de sa valeur marchande de six millions d'euros. La Commission a estimé que cette différence de prix pouvait avoir un effet sur la stratégie d'un concurrent étranger visant à accéder au marché, et

T-14/96, point 81. A noter cependant qu'en vue d'apprécier la sélectivité d'un avantage, en particulier en matière fiscale, il est tenu compte de l'objectif poursuivi par le régime juridique général afin de déterminer si, au regard de cet objectif, les opérateurs dont il s'agit se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable : voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 15 novembre 2011, Commission / Gouvernement de Gibraltar, C-106/09P et C-107/09P, point 75, ainsi que l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Paint Graphos, C-78/08 à C-80/08, point 49.

²⁰⁴⁶ Arrêt de la Cour du 30 janvier 1985, France/Commission, 290/83, point 13 ; arrêt de la Cour du 15 novembre 2011, C-106/09 P et C-107/09 P, point 71 ; arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Paint Graphos, C-78/08 à C-80/08, point 45 ; arrêt du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas, C-279/08 P, points 86 à 91 ; arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI, C-39/94, point 58 ; voir également, par exemple, R. LIPKA, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, Nomos 2005, p. 96.

²⁰⁴⁷ Cf. par exemple, l'arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission (Stardust marine), C-142/87, point 24 ; Arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC/Commission, T-442/03, point 93

²⁰⁴⁸ Voir notamment l'arrêt du Tribunal du 15 juin 2010, Mediaset/Commission, T-177/07, point 75.

²⁰⁴⁹ Voir notamment l'arrêt de la Cour du 15 novembre 2011, Commission / Gouvernement de Gibraltar, C-106/09P et C-107/09P, point 74.

²⁰⁵⁰ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission (Stardust marine), C-142/87, point 24.

²⁰⁵¹ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 8 mai 2013, Libert, C-197/11 et C-203/11, point 74.

²⁰⁵² Cf. par exemple arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, BAI/Commission, T-14/96, point 75.

²⁰⁵³ Cf. notamment l'arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen/Commission, T-443/08 et T-455/08, point 143.

²⁰⁵⁴ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen/Commission, T-443/08 et T-455/08, point 129.

²⁰⁵⁵ Arrêt de la Cour du 19 mars 2013, Bouygues, C-399/10P et C-401/10P, point 109.

²⁰⁵⁶ Arrêt de la Cour du 19 mars 2013, Bouygues, C-399/10P et C-401/10P, point 108.

²⁰⁵⁷ Cf. ci-dessus, nos 537 et 557.

pouvait donc affecter le commerce entre Etats membres²⁰⁵⁸. Il suffit également que l'entreprise bénéficiaire de l'aide soit en concurrence avec des produits en provenance d'autres Etats membres sans participer elle-même aux exportations²⁰⁵⁹.

Quant à la condition que l'aide donne lieu à une distorsion de concurrence, il convient de préciser qu'il n'est pas nécessaire d'établir que la mesure a une incidence réelle sur les échanges entre les Etats membres, ni qu'elle provoque une distorsion effective de la concurrence²⁰⁶⁰. La possibilité théorique de pareilles conséquences suffit.

§ 2.- Formes variées que peuvent prendre les aides d'Etat - En particulier des marchés publics et certaines formes de concessions peuvent comprendre des éléments d'aide d'Etat

552.- Les aides d'Etat peuvent adopter des formes variées. Ainsi que l'a retenu la Cour, « il n'est pas nécessaire d'établir dans tous les cas, qu'il y a eu un transfert de ressources d'Etat »²⁰⁶¹ : comblement de pertes, garanties²⁰⁶², subventions diverses²⁰⁶³, notamment pour certains investissements, subventions liées à certaines activités comme la formation, apport en capital dans des entreprises²⁰⁶⁴, exemptions fiscales, régimes fiscaux privilégiés, et même l'absence de demander la mise en faillite d'une société²⁰⁶⁵, remises de dettes²⁰⁶⁶, Les aides peuvent consister non seulement en des avantages accordés unilatéralement, mais également résulter de contrats passés entre des pouvoirs publics et des entreprises : marchés publics²⁰⁶⁷, concessions²⁰⁶⁸, ventes ou acquisitions

²⁰⁵⁸ Décision de la Commission du 30 janvier 2008 concernant l'aide d'Etat C 35/06 (ex NN 37/06) accordée par la Suède à Konsum Jämtland ekonomisk förening, JO L 126 du 14 mai 2008, pp.3 et s., point 68.

²⁰⁵⁹ Arrêt de la Cour du 13 juillet 1988, France/Commission, affaire 102/87, point 19.

²⁰⁶⁰ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Paint Graphos, C-78/08 à C-80/08, point 78. Cf. à ce sujet également ci-dessus, no 537.

²⁰⁶¹ Arrêt de la Cour du 19 mars 2013, Bouygues, C-399/10P et C-401/10P, point 100.

²⁰⁶² Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 19 mars 2013, Bouygues, C-399/10P et C-401/10P, point 107, ainsi que l'arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC /Commission, T-442/03, point 126.

²⁰⁶³ Voir par exemple arrêt de la Cour (Grande Chambre) du 15 novembre 2011, Commission / Gouvernement de Gibraltar, C-106/09P et C-107/09P, point 71 : « Selon une jurisprudence constante, la notion d'aide est plus générale que celle de subvention, étant donné qu'elle comprend non seulement des prestations positives, telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions d'Etat qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par-là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques » ; voir dans le même sens l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Paint Graphos, C-78/08 à C-80/08, point 45 ; arrêt de la Cour du 20 novembre 2003, Gemo, C-126/01, point 28 ou encore l'arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04, point 131.

²⁰⁶⁴ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, point 203, l'arrêt du Tribunal du 21 janvier 1999, Neue Maxhütte/Commission, T-129/95, T-2/96 et T-97/96, point 125 et l'arrêt du Tribunal du 11 juillet 2002, HAMSA/Commission T-152/99, point 125.

²⁰⁶⁵ Arrêt de la Cour du 17 mai 2011, Buczeck Automotive/Commission, T-1/08, points 76 et 77.

²⁰⁶⁶ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal du 7 décembre 2010, Frucona Kosice, T-11/07.

²⁰⁶⁷ Arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, BAI/Commission, T-14/96, qui retient « qu'une mesure étatique en faveur d'une entreprise qui revêt la forme d'une convention d'achat de bons de voyage ne saurait, du seul fait que les parties s'engagent à des prestations réciproques, être exclue a priori de la notion d'aide d'Etat visée à l'article 92 du traité » (point 71) ; cf. également arrêt du Tribunal du 5 août 2003, P&O European Ferries (Vizcaya), T-16/01 et T-118/01, point 114, ou encore l'arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, Thermenhotel Stoiser Franz, T-158/99, point 107. Voir en ce sens également H.-J. PRIESS et M. GRAF VON MERVELDT, « The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 251 ; J. HILLGER, "The Award of a Public Contract as State Aid within the meaning of Article 87 (1) EC", *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 109 et s.

²⁰⁶⁸ Certaines concessions du moins (voir en ce sens pour des concessions de service, H. KAELBLE, « Verhältnis zum EG-Beihilfenrecht » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberecht*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 764), mais non toutes. En effet, une aide d'Etat suppose la mise en œuvre de ressources étatiques, directement ou indirectement. Lorsqu'il s'agit d'une concession qui ne donne pas lieu à des paiements du pouvoir public en faveur du

d'immeuble par les pouvoirs publics²⁰⁶⁹, locations²⁰⁷⁰, prises de participations²⁰⁷¹, cessions de participations dans des entreprises, transferts d'actifs incorporels, tel un transfert de clientèle²⁰⁷², réservation de chambres d'hôtel²⁰⁷³, et, d'une façon générale, la fourniture de biens ou de services à des conditions préférentielles²⁰⁷⁴. Toutes ces opérations sont susceptibles de renfermer des éléments d'aide au sens de l'article 107 TFUE. D'une façon générale, les techniques utilisées pour faire bénéficier une entreprise d'une aide n'importent pas²⁰⁷⁵. Suivant la Cour, « sont notamment considérées comme des aides les interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques »²⁰⁷⁶.

§ 3.- L'application du critère de l'investisseur privé en économie de marché lorsque l'intervention de l'Etat revêt un caractère économique - application de ce critère aux marchés publics

A. Cas dans lesquels le critère est appliqué

553.- Le critère de l'investisseur privé n'intervient que si l'intervention de l'Etat revêt un caractère économique, c'est-à-dire lorsque « le comportement de l'Etat est susceptible d'être adopté, du moins en principe, par un opérateur privé dans un but lucratif »²⁰⁷⁷. Le Tribunal a retenu que « pour apprécier si les mesures prises par l'État relèvent de ses prérogatives de puissance publique ou émanent des obligations qu'il doit assumer en tant qu'actionnaire, il importe d'apprécier ces mesures non en fonction de leur forme, mais bien en fonction de leur nature, de leur objet et des règles auxquelles elles sont soumises tout en tenant compte de l'objectif poursuivi par les mesures en cause »²⁰⁷⁸. Cela suppose de considérer une mesure « dans l'intégralité de ses aspects, ainsi que de prendre en considération le contexte dans lequel elle s'inscrit »²⁰⁷⁹. Il en résulte « que le fait que l'intervention de l'État prenne la forme d'une loi ne saurait, à lui seul, suffire à écarter que l'intervention de l'État dans le capital d'une entreprise poursuive un objectif économique que pourrait également poursuivre un investisseur privé »²⁰⁸⁰.

concessionnaire et ne comporte pas de mise à disposition d'infrastructures, la qualification d'aide d'Etat est en principe exclue. Les montants directement réglés par des particuliers à un concessionnaire ne peuvent représenter des aides d'Etat (en ce sens, cf. l'arrêt de la Cour du 13 mars 2001 *Preussen Elektra*, C-379/08, points 58, 59 et 60 ; arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord*, C-206/06, points 70 à 74 ; cf. à ce sujet également R. LIPKA, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, Nomos 2005, p.137.

²⁰⁶⁹ Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, *Commission/Scott*, C-290/07 P, points 68 et s. ; arrêt du Tribunal (quatrième chambre élargie) du 16 septembre 2004, *Valmont*, T-274/01, point 45.

²⁰⁷⁰ Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2010, *Grèce/Commission*, T-415/05, T-416/05 et T-423/05. En l'espèce il s'agissait du loyer payé pour la sous-location d'avions.

²⁰⁷¹ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, *EDF*, T-156/04, point 222 ou encore l'arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, *West LB*, T-228/99 et T-233/99, point 244.

²⁰⁷² Arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, *Ufex e.a.*, T-613/97, points 164 et 165.

²⁰⁷³ Arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, *Thermenhotel Stoiber*, T-158/99.

²⁰⁷⁴ Arrêt de la Cour du 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, point 29 ; arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, *Ufex e.a.*, T-613/97, point 159 ; Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, *SFEI*, C-39/94, point 59 ; arrêt du 2 février 1988, *Van Kooy/Commission*, affaires 67/85, 68/85 et 70/85, points 28, 29 et 30 ; arrêt du 29 février 1996, *Belgique/Commission*, C-56/93, point 10.

²⁰⁷⁵ Voir l'arrêt de la Cour (grande chambre), *Commission / Gouvernement de Gibraltar*. C-106/09P et C-107/09P, point 87, encore l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, *Commission / Pays-Bas*, C-279/08P, point 51.

²⁰⁷⁶ Arrêt de la Cour du 19 mars 2013, *Bouygues*, C-399/10P et C-401/10P, point 101 ; arrêt de la Cour du 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, point 25.

²⁰⁷⁷ Cf. arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, *EDF*, T-156/04, points 223 et 224 où le Tribunal énumère des cas dans lesquels le critère de l'investisseur privé en économie de marché est pertinent.

²⁰⁷⁸ Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, *EDF*, T-156/04, point 229.

²⁰⁷⁹ Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, *EDF*, T-156/04, point 236.

²⁰⁸⁰ Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, *EDF*, T-156/04, point 237.

B. Cas dans lesquels le critère n'est pas appliqué

554.- Le critère de l'investisseur privé ne s'applique pas lorsque l'intervention de l'Etat « relève des actes de puissance publique de l'État, comme la politique fiscale ou la politique sociale »²⁰⁸¹. Tel est également le cas « lorsque les autorités versent une subvention directe à une entreprise »²⁰⁸². Dans un arrêt du 21 janvier 1999²⁰⁸³, le Tribunal a indiqué que « le critère du comportement d'un investisseur privé est une émanation du principe d'égalité de traitement entre les secteurs public et privé ». L'application du principe de l'investisseur privé opérant dans une économie de marché n'est pas limitée à des entreprises non rentables²⁰⁸⁴.

C. Corollaire

555.- Comme des opérations telles des marchés publics, des concessions, des acquisitions ou des ventes de terrain ou d'entreprises ne relèvent pas d'actes de puissance publique, elles sont à apprécier suivant le critère de l'investisseur privé²⁰⁸⁵.

D. Ce que comporte l'examen suivant le critère de l'investisseur privé

556.- Pour déterminer si un contrat passé par un pouvoir public satisfait au critère de l'investisseur privé, il convient d'examiner si l'entreprise en cause obtient un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché²⁰⁸⁶. Il s'agit de déterminer quelle serait la contrepartie qu'aurait donnée un investisseur privé, de taille comparable à celle du pouvoir public concerné, dans des circonstances similaires²⁰⁸⁷. Cela suppose « une analyse économique qui tienne compte de tous les facteurs qu'une entreprise, agissant dans des conditions normales de marché, aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération »²⁰⁸⁸.

§ 4.- Une mise en concurrence répondant à certaines conditions permet en général d'exclure la qualification d'aide d'Etat

557.- Une mise en concurrence répondant à certaines conditions conduit à une présomption d'absence d'aide d'Etat, plus ou moins intense suivant les cas. Il en est notamment ainsi en cas de ventes de terrains ou de bâtiments²⁰⁸⁹, lors de la privatisation d'entreprises²⁰⁹⁰, lors de la vente ou de la

²⁰⁸¹ Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, EDF, T-156/04, point 226.

²⁰⁸² Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, EDF, T-156/04, point 225.

²⁰⁸³ Arrêt du Tribunal du 21 janvier 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke, T-129/95, T-2/96 et T-9796, point 105.

²⁰⁸⁴ Arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale, T-228/99 et T-233/99, point 210.

²⁰⁸⁵ L'arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, BAI, T-14/96, point 75; arrêt du Tribunal du 5 août 2003, P&O, T-116/01 et T-118/01, point 113; arrêt du Tribunal du 13 avril 2004, Thermenhotel Stoiser, T-158/99, point 108. Voir en ce sens également, G. KARYDIS, « Le principe de l'opérateur économique privé », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, pp. 389 - 413, pp. 408 - 413; Voir en ce sens également, S. ARROWSMITH, « The law of public and utilities procurement », *Sweet & Maxwell*, London, 2005, points 4.36 (pp. 219 - 220) et 4.38 (pp. 222 à 223), qui, par analogie, désigne dans ce cas le critère à appliquer comme celui de l'« acquéreur en économie de marché » (« market purchaser principle »).

²⁰⁸⁶ Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI, C-39/94, point 60; arrêt du Tribunal du 3 mars 2010, Bundesverband deutscher Banken, T-163/05, point 35; arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale, T-228/99 et T-233/99, point 270.

²⁰⁸⁷ Cf. en ce sens l'arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-305/89, point 19; arrêt de la Cour du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, C-278/92, C-279/92 et C-280/92, point 21; arrêt du Tribunal du 21 janvier 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, T-129/95, T-2/96 et T-97/96, points 75 et 104.

²⁰⁸⁸ Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI, C-39/94, point 61; cf. également dans le même sens, l'arrêt du Tribunal du 3 mars 2010, Bundesverband deutscher Banken, T-163/05, point 36.

²⁰⁸⁹ *Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par des pouvoirs publics* (JO C 209 du 10 juillet 1997, page 3).

²⁰⁹⁰ *Rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence*, 1993, paragraphes 402 et 403.

mise à disposition d'infrastructures, notamment des infrastructures aéroportuaires, par les pouvoirs publics²⁰⁹¹. Il convient donc d'approuver le professeur S. Arrowsmith qui propose de présumer l'absence d'aide d'Etat, dès lors que les procédures de mise en compétition des directives « marchés publics » ont été respectées²⁰⁹². Il ne peut cependant s'agir que d'une présomption simple. Encore la tenue d'une procédure de mise en concurrence ne suffit-elle pas toujours²⁰⁹³.

§ 5.- L'absence de mise en concurrence implique-t-elle une aide d'Etat ?

558.- L'absence de mise en concurrence ne permet pas, à elle seule, de conclure à une aide d'Etat²⁰⁹⁴. La charge de la preuve de l'aide pèse sur la Commission. Le pouvoir public et l'entreprise en cause n'ont pas à prouver l'absence d'aide. Il est souvent impossible de montrer que le prix obtenu après une mise en concurrence qui n'a pas eu lieu aurait été supérieur. L'absence même de mise en concurrence prive la Commission d'un élément de preuve important. Le prix d'une vente déterminé autrement que par une vente au plus offrant étant théorique, la Cour jugé qu'« une marge de variation du prix obtenu par rapport aux prix théorique doit nécessairement être tolérée, comme l'indique à juste titre la Commission au titre II, point 2, sous b) de la communication »²⁰⁹⁵. En l'espèce, le prix de la vente avait été fixé par des règles de droit allemand concernant le calcul de la valeur des terres agricoles en cas de vente par les autorités publiques.

Ne faut-il pas supposer qu'en cas de mise en concurrence, le produit de la vente aurait été supérieur à celui d'une vente de gré à gré ? Dans l'ensemble, la réponse est affirmative. Mis en concurrence avec d'autres intéressés, l'acquéreur aurait - on peut le supposer - consenti à régler au moins le prix qu'il était d'accord de payer en l'absence de mise en concurrence²⁰⁹⁶. Dans la plupart des cas, il aurait probablement été d'accord à régler un prix plus élevé. Le bien n'aurait-il pas en effet, à ses yeux, augmenté en valeur à la seule idée qu'une autre personne, éventuellement un concurrent, pourrait l'obtenir ?

Voilà des considérations générales, sans doute vraies en partie, mais qui passent à côté de certaines réalités pratiques. En effet, une négociation habilement menée avec un intéressé unique peut donner de meilleurs résultats qu'une vente publique tenue à un moment inopportun ou selon des modalités inappropriées.

Les mêmes modalités de mise en concurrence peuvent donner des résultats tantôt excellents, tantôt insatisfaisants. Ainsi, en cas de vente aux enchères, la médiocrité des enchères d'autres intéressés peut retenir un enchérisseur d'offrir le prix qu'il aurait été d'accord à payer lors d'une vente de gré à gré. Dans d'autres cas, suivant les mêmes modalités, la concurrence peut porter le prix au-delà de ce que le vendeur espérait. La stratégie d'enchères suivie par certains participants, l'idée que se font les

²⁰⁹¹ Cf. la *Communication de la Commission concernant les lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux* (JO C 312 du 9 décembre 2005, pp. 1 et s., page 9).

²⁰⁹² Cf. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 4.41 (p. 225).

²⁰⁹³ Voir l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark, 280/00, points 84 et 89 à 93. Cf. par ailleurs le no 559 en note.

²⁰⁹⁴ La Cour n'a jamais affirmé qu'une mise en concurrence était la seule façon de s'assurer qu'il n'y avait pas d'aide d'Etat. Dans divers arrêts, la Cour a expressément envisagé d'autres méthodes : cf. par exemple, l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark, C-280/00, point 93, l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2010, Seydaland vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, point 39 ou encore l'arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, Commission/Scott SA, affaire C-290/07 P, point 72. Voir également en défaveur d'une présomption d'aide d'Etat, H. KAELBLE, « Verhältnis zum EG-Beihilfenrecht » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Bundesanzeiger Verlag, 2008, pp. 763 et 764 ; J. HILLGER, "The Award of a Public Contract as State Aid within the meaning of Article 87 (1) EC", *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 109 et s., p. 121 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 4.43, p. 226.

²⁰⁹⁵ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2010, Seydaland, C-239/09, point 35.

²⁰⁹⁶ Voir en ce sens également, F. NEUMAYR, « Value for Money v. Equal Treatment. The Relationship Between the Seeming ling Overriding Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment », *Public Procurement Law Review*, 2002, pp. 215 et s., p. 217.

enchérisseurs les uns des autres, la tendance du marché vers la hausse ou vers la baisse, la conjoncture, l'absence accidentelle de certains amateurs, la publicité plus ou moins efficace donnée à la vente, l'ambiance même lors des enchères et d'autres facteurs encore influent sur le résultat de la vente publique.

En définitive, le prix de vente dépend en partie d'éléments aléatoires sur lesquels le pouvoir public qui vend n'a aucune prise, mais également d'éléments comme le moment de la vente, la publicité effectuée, les modalités de l'adjudication ou, en cas de négociations, la plus ou moins grande habileté ou fermeté avec laquelle les négociations sont menées.

Selon les circonstances, le résultat d'une évaluation par des experts peut influencer favorablement le prix de vente, comme le ferait une mise en concurrence.

§ 6.- Aide d'Etat nonobstant une mise en concurrence : l'efficacité des procédures de mise en concurrence comme exigence de l'interdiction des aides d'Etat

A. Principe

559.- Inversement, peut-il y avoir aide d'Etat bien qu'il ait été procédé à une mise en concurrence inconditionnelle²⁰⁹⁷ ? La réponse découle des développements qui précèdent concernant les facteurs susceptibles d'influer sur le résultat d'une vente publique²⁰⁹⁸. S'il est exact qu'en principe le résultat d'une vente publique reflète le prix du marché²⁰⁹⁹, le produit très médiocre d'une procédure menée maladroitement donne en général lieu à une aide d'Etat²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁷ C'est-à-dire, en l'absence d'exigences ayant un impact sur le prix qu'un opérateur privé ne formulerait pas, et donnant lieu à une aide d'Etat correspondante en faveur de l'activité en question, comme, par exemple, poursuivre une activité déterminée sur un site mis en vente (cf. à ce sujet, ci-dessous no 567).

²⁰⁹⁸ Voir le no 557.

²⁰⁹⁹ Cf. premier point de la *Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics* (JO C 209 du 10 juillet 1997, pp. 3 et s.).

²¹⁰⁰ Cf. D. MIDDELSCHULTE, *Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilferechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004, p. 19 ; cf. également W. FRENZ, *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag Berlin, 2007, numéro 307. La doctrine examine la question des interférences entre la réglementation des aides d'Etat et la réglementation sur les marchés publics principalement du point de vue des critères d'attribution non liés à l'objet du marché public et des compensations pour des obligations liées au service public à l'occasion de marchés publics, sujet traité par la Cour dans son arrêt du 24 juillet 2003 (Altmark Trans GmbH, C-280/00, points 85 et s.).

D. MIDDELSCHULTE (*Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilferechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004, pp. 26 et 34) exclut en principe tout élément d'aide étatique, dès lors que l'adjudication a été faite en conformité avec les directives marchés public. W. FRENZ (*Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag Berlin, 2007, no 309) cite l'arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, (BAI/Commission) et mentionne comme aides d'Etat des engagements anormalement longs, surtout lorsqu'ils ne correspondent pas aux besoins du pouvoir adjudicateur. Dans son arrêt du 24 juillet 2003 (Altmark Trans GmbH), la Cour indique quatre conditions à respecter afin d'éviter qu'une compensation accordée dans le cadre d'un marché public de services ne soit considérée comme aide d'Etat. La quatrième condition consiste en une alternative, à savoir, soit la tenue « d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir les services au moindre coût pour la collectivité », soit alors « que le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations » (point 93). Les trois premières conditions « Altmark » tendent à assurer qu'il n'y ait pas d'excès de compensation. Dans le même arrêt, la Cour rappelle d'ailleurs que « sont considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ... ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché » (point 84). Cet arrêt confirme donc qu'une mise en concurrence ne permet pas d'écarter d'office la qualification d'aide d'Etat.

L'existence d'une aide d'Etat ne dépend en effet pas des causes ou des objectifs de l'intervention étatique²¹⁰¹ et ne requiert donc aucun élément intentionnel.

B. Cas dans lesquels une mise en concurrence n'aboutit pas à un résultat reflétant les conditions du marché

1. Erreurs lors de la préparation de la procédure insuffisante

560.- Parfois, l'inefficacité d'une procédure est due à des choix erronés des pouvoir public lors de la préparation de la procédure. Ainsi, la formation des lots d'un projet peut donner lieu à des aides d'Etat. En effet, suivant la manière dont les lots sont constitués, trop petits ou trop grands, certaines entreprises sont exclues²¹⁰². Ou encore, le cahier des charges peut contenir des dispositions d'une sévérité excessive prévoyant l'élimination d'offres qui ne respecteraient pas certaines prescriptions formelles²¹⁰³.

2. Réglementation ou procédure excessivement formaliste

561.- Une réglementation excessivement formaliste peut conduire à des infractions à la réglementation des aides d'Etat.

Le droit européen des marchés publics impose l'élimination des offres tardives. Que dire lorsque l'offre tardive, mais sincère est notablement plus avantageuse que celles remises dans le délai prévu ? Un investisseur privé se déciderait dans un cas pareil en faveur de l'offre tardive. Si le marché est conclu avec un autre soumissionnaire, le marché contient en principe une aide d'Etat²¹⁰⁴. Il s'ensuit que théoriquement, la Commission pourrait prendre une décision enjoignant à l'Etat membre en cause de récupérer la différence auprès de l'adjudicataire. Qu'en serait-il si, au prix de l'offre tardivement remise, le marché serait déficitaire pour l'adjudicataire ? Est-ce que pour autant il y aurait aide d'Etat au sens de l'article 107 TFUE ? Décidément oui, en appliquant le critère de l'investisseur privé en économie de marché. Remarquons cependant que ni la Cour, ni le Tribunal, n'ont eu l'occasion de se prononcer sur un cas pareil.

Il arrive que le pouvoir adjudicateur doive écarter la meilleure offre à cause d'une insuffisance plutôt formelle, par exemple lorsqu'une position du bordereau d'offre n'est pas remplie, même si cette position est d'une importance secondaire. Ici encore, l'« investisseur en économie de marché », n'hésiterait pas à retenir l'offre irrégulière.

²¹⁰¹ Arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, Italie/Commission, 173/73, point 27; arrêt du Tribunal du 27 février 1997, FFSA e.a./Commission, T-106/95, point 195.

²¹⁰² Cf. en ce sens également D. MIDDELSCHULTE, *Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilferechts*, Frankfurt am Main, 2004 (Peter Lang), p. 54 ; A. EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008, no 260.

²¹⁰³ D'après la Cour, le principe d'égalité requiert que les offres non conformes au cahier des charges soient écartées. Il n'est pas évident que cela vaille également pour des non-conformités légères. La disposition d'un cahier des charges prévoyant que certaines non-conformités seulement seront frappées d'exclusion serait à notre avis valable. Ainsi, un cahier des charges imposant l'usage de formulaires à remplir d'une façon déterminée, pourrait prévoir que des erreurs commises à cette occasion n'entraîneront pas d'exclusion automatique.

²¹⁰⁴ Dans ce cas, il ne serait pas possible d'invoquer l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2010 (Seydaland, C-239/09, point 35) qui a admis « une marge de variation » par rapport à une estimation théorique. En effet, dans l'hypothèse envisagée, la différence entre le prix auquel le marché serait conclu et le prix de l'offre écartée pour un motif de forme ou de délai ne serait pas théorique, mais incontestablement réelle. L'arrêt *Seydaland* est à rapprocher d'un arrêt du Tribunal du 16 septembre 2004 (Valmont, T-274/01), d'après lequel la détermination du prix du marché par des rapports d'expertise établis après la vente, donc de manière rétrospective, peut revêtir un caractère aléatoire et que si, « la Commission examine à cette fin des rapports d'expertise établis postérieurement à l'opération en cause, il lui incombe de comparer le prix de vente effectivement payé aux prix avancés par ces différents rapports et de déterminer s'il ne s'en écarte pas à ce point qu'il y aurait lieu de conclure à l'existence d'un avantage » (point 45).

D'une façon générale, l'inefficacité des procédures conduit à un gaspillage énorme de ressources publiques²¹⁰⁵ qui correspond en partie²¹⁰⁶ à des aides d'Etat, certes pour partie involontaires, mais néanmoins, en dernière analyse, indiscutables.

Faut-il conclure de ce qui précède qu'il existe un antagonisme irréductible entre les principes régissant les marchés publics et ceux du droit des aides d'Etat ? Les uns l'emportent-ils sur les autres ? En réalité, l'opposition n'est qu'apparente. En effet, si les principes régissant les marchés publics obligent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, conforme au cahier des charges, c'est à la condition que le marché soit attribué. Or, le pouvoir adjudicateur conserve le choix de ne pas attribuer le marché et de recommencer la procédure²¹⁰⁷.

3. Gestion inefficace de la procédure

562.- Des maladresses dans la conduite de la procédure peuvent conduire à des résultats insatisfaisants. La communication d'informations incomplètes, incohérentes ou ambiguës, des négociations maladroites, un rythme de négociation inadapté, l'élimination, dans la procédure négociée, de certains candidats à un stade précoce, sont autant d'éléments qui peuvent avoir des répercussions négatives. Des négociations qui ne seraient pas menées conformément aux conditions du marché constitueraient un indice d'aide d'Etat²¹⁰⁸. La seule affirmation de la part d'un concurrent qu'il aurait été en mesure de remettre une offre nettement plus avantageuse ne permettra pas de conclure à une aide d'Etat.

C. Conclusion : l'efficacité des procédures de mise en concurrence comme exigence de l'interdiction des aides d'Etat

563.- En droit européen, la mise en concurrence dans les marchés publics a jusqu'ici été considérée presque exclusivement sous l'angle des libertés fondamentales et de l'égalité entre les entreprises potentiellement intéressées au marché²¹⁰⁹. L'efficacité des procédures s'est ainsi trouvée sacrifiée au profit d'une vision partielle du principe d'égalité qui néglige le point de vue de la réglementation des aides d'Etat, laquelle tend à assurer l'égalité des entreprises sur le marché en général et non par rapport à un marché déterminé. Le droit des aides d'Etat intervient donc dans le champ d'application du droit des marchés publics pour s'opposer à la conclusion de contrats qui, bien qu'attribués suivant

²¹⁰⁵ Le manque d'efficacité des règles de la directive 2004/18/CE se trouve régulièrement critiqué (ainsi, voir par exemple, R. BOYLE, « EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response », *Public Procurement Law Review*, 2011, 5, NA 171 et s., point 5 notamment ; P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Marchés publics belges et européens*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, no 260 ; voir pour des réflexions plus générales, F. NEUMAYR, « Value for Money v. Equal Treatment. The Relationship Between the Seeming ling Overriding Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment », *Public Procurement Law Review*, 2002, pp. 215 - 234. Toutefois, le lien entre la réglementation des aides d'Etat et celle des marchés publics est rarement relevé.

²¹⁰⁶ Ces sommes ne constituent pas des aides d'Etat en totalité, car une partie correspond à des spécifications inadaptées dont il ne résulte aucun avantage au profit de l'adjudicataire.

²¹⁰⁷ Arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Fracasso et Leitschutz, C-27/98, en particulier le point 25.

²¹⁰⁸ Cf. en ce sens, la décision de la Commission du 13 juin 2000 relative à la mesure d'aide accordée par l'Allemagne à Kali und Salz GmbH, JO L 44/39 du 15 février 2001, JO L 44 du 15 février 2001, pp.39 et s., nos 27 et 28 où la Commission observe ce qui suit :

« Enfin, il convient de souligner que, d'après les informations dont dispose la Commission, aucun investisseur potentiel n'a été délibérément exclu de la vente et aucun acquéreur n'a jamais soumis d'offre pour la participation. Les négociations entre l'ensemble des parties concernées, qui ont agi en fonction de leur intérêt économique, ont été menées conformément aux conditions du marché (point 27).

Après une appréciation approfondie menée dans le cadre de la procédure, tant en ce qui concerne les négociations que les modalités définitives de la session, la Commission est parvenue à la conclusion qu'aucune aide ne peut être mise en évidence (point 28)».

²¹⁰⁹ Voir en ce sens également, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 441.

les règles de transparence du droit dérivé et du droit primaire, divergent des conditions normales du marché²¹¹⁰.

Il s'ensuit que les règles de mise en concurrence du droit primaire ne peuvent être définies de façon à aboutir systématiquement à des marchés divergeant significativement des conditions de marché normales.

Le livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics du 27 janvier 2011 exprime le souci de rendre les procédures des marchés publics plus efficaces, le cas échéant en recourant davantage à la procédure négociée²¹¹¹. La Commission justifie ce souci par la nécessité d'utiliser les ressources publiques de façon optimale²¹¹². Or, c'est l'article 107 TFUE, et non les dispositions du traité TFUE concernant les budgets nationaux²¹¹³, qui impose l'efficacité des procédures de mise en concurrence.

L'interdiction des aides d'Etat implique que les procédures de mise en concurrence soient agencées et conduites de manière à aboutir à des marchés exempts d'éléments d'aide²¹¹⁴. Ainsi, peuvent par exemple renfermer des éléments d'aide d'Etat : des engagements dont la durée est anormalement longue, ou encore la réunion sans nécessité de différents marchés en un seul comportant risque de devoir payer pour certaines prestations des prix excessifs à défaut de pouvoir choisir pour chaque type de prestation l'offre la plus avantageuse.

L'argument que les règles étant les mêmes pour tous, il n'y a pas d'aide, car tous auraient pu participer aux mêmes conditions, ne saurait valoir. Une aide accordée au terme d'un processus impliquant une mise en concurrence n'en reste pas moins une aide²¹¹⁵. Qu'elle prenne part à la mise en concurrence ou non, toute entreprise peut prétendre à ce qu'aucun avantage indu ne soit accordé à l'un de ses concurrents.

Ce n'est pas sans danger qu'une entreprise acceptera des marchés à des conditions anormalement favorables. Une opération non notifiée à la Commission peut receler des risques considérables. Lorsqu'une opération s'est conclue à des conditions telles qu'elle comporte des éléments d'aide d'Etat, la réglementation relative aux aides ne permet pas d'imposer l'annulation du résultat de l'appel

²¹¹⁰ Voir en ce sens, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 4.39 (p. 223). Le professeur S. ARROWSMITH se réfère donc sans doute uniquement aux règles de droit de l'Union concernant spécifiquement des marchés publics quand elle écrit quelques années plus tard : « Le droit communautaire s'intéresse seulement à garantir que les Etats membres agissent de façon non discriminatoire et transparente : il appartient aux Etats membres de déterminer dans le cadre du droit communautaire, mais selon leurs priorités et valeurs, s'ils vont poursuivre des objectifs de dépense publique nationaux, comme l'acquisition aux conditions économiquement les plus avantageuses ou le coût des procédures, ainsi que la façon de le faire [notre traduction] [« EC law is concerned merely with ensuring that member States act in a non-discriminatory and transparent manner : whether and how to promote domestic procurement objectives, such as value for money and cost-effective procedures, is for Member States to determine in accordance with their own priorities and values, within the rules set by EC law »] (« Methods for purchasing on-going requirements : the system of framework agreements and dynamic purchasing systems under the EC Directives and UK procurement regulations » in *Public Procurement Regulations in the 21st Century : Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement*, S. ARROWSMITH (éditeur), West, 2009)).

²¹¹¹ Livre vert, pages 1, 2, 15 et 16 ; dans sa décision du 27 février 2008 concernant l'aide d'Etat C 46/07 (ex NN 59/07), mise à exécution par la Roumanie en faveur de l'entreprise automobile Craiova (anciennement Daewoo Romania) (JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 12 et s.), la Commission a accepté l'argument de la Roumanie que des changements apportés lors de la phase de négociation aux clauses contractuelles figurant dans les documents de la procédure de mise en concurrence relèvent de la pratique courante des affaires (point 77). Sous le régime des directives « marchés publics » des négociations ne sont admises qu'à titre exceptionnel.

²¹¹² Livre vert, page 1.

²¹¹³ Cf. l'article 126 TFUE qui prévoit notamment que « les Etats membres évitent les déficits publics excessifs ».

²¹¹⁴ Voir à cet égard, l'examen de la pratique de la Commission en matière d'aides par M. KLASSE, « The impact of *Altmark* : The European Commission Case Law Responses » in *Financing Services of General Economic Interest - Reform and Modernization*, E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN, The Hague, Asser Press, 2013, point 2.3.4.1. (en particulier non-respect du troisième critère *Altmark* en dépit d'une mise en concurrence).

²¹¹⁵ Certaines aides ne sont d'ailleurs susceptibles d'être exemptées que si elles sont accordées au terme d'un processus de mise en concurrence, cf. ci-dessous, nos 582 et s.

d'offres et d'imposer une nouvelle mise en concurrence²¹¹⁶. Dans un cas pareil, à moins de déclarer l'aide compatible avec le marché intérieur, il ne reste à la Commission que d'évaluer le montant de l'aide et d'en ordonner la restitution. La Cour a retenu que « les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue par ledit article [l'actuel article 108 TFUE] »²¹¹⁷. La Cour ajoute : « En effet, un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer que cette procédure a été respectée »²¹¹⁸.

Section 2.- Opérations particulières

§ 1^{er}.- Ventes de terrains et de bâtiments appartenant aux pouvoirs publics²¹¹⁹

A. Une mise en concurrence n'est pas obligatoire pour éviter la qualification d'aide d'Etat

564.- Sans être obligatoire pour éviter la qualification d'aide, un appel d'offres est l'un des moyens permettant d'éviter le reproche d'aide d'Etat. L'expertise en est un autre. Dans un arrêt du 2 septembre 2010, la Cour observe que « ... le recours à une expertise indépendante est une méthode permettant d'obtenir une évaluation de la valeur de marché d'un terrain ... »²¹²⁰. Dans un arrêt du 16 décembre 2010²¹²¹, la Cour précise que « s'il est certain que les méthodes du plus offrant et de l'expertise sont susceptibles de fournir des prix correspondant aux valeurs réelles du marché, ainsi que le relève la Commission au titre II, point 1 et 2, sous a) de la communication, il n'est pas exclu que d'autres méthodes puissent également atteindre ce même résultat ». Dans le passage cité, la Cour se réfère à la communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics (JOCE, C 209 du 10 juillet 1997, pp. 3 et s.). Dans cette communication, la Commission indique les conditions sous lesquelles elle considère d'office que la vente de terrains et de constructions ne comporte pas d'éléments d'aide d'Etat, à savoir ou bien une procédure de mise en concurrence ouverte et inconditionnelle, ou bien une évaluation préalable par un ou plusieurs experts.

B. Critère appliqué pour déterminer si la vente comporte des éléments d'aide d'Etat

565.- Afin de vérifier si une vente de terrains ou de bâtiments ne contient pas d'aide d'Etat, il est fait application du critère de l'investisseur privé dans une économie de marché²¹²².

A cet égard, s'agissant d'évaluations complexes d'ordre économique, la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Le Tribunal vérifie « l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence » et contrôle « si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils

²¹¹⁶ Pour un exemple, voir la décision de la Commission du 27 février 2008 concernant l'aide d'Etat C 46/07 (ex NN 59/07) mise à exécution par la Roumanie en faveur de l'entreprise automobile Craiova (anciennement Daewoo Romania) (JO L 239 du 6 septembre 2008, pp.12. ss), point 85.

²¹¹⁷ Arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99, point 41.

²¹¹⁸ Arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99, point 41.

²¹¹⁹ La vente de terrains nus ou déjà construits ne constitue pas un marché public de travaux au sens de la l'article 2, b), de la directive marchés publics générale 2004/18/CE (arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 41). La Cour a laissé ouverte la question de savoir si une procédure d'attribution en deux phases comportant une vente d'un terrain, suivie d'un marché de travaux n'est pas à considérer, le cas échéant, comme un tout soumis à la directive 2004/18/CE (même arrêt, no 82). Dans aucun de ses arrêts, la Cour n'a laissé entendre que la vente de terrains nus ou de constructions existantes devrait, en tant que telle, faire l'objet d'une mise en concurrence d'après le droit primaire.

²¹²⁰ Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, Commission/Scott, C-290/07 P, point 72. Cet arrêt statue sur un recours contre un arrêt du Tribunal qui avait partiellement annulé une décision de la Commission sur une aide d'Etat comprise dans la vente d'un terrain.

²¹²¹ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, point 39.

²¹²² Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, Commission/Scott SA, affaire C-290/07 P, point 68.

sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »²¹²³. Les arrêts du Tribunal sont susceptibles d'un pourvoi devant la Cour qui est limité à des questions de droit (article 58 du statut de la Cour). Suivant la Cour, « il n'appartient pas au juge de l'Union, dans le cadre de ce contrôle, de substituer son appréciation économique à celle de la Commission. En effet, le contrôle que les juridictions de l'Union exercent sur les appréciations économiques complexes faites par la Commission est un contrôle restreint qui se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir »²¹²⁴.

C. Examen prévu par la communication de la Commission du 10 juillet 1997 : présomption d'absence d'aide en cas de procédure d'offre ouverte et inconditionnelle

1. *Présomption d'absence d'aide en cas de procédure d'offre ouverte et inconditionnelle ou en cas de vente à un prix supérieur ou égal à une évaluation préalable par un ou plusieurs experts indépendants*

566.- Conformément sa communication publiée au Journal officiel du 10 juillet 1997²¹²⁵, la Commission présume que les ventes suivantes de terrains ou de bâtiments ne comprennent pas d'aide d'Etat :

- Les ventes ayant été conclues dans le cadre d'une procédure d'offre ouverte et inconditionnelle, ayant fait l'objet d'une publicité suffisante, prévoyant la vente de l'actif au plus offrant ou à l'unique offrant ;

ainsi que

- toute vente qui, en l'absence d'une telle procédure, s'est effectuée à un prix supérieur ou égal à la valeur du marché, telle qu'elle a été déterminée par des experts indépendants.

Dans sa communication, la Commission estime qu' « une vente de terrains et de bâtiments au plus offrant ou à l'unique offrant, dans le cadre d'une procédure d'offre ouverte et inconditionnelle ayant fait l'objet d'une publicité suffisante, qui s'apparente à une vente publique, s'effectue, par définition, à la valeur du marché et, partant, ne recèle pas d'aide d'Etat »²¹²⁶.

La Commission estime que l'exigence d'une publicité suffisante est seulement remplie si, outre des publications « dans la presse nationale, les revues immobilières ou d'autres publications appropriées » pendant un temps suffisamment long, à savoir au moins deux mois, la vente « a été annoncée par des agents immobiliers s'adressant à un large éventail d'acquéreurs potentiels, de telle sorte que tous ces acheteurs potentiels ont pu être informés »²¹²⁷.

Pourquoi imposer le recours, vaguement défini, à des agents immobiliers, alors qu'il faut supposer que les pouvoirs publics sont parfaitement en mesure de procéder à une publicité suffisante ? L'intervention d'une agence immobilière, payée par le pouvoir public, représente-t-elle vraiment une garantie supplémentaire ? Il aurait sans doute mieux valu de définir de façon plus précise la publicité à laquelle doivent procéder les pouvoirs publics. En effet, la communication n'impose pas de publicité dans des journaux à diffusion internationale, mais se limite à prévoir une publication « à plusieurs

²¹²³ Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, Commission/Scott SA, affaire C-290/07 P, point 65.

²¹²⁴ Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, Commission/Scott SA, affaire C-290/07 P, point 66.

²¹²⁵ Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par des pouvoirs publics (JO C 209 du 10 juillet 1997, pages 3 à 5). Pour une décision en matière d'aides appliquant les principes exposés dans la communication, cf. la décision de la Commission du 12 juillet 2000 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de Scott Paper SA/Kimberley-Clark (JO L 12 du 15 janvier 2002, pp. 1 et s.) Bien que les faits soient antérieurs à la publication de sa communication, la Commission en applique néanmoins les principes de base (point 140).

²¹²⁶ Cf. point II, 1. de la communication.

²¹²⁷ Point II, 1., a), de la communication. Pour la Commission, ces deux conditions sont bien cumulatives, ainsi qu'elle l'a indiqué dans sa décision du 12 juillet 2000 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de Scott Paper SA/Kimberley – Clark (JO L 12 du 15 janvier 2002, pp. 1 et s., point 140).

reprises pendant suffisamment longtemps (au moins deux mois) dans la presse nationale, les revues immobilières ou d'autres publications appropriées »²¹²⁸.

2. Une procédure de mise en concurrence conforme au droit primaire des marchés publics n'implique pas nécessairement l'absence de tout élément d'aide d'Etat – L'exigence que la procédure d'offre soit inconditionnelle

567.- La Commission définit de façon peu synthétique ce qu'elle entend par « offre inconditionnelle » (points II. 1, b) et c)).

En substance, la procédure donne lieu à des offres inconditionnelles uniquement si elle ne comporte que des obligations que tout acquéreur, quelle que soit son activité, pourrait assumer. Les dispositions légales ou réglementaires générales liées aux terrains (prévention des nuisances publiques, protection de l'environnement, conditions destinées à éviter des offres purement spéculatives, aménagement du territoire) n'affectent pas le caractère inconditionnel de l'offre. En fin de compte, ces exigences correspondent en principe au critère de l'investisseur privé.

Ainsi, n'est pas inconditionnelle, la procédure d'appel d'offres comportant une stipulation selon laquelle l'acquéreur doit ériger sur le terrain cédé des bâtiments selon des plans présentés au cours de la procédure. Cela ne signifie pas que de pareilles ventes comportent nécessairement des éléments d'aide étatique. Toutefois, la Commission exige que ces ventes lui soient notifiées afin de pouvoir les examiner. Ainsi, par exemple, il se pourrait que la vente après mise en concurrence de parcelles par une commune à un promoteur comporte l'obligation de réaliser un programme de construction comprenant notamment une infrastructure spécifiquement adaptée à une activité économique déterminée. S'il s'agit d'une infrastructure difficile à vendre ou à donner en location, le cas échéant, en raison d'activités concurrentes établies à proximité, la vente peut renfermer une aide en faveur de l'activité correspondante²¹²⁹. En effet, une fois l'infrastructure réalisée, l'adjudicataire sera amené à l'offrir à des conditions particulièrement avantageuses. On peut supposer que les offres remises lors de la mise en concurrence ont été moins élevées que si l'exigence concernant une infrastructure particulière n'avait pas été formulée. En supposant que toutes les autres conditions d'existence d'une aide soient remplies, la différence de prix qui en résulte représente une aide en faveur de l'activité à laquelle l'infrastructure est destinée.

De même, il peut y avoir aide d'Etat, même si la vente du terrain a fait l'objet d'une mise en concurrence, lorsqu'en contrepartie d'un engagement d'exercer une activité déterminée ou de maintenir un certain niveau d'emploi, le pouvoir public cède le bien à un prix inférieur à celui qu'il aurait pu obtenir en l'absence de telles conditions²¹³⁰.

3. Quant à la présomption d'absence d'aide en cas d'évaluation par un ou plusieurs experts indépendants

568.- D'après sa communication, la Commission renonce également à la notification des ventes d'immeubles ayant fait l'objet d'une évaluation par un ou plusieurs experts indépendants. La communication précise que l'évaluation doit être faite « préalablement aux négociations précédant la

²¹²⁸ Point 1. a) de la communication.

²¹²⁹ Voir ci-dessus nos 240 et 267 concernant la question de savoir si une pareille opération peut être qualifiée de concession de travaux.

²¹³⁰ L'exigence de la communication que l'offre soit inconditionnelle ne permet pas de couvrir tous les cas susceptibles de représenter des aides étatiques. En effet, la communication admet notamment des obligations en matière d'aménagement du territoire. Rien n'exclut *a priori* que de pareilles dispositions contiennent justement des exigences ou des restrictions portant sur l'activité ou sur un certain niveau d'emploi. Dans une décision du 30 janvier 2008, la Commission a cependant considéré que des restrictions en matière d'urbanisme, notamment quant à la destination (point de vente de produits alimentaires) et la surface commerciale, « figurent dans le cadre des pouvoirs légitimes d'une commune en matière de droit public » et ne représentent pas des conditions liées à la vente au sens de sa communication (décision de la Commission du 30 janvier 2008 concernant l'aide d'Etat C 35/06 (ex NN 37/06) accordée par la Suède à Konsum Jämtland ekonomisk förening (JO L 126 du 14 mai 2008, pp. 3 et s., point 51).

vente » (point II, 2., a))²¹³¹. La Commission définit ce qu'elle entend par « expert indépendant », à savoir une personne à qui les pouvoirs publics ne devraient pas être habilités à « donner de directives quant au résultat de son évaluation » (point II, 2, a)). L'évaluation doit être faite « sur la base d'indicateurs du marché et de critères d'évaluation communément acceptés »²¹³². La communication considère comme indépendants notamment les fonctionnaires et autres agents de l'Etat « pour autant que l'on puisse effectivement exclure que leurs conclusions aient été influencées de façon abusive » (point II, 2., a)). La vente ne peut être effectuée sans être notifiée à la Commission si le prix est inférieur à la valeur marchande déterminée par l'expert (point II, 2, a) et 3.). La Commission admet cependant que « si, après que des efforts raisonnables ont été accomplis pour vendre le terrain et le bâtiment à la valeur du marché, il apparaît clairement que le prix fixé par l'expert ne peut être obtenu, un écart pouvant aller jusqu'à 5% par rapport à ce prix peut être jugé conforme aux conditions du marché » (point II, 2, b)). Si ce prix n'a pas pu être atteint après l'écoulement d'un « délai raisonnable », une nouvelle évaluation peut être faite par un expert laquelle « doit tenir compte de l'expérience acquise et des offres reçues ». Autrement dit, l'évaluation pourra alors être révisée vers le bas.

La Commission paraît se réserver le droit de contrôler si l'évaluation faite par l'expert est exempte d'erreurs²¹³³.

Dans sa décision *Bank Burgenland* du 30 avril 2008, la Commission a estimé qu'une évaluation antérieure devait être écartée en présence d'une offre supérieure ayant valeur d'engagement, car celle-ci « représente incontestablement une meilleure valeur approximative de la valeur marchande de l'objet à céder, puisqu'elle ne constitue pas seulement une évaluation hypothétique, mais une offre réelle »²¹³⁴. Dans ce cas, c'est l'offre réellement formulée qui détermine la valeur marchande²¹³⁵. De

²¹³¹ Est-ce que l'exigence que l'évaluation soit préalable aux négociations signifie qu'elle doit avoir été effectuée avant tout contact avec l'acquéreur ? La communication ne le précise pas. Pourtant, ce point n'est pas sans intérêt, car si l'évaluation est établie seulement après les premiers contacts entre les parties, le risque existe qu'elle soit influencée par le prix envisagé par les parties.

Dans un arrêt du 6 mars 2002 (troisième chambre élargie), *Territorio Histórico de Álava*, T-127/99 et T-129/99, le Tribunal a considéré que « même s'il ressort de la communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics (JO 1997, C 209, p. 3) qu'un prix de vente qui correspond à un prix estimé par un expert indépendant avant la vente ne comporte pas d'éléments d'aide, la Commission n'a pas pu raisonnablement se fonder sur la date d'établissement du rapport Price Waterhouse (janvier 1997) [donc postérieur à la vente] pour attacher un poids décisif à celui-ci [et écarter de ce fait d'autres rapports d'évaluation également postérieurs à la vente produits par les autorités régionales en cause et conclure que la vente recèle une aide d'Etat] » (point 77).

²¹³² Il existe évidemment diverses méthodes pour estimer la valeur d'un bien immobilier, des participations dans des entreprises ou d'autres valeurs. Pour certains biens très rares ou uniques, le prix ne se détermine d'ailleurs que lors d'une vente comportant une mise en concurrence la plus large possible. Il en est ainsi de la vente de certaines œuvres d'art, comme les tableaux de grands maîtres. Plus le bien en question est rare, moins il est possible, vu l'impossibilité de lui substituer d'autres biens et l'absence de références fiables, de prédire la valeur la plus élevée qu'un intéressé est disposé à régler. La difficulté d'une évaluation fiable vaut, toutes proportions gardées, pour des biens moins rares. Ainsi, la valeur de parts cotées en bourse est soumise à des changements quotidiens, parfois importants, au gré de préférences éphémères des investisseurs.

²¹³³ Dans sa décision du 20 octobre 2005 concernant l'aide d'Etat que la Finlande a mise en œuvre à titre d'aide à l'investissement au bénéfice de l'entreprise *Componenta Oyj* (JO L 353 du 13 décembre 2006, pp.36 et s.), la Commission a vérifié l'expertise et a conclu qu'elle était entachée d'erreurs (points 35 à 46). Après avoir rectifié l'évaluation, la Commission a conclu à l'existence d'une aide d'Etat. Dans cette affaire, il s'agissait de l'acquisition par une ville finlandaise d'une société dont les seuls actifs importants étaient des immeubles. La Commission a appliqué par analogie sa communication concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics (point 36).

²¹³⁴ Décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de *Bank Burgenland*, JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 32 et s., point 112 ; voir dans le même sens la décision de la Commission du 30 janvier 2008 concernant l'aide d'Etat C 35/06 (ex NN 37/06) accordée par la Suède à *Konsum Jämtland ekonomisk förening*, JO L 126 du 14 mai 2008, pp.3 et s.), points 50 et 58.

²¹³⁵ Décision de la Commission du 30 janvier 2008 concernant l'aide d'Etat C 35/06 (ex NN 37/06) accordée par la Suède à *Konsum Jämtland ekonomisk förening*, JO L 126 du 14 mai 2008, pp.3 et s.), point 59.

même, une expertise faite après la réception d'offres valables ne permet plus de contracter à des conditions moins favorables que celles de la meilleure offre reçue²¹³⁶.

Comme dans le cas d'une mise en concurrence, la communication impose de notifier les ventes réalisés à la suite d'une évaluation, mais comprenant des obligations spécifiques de nature à diminuer le prix de vente. Seules sont admises des obligations liées au terrain (et non à l'acquéreur ou à ses activités économiques) qui existent dans l'intérêt général et que tout acquéreur, qu'il exerce une activité économique ou non, et quel qu'en soit la nature (point 2., c) de la communication) est en principe en mesure d'assumer.

Même si le prix de vente est largement supérieur à celui de l'évaluation, des éléments d'aide peuvent exister, notamment en raison de conditions dont est affectée la cession²¹³⁷.

4. Appréciation

(a) Critique de l'approche consistant à accorder le même poids²¹³⁸ à une évaluation indépendante qu'à une mise en concurrence

569.- La dispense de notification en présence d'une évaluation faite par un expert indépendant montre bien que le point de vue adopté dans la communication de la Commission n'est pas celui de la liberté d'établissement, de la libre prestation des services et du principe d'égalité. D'après ces derniers, il incomberait au pouvoir public d'entourer la vente d'une publicité appropriée, de manière à ce que tous les intéressés potentiels aient des chances égales et puissent se manifester²¹³⁹. Il n'en est pas ainsi lorsque le pouvoir public fait seulement établir une évaluation par un expert avant de commencer des négociations avec un ou plusieurs intéressés.

La communication de la Commission, comporte une discordance manifeste entre les exigences en cas de procédure d'appels d'offres et celles lorsque le pouvoir public fait procéder à une évaluation préalable. Dans le premier cas, la Commission requiert une « publicité suffisante », mais elle considère que cette exigence est seulement remplie si outre des publications « dans la presse nationale, les revues immobilières ou d'autres publications appropriées » pendant un temps suffisamment long, à savoir au moins deux mois, la vente « a été annoncée par des agents immobiliers s'adressant à un large éventail d'acquéreurs potentiels, de telle sorte que tous ces acheteurs potentiels ont pu être informés »²¹⁴⁰. Les obligations étant assez lourdes en cas de procédure d'offre inconditionnelle et singulièrement plus légères en cas d'évaluation par un expert indépendant, il n'y a guère de doute comment procédera le pouvoir public qui projette de vendre un bien immobilier à une entreprise déterminée pour un prix de faveur.

(b) Compatibilité de la communication avec le droit primaire

570.- Sur deux points, la communication paraît difficile à concilier avec les articles 107 à 109 TFUE.

D'une part, la Commission exige une notification des ventes qui ne sont pas passées conformément à la communication. Or, l'article 108, paragraphe 3, TFUE n'oblige nullement de notifier des

²¹³⁶ Décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland, JO L 239 du 6 septembre 2008, point 113.

²¹³⁷ Cf. en ce sens, la décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland, JO L 239 du 6 septembre 2008, point 114.

²¹³⁸ Relevons cependant que lorsque l'évaluation précède un appel d'offres inconditionnel, la communication privilégie le prix qui résulte de la mise en concurrence, considéré comme représentant par définition le prix du marché (premier point de la communication).

²¹³⁹ Cf. en particulier l'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, point 61.

²¹⁴⁰ Pour la Commission, ces deux conditions sont bien cumulatives, ainsi que la Commission l'a rappelé dans sa décision du 12 juillet 2000 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de Scott Paper SA/Kimberley – Clark, JO L 12 du 15 janvier 2002, pp. 1 et s., point 140.

opérations qui, bien que susceptibles de contenir des éléments d'aide d'Etat, n'en contiennent en fin de compte aucun²¹⁴¹.

D'autre part, la Commission se dispense d'examiner des opérations passées conformément à la communication, dont celles précédées seulement d'une évaluation. La Commission écrit en effet au quatrième point de sa communication : « Lorsque la Commission sera saisie d'une plainte ou d'autres observations de tiers alléguant qu'un accord de vente de terrains et de bâtiments conclu par les pouvoirs publics comporterait un élément d'aide d'Etat, elle considérera que cela n'est pas le cas, si les informations communiquées par l'Etat membre en cause montrent que les principes définis ci-dessus ont été observés ». Ainsi, le cas échéant, contrairement à ce que lui impose l'article 108, paragraphe 2, TFUE²¹⁴², la Commission se dispense de procéder à une procédure formelle d'examen, alors même qu'objectivement, les opérations en question se heurteraient à des difficultés sérieuses.

§ 2.- Création d'entreprises et investissements dans des entreprises

A. Principes suivis dans ce domaine

571.- Le droit européen ne s'oppose pas à ce que les pouvoirs publics constituent des entreprises. Ces entreprises peuvent soit être dotées d'une personnalité juridique, soit en être dépourvue²¹⁴³.

En tant que telle, la mise à disposition par les pouvoirs adjudicateurs d'un capital en vue de l'exercice d'une activité économique ne constitue, pas une aide d'Etat²¹⁴⁴. Si elle a lieu à des conditions que n'accepterait pas un investisseur privé, elle peut cependant constituer un aide d'Etat. Ainsi, la Commission a considéré que la création d'une entreprise par les pouvoirs publics, alors que le plan d'entreprise prévoyait une rentabilité inférieure à la moyenne du secteur, était susceptible de donner lieu à une aide d'Etat²¹⁴⁵. La prise en compte d'un taux moyen de rendement a été reconnu par le Tribunal comme un moyen d'analyse valable, mais non comme un critère automatique dispensant la Commission de l'analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération et de son contexte, y compris la situation de l'entreprise bénéficiaire et le marché concerné²¹⁴⁶.

Ce qui est en définitive déterminant, c'est l'existence d'un avantage au profit de l'entreprise dont il s'agit. Si cette entreprise, bien que n'offrant que des perspectives de rentabilité en-dessous de la moyenne, avait été en mesure de se procurer des capitaux privés, il n'y aurait pas d'aide. Ainsi que l'a retenu le Tribunal dans un arrêt du 3 mars 2010²¹⁴⁷ : « Il convient tout d'abord de constater que,

²¹⁴¹ Cf. en ce sens également, A. BARTOSCH, « Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilferecht », *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2001, pp. 673 et s., p. 678.

²¹⁴² Si l'examen d'une mesure « se heurte à des difficultés sérieuses, la Commission est tenue d'ouvrir une procédure formelle et ne dispose, à cet égard, d'aucun pouvoir discrétionnaire. (...) La notion de difficultés sérieuses revêt un caractère objectif » (arrêt du Tribunal du 10 février 2009, *Deutsche Post*, T-388/03, points 91 et 92). Voir sur cette question également l'arrêt de la Cour du 20 mars 1984, *Allemagne/Commission*, affaire 84/92, points 11 à 18, et l'arrêt du Tribunal du 10 juillet 2012, *Smurfit Kappa Group*, T-304/08, points 73 à 97.

²¹⁴³ Voir par exemple, l'arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen/Commission*, T-443/08 et T-455/08, points 128 et suivants.

²¹⁴⁴ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen/Commission*, T-443/08 et T-455/08, point 133.

²¹⁴⁵ Décision de la Commission du 10 décembre 2008 concernant l'aide d'Etat C 60/07 accordée par l'Italie à l'entreprise *Fluorite di Silius s.p.a.* (JO L 71 du 17 mars 2009), point 10. Une fois le capital mis à disposition, le droit des aides d'Etat ne se préoccupe pas de la question de savoir si l'entreprise génère des bénéfices ou non. Il y a évidemment une différence entre la décision initiale d'investir, librement consentie, et le fait de maintenir le capital à disposition de l'entreprise, chose que l'investisseur est bien souvent contraint de subir, faute d'acquéreur à un prix qui ne serait pas à perte. Il en est de même pour des prêts. Le prêt une fois accordé, c'est malgré lui que le prêteur subit les défaillances de son emprunteur.

²¹⁴⁶ Cf. l'arrêt du Tribunal du 6 mars 2003 (*Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, T-228/99 et T-233/99) qui annule la décision de la Commission pour défaut de motivation notamment en raison de l'absence d'explications sur le choix du taux de rendement de 12% qu'elle avait retenu ; voir également l'arrêt de la Cour du 16 mai 2002, *Stardust Marine*, C-482/99, point 69, et la décision de la Commission du 23 juillet 2008 relative à des aides accordées par l'Allemagne à DHL et à l'aéroport de Leipzig/Halle C-48/06 (ex N 227/06) (JO L 346 du 23 décembre 2008, pp. 1 et s.), points 187 et s.

²¹⁴⁷ Arrêt du Tribunal du 3 mars 2010, *Bundesverband deutscher Banken*, T-163/05, point 58.

comme l'a admis le requérant lui-même lors de l'audience, la question de savoir quelles opportunités alternatives d'investissement auraient pu être intéressantes pour le Land n'est pas pertinente en l'espèce. En effet, il ne s'agit pas de déterminer si le Land aurait pu obtenir un rendement plus élevé de son fonds spécial en l'investissant autrement ou dans une autre entreprise, mais de savoir si, en investissant ledit fonds spécial dans la Helaba aux conditions convenues, le Land a fait bénéficier celle-ci d'un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir autrement ».

Le pouvoir public n'est pas admis, pour éviter la qualification d'aide, à invoquer des considérations à caractère social ou de politique régionale ou sectorielle pour justifier le niveau de rémunération du capital investi²¹⁴⁸. L'activité d'exploitant d'infrastructures aéroportuaires ayant été considéré comme une activité économique, le Tribunal a, dans un arrêt du 24 mars 2011, écarté l'argument selon lequel la construction ou l'extension d'une piste d'aéroport « relèverait de la politique régionale, de la politique économique et de la politique des transports »²¹⁴⁹ et a retenu qu'« un exploitant d'aéroport devrait financer au moyen de ses ressources propres les coûts des constructions qui sont à la base de son activité économique »²¹⁵⁰.

Le Tribunal ajoute dans le même esprit:

*« Au demeurant, le fait que le financement d'infrastructures nécessite des ressources publiques n'est pas, en tant que tel et à lui seul, pertinent. En effet, ce n'est que si les capitaux mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, le sont dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché que cette intervention des pouvoirs publics peut échapper à la qualification d'aide d'État »*²¹⁵¹.

Plus loin, le Tribunal observe que même si les politiques régionales et économiques, dont fait partie l'aménagement de la piste d'atterrissage en question relevait de la compétence exclusive des Etats membres - point difficilement contestable, invoqué par certaines parties, que le Tribunal traite comme si ce n'était qu'une hypothèse - la Commission aurait la possibilité de contrôler le financement de l'aéroport dans le cadre de la réglementation des aides d'Etats²¹⁵².

B. Conséquence de la qualification d'aide de certains investissements : possibilité pour la Commission de réclamer une mise en concurrence dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu de l'article 107, paragraphe 3, ou de l'article 106, paragraphe 2, TFUE

572.- La présence d'éléments d'aide d'Etat ne signifie pas nécessairement qu'un investissement ne pourra pas être réalisé. En effet, d'une part, l'aide est susceptible d'être autorisée en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE. D'autre part, si elle n'est pas autorisée sur cette base, elle pourra être exemptée de l'interdiction des aides d'Etat en conformité avec l'article 106, paragraphe 2, TFUE²¹⁵³. Ainsi, si l'on considère que la construction d'une piste d'aéroport relève d'un service d'intérêt économique général, ce qui ne devrait guère prêter à discussion, l'aide correspondante serait susceptible d'être couverte par la dérogation prévue à l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

La Cour reconnaît un large pouvoir d'appréciation à la Commission lorsqu'elle apprécie la compatibilité d'une mesure en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE²¹⁵⁴. Ainsi, à l'occasion d'investissements publics dans une infrastructure aéroportuaire qu'un investisseur privé n'accepterait pas de faire, la Commission pourrait requérir une mise en concurrence pour la désignation du

²¹⁴⁸ Arrêt de la Cour du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, affaire 40/85, point 13 ; arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen/Commission, T-443/08 et T-455/08, point 102 ; arrêt du Tribunal du 24 septembre 2008, Kahla/Commission, T-20/03, point 242 ; arrêt du Tribunal du 21 janvier 1999, Neue Maxhütte/Commission, T-129/95, T-2/96 et T-97/96, point 120.

²¹⁴⁹ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, point 93.

²¹⁵⁰ Même arrêt de Tribunal, point 107.

²¹⁵¹ Même arrêt de Tribunal, point 107.

²¹⁵² Même arrêt de Tribunal, point 204.

²¹⁵³ Cf. à ce sujet ci-dessus nos 452 et s.

²¹⁵⁴ Arrêts de la Cour du 21 mars 1990, Belgique/Commission, C-142/87, point 56 et du 11 juillet 1996, SFEI, C-39/94, point 36 ; cf. également l'arrêt du Tribunal du 8 juillet 2010, Freistaat Sachsen, T-396/08, point 42.

gestionnaire de l'aéroport sur base de l'article 107, paragraphe 3, TFUE pour accepter de déclarer l'aide en question compatible avec le marché intérieur²¹⁵⁵.

§ 3.- Privatisations d'entreprises

573.- Il s'agit dans les numéros suivants de cessions d'entreprises publiques ou de participations détenues par les pouvoirs publics dans des entreprises. Il n'est pas question de la transformation, d'un point de vue formel d'une entreprise exploitée en régie ou par une structure de droit public (par exemple, un établissement public ou un syndicat de communes) en une entreprise exploitée sous une forme de droit privé, comme par exemple une société anonyme. En elle-même, une telle modification n'est pas susceptible de donner lieu à une aide d'Etat. Aussi, aucune mise en concurrence n'est exigée en rapport avec ce genre d'opérations²¹⁵⁶.

A. Principes

574.- S'agissant d'opérations de cessions que des personnes privées pourraient également effectuer, les cessions d'entreprises par des pouvoirs adjudicateurs sont également examinées à l'aune du critère de l'investisseur privé. Ainsi, la Cour a retenu dans un arrêt du 28 janvier 2003 : « En vue de déterminer si la privatisation de GS pour un prix de vente négatif de 340 millions de DEM comporte des éléments d'aide d'Etat, il y a lieu d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de cette importance dans le cadre de la vente de ladite entreprise ou aurait opté pour la liquidation de celle-ci »²¹⁵⁷.

Ici encore, comme pour d'autres opérations, une mise en concurrence insuffisante ou ne respectant pas le principe de transparence ne permet pas de conclure d'office à l'existence d'une aide²¹⁵⁸.

La Commission a résumé ses lignes de conduite concernant les privatisations dans son XXIII^e rapport sur la concurrence. Ces lignes de conduite ne sauraient, bien sûr, en aucune manière justifier un résultat qui serait contraire droit primaire. En particulier, elles ne pourraient légitimer une solution qui serait contraire au critère de l'investisseur privé²¹⁵⁹.

B. Indications fournies par la Commission dans son XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence : les conditions auxquelles l'opération doit répondre pour être dispensée de notification

575.- Dans son XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence, la Commission a indiqué les conditions auxquelles les privatisations d'entreprises doivent répondre pour pouvoir présumer, sans autre examen, qu'elles ne renferment pas d'aide d'Etat²¹⁶⁰ et qu'elles sont dès lors dispensées de notification. L'une de ces conditions est que la privatisation soit précédée d'un appel d'offres. Pour l'essentiel - nous verrons plus bas qu'il en ajoute d'autres - le XXIII^e rapport sur la concurrence indique pour les ventes, autrement qu'en bourse, portant sur tout ou partie d'une entreprise, les conditions suivantes :

²¹⁵⁵ Cf. à cet égard ci-dessous, no 593.

²¹⁵⁶ En ce sens A. EGGER, « Vergabeverfahren außerhalb der Vergabe öffentlicher Aufträge“ in *Kompendium des Vergaberechts*, MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 776.

²¹⁵⁷ Arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99, point 133 ; arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, point 70.

²¹⁵⁸ XXIII^e rapport sur la politique de commerce 1993, nos 402 et 403.

²¹⁵⁹ Arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99, point 142.

²¹⁶⁰ XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence (1993), nos 402 et 403 ; voir également le XXI^e rapport sur la politique de la concurrence 1991, nos 248 et suivants ; XXII^e rapport sur la politique de la concurrence, nos 464 et 465 ; XXIX^e rapport sur la politique de la concurrence, no 235. Les principes exposés dans le XXIX^e rapport sur la politique de la concurrence se retrouvent également au point 43 des lignes directrices de la Commission sur l'application des articles 92 et 93 du traité CE et de l'article 61 de l'accord EEE aux aides d'Etat dans le secteur de l'aviation (JO C 350 du 10 décembre 1994, pp. 5 et s.).

- (a) La vente doit être effectuée par un appel d'offres ouvert, transparent et inconditionnel, sans que la participation à l'appel d'offres soit subordonnée à l'accomplissement d'autres actes, tel que l'acquisition d'autres actifs que ceux qui font l'objet de l'appel d'offres ou la poursuite de certaines activités ;
- (b) L'entreprise doit être vendue au plus offrant²¹⁶¹ ;
- (c) Les candidats repreneurs doivent disposer du temps et de l'information nécessaires pour procéder à une évaluation appropriée des éléments d'actif afin d'avoir une base pour formuler leur offre.

Dans des décisions ultérieures, la Commission a régulièrement rappelé ces conditions²¹⁶². L'idée de base est la même que celle de la communication de 1997 concernant les ventes de terrains et de bâtiments : une procédure ouverte et inconditionnelle, ayant fait l'objet d'une publicité suffisante détermine par définition la valeur marchande²¹⁶³. Dans une décision du 30 avril 2008, la Commission a précisé que le caractère inconditionnel de la procédure devait s'entendre de la même façon que dans sa communication de juillet 1997 sur les éléments d'aide dans les ventes de terrains et de bâtiments²¹⁶⁴.

La Commission suppose que la vente a lieu aux conditions du marché lorsque la privatisation est effectuée par la vente d'actions en bourse²¹⁶⁵. Cette opération peut être précédée d'une remise ou d'une réduction de dettes aussi longtemps que le produit de l'opération est supérieur à la réduction de la dette²¹⁶⁶. Sous cette condition, l'opération pourrait en effet rester intéressante pour un vendeur privé, puisqu'il toucherait davantage que ce à quoi il renonce. Quant à l'acquéreur, puisqu'il est d'accord à régler un prix supérieur au montant de la remise de dette, il faut supposer qu'en diminuant le prix de la vente d'un montant équivalent, il aurait été d'accord à mettre à la disposition de l'entité qu'il acquiert un montant suffisant pour rembourser les dettes remises par le vendeur.

Le XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence précise qu'en aucun cas, il ne peut y avoir de discrimination fondée sur la nationalité²¹⁶⁷. Dans des décisions ultérieures, la Commission a renforcé cette exigence en insistant sur l'absence de toute discrimination, fondée sur la nationalité ou autre²¹⁶⁸.

²¹⁶¹ La vente à un prix inférieur au meilleur prix ne représente pas une preuve irréfutable d'aide d'Etat, « la notion de mieux-disant pouvant être interprétée plus largement, compte tenu des différences de risques hors bilan entre les offres » (décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland, JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 32 et s., point 120).

²¹⁶² Décision de la Commission du 22 juillet 1998 concernant des aides accordées par la France dans le cadre de l'opération de recapitalisation et de cession d'actifs de la Société de Banque Occidentale (SDBO), JO L 103 du 20 avril 1999, pp. 19 et s., en particulier les pages 24 et 25 ; décision de la Commission du 14 octobre 1998 portant approbation conditionnelle des aides accordées par la France à la Société marseillaise de crédit (SMC), JO L 198 du 30 juillet 1999, pp.1 et s., en particulier pp. 5 et 6 ; décision de la Commission du 8 septembre 1999 concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine, JO L 206 du 15 août 2000, pp. 6 et s., en particulier, points 61 et 6 ; décision de la Commission du 11 avril 2000 concernant les aides accordées par l'Italie à la Centrale del Latte di Roma, JO L 265, pp.15 et s., point 32 ; décision de la Commission du 3 mai 2000 concernant les mesures mises à exécution par la France en faveur de TASQ SA, JO L 272 pp. 29 et s., point 44 ; décision de la Commission du 13 juin 2000 relative à la mesure d'aide accordée par l'Allemagne à Kali und Salz GmbH, JO L 44 du 15 février 2001, pp. 39 et s., point 24 ; décision de la Commission du 30 janvier 2002 relative à l'aide d'Etat accordée par l'Allemagne en faveur de Gothaer Fahrzeugtechnik GmbH, JO L 314 du 18 novembre 2002, pp. 62 et s., point 28, qui fait référence tant à la communication de la Commission de juillet 1997 concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics qu'au XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence.

²¹⁶³ Voir ci-dessus, nos 546 et s. Voir la décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland, JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 32 et s., point 109.

²¹⁶⁴ Décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland, JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 32 et s., point 106.

²¹⁶⁵ Numéro 403 du XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence.

²¹⁶⁶ Numéro 403 du XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence.

²¹⁶⁷ Numéro 403 du XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence.

D'après la Commission, il y a également lieu de lui notifier la privatisation dans les cas suivants²¹⁶⁹ :

- (a) ventes après négociations avec un seul candidat acquéreur ou avec plusieurs candidats sélectionnés ;
- (b) ventes précédées de l'annulation de dettes par l'Etat, par d'autres entreprises publiques ou par tout organisme public²¹⁷⁰ ;
- (c) ventes précédées de la conversion de dettes en capital social ou en accroissement de capital ;
- (d) ventes effectuées à des conditions qui ne sont pas habituelles dans des opérations comparables entre particuliers.

Quant à savoir quand des conditions paraissent *a priori* comme anormales, il s'agit d'une question éminemment subjective. La Commission ajoute plus loin dans le même rapport : « Toute vente conclue à des conditions qui ne peuvent être considérées comme des conditions commerciales normales doit être précédée d'une évaluation effectuée par des consultants indépendants »²¹⁷¹.

L'opération peut donc comporter des éléments d'aide d'Etat même si la privatisation a eu lieu à la suite d'une procédure de mise en concurrence conforme aux conditions indiquées plus haut, c'est-à-dire, comportant un appel d'offres ouvert, inconditionnel et laissant suffisamment de temps aux candidats pour préparer leurs offres avec cession au plus offrant. Tel pourrait être le cas si le pouvoir public payait un « prix négatif » - par exemple en recapitalisant l'entité cédée ou en réglant un montant à l'acquéreur. Pour pouvoir conclure à l'absence d'aide d'Etat dans une pareille hypothèse, il faut que le prix négatif soit moins onéreux que les autres options, telles la faillite, la liquidation ou une restructuration sans cession²¹⁷².

C. Lorsqu'il n'est pas procédé à un appel d'offres ouvert, transparent, non discriminatoire, et inconditionnel ou lorsque l'opération présente par d'autres aspects un caractère suspect, elle doit être notifiée à la Commission. Pour autant, elle ne représente pas nécessairement une aide d'Etat.

1. Suspicion d'aide lorsqu'il n'a pas été procédé à un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire

576.- La Commission exige notamment que des ventes négociées de gré à gré, et des appels d'offres restreints lui soient notifiés²¹⁷³. La Commission fait parfois référence à une « présomption d'aides » en

²¹⁶⁸ Décision de la Commission du 22 juillet 1998 concernant des aides accordées par la France dans le cadre de l'opération de recapitalisation et de cession d'actifs de la Société de Banque Occidentale (SDBO), JO L 103 du 20 avril 1999, pp. 19 et s., pages 24 et 25 ; décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland, JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 32 et s., point 106.

²¹⁶⁹ XXIIIe rapport sur la politique de la concurrence, point 403.

²¹⁷⁰ Lorsque la vente se fait en bourse, la Commission présume qu'il n'y a pas d'élément d'aide lorsque le produit de la vente est supérieur au montant des dettes auxquelles les pouvoirs publics ou les entreprises publiques renoncent (cf. le même numéro, plus haut). Le même raisonnement devrait valoir quand la vente ne se fait pas en bourse, à condition que la vente soit précédée d'une mise en concurrence répondant à toutes les conditions exigées par la Commission.

²¹⁷¹ Numéro 403, *in fine*.

²¹⁷² Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99, points 140, 141 et 142 ; ou encore la décision de la Commission du 28 août 2009 concernant l'aide d'Etat C 6/09 (ex N 663/08) – Autriche Austrian Airlines – Plan de restructuration (JO L 59 du 9 mars 2010, pp.1 et s.), point 252.

²¹⁷³ Décision de la Commission du 22 juillet 1998 concernant des aides accordées par la France dans le cadre de l'opération de recapitalisation et de cession d'actifs de la Société de Banque Occidentale (SDBO), JO L 103/24 du 20 avril 1999, pp. 19 et s., en particulier page 25.

faveur de l'acquéreur²¹⁷⁴. En vérité, il est plus approprié de parler de « suspicion d'aide »²¹⁷⁵. En effet, la Commission ne se trouve pas dispensée d'établir que les conditions d'une aide d'Etat sont remplies.

Ainsi, dans une décision du 4 juin 2008, la Commission observe « que le prix d'achat correspond à la valeur sur le marché lorsque la vente est effectuée par voie d'appel d'offres inconditionnel et que les actifs sont adjugés au meilleur offrant ou à l'unique offre. Si la procédure d'appel d'offres réglementaire permet d'exclure une aide d'Etat, renoncer à un appel d'offres n'implique toutefois pas automatiquement une aide d'Etat »²¹⁷⁶.

Il arrive qu'en l'absence d'appel d'offres ouvert, la Commission retienne que la procédure de cession suivie présente des garanties suffisantes pour écarter une suspicion d'aide²¹⁷⁷. Ainsi, la Commission a considéré implicitement qu'un appel d'offre auprès d'une soixantaine d'acquéreurs potentiels dont plusieurs étrangers équivalait à un appel d'offres ouvert²¹⁷⁸. Le fait de n'avoir contacté que huit établissements de la même nationalité a en revanche été considéré comme insuffisant²¹⁷⁹. Dans une autre décision, la Commission a retenu que dès lors qu'au moins un candidat autre que ceux qui ont été sollicités se manifestait, la présélection opérée ne couvrait pas exhaustivement le champ des candidats potentiels²¹⁸⁰.

Même en l'absence de mise en concurrence suffisante, il ne peut être retenu que l'opération contient des éléments d'aide d'Etat s'il subsiste un doute.

Ainsi, par exemple, la Commission a observé dans sa décision Stardust Marine du 8 septembre 1999 qu'« eu égard à l'incertitude sur le niveau du prix du marché auquel aurait abouti une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire, et en l'absence d'une telle procédure seule en mesure de le démontrer, la Commission n'est pas en mesure de conclure, malgré les vices de procédure relevés, que le repreneur a bénéficié d'une aide au titre du prix de cession »²¹⁸¹.

²¹⁷⁴ Décision de la Commission du 8 septembre 1999 concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine, en particulier, points 64 et 65 (JO L 206 du 15 août 2000, pp. 6 et s.).

²¹⁷⁵ Expression utilisée au point 10 de la décision *Stardust Marine* de la Commission du 8 septembre 1999 (JO L 206 du 15 août 2000, pp. 6 et s.).

²¹⁷⁶ Décision de la Commission du 4 juin 2008 concernant une aide d'Etat C 9/08 (ex NN 8/08, CP 244/2007) accordée par l'Allemagne en faveur de la Sachsen LB (JO L 104 du 24 avril 2009, pp. 34 et s.), point 76.

²¹⁷⁷ Décision de la Commission du 30 juillet 1996 relative aux aides accordées par le gouvernement autrichien à l'entreprise Head Tyrolia Mares sous forme d'injection de capital, JO L 25 du 28 janvier 1997, pp. 26 et s., en particulier, page 38 ; décision de la Commission du 14 octobre 1998 portant approbation conditionnelle des aides accordées par la France à la société marseillaise de crédit (SMC), JO L 198 du 30 juillet 1999, pp.1 et s., en particulier, page 6 (point 5.2.1). Dans cette dernière décision, la Commission, bien que n'ayant pas retenu d'éléments d'aide « au titre de la procédure de privatisation suivie » et relevant « qu'elle [cette procédure] a permis d'assurer la transparence et l'impartialité requises » examine néanmoins plus loin si le prix de vente ne recèle pas d'aide en faveur du repreneur (point 5.2.3 « Possibilité d'une aide au repreneur au titre du prix de vente »). A cet égard, elle se réfère cependant au caractère impartial et transparent de la procédure de cession qu'elle a pu constater plus haut, cet élément corroborant que le prix n'était pas inférieur à la valeur de marché. Contrairement à ce que pourrait laisser entendre l'expression « éléments d'aide au titre de la procédure de privatisation suivie » employé par la Commission, l'absence de procédure ouverte ne donne jamais lieu, à elle seule, à une aide d'Etat.

²¹⁷⁸ Décision de la Commission du 3 mai 2000 concernant les mesures mises à exécution par la France en faveur de TASQ SA, JO L 272 pp.29 et s., points 45 et 46.

²¹⁷⁹ Décision de la Commission du 22 juillet 1998 concernant des aides accordées par la France dans le cadre de l'opération de recapitalisation et de cession d'actifs de la Société de Banque Occidentale (SDBO), JO L 103/24 du 20 avril 1999, pp. 19 et s., en particulier page 25.

²¹⁸⁰ Décision de la Commission du 8 septembre 1999 concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine, JO L 206 du 15 août 2000, pp. 6 et s., point 66.

²¹⁸¹ Décision de la Commission du 8 septembre 1999 concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine, JO L 206 du 15 août 2000, pp. 6 et s., point 82. Dans une décision du 13 juin 2000 relative à la mesure d'aide accordée par l'Allemagne à Kali und Salz GmbH (JO L 44 du 15 février 2001, pp. 39 et s.), la Commission avait observé à propos de la cession d'une participation publique dans une entreprise allemande : « Conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice et à la politique de la Commission, celle-ci estime que le prix de vente d'une participation publique ne contient aucun élément d'aide d'Etat lorsque l'objet de la cession est proposé à la vente dans le cadre d'un appel d'offres ouvert sans conditions et non discriminatoire. Toutefois, les Etats membres ne sont pas tenus d'avoir recours à cette procédure lors de la

2. *Suspicion d'aide lorsque l'appel d'offres n'est pas inconditionnel ou qu'il comprend des conditions commerciales anormales*

577.- L'exigence de la Commission que l'appel d'offres soit inconditionnel revient à dire que l'aliénation ne doit pas être liée à des conditions qu'un investisseur privé ne formulerait pas²¹⁸². Ce serait le cas, par exemple, si la privatisation était liée à un engagement de l'acquéreur quant au maintien de l'emploi. La Commission considère qu'en l'absence de cette condition, le prix serait plus élevé²¹⁸³, la différence de prix représentant une aide au maintien de l'emploi.

Encore faut-il que la condition ait réellement influencé le prix, la preuve en incombant à la Commission²¹⁸⁴. Le fait que le prix auquel la vente a été conclue soit proche de l'évaluation faite par des experts peut être un indice que les conditions n'ont pas eu d'effet sur le prix de la vente²¹⁸⁵. La Commission a d'ailleurs fait remarquer que « certaines conditions peuvent décourager des investisseurs potentiels envisageant de présenter une offre, ce qui affecte la concurrence dans le cadre de l'appel d'offres et conduit à ce que l'offre présentée qui est financièrement la meilleure ne correspond pas nécessairement à la valeur réelle de marché »²¹⁸⁶.

En résumé, tout dépend finalement des circonstances concrètes. Ainsi, tantôt un même type de condition conduit à la qualification d'aide d'Etat²¹⁸⁷, tantôt cette qualification est rejetée²¹⁸⁸.

cession de participations publiques » (point 24). Du point de vue des dispositions sur les aides étatiques, cette affirmation vaut encore à l'heure actuelle. Notons qu'il n'est pas clair à quels arrêts de la Cour la Commission entend se référer dans le passage cité.

²¹⁸² Cf. en ce sens, la décision de la Commission du 30 juillet 1996 relative aux aides accordées par le gouvernement autrichien à l'entreprise Head Tyrolia Mares sous forme d'injection de capital, JO L 025 du 28 janvier 1997, pp. 26 et s., en particulier, page 40, ou encore la décision de la Commission du 27 février 2008 concernant l'aide d'Etat C 46/07 (ex NN 59/07), mise à exécution par la Roumanie en faveur de l'entreprise automobile Craiova (anciennement Daewoo Romania), point 49 qui requiert qu'il ne soit « posé aucune condition qui ne soit pas de pratique courante dans des transactions comparables entre personnes de droit privé et qui pourrait conduire à une réduction du prix de vente » (JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 12 et s.).

²¹⁸³ Décision de la Commission du 30 juillet 1996 relative aux aides accordées par le gouvernement autrichien à l'entreprise Head Tyrolia Mares sous forme d'injection de capital, en particulier le point 7.2.6. (JO L025 du 28 janvier 1997, pp. 26 et s.).

²¹⁸⁴ Voir, pour un exemple, la décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland, JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 32 et s., point 143, la décision de la Commission du 27 février 2008 concernant l'aide d'Etat C 46/07 (ex NN 59/07), mise à exécution par la Roumanie en faveur de l'entreprise automobile Craiova (anciennement Daewoo Romania), JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 12 et s., point 54, ou encore la décision de la Commission du 28 août 2009 concernant l'aide d'Etat C 6/09 (ex N 663/08) - Autriche Austrian Airlines - Plan de restructuration, points 219 et s. (JO L 59 du 9 mars 2010, pp. 1 et s.).

²¹⁸⁵ Décision de la Commission du 28 août 2009 concernant l'aide d'Etat C 6/09 (ex N 663/08) - Autriche Austrian Airlines - Plan de restructuration, point 219 (JO L 59 du 9 mars 2010, pp. 1 et s.).

²¹⁸⁶ Décision de la Commission du 27 février 2008 concernant l'aide d'Etat C 46/07 (ex NN 59/07), mise à exécution par la Roumanie en faveur de l'entreprise automobile Craiova (anciennement Daewoo Romania), point 52 (JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 12 et s.).

²¹⁸⁷ Voir par exemple la décision de la Commission du 30 juillet 1996 relative aux aides accordées par le gouvernement autrichien à l'entreprise Head Tyrolia Mares sous la forme d'injections de capital, pp. 26 et s., en particulier le point 7.2.6, page 39 (JO L no 25 du 28 janvier 1997).

²¹⁸⁸ Ainsi, la Commission conclut pour des motifs assez surprenants à l'absence d'aide d'Etat du fait d'une stipulation relative au maintien d'un certain niveau d'emploi dans sa décision du 11 avril 2000 concernant les aides accordées par l'Italie à la Centrale del Latte di Roma, point 91 (JO L 265/15 du 19 octobre 2000, pp.15 et s.) en relevant ce qui suit: « Pour ce qui est des conditions de vente, la Commission observe en premier lieu que la vente de propriétés publiques à des conditions spécifiques est acceptable aux termes du droit communautaire si ces conditions ne constituent pas une discrimination vis-à-vis de l'acquéreur. Dans la vente en question, en effet, toutes les conditions (maintien de l'emploi, élaboration d'un plan social, obligation d'acheter au moins 80 % des matières premières aux producteurs locaux et interdiction de déplacer le site de production pendant cinq ans) ne sont pas discriminatoires vis-à-vis de l'acquéreur. La Commission estime également que chacune de ces conditions peut influencer le prix réel de l'entreprise sur le marché. Pour ce qui

3. Secteurs « sensibles »

578.- Dans des secteurs qu'elle dit sensibles, la Commission requiert expressément que toutes les opérations de privatisation soient notifiées²¹⁸⁹.

D. Appréciation

579.- Les exigences que la Commission formule à l'endroit des cessions de participations ne procèdent pas du principe d'égalité ou des libertés fondamentales, mais répondent au souci d'éviter que l'opération ne comporte une aide d'Etat, c'est-à-dire qu'une entreprise n'obtienne des contreparties qu'un investisseur privé, placé dans la même situation que le pouvoir public, n'aurait pas accordées.

Lors de privatisations d'entreprises, contrairement aux ventes par les pouvoirs publics de terrains et de bâtiments, un prix de cession conforme à l'évaluation d'un expert indépendant ne fait pas présumer une absence d'aide et ne dispense donc pas de notifier l'opération. Cela peut s'expliquer par la plus grande incertitude qui affecte en général l'évaluation d'une société.

Une privatisation comportant une mise en concurrence ouverte, respectant les principes d'égalité et de transparence et suivie d'une cession au plus offrant, est en principe conclue au prix du marché. Si, d'autre part, la cession ne comprend pas de conditions qu'un opérateur privé n'aurait pas acceptées, l'existence d'une aide peut être exclue. Sauf le cas d'une cession en bourse, le XXIII^e rapport sur la concurrence (1993) ne dispense de notification que les privatisations qui répondent à ces conditions.

Aucune des conditions posées par la Commission pour une dispense de notification n'est à elle seule déterminante pour faire conclure à l'existence ou à l'absence d'une aide d'Etat. Ainsi, l'élimination du candidat offrant le meilleur prix pourrait être justifiée par l'absence de garanties suffisantes de bonne exécution²¹⁹⁰. De même, si l'entreprise est cédée au plus offrant à un prix égal ou supérieur à sa valeur estimée, des éléments d'aide d'Etat peuvent subsister, si la cession comporte des conditions qu'un investisseur n'aurait pas stipulées.

L'exigence de notifier toutes les opérations non conformes aux conditions indiquées dans le XXIII^e rapport sur la concurrence va au-delà de ce qu'impose le droit primaire. L'article 108, paragraphe 3, TFUE oblige les Etats membres de notifier « des projets tendant à instituer ou à modifier des aides », mais non de notifier des opérations qui pourraient, à première vue, éventuellement renfermer une aide étatique, mais qui, en définitive, n'en comportent pas. Evidemment, les parties ont tout intérêt, par simple mesure de prudence, à notifier une opération qui ne remplit pas les conditions ci-dessus indiquées. Elles éviteront ainsi que les conditions de l'opération ne soient ultérieurement remises en question.

est du maintien de l'emploi, la Commission a noté que l'acquéreur s'est engagé à maintenir seulement 200 emplois sur les 392 existants. Compte tenu des autres offres et des prévisions du plan social, ce nombre d'emplois semble approprié pour le fonctionnement normal de la société. L'acquéreur s'est également engagé à élaborer un plan industriel pour un montant total de 59,409 milliards de liras italiennes, supérieur à celui proposé par d'autres candidats. Pour ce qui est des autres conditions, elles semblent avoir pour but d'assurer la poursuite du modèle de production de la société. Dès lors, la Commission est d'accord avec les autorités italiennes pour estimer qu'il n'est pas possible de calculer l'effet de ces conditions sur le prix du marché et qu'il peut être neutralisé par le fait que l'offre du candidat retenu est nettement supérieure à la valeur de l'entreprise, fixée par l'expertise indépendante (42%) ».

Il est assez évident qu'un vendeur privé n'aurait pas formulé ces conditions que la Commission accepte avec beaucoup de bienveillance comme n'ayant pas de répercussion sur le prix.

²¹⁸⁹ XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence, point 403 ; XXI^e rapport sur la politique de la concurrence, point 251, qui indique comme secteurs sensibles les fibres synthétiques, l'acier, les automobiles, la construction navale et les activités agricoles.

²¹⁹⁰ Décision de la Commission du 30 avril 2008 sur l'aide d'Etat C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland (JO L 239 du 6 septembre 2008, pp. 32 et s., points 116 à 124.

§ 4.- Partenariats public - privé

580.- Ces dernières années, de nombreux pouvoirs publics ont eu recours à des contrats communément appelés « partenariats public-privé ». Ces contrats portent en général à la fois sur la conception, le financement, l'exécution et la gestion d'infrastructures. La durée de ces contrats est d'ordinaire très longue. Normalement, elle est de plusieurs décennies²¹⁹¹. La rémunération du partenaire privé est différée, à savoir qu'elle est répartie sur toute la durée du contrat. Elle est variable en fonction du degré de performance du partenaire privé dans l'exécution de ses obligations. En principe, ce type d'opération ne se rencontre pas dans le secteur privé. Les partenariats publics privés ont souvent été présentés comme des instruments particulièrement efficaces engendrant des économies substantielles pour le secteur public²¹⁹². Les arguments avancés reposent cependant plutôt sur des considérations abstraites que sur l'analyse comparée de cas pratiques²¹⁹³. Face à certains échecs, ils paraissent de moins en moins tenables²¹⁹⁴.

Il y a lieu de craindre que le recours à l'instrument des partenariats public-privé ne soit souvent motivé par des considérations comptables²¹⁹⁵, les paiements à venir, échelonnés sur des décennies, étant d'après les directives d'Eurostat²¹⁹⁶ considérés sous certaines conditions comme étrangers à la dette publique. D'autre part, la réunion en un seul marché du financement, de la conception, de l'exécution et de l'exploitation d'une infrastructure conduit à un degré de complexité permettant plus aisément de justifier le recours à la procédure du dialogue compétitif, plus souple que la procédure ouverte ou restreinte. Enfin, le recours fréquent aux partenariats publics-privés a sans doute aussi été un effet de mode²¹⁹⁷.

²¹⁹¹ Cf. la décision de la Commission du 2 octobre 2002 concernant le métro londonien. Les partenariats publics-privé pour le métro de Londres étaient censés avoir une durée de trente ans. Il s'agit d'un élément qui devait évidemment interpeller la Commission, une durée pareille ne se rencontrant en principe pas dans le secteur privé. La Commission s'est limitée à justifier cette longue durée par des considérations générales (point 105), sans examiner si la complexité des opérations n'était pas en large partie artificielle, due à une mauvaise technique contractuelle, rendant complexe mêmes les choses les plus simples, favorisant l'usage de concepts vagues pour déterminer les obligations des parties, ces insuffisances étant contrebalancées par des mécanismes correcteurs et le recours à l'arbitrage ... D'autre part, il est étrange que la Commission ait accepté si facilement de considérer que les contrats portaient principalement sur des prestations de services (point 82), alors qu'il s'agissait en premier lieu de procéder à d'importants travaux d'infrastructure dans le métro londonien (point 14). L'intention de la Commission était-elle de justifier le recours à la procédure négociée ? En réalité, la directive secteurs spéciaux 93/38, en vigueur à l'époque de la conclusion des contrats, autorisait le recours à la procédure négociée pour les marchés publics de travaux dans les secteurs spéciaux, ce que la Commission paraît avoir perdu de vue.

²¹⁹² Voir, par exemple, E. GILLET et C. DUBOIS, « La gouvernance des PPP : une illustration à partir des projets d'infrastructure » in *Chronique des marchés publics*, 2010 - 2011, pp. 335 et s., p. 341.

²¹⁹³ Voir la critique très vive, mais pertinente du conseil d'Etat luxembourgeois dans son avis du 5 mai 2009 concernant le projet de loi relatif à la réalisation du Campus scolaire Mersch pour le Neie Lycée et le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public-privé (doc. parl 5991). Cf. également par exemple H. MÜHLENKAMP, *Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership (PPP) ?* dans « Chancen und Risiken von PPP - Eine Betrachtung aus ökonomischer und juristischer Perspektive », Ludwig-Fröhler-Institut (Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut (DHI)), notamment pp. 117-119 et la note 10). Voir également B. BISSUEL, « La décade des partenariats public-privé en France », *Le Monde*, 7 novembre 2013, p. 8.

²¹⁹⁴ Voir, par exemple, B. BISSUEL et L. CLAVREUL, « Eiffage et l'hôpital sud-francilien : récit d'un divorce », *Le Monde* du 1^{er} avril 2014, p. 19.

²¹⁹⁵ Voir en ce sens également, C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 265, 266 et 267.

²¹⁹⁶ Cf. également Eurostat « Manual on Government Deficit and Debt », 2012, partie VI ; voir également ci-dessus, no 270.

²¹⁹⁷ D'autres auteurs sont moins réservés. Ainsi, par exemple, Philippe COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 2007, nos 230 et s., en particulier no 267, ou encore A. STEICHEN, *Précis de finances publiques*, Luxembourg, éditions Saint-Paul, 2007, pp. 384 à 387.

Dans une décision du 2 octobre 2002, la Commission a considéré que dès lors que les partenariats public-privé ont été conclus après une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire, il est en principe présumé que la contribution du secteur public représente le prix du marché²¹⁹⁸.

Dans cette affaire qui concernait une éventuelle aide d'Etat au partenariat public-privé pour le métro londonien, il avait été affirmé par une partie tierce, TfL (Transport for London), que l'adjudication de certains contrats n'avait pas été conduite conformément au droit européen et que l'offre économiquement la plus avantageuse n'avait pas été identifiée et ne pouvait pas l'être dans le cadre de la procédure que London Underground limited avait menée²¹⁹⁹. Dans sa décision, la Commission explique qu'« une méthode complexe fut développée pour exprimer les différences [celles qui ne portent pas sur des termes financiers] en des termes financiers, afin de permettre la comparaison des offres et de choisir pour chaque contrat un soumissionnaire préféré »²²⁰⁰. La Commission a considéré « que dans ce cas particulier, il était équitable envers tous les soumissionnaires de développer une procédure, appliquée de façon cohérente, pour mettre une valeur comparative sur les avantages et les désavantages présentés par chaque offre » et « que dans le contexte de contrats complexes comme celui-ci, ceci paraît être une méthode appropriée pour la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse ». La Commission s'est cependant abstenue de vérifier l'adéquation des critères d'attribution et la cohérence de la pondération des aspects non financiers. Elle n'a pas non plus examiné si, en fait, l'interaction des différentes clauses contractuelles dans ce contrat qu'elle qualifie elle-même de « complexe et innovant »²²⁰¹ n'aboutissait pas à une opération déséquilibrée non conforme à des conditions normale de marché.

§ 5.- Les compensations d'obligations de service public

581.- La question de savoir dans quelle mesure des compensations pour des obligations de service public représentent des aides d'Etat a été traitée dans un certain nombre d'arrêts et continue d'être amplement discutée. La Cour a d'abord exclu la qualification d'aide d'Etat si la compensation ne constitue que la contrepartie des « surcoûts réellement supportés »²²⁰². A partir de son arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003²²⁰³, elle a cependant adopté une conception plus large de la notion d'aide d'Etat en posant quatre conditions à l'absence d'aide lors de l'octroi de compensations pour l'exécution d'obligations de service public. Cette approche se situe en quelque sorte à mi-chemin entre l'approche « comparative » (*quid pro quo*) et l'approche « aide d'Etat »²²⁰⁴. La quatrième condition *Altmark* prévoit une alternative : « Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectuée dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations »²²⁰⁵. La mise en concurrence, ici encore²²⁰⁶, n'est ni une condition

²¹⁹⁸ Cf. la décision de la Commission du 2 octobre 2002 concernant le métro londonien, point 79.

²¹⁹⁹ Décision de la Commission du 2 octobre 2002 concernant le métro londonien, point 71.

²²⁰⁰ Il s'agit de notre traduction de la décision qui ne semble exister qu'en anglais.

²²⁰¹ Décision de la Commission du 2 octobre 2002 concernant le métro londonien, point 89.

²²⁰² Voir l'arrêt de la Cour du 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, nos 26 et 27.

²²⁰³ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00. La Cour a régulièrement répété ces conditions dans des arrêts ultérieurs, ainsi, assez récemment, dans son arrêt du 8 mai 2013, *Libert*, C-197/11 et C-203/11, points 87 à 92.

²²⁰⁴ Cf. en ce sens, H. VEDDER et M. HOLWERDA, « The European Court's Jurisprudence After *Altmark* ; Evolution or Devolution ? » in *Financing Services of General Economic Interest - Reform and Modernization*, E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN, Asser Press, The Hague, 2013, pp. 53 et s., no 3.2.3.

²²⁰⁵ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, point 93.

²²⁰⁶ Voir, par exemple ci-dessus no 559 ou encore no 679 quant aux privatisations d'entreprises.

nécessaire, ni une condition suffisante pour conclure à l'absence d'aide d'Etat. Il suffit que l'une des trois autres conditions ne soit pas remplie pour que les compensations soient qualifiées d'aide²²⁰⁷.

En matière de compensations de service public, outre les cas de mise en concurrence inefficaces envisagés plus haut qui risquent de conduire à des aides d'Etat - appel d'offres conditionnel ou procédure de mise en concurrence inefficace - c'est également en raison des modalités de calcul de la contrepartie, de l'indéfinition des obligations de service public ou de leur inexistence, que la mesure en question pourra être considérée comme une aide d'Etat²²⁰⁸.

Chapitre III.- La mise en concurrence recommandée ou exigée par la Commission afin qu'une aide puisse être déclarée compatible avec le marché intérieur

Section 1^{re}.- Introduction : position du problème

582.- L'article 107, paragraphe 3, TFUE accorde à la Commission le pouvoir d'exempter certaines aides de l'interdiction de principe de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE en les déclarant compatibles avec le marché intérieur. A cet égard, la Cour de Justice reconnaît à la Commission un large pouvoir d'appréciation²²⁰⁹.

Vu les termes de l'article 106, paragraphe 3, la Commission paraît également disposer d'un certain pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'article 106, paragraphe 2, TFUE²²¹⁰, qui permet de faire échapper certaines mesures en rapport avec des services d'intérêt économique général à l'interdiction de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE. Ce pouvoir d'appréciation semble cependant moins large que celui dont elle dispose en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE.

La Commission a adopté un certain nombre de textes, appelés tantôt « lignes directrices », tantôt « encadrement », indiquant sous quelles conditions elle considère que des aides sont compatibles avec le marché intérieur conformément à l'article 107, paragraphe 3, TFUE.

La Commission est liée par les « lignes directrices », et les « encadrements » qu'elle a adoptés. Ainsi, le Tribunal a décidé que « lorsque la Commission adopte des lignes directrices destinées à préciser, dans le respect du traité CE, les critères qu'elle compte appliquer dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il en résulte une autolimitation de ce pouvoir en ce qu'il lui appartient de se conformer aux règles indicatives qu'elle s'est imposées »²²¹¹, « sous peine de se voir sanctionner,

²²⁰⁷ Voir, par exemple, la décision de la Commission du 16 mai 2006 concernant l'aide publique no 604/2005 accordée par l'Allemagne à des exploitants de lignes d'autobus : la mesure en question a été qualifiée d'aide nonobstant une mise en concurrence respectueuse des principes de mise en concurrence, mais susceptible d'aboutir à une surcompensation vu les modalités de calcul de la compensation fixée en fonction du nombre de voyageurs (point 54).

²²⁰⁸ Voir ci-dessus, nos 452 et s. au sujet des services d'intérêt économique général, lesquels comportent nécessairement des obligations de service public (cf. en ce sens l'arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA, T-289/03, point 188).

²²⁰⁹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 11 septembre 2008, Kronofrance, C-75/05 P et C-80/05 P, point 59, ou encore l'arrêt de la Cour du 24 février 1987, Deufil/Commission, 310/85, point 18.

²²¹⁰ Dans sa communication du 28 novembre 2005 (cette communication faisait partie du paquet Altmark (voy. à cet égard le no 456 en note) concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE [actuel article 106, paragraphe 2, TFUE] aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, la Commission affirme que l'article 86, paragraphe 3, c'est-à-dire l'actuel article 106, paragraphe 3, TFUE, « autorise la Commission à préciser le sens et la portée de l'exception prévue à l'article 86, paragraphe 2, du traité, ainsi qu'à établir, en tant que de besoin, des règles visant à permettre un contrôle efficace du respect des critères énoncés à l'article 86, paragraphe 2 ». Il nous semble douteux que la Commission dispose de pouvoirs si étendus quant à l'article 106, paragraphe 2 TFUE. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur cette question. Dans un arrêt du 12 février 2008, BUPA, T-289/03 (points 266 et s.), le Tribunal estime au contraire qu'en agissant en vertu de l'article 106, paragraphe 3, TFUE, la Commission se trouve limitée par un large pouvoir d'appréciation des Etats membres tant pour la définition des SIEG que pour la fixation des conditions d'une compensation de services publics.

²²¹¹ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, point 208 ; voir dans le même sens l'arrêt du Tribunal du 1^{er} décembre 2004, Kronofrance, T-27/02, point 79, concernant des lignes directrices

le cas échéant, au titre de la violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime, à moins de donner des raisons justifiant, au regard de ces mêmes principes, qu'elle s'écarte de ses propres règles ». La Cour admet cependant que la Commission modifie ses lignes directrices et, le cas échéant, les rende plus strictes²²¹².

Régulièrement, les lignes directrices et les encadrements recommandent, voire imposent, de recourir à une mise en concurrence avant l'octroi d'une aide à une entreprise déterminée. Cela tend même à devenir systématique pour certains types d'aides. De prime abord, cette pratique peut paraître étonnante. En effet, les aides ne sont-elles pas par définition des mesures inégalitaires, puisqu'elles procurent des avantages à certaines entreprises et non à d'autres ? Pourquoi alors imposer cette mesure qui, dans d'autres domaines, est présentée comme une conséquence du principe d'égalité ?

C'est que, lorsqu'il s'agit d'aides, la mise en concurrence n'est pas une exigence du principe d'égalité du droit européen. Dans ce cas, la mise en concurrence est dictée par l'objectif d'efficacité de l'aide. Plus précisément, il s'agit d'après la terminologie de la Commission d'une conséquence de la règle de la « proportionnalité »²²¹³, c'est-à-dire, de l'exigence que le comportement souhaité pour réaliser un objectif d'intérêt commun soit obtenu avec le moins d'aide possible. Cette exigence fait partie de ce que la Commission appelle le « critère de la mise en balance »²²¹⁴.

prises dans le cadre de l'actuel article 107, paragraphe 3, TFUE. Dans ce dernier arrêt, il s'agissait de lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux (JO C 312 du 9 décembre 2005, p. 1 et s.).

²²¹² Arrêt de la Cour du 14 avril 2005, Belgique/Commission, C-110/03, point 73.

²²¹³ Voir par exemple l'« Encadrement communautaire des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation » (JO C 232 du 30 décembre 2006, pp. 1 et s., p. 5) ; d'une façon plus générale, voir le « plan d'action » dans le domaine des aides d'Etat intitulé « Des aides d'Etat moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'Etat 2005-2009 » (COM (2005) 107 final - SEC (2005) 795).

²²¹⁴ La jurisprudence va dans le même sens, laissant cependant à la Commission un large pouvoir d'appréciation quant à la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur. Selon le Tribunal, la Commission doit examiner si les avantages attendus de l'aide « l'emportent sur les distorsions de concurrence et les incidences du projet subventionné sur les échanges entre les Etats membres » (arrêt du Tribunal du 10 juillet 2012, Smurfit Kappa Group, T-304/08, point 91). A cela s'ajoutent l'exigence que l'aide soit nécessaire pour atteindre l'objectif visé et celle d'un effet incitatif (arrêt de la Cour du 15 avril 2008, Nuova Agricast, C-390/06, point 68 ; arrêt du Tribunal du 14 janvier 2009, Kronopoly, T-162/06, points 59 et 30). La Commission a exposé sa façon de procéder dans son « plan d'action » dans le domaine des aides d'Etat intitulé « Des aides d'Etat moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'Etat 2005-2009 » (COM (2005) 107 final - SEC (2005) 795), page 6, no 19. Dans un document intitulé « Principes communs d'évaluation économique de la compatibilité des aides d'Etat en application de l'article 87, paragraphe 3 », la Commission explique en détail la manière dont elle applique la méthode de la « mise en balance ».

Tant le plan d'action (point 10) que la communication intitulée « Principes communs d'évaluation économique de la compatibilité des aides d'Etat ... » paraissent élargir considérablement les dérogations admises par le traité à l'interdiction des aides d'Etat. Dans sa communication, la Commission expose au point 4 : « *L'article 87, paragraphe 1 du traité CE pose le principe que les aides d'Etat qui faussent ou menacent de fausser la concurrence sont interdites dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres. Cependant, les aides d'Etat qui contribuent à des objectifs d'intérêt commun européen clairement définis sans fausser indûment la concurrence entre les entreprises ni les échanges entre Etats membres peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun. L'article 87, paragraphe 3 du traité CE admet par conséquent des exceptions à l'interdiction générale des aides d'Etat en vue d'atteindre des objectifs dans l'intérêt commun* ».

Cette affirmation doit être contestée, puisqu'elle tend à réduire les exceptions prévues par le droit primaire à l'interdiction des aides d'Etat comme n'étant que l'expression d'un principe plus général qui pourrait s'appliquer à d'autres cas non prévus par le droit primaire. Les exceptions étant d'interprétation stricte, ce raisonnement n'est pas admissible. Suivant son approche, la Commission, entend également appliquer le critère de la mise en balance à des aides « *sortant manifestement du cadre de toutes lignes directrices ou exemptions par catégorie* » (point 7 du document intitulé « Principes communs d'évaluation économique de la compatibilité des aides d'Etat ... »). En revanche « *si une aide donnée, en raison de sa finalité, s'inscrit dans le cadre de lignes directrices existantes et doit donc être notifiée conformément à ces dernières, seuls s'appliquent les critères d'évaluation (tels qu'intensité des aides, critères d'admissibilité, etc.) qui y sont formulés* » (point 6 de ces principes communs).

Il se peut que dans certains cas, une mise en concurrence s'impose également en vertu des directives « marchés publics » ou de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire²²¹⁵. Il arrive ainsi de trouver une référence relative aux règles concernant les marchés publics dans des textes relatifs aux aides d'Etat²²¹⁶.

Section 2.- Lignes directrices et encadrements de la Commission recommandant ou imposant une mise en concurrence afin de pouvoir déclarer des aides d'Etat compatibles avec le marché intérieur

§ 1^{er}. Communication de la Commission contenant lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux²²¹⁷

583.- L'une des conditions posées par la Commission pour exempter les aides au démarrage de routes aériennes (autres que celles qu'un aéroport accorde comme un investisseur privé agissant en économie de marché) est que l'attribution de l'aide soit non discriminatoire. D'après la communication, ceci signifie que « toute entité publique qui envisage d'octroyer à une compagnie, via un aéroport ou non, des aides au démarrage d'une nouvelle route doit rendre son projet public dans un délai suffisant et avec une publicité suffisante pour permettre à toutes les compagnies intéressées de proposer leurs services. Cette communication doit comporter notamment la description de la route, ainsi que des critères objectifs en termes de montant et de durée des aides. Les règles et principes en matière de marchés publics et de concessions doivent, lorsqu'ils sont applicables, être respectées »²²¹⁸.

D'après le critère de la mise en balance « *l'aide n'est considérée comme proportionnée qu'à la condition que le même résultat ne puisse être atteint moyennant une aide et une distorsion moins importante, le montant et l'intensité de l'aide doivent être limités au minimum nécessaire pour que l'activité subventionnée soit menée. Dès que l'aide excède le minimum nécessaire, son destinataire bénéficiera d'un profit exceptionnel susceptible de fausser inutilement la concurrence, et elle ne saurait donc être jugée compatible avec le marché commun* » (point 39 de ces principes communs).

Lorsque les lignes directrices ou les encadrements ne prévoient pas des maxima d'aides et, d'une façon générale, pour « *les cas relevant de l'évaluation détaillée prévue par les lignes directrices ou encadrements existants* », « *les Etats membres doivent fournir les éléments permettant d'évaluer la quantité d'aide nécessaire pour compenser l'activité supplémentaire que cette dernière doit engendrer, autrement dit les surcoûts supportés par son bénéficiaire s'il entreprend le projet subventionné, par rapport à ce qui se serait passé en l'absence d'aide. De plus, si ce projet induit des bénéfices d'exploitation supplémentaires mesurables pour le destinataire de l'aide (c'est-à-dire des coûts moindres en raison de l'utilisation d'une nouvelle technologie de production ou de ressources supplémentaires), la Commission les prendra en compte pour déterminer le montant d'aide proportionnel. L'acquisition d'une machine plus respectueuse de l'environnement, par exemple, peut également induire des bénéfices sous forme d'économies d'énergie. La prise en compte de ces bénéfices permet de calculer le coût net* » (points 41 et 42 de ces principes communs).

Le « coût net » représente ainsi ce qu'il coûte vraiment, en définitive, à l'entreprise pour adopter le comportement souhaité (cf. le point 21 des principes communs).

²²¹⁵ Cf. ci-dessus, nos 341 et 473 et s.

²²¹⁶ Cf. par exemple ci-dessus, no 583, la Communication de la Commission contenant les lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux.

²²¹⁷ Communication de la Commission contenant les lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux (JO C 312, du 9 décembre 2005, pp. 1 et s.)

²²¹⁸ Point 79, h de la communication. Voir dans le même sens, le point 113 du projet de lignes directrices de l'UE sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes supposées remplacer celles de 2005 (disponible sur le site internet de la Commission).

§ 2.- Le cas des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation

584.- Pour les aides soumises à un « examen approfondi » conformément à la septième section de cet « encadrement », la Commission, sans l'imposer absolument, suggère une mise en concurrence²²¹⁹. En principe, la Commission ne procède à un examen approfondi que si les plafonds indiqués au point 7.1. sont dépassés. La Commission indique qu'« elle ne recourra pas de manière mécanique ... aux critères énoncés aux sections 7.3 et 7.4, [ces critères ayant trait entre autres à une mise en concurrence en vue de la sélection du bénéficiaire de l'aide], mais effectuera une appréciation d'ensemble fondée sur le principe de proportionnalité »²²²⁰.

Au point 7.3.4. (« Proportionnalité de l'aide »), la Commission indique que « lorsqu'il existe plusieurs candidats (potentiels) pour réaliser le projet de RDI dans un Etat membre, il est plus probable que le critère de proportionnalité de l'aide sera accepté si le projet a été attribué sur la base de critères transparents, objectifs et non discriminatoires ». Plus loin, au point 7.4.1. (« Distorsion des incitants dynamiques »), la Commission précise que « lorsque la subvention est accordée sur la base des critères objectifs et non discriminatoires, la Commission fera preuve d'une plus grande bienveillance ».

La Commission ne requiert pas que la mise en concurrence ait lieu à l'échelle européenne. Au contraire, c'est justement au point 7.3.4. qui a trait à la mise en concurrence elle envisage le cas où « il existe plusieurs candidats (potentiels) ... dans un même Etat membre ». On se trouve donc bien dans une logique d'aide d'Etat qui n'est accordée en principe qu'à des entreprises établies sur le territoire de l'Etat membre qui accorde l'aide.

Le seul fait d'accorder une aide en vue d'une activité de recherche et de développement ne constitue normalement pas un marché public. Il ne pourrait s'agir d'un marché public que si le pouvoir public qui accorde l'aide avait un « intérêt économique direct »²²²¹ à la prestation de recherche et de développement. Si la mesure d'aide accompagnait un marché soumis aux directives « marchés publics », les modalités de la mise en concurrence selon ces directives devraient être respectées²²²². Il ne pourrait y être dérogé sous le prétexte que le marché comprend une mesure d'aide²²²³.

§ 3.- Les lignes directrices concernant les aides d'Etat visant à promouvoir les investissements capital-investissement dans de petites et moyennes entreprises (JOCE, C 194 du 18 août 2006, pp. 2 et s.)²²²⁴

585.- Dans ces lignes directrices, la Commission indique la méthode selon laquelle elle apprécie si des aides sous forme de capital-investissement sont compatibles avec le marché intérieur. La mise en

²²¹⁹ « Encadrement communautaire des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'environnement » (JO C 323 du 30 décembre 2006, pp. 1 et s.) : point 7.3.4. « Proportionnalité de l'aide » (p. 22) et 7.4.1. « Distorsion des incitants dynamiques » (p. 22). Cet encadrement a pris fin le 1^{er} janvier 2014. Il n'a cependant pas encore été remplacé. Le projet d'encadrement destiné à le remplacer au 1^{er} juillet 2014 (disponible sur le site internet de la Commission), prévoit de manière plus générale que s'il « existe plusieurs candidats potentiels pour entreprendre l'activité bénéficiant de l'aide, il est plus probable que le critère de proportionnalité de l'aide sera respecté si cette dernière est accordée sur la base de critères transparents, objectifs et non discriminatoires » (point 91).

²²²⁰ Encadrement communautaire des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'environnement, point 7.5., p. 23.

²²²¹ Cf. l'arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 49.

²²²² En effet, les services de recherche et de développement figurent parmi les services prioritaires pour lesquels les directives « marchés publics » imposent une mise en concurrence.

²²²³ Cf. ci-dessus les nos 531 et s. concernant les rapports entre la réglementation sur les aides d'Etat et l'obligation de mise en concurrence du droit primaire (articles 49 et 56 TFUE) et des directives « marchés publics ».

²²²⁴ Ces lignes directrices restent en vigueur jusqu'au 30 juin 2014 conformément au point 173 des lignes directrices relatives aux aides d'Etat visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques (JO C 19 du 22 janvier 2014, pp. 4 et s.)

œuvre de ce type d'aide peut avoir lieu par des mécanismes très divers²²²⁵. Pour le cas où l'aide est mise en œuvre par un fonds d'investissement, la Commission indique qu'il pourrait y avoir aide d'Etat en faveur du fonds d'investissement même si, en règle générale, elle a plutôt tendance à considérer que les bénéficiaires de l'aide sont les investisseurs privés qui participent à l'investissement ou encore l'entreprise à laquelle l'investissement est en définitive destiné²²²⁶.

Au point 3.2, la Commission indique : « De même, il y aura aide en faveur des gestionnaires du fonds ou de la société de gestion si leur rémunération ne correspond pas entièrement à la rémunération courante offerte par le marché dans des situations comparables. En revanche, l'absence d'aide sera présumée si les gestionnaires ou la société de gestion sont sélectionnés selon une procédure d'appel d'offres publique ouverte et transparente ou s'ils ne reçoivent pas d'autre avantage d'origine publique »²²²⁷. Il s'agit-là d'une démarche similaire à celle de la communication de la Commission concernant les éléments d'aide dans les ventes de terrains et de bâtiments²²²⁸ ou encore du XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence concernant les privatisations d'entreprises²²²⁹.

La gestion d'un fonds d'investissement constitue un service non prioritaire. Un marché public portant sur un tel service ne serait pas soumis à une mise en concurrence d'après les directives « marchés publics » actuelles. Il n'en reste pas moins qu'un pareil marché serait soumis à une obligation de mise en concurrence s'il présentait un intérêt transfrontalier²²³⁰.

Plus loin, au point 5.2.4. (« Proportionnalité ») des lignes directrices, concernant les aides soumises à une « appréciation détaillée », c'est-à-dire celles qui ne remplissent pas toutes les conditions énoncées à la section 4, la Commission indique qu'elle « considérera que les éléments suivants influencent positivement l'appréciation de la proportionnalité dans la mesure où ils caractérisent une approche fondée sur de bonnes pratiques :

- a) Appel d'offres ouvert pour les gestionnaires. L'organisation d'un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire pour la sélection des gestionnaires ou de la société de gestion assurant la meilleure combinaison possible en termes de qualité et de coût sera considérée favorablement, car elle contribuera à limiter le niveau des coûts (et peut-être de l'aide) et aussi à minimiser les distorsions de concurrence.
- b) Appel d'offres ou appel à manifestation d'intérêts adressé aux investisseurs. Un appel d'offres pour l'établissement d'éventuelles « conditions préférentielles » consenties aux investisseurs, ou l'offre de conditions de ce type pour d'autres investisseurs. Cette offre peut prendre la forme d'un appel à manifestation d'intérêts adressé aux investisseurs potentiels au moment du lancement d'un fonds d'investissement ou d'un véhicule d'investissement, ou prendre la forme d'un régime (par exemple un régime de garantie) qui reste ouvert à la participation de nouveaux entrants pendant une longue période »²²³¹.

Tout cela reste à l'évidence assez mal articulé. L'objectif poursuivi, du moins pour l'appel d'offres envisagé sous le point b), est clairement celui de faire en sorte que le niveau d'aide soit le moins élevé possible. D'autre part, la mise en concurrence n'est pas considérée comme obligatoire par la Commission. Elle influe seulement de manière positive sur l'appréciation de la Commission.

²²²⁵ Cf. le point 4.2. des lignes directrices : constitution de fonds d'investissement (« fonds de capital à risque »), garanties, incitations fiscales, ...

²²²⁶ Cf. point 3.2. des lignes directrices.

²²²⁷ Voir à ce sujet le point 136 des nouvelles lignes directrices qui entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2014.

²²²⁸ Cf. ci-dessus, nos 564 et s.

²²²⁹ Cf. ci-dessus, nos 575 et s.

²²³⁰ Cf. ci-dessus, nos 253, 342 et s. et 473.

²²³¹ Lignes directrices, point 5.2.4., page 18. Voir également les nos 136 à 139 des nouvelles lignes directrices entrant en vigueur le 1^{er} juillet 2014 qui, ne faisant plus la distinction entre appréciation ordinaire et appréciation détaillée, admettent au même titre un appel d'offres pour le choix des investisseurs privés et une expertise. Cf. également les points 170 à 172 des nouvelles lignes directrices pour certains régimes soumis à une appréciation plus approfondie.

A l'égard de ce type d'aide, il ne convient pas non plus de perdre de vue les exigences qui découlent des libertés fondamentales que nous avons examinées plus haut²²³². En effet, lorsque les aides par des « investissements en capital-investissement » impliquent la constitution commune de sociétés ou d'entreprises, il s'agit d'opérations qui, conformément à l'article 56 TFUE (liberté d'établissement) et à l'article 63 TFUE (libre circulation des capitaux), devraient être précédées d'une mise en concurrence, si elles présentent un intérêt transfrontalier²²³³. Les appels d'offres auxquels se réfère le point 5.2.4. (« Proportionnalité ») des lignes directrices ne devraient donc comprendre aucune condition de nationalité ou de lieu d'établissement des investisseurs privés.

§ 4.- L'Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous la forme de compensation de service public²²³⁴

586.- Cet *Encadrement* fait partie du paquet « Almunia »²²³⁵. Il s'applique à des compensations de service public ne remplissant pas toutes les conditions *Altmark*, considérées en conséquence comme des aides d'Etat, mais non dispensées de notification aux termes du paquet « Almunia ». Une fois notifiées, la Commission examine si ces aides sont compatibles avec l'article 106, paragraphe 2, TFUE conformément aux lignes de conduite de l'*Encadrement*.

Selon l'*Encadrement*, une appréciation plus détaillée peut s'avérer nécessaire « lorsque l'Etat membre charge, sans passer par une procédure concurrentielle, un prestataire de services publics de fournir un SIEG sur un marché réservé sur lequel des services très similaires sont déjà fournis ou sont susceptibles d'être fournis dans un avenir proche en l'absence du SIEG »²²³⁶. Sans être strictement requise dans tous les cas²²³⁷, une procédure concurrentielle est donc un élément de nature à faciliter l'obtention d'une décision constatant la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur selon l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

Dans le contexte envisagé, cette exigence est cependant incohérente. Comme l'*Encadrement* requiert qu'en tout état de cause les trois premières conditions *Altmark* soient remplies, il n'y a pas d'aide d'Etat, si la quatrième l'est également²²³⁸. Or, en cas de procédure d'attribution concurrentielle il en est bien ainsi. Dans ce cas, la mesure se situe hors du champ d'application de l'*Encadrement*. Pour la Commission, au contraire, une procédure d'attribution concurrentielle comportant des négociations ne remplit pas la quatrième condition *Altmark*.

L'*Encadrement* requiert par ailleurs le strict respect de toutes les exigences du droit primaire et du droit dérivé des marchés publics²²³⁹.

Le lecteur se demandera peut-être si une mise en concurrence n'est pas requise en tout état de cause en vertu de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire ou des directives « marchés publics ». Nullement, car certains marchés publics ou concessions ne relèvent pas d'une obligation de mise en concurrence. Il en est ainsi par exemple, sous le droit primaire, en l'absence d'intérêt transfrontalier certain (critère qui paraît plus restrictif que celui d'« effet sur les échanges entre Etats membres » de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE), ainsi que pour des concessions de services ou les marchés de services non prioritaires. Il n'y a pas non plus d'exigence de mise en concurrence en cas de

²²³² Cf. ci-dessus, nos 389 et s.

²²³³ A ce sujet, cf. ci-dessus, nos 484 et s., en particulier le no 503. La Cour ne s'est pas encore clairement prononcée à ce sujet. Dans l'arrêt du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki*, C-145/08 et C-149/08, point 63 elle s'est cependant référée à la libre circulation des capitaux en rapport avec la cession d'une participation par l'Etat grec, ce qui laisse penser que la Cour pourrait imposer de procéder à une mise en concurrence dans de tels cas (voir quant à cet arrêt le no 491).

²²³⁴ JO C 8 du 11 janvier 2012, pp. 8 et s.

²²³⁵ Voir au sujet du paquet « Almunia » et des compensations de service public, ci-dessus le no 456 en note et le no 581.

²²³⁶ Point 56 de l'encadrement.

²²³⁷ Cf. cependant J.L. BUENDIA SIERRA et J. M. PANERO RIVAS, « The Almunia Package : State Aid and Services of General Economic Interest » in *Financing Services of General Economic Interest - Reform and Modernization*, E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 125 et s., no 7.4.3, qui s'expriment de manière dubitative.

²²³⁸ Voir ci-dessus, le no 456 en note.

²²³⁹ Point 19 de l'*Encadrement*.

relation « *in house* »²²⁴⁰. D'autre part, ainsi que nous l'avons vu plus haut, il existe de nombreux autres cas d'exception aux obligations de mise en concurrence du droit primaire et du droit dérivé²²⁴¹.

§ 5.- Les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement²²⁴²

A. Objet des aides visées

587.- Ces lignes directrices ont trait à des aides d'Etat pour des mesures diverses, tels le respect de seuils allant au-delà des normes européennes en matière d'environnement ou augmentant le niveau de protection de l'environnement en l'absence de telles normes, la promotion d'énergies renouvelables ou la gestion de déchets. Les lignes directrices indiquent les règles d'après lesquelles la Commission appréciera si ces aides peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur conformément à l'actuel article 107, paragraphe 3, c) TFUE²²⁴³.

B. Application du « critère de la mise en balance »

588.- A propos de ces aides, la Commission applique également le « critère de la mise en balance ». C'est ainsi que :

- 1) l'aide doit viser un objectif d'intérêt commun bien défini,
- 2) elle doit être « conçue pour atteindre l'objectif d'intérêt commun », c'est-à-dire, que l'aide d'Etat doit être un instrument approprié qui modifie le comportement des entreprises sans que le même changement de comportement puisse être obtenu avec une aide moins importante (cette condition étant dictée par le souci de faire en sorte que le montant de l'aide soit limité au minimum nécessaire pour obtenir la protection de l'environnement recherchée)²²⁴⁴, et
- 3) les distorsions de concurrence et l'effet sur les échanges doivent être limités « de sorte que le bilan global [soit] positif »²²⁴⁵.

Plus loin, la Commission explique : « Les entreprises qui agissent dans leur propre intérêt ne sont pas incitées à prendre en compte les externalités négatives découlant de leur production lorsqu'elles choisiront une technologie de production particulière ou lorsqu'elles fixent le volume de production. En d'autres termes, les coûts de production supportés par les entreprises sont plus faibles que les coûts supportés par la société. Les entreprises ne sont donc pas incitées à réduire leur niveau de pollution ou à prendre des mesures individuelles pour protéger l'environnement »²²⁴⁶.

D'autre part, la Commission explique qu'« elle établit ... une série de conditions et de paramètres visant à garantir que l'aide d'Etat a réellement un effet incitatif, est proportionnée et à une incidence négative limitée sur la concurrence et les échanges »²²⁴⁷.

C. L'aide ne peut dépasser le « coût supplémentaire net » - Conséquence : l'« aide » n'est susceptible d'être autorisée que si elle n'en constitue pas une - L'erreur de raisonnement à la base des lignes directrices

589.- L'aide ne peut en aucun cas dépasser « le coût supplémentaire (net) nécessaire pour atteindre les objectifs fixés en matière d'environnement »²²⁴⁸. La Commission précise que « cette notion

²²⁴⁰ Voir en ce sens également, le *Document de Travail des Services de la Commission - Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat, de « marchés publics » et de « marché intérieur »*, du 29 avril 2013 (SWD (2013), 53 final/2), point 220.

²²⁴¹ Cf. ci-dessus les nos 283 et 412 et s.

²²⁴² JO C 82 du 1^{er} avril 2008, pp. 1 et s. Ces lignes directrices s'appliquant jusqu'au 31 décembre 2014 (numéro 203 des lignes directrices).

²²⁴³ Voir numéro 42 des lignes directrices.

²²⁴⁴ Voir notamment point 1.3.5., numéro 31, des lignes directrices.

²²⁴⁵ Point 1.3.1. des lignes directrices.

²²⁴⁶ Point 1.3.2., numéro 20, de lignes directrices.

²²⁴⁷ Point 1.4., numéro 39, des lignes directrices.

implique que, pour établir le montant de l'aide, tous les avantages économiques que les entreprises tirent de l'investissement doivent être déduits des coûts d'investissement supplémentaires »²²⁴⁹. La Commission appelle « le coût net supplémentaire » également « coûts admissibles » de l'aide²²⁵⁰. Les coûts admissibles sont calculés conformément aux points 80 à 84 des lignes directrices. La Commission explique cependant qu'« il n'en est pas moins difficile de prendre entièrement en compte tous les avantages économiques qu'une entreprise tirera d'un investissement supplémentaire »²²⁵¹ et elle conclut que « par conséquent, pour que l'aide soit proportionnée, la Commission estime que le montant de l'aide doit être inférieur aux coûts d'investissement admissibles »²²⁵².

On remarque que la démarche de la Commission aboutit au résultat curieux que l'aide ne sera compatible avec le marché intérieur que si elle n'en constitue pas une. En effet, la manière de procéder exposée ci-dessus, aboutit à n'admettre à titre d'« aide » que le montant que la mesure protectrice de l'environnement coûte effectivement à l'entreprise, déduction faite de tous avantages.

Or, procéder ainsi, c'est perdre de vue que la présence d'un avantage est une condition indispensable à l'existence d'une aide d'Etat²²⁵³.

Certes, la Cour reconnaît en général un large pouvoir d'appréciation à la Commission lorsqu'elle procède à des appréciations économiques complexes. A cela s'ajoute encore que l'article 107, paragraphe 3, TFUE « donne un pouvoir d'appréciation en prévoyant que les aides qu'il énumère « peuvent » être considérées comme compatibles avec le marché commun »²²⁵⁴. En revanche, la Commission ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation « pour ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE [l'actuel article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE] »²²⁵⁵, donc quant à la question de savoir si une mesure constitue une aide.

La Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la conception large de la notion d'aide que la Commission adopte dans ses lignes directrices. Le Tribunal s'est référé à la « mise en balance des effets bénéfiques de l'aide avec ses effets négatifs » en se référant au XIV^e rapport sur la politique de la concurrence de la Commission (arrêt du Tribunal du 25 juin 1998, *British Airways*, T-371/94 et T-394/94, point 283 ; voir également l'arrêt du 8 juillet 2010, *Freistaat Sachsen*, T-396/08, point 130).

L'arrêt du Tribunal du 25 juin 1998 ne peut cependant être invoqué à l'appui de l'approche adoptée par la Commission dans les lignes directrices de 2008 concernant les aides à la protection de l'environnement, la qualification des mesures litigieuses comme aide n'ayant pas fait l'objet des débats. En revanche, la nécessité de la mesure, laquelle représente un aspect du critère de la mise en balance appliqué par la Commission, correspond à une exigence de la Cour. En effet, la Cour a considéré que pour qu'une aide puisse être considérée comme compatible avec le marché commun conformément à l'article 107, paragraphe 3, TFUE, elle doit être nécessaire pour atteindre les objectifs qui y sont prévus²²⁵⁶. Encore faut-il, pour que l'article 107, paragraphe 3, TFUE s'applique, que l'on soit en présence d'une aide, ce qui, justement, est ici a priori douteux, l'« aide » ne dépassant pas le « coût net » de la mesure de protection de l'environnement.

Le raisonnement de la Commission serait cohérent si les « externalités négatives » à charge de la société (c'est-à-dire les charges que l'activité implique pour la société en général, mais qui ne représentent pas un coût pour l'entreprise) qu'engendre l'activité de l'entreprise étaient légalement à charge de l'entreprise. Si l'Etat contribuait dans ce cas par ses ressources à faire diminuer ces coûts, il y aurait un avantage pour l'entreprise concernée. Or, justement, les « externalités négatives » sont à charge de la société et non à charge de l'entreprise.

²²⁴⁸ Point 1.3.5. (Proportionnalité de l'aide), numéro 31, des lignes directrices.

²²⁴⁹ Cf. nos 31 et 80 des lignes directrices.

²²⁵⁰ Cf. nos 31 et 80 des lignes directrices.

²²⁵¹ Point 1.3.5. (Proportionnalité de l'aide), numéro 32 des lignes directrices.

²²⁵² Point 1.3.5. (Proportionnalité de l'aide), numéro 32 des lignes directrices.

²²⁵³ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, *SFEI*, C-39/94, point 6 ; arrêt du tribunal du 3 mars 2011, *Bundesverband deutscher Banken*, T-163/05, point 35 ; l'arrêt de la Cour du 8 mai 2013, *Libert*, C-197/11 et C-203/11, point 74.

²²⁵⁴ Arrêt de la Cour du 17 septembre 1980, *Philipp Morris Holland*, affaire 730/79, point 17 ; arrêt de la Cour du 24 février 1987, *Deufil/Commission*, 510/85, point 18.

²²⁵⁵ Arrêt du Tribunal du 3 mars 2010, *Bundesverband deutscher Banken*, T-163/05, point 38.

²²⁵⁶ Arrêt de la Cour du 15 avril 2008, *Nuova Agrigast*, C-390/06, point 68 ; voir également l'arrêt du Tribunal du 8 juillet 2010, *Freistaat Sachsen*, T-396/08, points 46 et 131.

Les lignes directrices en question paraissent donc comporter à la base une erreur de raisonnement. Certes, au point 70, 18) des lignes directrices, l'aide est bien définie comme « toute mesure remplissant tous les critères énoncés à l'article 87, paragraphe 1^{er} du traité CE [l'actuel article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE] ». Toutefois, pour accepter de déclarer ces mesures compatibles avec le marché intérieur les lignes directrices posent des conditions telles que l'on n'est plus en présence d'une aide.

Ce que nous disons ici, vaut en principe. Nous n'excluons pas que dans certains cas, il puisse y avoir des éléments d'aide, même si les conditions posées par les lignes directrices sont remplies. En revanche, une fois posé le principe que des subventions à la protection de l'environnement ne peuvent pas procurer d'avantage à l'entreprise qui les reçoit - principe que pose la Commission dans ses lignes directrices -, il lui incombait d'expliquer pourquoi une mesure qui ne procure en principe aucun avantage peut néanmoins constituer une aide. La Commission passe ce problème sous silence.

La Commission a adopté la même conception large de la notion d'aide vis-à-vis d'autres mesures, ainsi, par exemple, les subventions à la formation des salariés²²⁵⁷. Dans ce domaine, la Commission n'envisage cependant pas de mises en concurrence pour la répartition des aides. Dans le cas des subventions à la formation, la qualification d'aide peut se justifier, même si la subvention n'excède pas « la part des coûts que l'entreprise ne peut pas récupérer ». En effet, sans la subvention le projet de formation n'aurait pas été mis en œuvre. La subvention engendre un avantage en faveur de l'entreprise en ce sens que celle-ci va profiter des mesures de formations à un moindre coût. Sans la subvention, l'entreprise n'aurait pas bénéficié du supplément de formation de ses salariés.

D. Incidence de la démarche adoptée sur l'obligation de mise en concurrence : une interprétation large de la notion d'aide d'Etat peut conduire à soumettre des pans entiers de l'action politique à une obligation de mise en concurrence

590.- On objectera peut-être que ce qui précède n'est pas dénué d'intérêt, mais que cela a trait à la matière des aides d'Etat et non à l'obligation de mise en concurrence. Il n'en est pas ainsi. En effet, la Commission exige une mise en concurrence si le niveau de l'« aide » dépasse les pourcentages fixés dans les lignes directrices, c'est-à-dire les pourcentages du « coût admissible »²²⁵⁸, encore désigné comme « coûts [nets] supplémentaires »²²⁵⁹ indiqués pour les différents types d'« aides » à la protection de l'environnement²²⁶⁰. Lorsqu'il est procédé à une mise en concurrence, l'intensité de l'aide peut atteindre cent pour cent du « coût d'investissement admissible »²²⁶¹. Plus exactement, dans ses lignes directrices, la Commission indique ce qui suit :

²²⁵⁷ La communication de la Commission concernant « les critères pour l'analyse de la compatibilité des aides à la formation dans les cas soumis à une notification individuelle (JO C 188 du 11 août 2009, pp. 1 et s.). Cette communication s'applique à toute aide individuelle à la formation (point 3 de la communication) « dès lors que son équivalent-subvention est supérieur à deux millions EUR par projet de formation ». L'expression aide individuelle désigne les aides « ad hoc » (non accordées sur base d'un régime d'aide) et les aides accordées sur base d'un régime d'aide qui doivent être notifiées (article 2, 3) du règlement général d'exemption par catégories no 800/2008 de la Commission du 6 août 2008). Le règlement no 800/2008 ne s'applique qu'aux aides à la formation n'excédant pas deux millions d'euros par projet de formation (article 6.1., g)). Quant aux aides excédant ce montant, la communication de la Commission précise que « l'Etat membre doit démontrer que l'aide est nécessaire et que son montant est limité au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif de l'aide » (point 16 de la communication). La Commission demande que « les Etats membres fournissent des éléments attestant que le montant de l'aide n'excède pas la part des coûts admissibles que l'entreprise ne peut récupérer » (point 16), tout en précisant que « cela équivaut à la partie des coûts supplémentaires générés par la formation que l'entreprise n'est pas en mesure de récupérer en bénéficiant directement des qualifications acquises par ses salariés au cours de la formation » (première note en bas de la page 4 de la communication).

²²⁵⁸ Point 90 des lignes directrices.

²²⁵⁹ Points 36 et 98 des lignes directrices.

²²⁶⁰ D'une façon générale au numéro 32 (point 1.3.5. « Proportionnalité de l'aide ») puis, à propos de différents types d'« aides » (numéro 77 pour les aides aux entreprises qui vont au-delà des normes communautaires ou qui augmentent le niveau de protection de l'environnement en l'absence de normes communautaires ; numéro 104 pour les aides à l'investissement en faveur d'énergies renouvelables ; numéro 123 pour les aides en faveur du chauffage urbain).

²²⁶¹ Donc du « coût supplémentaire » envisagé au numéro 32 des lignes directrices.

« Le montant de l'aide ne peut atteindre 100% du coût d'investissement admissible que lorsque l'aide à l'investissement est accordée dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres réellement concurrentielle sur la base de critères clairs, transparents et non discriminatoires - qui garantit effectivement que l'aide est limitée au minimum nécessaire pour obtenir le bénéfice pour l'environnement. En effet, on peut supposer, dans ces circonstances, que les différentes offres reflètent bien tous les avantages pouvant découler de l'investissement supplémentaire » (point 1.3.5., numéro 32).

Elle ajoute:

« Cette procédure d'appel d'offres doit être non discriminatoire et prévoir la participation d'un nombre suffisant d'entreprises. En outre, le budget fixé dans le cadre de la procédure d'appel d'offres doit être contraignant en ce sens que tous les participants ne peuvent pas bénéficier d'une aide. Enfin, l'aide doit être accordée sur la base de l'offre initiale soumise par le soumissionnaire, ce qui exclut des négociations ultérieures »²²⁶².

Ces dispositions concernent l'appréciation dite « standard » des aides à la protection de l'environnement²²⁶³. Une « appréciation détaillée est prévue pour des mesures comportant une aide supérieure à certains seuils monétaires, de production ou de capacité de production, ainsi que pour des aides accordées à de nouvelles installations de production d'énergie renouvelable dont le montant est calculé sur la base de coûts externes évités²²⁶⁴.

Lorsqu'elle procède à une « appréciation détaillée », la Commission, exige une mise en concurrence quel que soit l'intensité de l'aide, c'est-à-dire le pourcentage par rapport au « coût admissible »²²⁶⁵. A ce sujet, les lignes directrices prévoient ce qui suit :

« 5.2.1.4. Proportionnalité de l'aide

(174) L'Etat membre doit fournir des éléments démontrant que l'aide est nécessaire, que son montant est limité au minimum et que le processus de sélection est proportionné. Dans son analyse, la Commission tiendra compte des éléments suivants :

a) calcul précis des coûts admissibles : la preuve que les coûts admissibles sont effectivement limités aux coûts supplémentaires nécessaires²²⁶⁶ pour atteindre le niveau de protection de l'environnement requis ;

b) processus de sélection : le processus de sélection doit se dérouler de façon non discriminatoire, transparente et ouverte et ne pas exclure inutilement des entreprises susceptibles de se concurrencer mutuellement avec des projets poursuivant le même objectif environnemental. Ce processus doit aboutir à la sélection de bénéficiaires qui peuvent atteindre l'objectif environnemental au moyen d'aides aussi limitées que possible ou de la manière la plus efficace possible compte tenu des coûts ;

c) (...) ».

Que signifie ce qui précède ? Nous avons montré ci-dessous qu'il existe des motifs convaincants pour penser que les mesures en question, bien que désignées comme des aides, n'en sont pas²²⁶⁷, l'avantage accordé à l'entreprise n'excédant pas le coût auquel elle fait face en définitive. Ainsi, en principe, une aide financière pour la construction d'une installation de traitement de déchets qui n'excède pas « le coût net » supplémentaire pris en charge par l'entreprise concernée par rapport à

²²⁶² Cf. numéros 77, 104 et 123 des lignes directrices.

²²⁶³ Cf. le numéro 13 des lignes directrices pour la distinction entre l'« appréciation standard » et l'« appréciation détaillée ».

²²⁶⁴ Numéro 13 des lignes directrices, pour les seuils ; cf. le numéro 160 des lignes directrices.

²²⁶⁵ Cf. point 5.2.1.4. (Proportionnalité de l'aide), numéro 174, b).

²²⁶⁶ Le calcul des coûts supplémentaires doit être effectué comme indiqué aux nos 80 à 84 des lignes directrices, ce qui signifie que la mesure ne comporte en principe pas d'avantage pour l'entreprise à laquelle elle est accordée.

²²⁶⁷ Cf. ci-dessus no 589.

l'absence de traitement, justement, ne recèle aucune aide d'Etat dans l'hypothèse qui est celle des lignes directrices où un traitement n'est pas obligatoire.

Si une aide à l'investissement excède 7,5 millions d'euros²²⁶⁸, les lignes directrices imposent une mise en concurrence. Ainsi, un Etat membre ne pourrait, sans mise en concurrence, accorder une subvention excédant ce montant pour une installation de traitement de déchets à construire par une personne privée, même lorsque le traitement de ces déchets n'est pas obligatoire. L'Etat membre concerné ne pourrait donc pas choisir librement l'installation qu'il subventionnera bien que ni les directives marchés publics, ni les principes du droit primaire de la mise en concurrence fondés sur les articles 49 et 56 TFUE²²⁶⁹ n'imposent de mise en concurrence dans l'hypothèse envisagée.

Une interprétation large de la notion d'aide d'Etat peut ainsi conduire à soumettre des pans entiers de l'action politique à une obligation de mise en concurrence. La liberté d'action des Etats membres s'en trouverait considérablement diminuée.

§ 6.- Les lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit²²⁷⁰

591.- Dans ces lignes directrices, dont la version actuellement en vigueur date de 2013, contrairement aux lignes directrices examinées ci-dessus au § 5, la Commission distingue entre des subventions qui constituent des aides et celles qui n'en sont pas. La Commission, renvoyant au « paquet Almunia »²²⁷¹, exclut implicitement de la qualification d'aide publique toutes les subventions qui répondent aux critères *Altmark*²²⁷² dès lors que la fourniture du réseau de haut débit dont il s'agit représente un SIEG (service d'intérêt économique général). Remarquons la similitude des situations envisagées dans ces lignes directrices et dans l'arrêt *Altmark*. A chaque fois, c'est grâce à des compensations que l'autorité publique incite des entreprises à adopter un comportement différent de celui qu'elles auraient eu si les seules forces du marché jouaient.

Dans ses lignes directrices de 2009, remplacées par celles de 2013, la Commission avait encore estimé qu'en vue de la création de réseaux de communication à haut débit, « la compensation SIEG [service d'intérêt économique général] devrait en principe être octroyée dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire imposant à l'ensemble des candidats opérateurs de définir, de manière transparente, les zones rentables et non rentables, d'estimer les recettes attendues et de demander le montant correspondant de la compensation qu'ils estiment être strictement nécessaire, en évitant tout risque de surcompensation »²²⁷³. La Commission ajoutait qu'« un appel d'offres organisé dans le respect de ces conditions devrait garantir le respect du quatrième critère *Altmark* »²²⁷⁴.

Contrairement à ce que laissait entendre la Commission dans ses lignes directrices de 2009, le quatrième critère *Altmark* n'impose pas de procéder à un appel d'offres²²⁷⁵. En revanche, c'est le droit primaire de la mise en concurrence qui impose en principe une mise en concurrence lors de l'attribution d'une mission de service public à un prestataire privé²²⁷⁶. C'est dès lors à juste titre,

²²⁶⁸ Il s'agit d'un cas prévu au numéro 160, b), i) des lignes directrices dans lequel la Commission procède à une appréciation détaillée.

²²⁶⁹ Si la contribution financière publique excédait la moitié du coût de construction, le bénéficiaire de la subvention serait tenu de respecter la directive marchés publics générale 2004/18/CE pour les travaux de construction de génie civil au sens de l'annexe I de la directive 2004/18/CE qu'impliquerait l'infrastructure concernée. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait cependant que le montant des travaux dépasse le seuil d'application de la directive 2004/18/CE (voy. à ce sujet, ci-dessus, no 505).

²²⁷⁰ JO C 25 du 26 janvier 2013, pp. 1 et s. remplaçant celles de 2009 publiées au JO C 235 du 30 septembre 2009, pp. 7 et s.

²²⁷¹ Cf. ci-dessus, no 456 en note.

²²⁷² Point 2.3 (points 18 et s.) des lignes directrices. Cf. points 2.2. (nos 20 et suivants) et 3.2. (point 59) des anciennes lignes directrices de 2009. Voir le no 456 ci-dessus pour le « paquet Almunia ».

²²⁷³ Numéro 29 des lignes directrices de 2009.

²²⁷⁴ Numéro 29 des lignes directrices de 2009.

²²⁷⁵ Le quatrième critère *Altmark* accorde une option dont l'un des choix consiste en un appel d'offres (voir pour ce critère, ci-dessus, no 581).

²²⁷⁶ Cf. ci-dessus, no 454.

quoique pour un motif erroné, que la Commission estimait qu'un appel d'offres s'imposait. Dans les lignes directrices actuelles, le passage ci-dessus cité ne se retrouve plus.

Si les conditions *Altmark* sont remplies, les subventions accordées ne constituent pas des aides d'Etat. Aussi, n'est-il dans ce cas pas nécessaire de les notifier²²⁷⁷. Si la mesure concernée s'inscrit dans le cadre d'un SIEG, elle doit, selon la Commission, être appréciée dans le cadre du « paquet *Almunia* »²²⁷⁸. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un SIEG, la Commission applique le critère de la mise en balance²²⁷⁹. Or, ce critère impose en principe des conditions qui sont telles que les conditions d'un SIEG et les conditions *Altmark* se trouvent remplies : des subventions ne peuvent en principe être accordées que dans des zones blanches (zones où des services de communication haut débit ne sont pas encore disponibles) ou dans des zones grises²²⁸⁰ (zones où il n'existe qu'un fournisseur de réseaux à haut débit), mise en place de mécanismes pour éviter des bénéfices excessifs (contrôle et mécanisme de récupération)²²⁸¹, et mise en concurrence. Les seules conditions d'un SIEG qui ne sont pas formulées sont celles du caractère universel et obligatoire²²⁸². Ce n'est donc en réalité qu'aux infrastructures qui ne sont pas destinées à un service universel et obligatoire que s'adressent les lignes directrices²²⁸³. Afin de garantir le caractère proportionné des subventions, la Commission requiert en principe²²⁸⁴ qu'il soit procédé à une procédure d'appel d'offres ouvert et que la mission soit attribuée au soumissionnaire qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse²²⁸⁵ :

« (...) c) *Procédure de mise en concurrence* : lorsque l'autorité chargée de l'octroi de l'aide sélectionne un opérateur tiers pour déployer et exploiter l'infrastructure subventionnée⁽⁹⁶⁾, le processus de sélection doit respecter l'esprit et les principes qui sous-tendent les directives européennes relatives aux marchés publics⁽⁹⁷⁾. Cela permet de garantir la transparence pour tous les investisseurs qui souhaitent présenter une offre pour la réalisation et/ou la gestion du projet subventionné. Il est indispensable de traiter tous les soumissionnaires de manière équitable et non discriminatoire et d'effectuer l'attribution sur la base de critères objectifs. La mise en concurrence permet de réduire les coûts budgétaires et de minimiser l'aide d'Etat potentielle et, simultanément, réduit le caractère sélectif de l'aide dans la mesure où le choix du bénéficiaire n'est pas connu à l'avance⁽⁹⁸⁾. Les États membres garantiront une procédure transparente⁽⁹⁹⁾ et permettront à la concurrence de s'exercer⁽¹⁰⁰⁾ ; ils utiliseront un site internet central spécial, au niveau national, pour publier toutes les procédures d'appel d'offres en cours concernant des aides publiques en faveur du haut débit⁽¹⁰¹⁾.

d) *Offre économiquement la plus avantageuse* : dans une procédure de mise en concurrence, l'autorité chargée de l'octroi de l'aide fixe les critères d'attribution sur la base desquels l'offre est retenue. Ces critères d'attribution peuvent porter, par exemple, sur la couverture géographique réalisée⁽¹⁰²⁾, sur la viabilité de l'approche technologique ou sur l'incidence de la solution proposée pour la concurrence⁽¹⁰³⁾. Ils doivent être pondérés en fonction du montant d'aide demandé. On attribue en principe au soumissionnaire qui demande le moins de subventions des points de priorité supérieurs lors de l'appréciation générale de son offre, afin de diminuer le montant de l'aide à octroyer, tout en restant dans des conditions de qualité similaires. L'autorité chargée de l'octroi de l'aide est tenue de préciser au préalable la pondération relative qu'elle affectera à chaque critère (de qualité) retenu (...) ».

²²⁷⁷ Voir ci-dessus les nos 581 et 586.

²²⁷⁸ Cf. numéro 18 des lignes directrices du 26 janvier 2013.

²²⁷⁹ Cf. au sujet de ce critère déjà ci-dessus, no 582.

²²⁸⁰ Cf. points 66 et s. des lignes directrices (point 41 des lignes directrices de 2009).

²²⁸¹ Cf. point 18, i) des lignes directrices (point 51, h) des lignes directrices de 2009).

²²⁸² Voir l'arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA, T-289/03, point 185.

²²⁸³ Il eût évidemment été préférable que les lignes directrices le signalent explicitement.

²²⁸⁴ Sinon il sera procédé à une évaluation approfondie suivant l'actuel article 108, paragraphe 2, TFUE (numéro 78 (note 91) des lignes directrices). La Commission indique que dans ce cas le résultat de l'examen de la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur sera probablement négatif.

²²⁸⁵ Cf. numéro 78 des lignes directrices.

La Commission est d'avis qu'il n'y a pas lieu à des mesures de financement du déploiement d'une infrastructure à haut débit supplémentaire²²⁸⁶ dans des zones « noires », c'est-à-dire, celles où deux fournisseurs au moins de réseaux à haut débit fournissant des services haut débit « dans des conditions de pleine concurrence (concurrence par les infrastructures) ». Une concurrence suffisante étant assurée, une subvention publique n'est pas nécessaire. Dans ce cas, il ne serait pas possible de qualifier un troisième réseau de service d'intérêt économique général (SIEG), pouvant bénéficier d'une exemption sur base de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

La Commission considère que « les zones grises pourraient être admissibles au bénéfice d'un soutien de l'Etat, pour autant que les conditions de compatibilité énoncées dans la section 3.4 [procédure de mise en concurrence et les conditions indiquées plus haut] soient remplies, s'il est prouvé i) qu'aucun service abordable ou adéquat n'y est offert pour répondre aux besoins des citoyens ou des utilisateurs professionnels (⁸³), ii) qu'il n'existe aucune mesure ayant moins de répercussions sur la concurrence (notamment une réglementation ex ante) qui permettrait d'atteindre les mêmes objectifs »²²⁸⁷.

592.- Ci-dessus, nous avons remis en question le caractère d'aide d'Etat de certaines subventions pour la protection de l'environnement. Nous avons exprimé l'opinion que pour de telles subventions, la Commission n'était pas en droit d'exiger des mises en concurrence d'une manière aussi générale.

Les subventions aux réseaux à haut débit sont-elles susceptibles de constituer des aides, même si elles sont précédées d'une mise en concurrence et que l'opérateur ne perçoit que le « coût net » de ses prestations augmenté d'un bénéfice raisonnable ?

L'intérêt de cette question n'est pas négligeable, car ce n'est que si la subvention représente une aide d'Etat que la Commission peut procéder à l'examen de sa compatibilité avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 3, c), TFUE²²⁸⁸ et, à cette occasion, exiger une mise en concurrence²²⁸⁹.

Aux conditions posées par la Commission, l'existence d'un avantage paraît pour le moins douteux. En quoi consisterait l'avantage au sens de l'article 107 TFUE si l'adjudicataire n'obtenait qu'une rétribution raisonnable du capital investi ainsi que le remboursement de ses frais. N'est-ce pas confondre « ressources d'Etat » et « avantage » (cf. le participe « en favorisant » de l'article 107 TFUE). Suivant l'article 107 TFUE, il s'agit là de deux conditions distinctes.

D'après la Commission, les mesures en faveur du développement de réseaux de communication à haut débit constituent des aides, alors même que les mesures en question se limitent au strict nécessaire, parce qu'« un certain nombre d'entreprises [il est question des utilisateurs des services] va probablement recourir aux services fournis par des fournisseurs sélectionnés au lieu de faire appel à des solutions plus coûteuses fondées sur le marché (par exemple des services coûteux par satellite ou des services par câble) »²²⁹⁰.

Dans une décision du 23 mai 2011, rendu au sujet de diverses concessions d'exploitation d'un réseau de communication à bande large financé par la région du Frioul, propriétaire du réseau, la Commission justifie l'existence d'un avantage économique dans le cas des réseaux de communication à haut débit de la manière suivante :

²²⁸⁶ Numéros 72 et 77 des lignes directrices.

²²⁸⁷ Point 69 des lignes directrices.

²²⁸⁸ Ou encore celui, en tout cas moindre à notre avis, dont elle dispose en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

²²⁸⁹ D'après la Cour, « l'article 92, paragraphe 3, du traité [actuellement l'article 107, paragraphe TFUE] accorde à la Commission un large pouvoir d'appréciation en vue de déclarer certaines aides compatibles avec le marché commun par dérogation à l'interdiction générale formulée à l'article 92, paragraphe 1, du traité [actuellement l'article 107, paragraphe TFUE] » (arrêt de la Cour du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, C-143/99, point 30).

²²⁹⁰ Décision de la Commission du 25 novembre 2007 concernant l'aide d'Etat no N 475/2007 - Irlande - Programme national de bande large, point 28 ; voir également la décision de la Commission du 23 mai 2011 concernant l'aide d'Etat SA. 31687 (N 436 (2010) Italie - réseau à bande large Frioul Venétie Julienne (projet Ermes) point 54).

« Les opérateurs sélectionnés se verront attribuer l'utilisation d'une infrastructure qui n'est autrement pas disponible sur le marché. En d'autres mots, l'aide permettra aux opérateurs sélectionnés d'offrir des services à des prix moins élevés que s'ils avaient eu à supporter eux-mêmes tous les coûts et ainsi d'attirer plus de clients que dans des conditions normales de marché. Les opérateurs sélectionnés profiteront également de certains avoirs corporels et incorporels grâce à des ressources d'Etat (e.g. équipement, relation avec les clients) même après la durée de vie du projet. Vu ce qui précède, il est clair qu'un avantage économique sera accordé aux opérateurs sélectionnés »²²⁹¹.

Dans l'affaire en question, l'attribution des concessions²²⁹² faisait l'objet d'une procédure d'appel d'offres ouvert conformément aux lignes directrices, les concessions étant attribuées aux opérateurs présentant l'offre économiquement la plus avantageuse²²⁹³ et un mécanisme de récupération pour éviter la surcompensation était prévu²²⁹⁴ conformément au point 51, b) des lignes directrices. Dans cette décision, la Commission n'a d'ailleurs à aucun moment envisagé que les conditions « Altmark » pourraient être remplies, ce qui, dans l'affirmative, aurait empêché la qualification d'aide d'Etat.

Si cette approche était admise, des raisonnements similaires pourraient conduire à qualifier d'aides d'autres travaux de réseaux ou des travaux d'infrastructure d'intérêt général (voir ci-après).

§ 7.- Répercussions d'une définition large de la notion d'aide d'Etat : de plus en plus de mesures étatiques sont conditionnées par des mises en concurrence imposées par la Commission

593.- Certaines mesures doivent être précédées d'une mise en concurrence en vertu du pouvoir d'appréciation que la Commission tire de l'article 107, paragraphe 3, TFUE. Les articles 49 et 56 TFUE, le principe d'égalité de traitement, le droit dérivé et éventuellement l'Accord sur les marchés publics ne sont ainsi pas les uniques sources d'obligations de mises en concurrence. Une conception large de la notion d'aide peut ainsi conduire à imposer des mises en concurrence là où ni le droit primaire, ni les directives « marchés publics » n'en imposent, par exemple dans le cas de subventions à la protection de l'environnement. Dans d'autres cas, la mise en concurrence exigée par la Commission, s'ajoute à l'obligation de mise en concurrence dérivée des articles 49 et 56 TFUE. C'est ainsi que la Commission requiert des mises en concurrence pour la désignation d'un concessionnaire d'un réseau de communication à bande large, financé par des fonds publics, y voyant une aide²²⁹⁵, à tort selon nous (cf. plus loin dans ce même numéro).

Quant aux modalités de mise en concurrence, elles s'en trouvent également affectées. Elles seront non seulement déterminées par le droit primaire et elles, le cas échéant, le droit dérivé, mais également par des exigences supplémentaires de la Commission à qui la jurisprudence reconnaît un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elle examine si une mesure d'aide peut être déclarée compatible avec le marché intérieur. Ainsi, par exemple, pour l'attribution de subventions pour le déploiement de réseaux que l'investisseur exploitera par la suite - situation qui correspond à celle d'une concession de travaux ou de services - la Commission a rendu obligatoire la pondération des critères d'attribution²²⁹⁶, ce que le droit primaire des marchés publics ne requiert pas. Les lignes directrices de 2009 prescrivent la

²²⁹¹ Décision de la Commission du 23 mai 2011 concernant l'aide d'Etat SA. 31687 (N 436/2010) Italie - réseau à bande large Frioul Vénétie Julienne (Projet Ermes), point 54 (il s'agit de notre traduction de la version anglaise de la décision) ; la Commission retient également comme bénéficiaires de l'aide des tiers, fournisseurs de services de réseau, de même que des clients professionnels dans les régions desservies par le réseau en question (points 55 et 56). Voir, dans le même sens, le point 93 des lignes directrices.

²²⁹² La région crée un réseau de fibres optiques dont une partie est mise à disposition d'opérateurs privés afin qu'ils l'exploitent commercialement (obligation d'exploiter du moins dans les zones dites « blanches ») (point 25), l'infrastructure créée restant cependant la propriété de la région (point 32).

²²⁹³ Point 43 de la décision précitée de la Commission du 23 mai 2011.

²²⁹⁴ Point 48 de la décision précitée de la Commission du 23 mai 2011.

²²⁹⁵ Cf. par exemple la décision de la Commission du 23 mai 2011 concernant l'aide d'Etat SA. 31687 (N 436/2010) Italie - réseau à bande large Frioul Vénétie Julienne (Projet Ermes).

²²⁹⁶ Point 78 des lignes directrices de 2013 (JO C 25 du 26 janvier 2013, pp. 1 et s.). Point 51, note en bas de page no 55 des lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre des déploiements rapides des réseaux de communication à haut débit (JO C 235 du 30 septembre 2009, pp. 7 et s.).

mention dans le dossier d'appels d'offres du critère d'analyse comparative des prix qui permettaient à l'autorité concernée « de ne pas devoir fixer à l'avance des prix de gros ou de détail pour l'accès à l'infrastructure, et de s'assurer que la subvention accordée servira à reproduire les conditions qui prévalent sur d'autres marchés compétitifs à haut débit »²²⁹⁷. Les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement²²⁹⁸ prévoient pour diverses aides que « l'aide doit être accordée sur base de l'offre initiale soumise par le soumissionnaire, ce qui exclut des négociations ultérieures »²²⁹⁹.

Lorsque la Commission impose un appel d'offres dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, cette mise en concurrence ne forme qu'une condition parmi d'autres.

D'une façon générale, les opérations conclues à des conditions telles que le cocontractant du pouvoir public ne supporte pas tous les coûts qu'il devrait normalement supporter, mais qui le mettent à même de concurrencer des entreprises supportant l'intégralité de ces coûts sont censées comporter des éléments d'aide d'Etat, même si le cocontractant du pouvoir public n'est désigné qu'après une mise en concurrence. D'après le Tribunal, le critère à appliquer pour déterminer si la réalisation d'une infrastructure est susceptible de représenter une aide d'Etat, consiste à vérifier si le pouvoir public agit comme une « entreprise » au sens du droit européen de la concurrence, donc lorsqu'il exerce une activité économique²³⁰⁰. En principe, ce critère nous paraît approprié. Les pouvoirs publics *n'agissent*

²²⁹⁷ Point 51, g), des lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre des déploiements rapides des réseaux de communication à haut débit, JO C 235 du 30 septembre 2009, pp. 7 et s.

²²⁹⁸ JO C 82 du 1^{er} avril 2008, pp. 1 et s.

²²⁹⁹ Voir les points 77, 104 et 123 des lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement (voy. les points 587 et s. ci-dessus).

²³⁰⁰ Le trafic aérien étant considéré comme un facteur important pour le développement économique, les pouvoirs publics s'efforcent de mettre à la disposition des transporteurs aériens des infrastructures attrayantes. Le développement d'infrastructures aéroportuaires requiert des moyens considérables. D'ordinaire, ces investissements sont déficitaires. Les revenus qu'ils engendrent ne permettent ni de rémunérer le capital investi par les pouvoirs publics, ni même de couvrir les frais d'exploitation. La mise à disposition d'aéroports ne devrait dès lors pas être considérée comme une activité d'entreprise. Pourtant, dans un arrêt du 24 mars 2011 (Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08), le Tribunal a jugé que la Commission a légalement pu considérer qu'une augmentation de capital d'une société, propriétaire et exploitant d'un aéroport, à l'aide de fonds publics pour construire une nouvelle piste, représentait une aide d'Etat, à moins d'une rémunération appropriée du capital, conforme aux conditions du marché, chose qui, actuellement, n'est guère réaliste pour des infrastructures aéroportuaires. Dans le même sens que dans son arrêt du 24 mars 2011, le Tribunal avait déjà considéré dans un arrêt du 17 décembre 2008 (Ryanair, T-196/04) que le principe de l'investisseur privé en économie de marché devait être appliqué à des redevances d'atterrissage, la mise à disposition d'un aéroport étant « une activité directement rattachable à la gestion des infrastructures aéroportuaires, laquelle constitue une activité économique » (point 88). S'il est exact que la gestion d'un aéroport peut constituer une activité économique, il est en revanche erroné de considérer la mise à disposition d'infrastructures par les pouvoirs publics comme une activité économique au motif que ces infrastructures seraient utilisées pour l'exercice d'une activité économique. En effet, la mise à disposition d'une infrastructure et son exploitation sont deux choses distinctes. Dans une autre affaire (arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, ADP (Aéroports de Paris), T-128/98, points 106 à 119), l'entité dont il s'agissait avait été constituée notamment pour gérer les aéroports de la région de Paris. La gestion des aéroports de Paris a été considérée à juste titre comme une activité économique. Au contraire, un pouvoir public qui se limite à construire un aéroport n'agit pas davantage en qualité d'« entreprise » que lorsqu'il construit une nouvelle route, laquelle est également empruntée par des transporteurs professionnels

Plus loin dans l'arrêt du 17 décembre 2008, le Tribunal s'exprime comme suit :

« Ainsi, la mise à disposition des compagnies aériennes, par une autorité publique, d'installations aéroportuaires, ainsi que leur gestion, moyennant le paiement d'une redevance dont le taux est fixé librement par celle-ci, peuvent être qualifiées d'activités de nature économique, de telles activités étant certes exécutées sur le domaine public, mais ne relevant pas, de ce seul fait, de l'exigence de l'exercice de prérogatives de puissance publique. En effet, ces activités ne se rattachent pas, du fait de leur nature, de leur objet et des règles auxquelles elles sont soumises à l'exercice de prérogatives qui sont typiquement des

pas comme des entreprises lorsqu'ils réalisent des infrastructures que le marché ne produit pas, c'est-à-dire dont les recettes ne permettent de couvrir les dépenses, par exemple des routes, des écoles, des salles de concerts ou des infrastructures sportives et en confient l'exploitation à un concessionnaire. Les fonds ainsi investis ne sont pas des aides d'Etat²³⁰¹. Il nous semble en être de même de la construction de réseaux de communication à bande large par les pouvoirs publics, du moins dans des zones où il n'existe aucune offre privée de ce type. La Cour paraît cependant s'engager dans un sens opposé à la position que nous défendons, ouvrant par là de vastes domaines au droit des aides d'Etat et du contrôle exercé à ce titre par la Commission²³⁰². Par son arrêt du 19 décembre 2012 (C-288/11P), la Cour a rejeté le pourvoi introduit contre l'arrêt du Tribunal du 24 mars 2011²³⁰³.

prérogatives de puissance publique (voir, a contrario, arrêt de la Cour du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, point 30) » (point 91).

C'est cependant à tort que le Tribunal met l'accent sur « l'exercice de prérogatives de puissance publique » (cf. également dans l'arrêt du Tribunal du 24 mars 2011 (Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08, point 98). En réalité, il s'agit seulement de savoir si le pouvoir public agit comme « entreprise » lorsqu'il met à disposition l'infrastructure en question. S'il en est ainsi, un investissement non rentable représente une aide d'Etat. Si l'infrastructure en question n'est pas fournie par le marché, le pouvoir public n'agit pas comme « entreprise », mais dans l'intérêt général. Dès lors, il ne saurait y avoir d'aide d'Etat. Dans ce cas, le recours par la Commission à la réglementation des aides d'Etat pour imposer des mises en concurrence est exclu. L'ambiguïté vient peut-être du fait que de plus en plus d'infrastructures sont créées ou exploitées sur un mode concessif ou en recourant à des partenariats public-privé. Ce serait cependant une erreur lourde de conséquences de considérer que dans ces situations, le pouvoir public agit comme *entreprise*, c'est-à-dire, conformément à la définition qu'en donne la Cour, qu'il agit sur un marché en offrant des biens ou des services. Loin de là ! Si le pouvoir public a recours aux services d'un opérateur privé pour exploiter une infrastructure publique, cela ne transforme pas l'activité du pouvoir public concerné - c'est-à-dire de la création ou de la mise à disposition de l'infrastructure concernée - en activité d'entreprise. Sinon, ne faudrait-il pas considérer de même que tout marché public recèle par principe une aide d'Etat et devrait être autorisé par la Commission à qui il incomberait de mettre « en balance » l'utilité de la dépense, étant autorisé, à cette occasion, à imposer des conditions, notamment de mise en concurrence, à respecter. Ainsi, la Commission se trouverait instituée comme autorité de tutelle pour une large partie des dépenses publiques des Etats membres (voir à ce sujet également la note qui suit).

Certains ont fait remarquer que dans son arrêt du 17 décembre 2008 (Ryanair, T-196/04), le Tribunal aurait fait intervenir dans la notion d'aide d'Etat un élément intentionnel (l'intention dans laquelle agit le pouvoir public), ce qui serait contraire à la jurisprudence traditionnelle (J. DERESSE et C. KACZMAREK, *Regards sur le principe de l'investisseur privé en économie de marché*, Journal de droit européen, 2011, pp. 64 et 65). Tel ne nous paraît pas être le cas.

²³⁰¹ Voir en sens contraire, prenant le parti d'une acception large des aides d'Etat, J. RAPP et T. KLEINER, « Infrastructure Financing : the new Frontier in the application of State Aid Rules », *Public Procurement Law Review*, 2013, 1, pp. 1 et s. D'après ces auteurs, fonctionnaires de la Commission, une infrastructure publique qui ne serait pas « exploitée commercialement » (*commercially exploited*), serait étrangère aux aides d'Etat (point 2.2.). L'exploitation de l'infrastructure étant commerciale en cas de partenariat public-privé, le recours à des partenariats public-privé justifierait l'application du régime des aides d'Etat pour le financement de l'infrastructure (point 7). Cependant, la pratique de la mise en concurrence, en particulier pour le choix du partenaire privé pourrait, avec quelques difficultés cependant (cf. le point 5.2.3.), faire considérer que l'aide est compatible avec le marché intérieur. Il s'agit en fin de compte, selon ces auteurs, de faire contrôler par la Commission l'opportunité des investissements des Etats membres en infrastructures publiques (cf. le point 7). Il n'est nul besoin de préciser que les traités ne prévoient aucun pouvoir de ce genre en faveur de la Commission. Dans la note qui précède, nous avons déjà relevé l'erreur sur laquelle ce type de raisonnement repose.

²³⁰² Voir dans ce contexte le récent projet de *Lignes directrices de l'UE sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes* (disponible sur le site internet de la Commission) : « ... concernant le financement public des aéroports, l'analyse de la conformité avec le principe de l'opérateur en économie de marché doit reposer sur les perspectives de rentabilité *ex ante* satisfaisantes pour l'entité qui octroie le financement. L'absence de plan d'exploitation constitue une indication de ce que le principe n'est peut-être pas respecté (...). Les aéroports peuvent contribuer à promouvoir le développement local ou l'accessibilité. L'examen du principe de l'opérateur en économie de marché doit cependant faire abstraction de toutes considérations de politique

Après avoir relevé qu'« il est de jurisprudence constante que, d'une part, la notion d'entreprise, dans le contexte du droit de la concurrence, comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et, d'autre part, constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné », elle ajoute qu'« il en découle que le caractère économique ou non d'une activité ne dépend pas du statut privé ou public de l'entité qui l'exerce *ni de la rentabilité de cette activité* »²³⁰⁴ (point 50). Il nous semble que bien au contraire, le caractère par nature rentable ou non d'une activité soit justement un critère important permettant de distinguer si une activité est exercée à titre d'*entreprise* ou d'*Etat* au sens fonctionnel du terme. Le caractère par nature non rentable d'une activité, n'exclut-il pas au demeurant l'existence d'un marché, condition *sine qua non* pour qu'il puisse être question d'entreprise²³⁰⁵?

En revanche, si la réalisation d'une infrastructure correspond à une activité d'entreprise (par exemple, un restaurant, un centre de relaxation avec une salle d'exercice, ...), les montants investis de façon non rentable ou les subventions à l'exploitation accordées constituent des aides, même si l'exploitation est confiée à un concessionnaire choisi après une mise en concurrence. Le bénéficiaire de l'aide n'est cependant en principe pas le concessionnaire privé²³⁰⁶ qui, vu la mise en concurrence à laquelle il est procédé, obtient l'infrastructure aux conditions du marché, mais l'activité d'entreprise des pouvoirs publics, consistant à mettre à disposition l'infrastructure en question. L'aide publique peut cependant, sous certaines conditions, bénéficier de la dérogation de l'article 106, paragraphe 2, TFUE ou être autorisée en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE²³⁰⁷.

régionale, quoique celles-ci puissent être prises en compte dans certains cas pour apprécier la compatibilité de l'aide » (nos 48 et 49).

²³⁰³ Cf. l'avant-dernière note.

²³⁰⁴ Mots que nous avons mis en italique.

²³⁰⁵ Voir à ce sujet le récent projet de *Lignes directrices de l'UE sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes* (disponible sur le site de la Commission), point 53 : « ... la Commission constate qu'actuellement, la grande majorité des aéroports de l'UE bénéficient de fonds publics destinés à couvrir leurs coûts d'investissement et d'exploitation. La plupart de ces aéroports ne peuvent rester sur le marché que grâce au soutien des autorités publiques ». Notons le caractère intrinsèquement contradictoire de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (« Les *entreprises* chargées de la gestion de *services d'intérêt économique général* ... ») dès lors que l'on définit - ainsi que le fait la jurisprudence - l'entreprise comme une entité exerçant une activité sur un marché (cf. le no 378 ci-dessus) et les services d'intérêt économique général comme des services que le marché fournit de manière insuffisante (cf. le no 456 ci-dessus).

²³⁰⁶ Cf. pour un tel raisonnement, par exemple la décision de la Commission du 23 mai 2011 concernant l'aide d'Etat SA. 31687 (N 436/2010) Italie - réseau à bande large Frioul Vénétie Julienne (Projet Ermes), points 25, 32 et 54.

²³⁰⁷ Voir d'ailleurs en ce sens, le récent projet de *Lignes directrices de l'UE sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes* (disponible sur le site internet de la Commission), numéros 61 et s.

Quatrième partie.- L'obligation de mise en concurrence dans le droit dérivé autre que les directives « marchés publics »

Introduction

594.- Les textes de droit dérivé imposant des mises en concurrence autres que les directives « marchés publics » couvrent les domaines les plus variés. La mise en concurrence, loin d'être uniforme, y prend des formes diverses et son contenu est variable.

L'exigence de mise en concurrence est tantôt ouvertement exprimée, tantôt elle n'est que sous-entendue ou indirecte, voire seulement en germe. Il arrive également que des avantages soient accordés sans véritable mise en concurrence, ou sans mise en concurrence du tout. Ainsi par exemple, la directive 2012/34/CE²³⁰⁸ concernant le secteur ferroviaire édicte des principes à observer pour l'attribution des « capacités d'infrastructures », c'est-à-dire du droit d'utiliser le réseau ferroviaire, n'emploie pas les termes de mise en concurrence. Si les capacités d'infrastructures sont insuffisantes, elles sont réparties de manière équitable et non discriminatoire entre les candidats à l'obtention de « capacités d'infrastructures », la redevance d'utilisation à régler étant déterminée à l'avance²³⁰⁹. Dans d'autres matières, la mise en concurrence constitue le fondement même du régime mis en place. Tel est le cas des quotas d'émission de gaz à effet de serre²³¹⁰. Il arrive que la mise en concurrence ne s'ajoute que de façon incidente et nullement obligatoire au régime institué par le législateur européen. Ainsi en est-il des quotas laitiers²³¹¹. Dans d'autres cas - cela est vrai, par exemple, pour certaines situations relevant de l'organisation du marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel - le régime mis en place exclut des mises en concurrence pourtant requises suivant le droit primaire de la mise en concurrence. Dans d'autres circonstances encore - il en est ainsi pour l'attribution des contrats de service public de transport de voyageurs - le principe de mise en concurrence ne doit être observé de manière stricte qu'après une période transitoire difficile à concilier avec les principes du droit primaire appliqués à d'autres opérations²³¹².

Parfois, les règles mises en place sont telles, par exemple lors de l'attribution du service postal universel, qu'il paraît douteux qu'une mise en concurrence suivant des critères objectifs et transparents, bien que prévue par le législateur, soit réellement possible²³¹³.

Dans le droit dérivé, à la différence de celle du droit primaire - nous le constaterons dans les divers régimes examinés ci-dessous - la mise en concurrence n'est jamais expressément conditionnée par l'exigence d'un intérêt transfrontalier. Il arrive certes qu'il existe des seuils en-deçà desquels la mise en concurrence n'est pas requise²³¹⁴, mais une fois ces seuils dépassés la mise en concurrence est en principe de rigueur, tout comme sous le régime des directives « marchés publics », que l'opération présente ou non un intérêt transfrontalier.

Lorsque le droit dérivé requiert qu'une opération soit précédée d'une mise en concurrence, la procédure concurrentielle devra en tous points respecter le principe d'égalité. Nous avons vu plus haut que sous le régime de mise en concurrence du droit primaire certains arrêts ne requièrent que l'observation du principe de non-discrimination suivant la nationalité²³¹⁵. Dans les régimes de mise en concurrence du droit dérivé il n'y a, de toute évidence, aucune place pour une telle distinction. En effet, d'une part, le principe d'égalité, comme principe général du droit européen, s'impose en toutes circonstances au législateur européen ; d'autre part, les Etats membres sont tenus d'observer ce

²³⁰⁸ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (JO L343 du 14 décembre 2012, pp. 32 et s.).

²³⁰⁹ Cf. ci-dessous, no 719.

²³¹⁰ Cf. ci-dessous le chapitre III, nos 692 et s.

²³¹¹ Cf. ci-dessous, au chapitre VIII, no 708.

²³¹² Cf. ci-dessous au chapitre VII, nos 692 et s.

²³¹³ Cf. par exemple ci-dessus au chapitre IV, no 638.

²³¹⁴ Par exemple l'article 5, paragraphe 4, du règlement 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (voir le no 689).

²³¹⁵ Cf. par exemple, l'arrêt de la Cour du 17 mars 2011, *Strong Segurança*, C-95/10, points 40, 41 et 42 (cf. concernant cet arrêt ci-dessus, no 362).

principe lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union²³¹⁶. Il s'ensuit que les régimes de mise en concurrence du droit dérivé excluent toute discrimination à rebours des nationaux²³¹⁷.

Il existe aujourd'hui une prolifération de textes de droit dérivé imposant des mises en concurrence en vue de l'attribution d'autorisations et de droits ou d'avantages très divers. En dehors des directives « marchés publics » et des règles s'adressant aux institutions européennes²³¹⁸, les dispositions de droit dérivé imposant des appels à concurrence datent pour la plupart d'après l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 qui, en premier, a posé une exigence de mise en concurrence fondée sur le droit primaire. Ces textes ont-ils été adoptés à cause de l'arrêt *Telaustria* ? Non. En réalité, les prises de position adoptées par la Commission, la Cour et le législateur européen interagissent, se renforçant ou s'atténuant tour à tour. Ainsi, la solution de l'arrêt *Telaustria*²³¹⁹ a probablement été influencée par la communication de la Commission de 2000²³²⁰ sur les principes applicables aux concessions en droit communautaire. De son côté, la jurisprudence développée par la Cour à la suite de cet arrêt a conduit la Commission à publier en 2006 une communication sur les principes à suivre pour l'attribution des marchés publics n'atteignant pas les seuils des directives « marchés publics »²³²¹. Il arrive d'autre part que la Cour, ayant à connaître de marchés non soumis aux directives, s'inspire des directives adoptées par le législateur²³²².

Chapitre I^{er}. - La procédure de sélection prévue à l'article 12 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.²³²³

Section 1^{re}. - Principe

595.- L'article 12 de cette directive impose une mise en concurrence « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables ». Dans ce cas, « les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture ». Le soixante-deuxième considérant de la directive précise que cette disposition « ne devrait pas empêcher les Etats membres de limiter le nombre d'autorisations pour des raisons autres que la rareté des ressources naturelles ou de capacités techniques ». Dans ces cas cependant, les dispositions de la directive qui prévoient une mise en concurrence ne s'appliquent pas. Seules les exigences que la Cour a dégagées du droit primaire seront applicables²³²⁴.

La directive prévoit que l'autorisation accordée à la suite de la mise en concurrence « est octroyée pour une durée limitée appropriée et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique, ni prévoir tout autre avantage en faveur du prestataire dont l'autorisation vient juste d'expirer ou des personnes ayant des liens particuliers avec ledit prestataire »²³²⁵.

²³¹⁶ Article 51 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

²³¹⁷ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 373 et 388.

²³¹⁸ A ce sujet, cf. le chapitre IX ci-dessous (nos 724 et s.).

²³¹⁹ Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, C-324/98, points 60, 61 et 62. Cf. au sujet de cet arrêt et de la communication de la Commission, ci-dessus, nos 335 et s.

²³²⁰ JO C 121 du 29 avril 2000.

²³²¹ *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (JO C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2 et s.). Voir au sujet de cette communication, ci-dessus, nos 355 et 362.

²³²² Cf. par exemple, l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, points 47 à 49, quant à la définition des autorités publiques liées par une obligation de transparence en vertu du droit primaire.

²³²³ Directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JO L 376 du 27 décembre 2006, pp. 36 et s.).

²³²⁴ Cf. ci-dessus, le no 474 et s. pour les exigences en matière de régimes d'autorisation prévoyant un nombre limité d'autorisations. Voir par ailleurs, les nos 389 et s. pour les conditions à respecter lors de marchés publics et les concessions non soumises aux directives « marchés publics ».

²³²⁵ Article 12, paragraphe 2, de la directive. Voir quant aux exigences du droit primaire le no 481 ci-dessus.

D'autre part, l'article 12, paragraphe 3, de la directive prévoit que « les Etats membres peuvent tenir compte, lors de l'établissement des règles pour la procédure de sélection, de considérations liées à la santé publique, à des objectifs de politique sociale, à la santé et à la sécurité des salariés ou des personnes indépendantes, à la protection de l'environnement, à la préservation du patrimoine culturel et autres raisons impérieuses d'intérêt général, conformément au droit communautaire »²³²⁶.

L'article 12, paragraphe 3, de la directive se réfère en outre aux articles 9 et 10. L'article 9 indique les conditions qui doivent être réunies pour qu'une activité puisse être soumise à un régime d'autorisation. D'après cette disposition, le régime d'autorisation doit être justifié par une raison impérieuse d'intérêt général. L'article 10 de la directive a trait aux critères qui doivent encadrer le pouvoir d'appréciation des autorités lors de l'octroi des autorisations. Il précise que ces critères doivent être non discriminatoires, justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général, clairs et non ambigus, objectifs, rendus publics à l'avance, transparents et accessibles. Faut-il en déduire que les critères d'attribution d'autorisations *limitées en nombre* doivent également être justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général ? Non, car non seulement l'article 10 de la directive ne l'exige pas, mais cela empêcherait une mise en concurrence suivant des critères *simplement objectifs*. Il faut en effet distinguer entre, d'une part, le principe d'un régime d'autorisation qui doit être justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, ainsi que l'attribution des autorisations lorsque celles-ci ne sont pas limitées en nombre et, d'autre part, l'attribution d'autorisations limitées en nombre. A cet égard, il suffit que le choix de celui qui recevra l'autorisation se fasse en fonction de critères objectifs²³²⁷.

Section 2.- Champ d'application de l'obligation de mise en concurrence prévue par la directive

§ 1^{er}.- Quant aux activités visées

596.- La directive ne concerne que les activités consistant à fournir des services (article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive). Ainsi, l'électricité étant considérée comme une marchandise et non comme un service²³²⁸, la mise en concurrence prévue par la directive ne s'applique pas à l'autorisation pour l'établissement d'un site de production d'électricité. De même, la directive ne s'applique pas aux activités extractives, car celles-ci ne comportent pas de prestation de services²³²⁹. La directive exclut d'ailleurs un grand nombre de services (article 2, paragraphe 2, de la directive). Ainsi, les activités de jeux d'argent sont exclues (article 2, paragraphe 2, point h)²³³⁰. Sont également exclus, les services financiers, les services de réseaux de communications électroniques, les services dans le domaine des transports, les services des agences de travail intérimaire, les services de soins de santé, certaines catégories de services sociaux, les services de sécurité privée, les services fournis par les notaires et les huissiers de justice (article 2, paragraphe 2). La directive exclut pareillement les services d'intérêt général non économiques (article 2, paragraphe 2, a)). D'autre part, elle indique qu'elle « ne traite pas de la libéralisation des services d'intérêt économique général, réservés à des organismes publics prestataires de services, ni de la privatisation d'organismes publics prestataires de services » (article

²³²⁶ Article 12, paragraphe 3, de la directive 2006/123/CE.

²³²⁷ Cf. en sens contraire, F. WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 159. Le cahier des charges devrait à notre avis pouvoir comporter des critères esthétiques ou économiques permettant de départager les candidats, bien que de tels critères ne correspondent pas à des motifs impérieux d'intérêt général. Dans l'hypothèse invoquée ici, c'est la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques disponibles qui justifie le régime d'autorisation ainsi que la limitation du nombre des autorisations. Exiger de surcroît des motifs impérieux d'intérêt général pour chacun des critères servant à départager les candidats aboutirait à des résultats absurdes contraires à l'exigence d'objectivité.

²³²⁸ Voir en sens contraire, A. GUEYE, « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques : un dilemme récurrent ? », *Contrats et Marchés Publics*, 2009, no 6, étude 7, no 35.

²³²⁹ En sens contraire, mais sans fournir d'explications, F. WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck Tübingen, 2010, page 156.

²³³⁰ Dans ce domaine, un certain nombre d'arrêts imposant une mise en concurrence lors de l'octroi d'autorisations en nombre limité sont intervenus (cf. ci-dessus, nos 474 et s.).

1^{er}, paragraphe 2)²³³¹. Tout cela limite très considérablement le champ d'application de la mise en concurrence prévue à l'article 12 de la directive.

Dans le domaine des jeux de hasard, ce n'est pas la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables qui explique que dans certains Etats, le nombre d'autorisations soit limité. Dans d'autres domaines d'activités, exclus de la directive, des situations de rareté technique peuvent se rencontrer. Ainsi, par exemple, dans le domaine des services de réseau de communication électronique, celui des services dans le domaine des transports, et même pour les soins de santé²³³².

Il convient de relever par ailleurs que la directive a un caractère subsidiaire, en ce sens que ses dispositions cèdent devant des dispositions du droit de l'Union qui régissent des aspects spécifiques concernant une activité de services (article 3).

§ 2.- Quant à l'envergure des activités de services visées : un intérêt transfrontalier n'est pas requis

597.- Bien que le champ d'application de la directive se trouve considérablement restreint par ces multiples exclusions, là où elle s'applique, ses effets dépassent cependant de très loin ceux de la jurisprudence de la Cour concernant les régimes d'autorisation en nombre limité dont nous avons parlé ci-dessus. En effet, la directive 2006/123/CE vise en partie des situations purement internes et, de ce fait, les introduit dans le champ d'application du droit de l'Union²³³³. Contrairement aux directives « marchés publics », elle ne fixe aucun seuil en dessous duquel l'autorité publique serait dispensée de l'ouverture à la concurrence. L'octroi d'autorisations, limitées en nombre en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques, doit donc être précédé d'une mise en concurrence, même si les autorisations en cause ne présentent pas d'intérêt transfrontalier.

§ 3.- Intensité de l'obligation de mise en concurrence

598.- Puisque l'attribution des autorisations considérées par la directive entre dans le champ d'application du droit de l'Union, le principe d'égalité de traitement du droit de l'Union s'appliquera. Tous traitements inégalitaires sont donc interdits et non seulement les discriminations directes ou indirectes en raison de la nationalité. Les règles de mise en concurrence qui découlent du principe d'égalité de traitement pourront être invoquées par les ressortissants de l'Etat dont relève l'autorité qui accorde les autorisations. Il s'ensuit que le problème d'éventuelles discriminations à rebours²³³⁴ de nationaux ne se pose pas. Nous avons vu ci-dessus que d'après certains arrêts de la Cour, les libertés fondamentales, appliquées à la passation des marchés publics, n'interdisent pas toutes les discriminations indistinctement, mais seulement les discriminations directes ou indirectes suivant la nationalité²³³⁵.

L'article 12 de la directive qui impose une mise en concurrence dans les circonstances ci-dessus indiquées figure sous le chapitre III de la directive intitulé « Liberté d'établissement des prestataires ». Il n'y a pas de disposition équivalente sous le chapitre IV intitulé « Libre circulation des services ». Est-ce à dire qu'il y a lieu de distinguer sur ce point suivant des autorisations pour la prestation de services et des autorisations d'établissement pour la prestation de services dans un Etat membre ?

²³³¹ Le huitième considérant de la directive indique ce qui suit : « *Les dispositions de la présente directive concernant la liberté d'établissement et la libre circulation des services ne devraient s'appliquer que dans la mesure où les activités en cause sont ouvertes à la concurrence de manière à ce qu'elles n'obligent pas les Etats membres à libéraliser les services d'intérêt économique général ou à privatiser des entités publiques proposant de tels services, ni à abolir les monopoles existants pour d'autres activités ou certains services de distribution* ».

²³³² Ainsi, pour la mise à disposition d'infrastructures hospitalières à des prestataires de soins.

²³³³ Voir ci-dessus no 365 et en particulier, l'arrêt du 19 janvier 2010, Küçükdeveci, C-555/07, points 23, 24 et 25. En sens contraire, F. WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck Tübingen, 2010, page 157, qui tire cette conclusion du fait que la directive sert à réaliser la liberté d'établissement et la libre prestation des services. La directive ne limite cependant pas les exigences de transparence et d'impartialité en faveur des ressortissants d'autres Etats que celui dont relève l'autorité qui accorde l'autorisation. Pourrait-elle d'ailleurs le faire sans violer le principe d'égalité de traitement ?

²³³⁴ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 373 et 388.

²³³⁵ Cf. ci-dessus nos 361 et 362.

En principe oui. Cependant, en pratique, dans la plupart des cas il en est autrement. En effet, généralement il est impossible de distinguer entre des régimes d'autorisations limitées en nombre affectant la libre prestation des services et ceux affectant la liberté d'établissement. Ce n'est que du point de vue d'un prestataire déterminé, qu'il est possible de dire, si c'est la liberté d'établissement ou la libre prestation des services qui est en cause. En revanche, dans l'abstrait, et à supposer qu'il s'agisse d'une activité de services qui n'implique pas nécessairement un établissement, un régime d'autorisations limitées en nombre affectera aussi bien la liberté d'établissement que la libre prestation des services. Ainsi, la limitation, pour des raisons de protection de l'environnement, du nombre de prestataires offrant des descentes en kayak sur un cours d'eau pendant la période estivale crée une entrave à la libre prestation des services pour des prestataires qui n'ont pas l'intention de s'établir dans l'Etat membre en question. Pour d'autres prestataires, ce type de restriction peut avoir pour effet de les dissuader à s'établir dans l'Etat membre en question. En revanche, si l'autorisation se rapporte à une prestation qui requiert par nature un établissement, le problème d'une éventuelle entrave à la libre prestation des services ne se pose pas. Ainsi en serait-il de l'autorisation unique ou limitée en nombre pour l'installation d'un remonte-pente en montagne.

Dans certains cas, la libre prestation des services est seule en cause, la question d'un établissement n'intervenant pas. Il en est ainsi de certaines autorisations accordées à des forains²³³⁶ ou à des spectacles migrants comme les cirques.

§ 4.- Résumé

599.- L'obligation de mise en concurrence prévue à l'article 12 de la directive 2006/123/CE s'applique aux régimes d'autorisations limitées en nombre en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, indépendamment de l'envergure de l'activité, dès lors qu'ils sont susceptibles d'entraver la liberté d'établissement. La matière entrant dans le champ d'application du droit de l'Union, l'application de toute disposition nationale contraire au principe d'égalité de traitement du droit européen devra être refusée. Les règles de mise en concurrence que la Cour a déduites du principe d'égalité de traitement²³³⁷ - le cas échéant au travers des articles 49 et 56 TFUE - s'appliquent aux mises en concurrence imposées par l'article 12 de la directive 2006/123/CE.

Chapitre II.- Les autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures

Section 1^{re}. - Le régime de la directive 94/22/CE

600.- La directive 94/22/CE du 30 mai 1994²³³⁸ relatif aux autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures est le premier texte de droit dérivé à avoir imposé des mises en concurrence dans un domaine autre que les marchés publics.

Sauf exception, la directive introduit le principe de la mise en adjudication des autorisations conférant le droit exclusif de prospector, d'exploiter et d'extraire, pour son compte et à ses risques, des hydrocarbures, c'est-à-dire, du charbon, du gaz ou du pétrole²³³⁹. La procédure fait l'objet d'un « avis invitant à présenter les demandes qui doit être publié au Journal officiel de l'Union européenne²³⁴⁰ ».

²³³⁶ La rareté de certaines « capacités techniques », comme les surfaces disponibles - à supposer que l'on veuille bien considérer celles-ci comme des capacités techniques - peut conduire à limiter le nombre des autorisations.

²³³⁷ Cf. ci-dessus, nos 389 et s.

²³³⁸ Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures (JO L 1994 du 30 juin 1994, pp. 3 et s.).

²³³⁹ Article 3, paragraphe 1^{er}, et article 5, de la directive 94/22/CE.

²³⁴⁰ Article 3, paragraphe 2, de la directive 94/22/CE.

La directive requiert que « les conditions et exigences concernant l'exercice ou l'arrêt de l'activité, qui sont applicables à chaque type d'autorisation, doivent être définies et celles en vigueur au moment de la présentation des demandes doivent être mises à la disposition des intéressés »²³⁴¹.

Comme critères d'attribution obligatoires, la directive impose « dans tous les cas a) les capacités techniques et financières des entités et b) la manière dont elles comptent procéder à la prospection, à l'exploration et/ou à l'exploitation de l'aire géographique en question »²³⁴².

L'octroi des autorisations ne doit pas nécessairement se faire en contrepartie d'un prix. En revanche, s'il en est ainsi, le prix que les intéressés sont disposés à payer doit également figurer parmi les critères d'octroi²³⁴³. Cela paraît empêcher les autorités compétentes de prévoir un prix fixe et de ne procéder à la mise en concurrence qu'en fonction des capacités des intéressés et des méthodes de prospection, d'exploration et d'exploitation suivant lesquelles ils envisagent de procéder.

« D'autres critères objectifs, pertinents et non discriminatoires » ne peuvent intervenir que si « deux ou plusieurs demandes présentent des mérites équivalents »²³⁴⁴. Toutefois, « les autorités compétentes peuvent également tenir compte, lorsqu'elles apprécient les demandes, de tout manque d'efficacité et responsabilité dont les demandeurs ont fait preuve dans le cadre d'activités réalisées au titre d'autorisations précédentes ». La directive exige que « l'entité dont la demande d'autorisation n'a pas été retenue soit informée, si elle le souhaite, des motifs de la décision »²³⁴⁵.

La directive prévoit des cas d'exception à la mise en adjudication des autorisations. Certaines paraissent aller de soi (procédure précédente qui n'a pas abouti à l'octroi d'une autorisation²³⁴⁶), d'autres sont plus discutables (aire disponible en permanence²³⁴⁷, aire abandonnée²³⁴⁸). La directive admet qu'il soit procédé à un « transfert d'autorisation »²³⁴⁹ sans cependant que les Etats membres soient tenus de permettre des transferts.

Tout en considérant que « les Etats membres possèdent la souveraineté et des droits souverains sur les ressources en hydrocarbures situées sur leur territoire »²³⁵⁰, la directive 94/22 introduit néanmoins à cet égard des contraintes assez considérables. Elle prévoit que « les Etats membres conservent le droit de désigner les aires de leur territoire où pourront être exercées les activités de prospection, d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures »²³⁵¹. D'autre part, « nonobstant le déclenchement (...) [d'une procédure d'octroi d'autorisation], les Etats membres conservent la faculté de refuser l'octroi d'autorisations, tout en veillant à ce que cette faculté n'entraîne pas de discrimination entre les entités »²³⁵². En revanche, lorsqu'une autorisation est accordée, les conditions auxquelles l'activité est soumise ne peuvent être justifiées que « par le versement d'une contrepartie en espèces ou en hydrocarbures » ou par des « considérations de sécurité nationale, d'ordre public, de santé publique, de sécurité des transports, de protection de l'environnement, de protection des ressources biologiques et des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, par la sécurité des installations et des travailleurs, la gestion rationnelle des ressources en hydrocarbures (par exemple, le taux d'épuisement des ressources en hydrocarbures ou l'optimisation de leur récupération) ou la nécessité d'assurer des ressources fiscales »²³⁵³. En cas de création d'une société d'économie mixte public-privé « les exigences concernant la participation de l'Etat, sont fixées par les Etats membres de manière à garantir le maintien de l'indépendance des entités en matière de gestion »²³⁵⁴. Enfin, il résulte implicitement des dispositions de la directive qu'un Etat ne saurait se soustraire à la mise en concurrence qu'elle prescrit en procédant à l'exploitation de gisements par ses propres moyens ou par

²³⁴¹ Article 5, 2), de la directive 94/22/CE.

²³⁴² Article 5, 1), de la directive.

²³⁴³ Article 5, 1), c), de la directive 94/22/CE.

²³⁴⁴ Article 5, 1), d), de la directive 94/22/CE.

²³⁴⁵ Article 5, 5), de la directive 94/22/CECE.

²³⁴⁶ Article 3, paragraphe 3, de la directive 94/22/CE.

²³⁴⁷ Article 3, paragraphe 3, a), de la directive 94/22/CECE.

²³⁴⁸ Article 3, paragraphe 3, c), de la directive 94/22/CE.

²³⁴⁹ Article 3, paragraphe 5, a), de la directive 94/22/CE.

²³⁵⁰ Quatrième considérant de la directive 94/22/CE.

²³⁵¹ Article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive 94/22/CE.

²³⁵² Article 3, paragraphe 6, de la directive 94/22/CE.

²³⁵³ Article 6, paragraphe 2, de la directive 94/22/CE.

²³⁵⁴ Article 6, paragraphe 3, de la directive 94/22/CE.

une entité « in-house ». Ainsi, la prospection, l'exploitation ou l'extraction par un établissement public contrôlé par l'Etat paraissent exclues. En effet, aux termes de l'article 7 de la directive « les dispositions législatives, réglementaires et administratives qui réservent à une seule entité le droit d'obtenir des autorisations sur une aire géographique spécifique à l'intérieur du territoire d'un Etat membre sont abolies par les Etats membres concernés avant le 1^{er} janvier 1997 »²³⁵⁵.

Section 2.- Appréciation

601.- En général, les droits nationaux prévoient que les hydrocarbures enfouis dans le sous-sol sont la propriété de l'Etat²³⁵⁶. Il est donc étrange que la directive défende aux Etats membres de procéder à l'exploitation de ces ressources par leurs propres moyens. Sur ce point, la directive paraît contraire à l'article 345 TFUE²³⁵⁷.

En revanche, lorsque l'Etat membre concerné ne souhaite pas exploiter lui-même un gisement, l'exigence de mise en concurrence comportant un appel à candidatures publié au Journal officiel, est conforme au droit primaire de la mise en concurrence. Ce serait en effet - pour suivre le raisonnement à la base de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire - décourager les entreprises établies dans d'autres Etats membres de s'établir dans l'Etat membre concerné que de ne pas procéder à une publicité adéquate²³⁵⁸. De même, suivant ce raisonnement²³⁵⁹, l'absence de publicité défavoriserait principalement les entreprises établies dans d'autres Etats membres. Nous avons critiqué cette approche²³⁶⁰. A notre avis, il y a plutôt lieu de considérer que le droit primaire, à lui seul, n'imposerait pas de mise en concurrence pour des autorisations d'exploitation de gisements d'hydrocarbures. Ici, contrairement à des régimes d'autorisations ordinaires, il ne s'agit pas d'activités que les entreprises seraient libres d'exercer en l'absence de régime d'autorisation. Comme les hydrocarbures ne sont dans la plupart des Etats membres pas des *res nullius* appartenant au premier qui en prend possession, mais qu'ils appartiennent à l'état²³⁶¹, aucun droit d'exploiter n'existe en l'absence de régime d'autorisation. En soi, l'existence d'un régime d'autorisation en ce domaine ne porte donc pas atteinte à la liberté d'établissement, contrairement, par exemple, aux régimes d'autorisation en matière de jeux de hasard. Aussi, ce que nous avons écrit plus haut en rapport avec les régimes d'autorisation en général²³⁶², ne vaut pas en matière d'autorisations d'extraire des hydrocarbures.

Chapitre III.- Les autorisations d'émettre des gaz à effet de serre

602.- Le Conseil européen de mars 2007 a pris l'engagement de réduire jusqu'en 2020 les émissions globales de gaz à effet de serre dans l'Union européenne d'au moins 20% par rapport aux niveaux de 1990²³⁶³.

Afin d'aboutir à une diminution de ces émissions, le législateur européen a limité la quantité globale d'émission de gaz à effet de serre de certaines activités. Les émetteurs concernés doivent se munir

²³⁵⁵ Article 7 de la directive 94/22/CE.

²³⁵⁶ Voir en ce sens l'avis du Comité économique et social sur la proposition de directive du Conseil sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospection, d'explorer et d'extraire des hydrocarbures (JO C 19 du 25 janvier 1993), point 1.3.3.

²³⁵⁷ « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres » (article 345 TFUE).

²³⁵⁸ Cf. ci-dessus, les nos 367 à 373 et 386.

²³⁵⁹ Cf. ci-dessus, les nos 367 à 373 et 386.

²³⁶⁰ Cf. ci-dessus, les nos 367 à 373 et 386.

²³⁶¹ Voir l'avis du Comité économique et social sur la proposition de directive du Conseil sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospection, d'explorer et d'extraire des hydrocarbures (JO C 19 du 25 janvier 1993), point 1.3.3.

²³⁶² Voir ci-dessus, no 480.

²³⁶³ Voir le troisième considérant de la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JO L 140 du 5 juin 2009, p. 63).

d'autorisations appelées « quotas » pour couvrir leurs émissions²³⁶⁴. Chaque quota permet de couvrir une tonne d'émissions d'équivalent dioxyde de carbone.

Suivant quel mécanisme ces quotas sont-ils alloués aux entreprises émettrices ? Dans un premier temps, le système mis en place recourt massivement à l'allocation de quotas à titre gratuit. Les attributions gratuites seront progressivement remplacées par des mises aux enchères de quotas. Une fois délivrés, les quotas peuvent être négociés sur des marchés secondaires²³⁶⁵.

Chaque année la quantité globale de quotas à délivrer, que ce soit gratuitement ou par voie d'enchères, diminue de 1,74% jusqu'en 2020²³⁶⁶.

Ce modèle de délivrance et d'échanges de quotas est propre à l'Union européenne²³⁶⁷. Il n'est pas prévu dans la convention-cadre des Nations-Unis sur les changements climatiques (CCNUCC), ni au protocole de Kyoto.

Le Tribunal a décrit comme suit les objectifs du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre mis en place par la directive 2003/87/CE :

« (...) l'objectif principal déclaré de la directive 2003/87 est de réduire, de manière substantielle, les émissions de gaz à effet de serre afin de pouvoir respecter les engagements de la Communauté et des Etats membres au regard du protocole de Kyoto. Cet objectif doit être atteint dans le respect d'une série de « sous-objectifs » et par le recours à certains instruments. L'instrument principal à cet effet est constitué par le système communautaire d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre (article 1^{er} et considérant 2 de la directive 2003/87), dont le fonctionnement est déterminé par certains « sous-objectifs », à savoir le maintien de conditions économiquement efficaces et performantes, la préservation du développement économique et de l'emploi, ainsi que celle de l'intégrité du marché intérieur et des conditions de concurrence (article 1^{er} et considérants 5 et 7 de la directive). La directive 2003/87 encourage, par ailleurs, l'utilisation d'un type d'instrument particulier, à savoir le recours à des techniques de meilleur rendement énergétique permettant d'obtenir une réduction des émissions par unité produite (considérant 20 de ladite directive) »²³⁶⁸.

Primairement, le système des quotas, vise à réduire les émissions de gaz à effet de serre.

La cessibilité des quotas tend à atteindre les objectifs secondaires²³⁶⁹. Afin d'assurer la cessibilité des quotas, la réglementation européenne s'efforce de créer des marchés de quotas transparents.

²³⁶⁴ Le livre vert du 8 mars 2000 sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre cite comme précédents dans la Communauté européenne de quotas transférables à un certain degré, les quotas de substances détruisant la couche d'ozone fixés par le protocole de Montréal, les quotas de capture de poissons fixés par la politique commune de la pêche ainsi que les quotas laitiers fixés par la politique agricole commune (p. 9).

²³⁶⁵ Actuellement, la directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers s'applique aux instruments dérivés sur les quotas s'il est satisfait à divers critères, dont celui qu'ils soient négociés sur un marché réglementé ou dans un système multilatéral de négociation. La nouvelle proposition de directive du 20 octobre 2011 concernant les marchés d'instruments financiers, abrogeant la directive 2004/39/CE, considère les quotas comme des instruments financiers (cf. annexe I, section C).

²³⁶⁶ A partir de 2012, la diminution des quotas délivrés chaque année est de 1,74% l'an par rapport au total annuel moyen des quotas délivrés par les Etats membres en vertu des décisions de la Commission concernant les plans d'allocation nationaux pour la période 2008-2012 (article 9, alinéa 1^{er}, de la directive).

²³⁶⁷ Cf. pour certains précédents aux Etats Unis, M. SPITZWIESER, *Der Emissionshandel als Instrument der Umweltpolitik*, Travail de diplôme pour l'obtention du grade d'ingénieur diplômé, Wien (Technische Universität), 2011, pp. 35 et s.

²³⁶⁸ Arrêt du Tribunal du 7 novembre 2007, Allemagne/Commission, T-374/04, point 124. Voir dans le même sens l'arrêt du Tribunal du 7 mars 2013, Pologne/Commission, T-370/11, point 69 et l'arrêt du Tribunal du 17 octobre 2013, Iberdrola, C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 et C-640/11, point 43.

²³⁶⁹ Cf. le livre vert du 8 mars 2000 sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, p. 9 :

« En politique environnementale, le concept d'autorisations » est bien établi, en particulier concernant l'application de normes techniques dans le domaine des déchets, de la pollution de l'air et de la pollution de l'eau. Cette réglementation comprend notamment la directive relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (IPPC). Les instruments réglementaires ne peuvent toutefois garantir un résultat

L'idée à la base du système mis en place pour atteindre ces objectifs est expliquée dans le livre vert sur l'établissement d'un système d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre : « La logique économique clé du système d'échange des droits d'émission consiste à utiliser les mécanismes du marché pour garantir que les réductions d'émissions nécessaires à l'obtention d'un résultat environnemental prédéterminé ont lieu là où le coût de la réduction est le plus faible »²³⁷⁰.

Les mécanismes mis en place s'écartent des exigences de mise en concurrence pour l'attribution d'autorisations en nombre limité dégagées des principes de droit primaire²³⁷¹. Ainsi, après une première allocation des quotas par enchères, le cas échéant à des personnes qui ne sont pas des émetteurs, le prix étant l'unique critère d'attribution, les quotas sont librement cessibles.

Section 1^{re}.- Généralités

§ 1^{re}.- Textes applicables

603.- La directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établit un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union européenne. Cette directive a été modifiée par les directives 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004, la directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 novembre 2008, le règlement (CE) no 219/2009 du Parlement européen du 11 mars 2009 et la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009. Le règlement (UE) no 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010²³⁷² a trait aux enchères des quotas d'émissions de gaz à effet de serre. Le règlement (UE) no 920/2010 de la Commission du 7 octobre 2010 avait établi un registre de

environnemental prédéterminé car le nombre de nouvelles usines et, partant, la quantité totale d'émissions, peuvent dépasser les prévisions, même si toutes ces usines appliquent les meilleures normes techniques.

L'échange de droits d'émission permet aux entreprises individuelles de produire un taux d'émissions supérieur à leurs quotas à condition qu'elles trouvent une autre entreprise qui a produit des émissions inférieures aux quotas alloués et qui consent à lui transférer son « surplus » de quotas. Du point de vue de l'environnement, le résultat est le même que si ces deux entreprises avaient épuisé leurs quotas exacts mais la différence importante réside dans le fait que tant l'entreprise acheteuse que l'entreprise vendeuse des droits ont bénéficié de la flexibilité de ce type d'échange, sans aucun inconvénient pour l'environnement. Les deux entreprises concernées encourent des coûts de mise en conformité moindres que si elles n'avaient pas pu procéder à cet échange (l'« entreprise vendeuse » a reçu des fonds en compensation des quotas transférés, et l'« entreprise acheteuse » a encouru des coûts moins élevés que ceux qu'aurait impliqué l'adhésion au système des quotas prédéterminés). Une indication transparente des prix permettrait aussi à d'autres entreprises de mieux juger les opportunités d'échange et le bénéfice potentiel qu'elles pourraient en tirer si elles prenaient part à ce marché. De plus, la concurrence accrue que suscite parmi les entreprises le système d'échange de droits d'émission, de par leur recherche de moyens rentables en vue de réduire leurs émissions, donnera un nouvel élan à l'utilisation de technologies propres ».

²³⁷⁰ Pages 8-9 du livre vert du 8 mars 2000 sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre. J. H. DALES paraît être le premier à avoir envisagé un système de permis de polluer échangeables dans une étude intitulée *Pollution, Property & Prices*, University of Toronto Press, 1968, pp. 93 et s., tout en reconnaissant (p. 111) s'être inspiré de certaines réflexions que R.H. COASE a développé dans son article « The problem of social cost », in *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1 à 44. Pour R. W. MC GEE et W. E. BLOCK, un système de permis de polluer échangeables ne va pas assez loin (« Pollution trading permits as a form of market socialism and the search for a real market solution to environmental pollution », *Fordham Environmental Law Review*, 1994, volume 6, no 1, pp. 51 et s.). Ces auteurs proposent de privatiser entre autres l'air, les lacs, les routes (p. 65), les éléphants (p. 65) et les baleines (p. 66), la Méditerranée (p. 66), tout en admettant cependant que, pour des raisons politiques, une privatisation de l'Océan pacifique pourrait être difficile dans un proche avenir!

²³⁷¹ Cf. ci-dessus, nos 474 et s. et, en particulier, le no 481.

²³⁷² Règlement (UE) no 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 302 du 18 novembre 2010, pp. 1 et s.)

l'Union pour les périodes du système d'échange de quotas s'achevant le 31 décembre 2012²³⁷³. Le règlement (UE) no 1193/2011 de la Commission du 18 novembre 2011 avait établi le registre de l'Union pour les périodes d'échange suivantes du système d'échange de quotas d'émission de l'Union²³⁷⁴. Entre-temps, ce règlement a été abrogé et remplacé par le règlement (UE) no 389/2013 de la Commission du 2 mai 2013²³⁷⁵.

§ 2.- Activités auxquelles s'applique le système d'échange de quotas

604.- Le système ne s'applique actuellement qu'aux activités limitativement énumérées à l'annexe 1 de la directive²³⁷⁶ qui dégagent directement des gaz à effet de serre.

La lecture de l'annexe 1 de la directive révèle d'emblée que la liste des installations ou des activités pourrait être allongée sans peine.

L'article 10 ter de la directive envisage la possibilité d'intégrer dans le système communautaire les importateurs de produits fabriqués par les secteurs ou sous-secteurs déterminés conformément à l'article 10 bis au titre de « *mesures destinées à soutenir certaines industries à forte intensité d'énergie en cas de fuite de carbone* »²³⁷⁷.

Les Etats membres peuvent appliquer le système d'échange de quotas d'émission à des activités et à des gaz à effet de serre qui ne sont pas énumérés à l'annexe I si cette inclusion est approuvée par la Commission²³⁷⁸.

§ 3.- L'extension à d'autres domaines : biodiversité, matières premières, eau

605.- Des mécanismes similaires pourraient être appliqués à d'autres domaines. Ainsi, il a déjà été question de « certificats de biodiversité »²³⁷⁹. Une activité nuisible à la biodiversité se verrait attribuer des quotas en nombre limité.

Autre idée envisagée en Allemagne : des certificats négociables entre hôpitaux représentant des droits à la prise en charge par l'assurance sociale de certaines opérations²³⁸⁰.

§ 4.- La définition du quota

²³⁷³ Règlement (UE) no 920/2010 de la Commission du 7 octobre 2010 établissant un registre de l'Union pour les périodes du système d'échange de quotas d'émission de l'Union s'achevant le 31 décembre 2012 conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision no 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 270 du 14 octobre 2010, p.1).

²³⁷⁴ Le règlement (UE) no 1193/2011 de la Commission du 18 novembre 2011 établissait le registre de l'Union pour la période d'échanges débutant le 1^{er} janvier 2013 et pour les périodes d'échanges suivantes du système d'échange de quotas d'émission de l'Union conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et à la décision no 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil et modifiant les règlements de la Commission (CE) no 2216/2004 et (UE) no 920/2010.

²³⁷⁵ Règlement (UE) no 389/2013 de la Commission du 2 mai 2013 établissant un registre de l'Union conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et aux décisions no 280/2004/CE et no 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les règlements (UE) no 920/2010 et (UE) no 1193/2011 de la Commission (JO L 122 du 3 mai 2013, pp. 1 et s.)

²³⁷⁶ A titre d'exemple, les processus de combustion dans les installations dont la puissance calorifique totale de combustion est supérieure à 20 MW (à l'exception des installations d'incinération de déchets dangereux ou municipaux) ; le raffinage de pétrole ; la production d'aluminium primaire ; la fabrication du verre, y compris de fibre de verre, avec une capacité de fusion supérieure à 20 tonnes par jour ; la production de papier ou de carton, avec une capacité de production supérieure à 20 tonnes par jour ; les vols au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre (il existe cependant de nombreuses exceptions) ...).

²³⁷⁷ C'est-à-dire le déplacement d'activités en dehors de l'Union européenne pour éviter le coût lié aux émissions de gaz à effet de serre.

²³⁷⁸ Article 24 de la directive 2003/87/CE.

²³⁷⁹ Cf. *Herald Tribune*, 7 juin 2010, p. 18, « Biodiversity : E.U.'s next challenge ».

²³⁸⁰ *Handelsblatt*, 16 juillet 2012, « Zertifikatehandel im OP », p.16.

606.- La directive définit le « quota » comme « le quota [sic !] autorisant à émettre une tonne d'équivalent - dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée, valable uniquement pour respecter les exigences de la présente directive, et transférable conformément aux dispositions de la présente directive »²³⁸¹.

§ 5.- L'autorisation pour les installations entraînant des émissions de gaz à effet de serre

607.- Toute « installation »²³⁸² émettant des émissions des gaz à effet de serre nécessite une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre²³⁸³. L'autorité compétente réexamine l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre tous les cinq ans au moins et y apporte les modifications nécessaires²³⁸⁴.

L'attribution des autorisations est du ressort des Etats membres. L'autorisation ne peut être accordée que si l'autorité compétente de l'Etat membre en question « considère que l'exploitant est en mesure de surveiller et de déclarer les émissions »²³⁸⁵. La directive dispose que l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre contient notamment les éléments suivants :

« (...) c) un programme de surveillance qui réponde aux exigences du règlement visé à l'article 14 [règlement d'exécution à prendre par la Commission jusqu'au 31 décembre 2011 au plus tard].

(...) e) l'obligation de restituer, dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque année civile, des quotas autres que des quotas délivrés en vertu du chapitre II, correspondant aux émissions totales de l'installation au cours de l'année civile écoulée, telles qu'elles ont été vérifiées conformément à l'article 15 »²³⁸⁶.

Les quotas visés au chapitre II sont les quotas attribués aux exploitants d'aéronefs. Au début, la directive 2003/87/CE n'englobait pas les activités aériennes. C'est la directive 2008/101/CE du Parlement et du Conseil du 19 novembre 2008 qui a étendu le système à ces activités. Toutefois, les quotas attribués aux activités aériennes ne sont pas échangeables avec les autres quotas.

Le demandeur doit décrire dans sa demande d'autorisation les mesures qu'il prévoit pour surveiller et déclarer les émissions conformément au règlement (UE) n° 601/2012 du 21 juin 2012 de la Commission relatif à la surveillance et à la déclaration des émissions de gaz à effet de serre²³⁸⁷.

§ 6.- L'obligation de restituer des quotas

608.- Tout émetteur doit remettre dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque année civile une quantité de quotas correspondant à la quantité de gaz à effet de serre qu'il a émise pendant l'année écoulée.

La directive prévoit en effet ce qui suit:

« Les Etats membres s'assurent que, le 30 avril de chaque année au plus tard, tout exploitant d'une installation restitue un nombre de quotas, autres que les quotas délivrés en vertu du chapitre II²³⁸⁸, correspondant aux émissions totales de cette installation au cours de l'année civile écoulée, telles

²³⁸¹ Article 3, a) de la directive 2003/87/CE.

²³⁸² La directive entend par *installation* « une unité technique fixe où se déroulent une ou plusieurs activités indiquées à l'annexe I de la directive ainsi que toute autre activité s'y rapportant directement qui est liée techniquement aux activités exercées sur le site et qui est susceptible d'avoir des incidences sur les émissions et la pollution » (article 3, e) de la directive).

²³⁸³ Articles 4 et 5 de la directive 2003/87/87. Cette autorisation constitue une autorisation de principe pour l'installation concernée. Il ne s'agit pas d'une autorisation d'émettre une quantité déterminée de gaz à effets de serre.

²³⁸⁴ Article 6, paragraphe 1^{er}, dernier alinéa, de la directive 2003/87/CE.

²³⁸⁵ Article 6, paragraphe 1^{er}, 1^{er} alinéa, de la directive 2003/87/CE.

²³⁸⁶ Article 6, paragraphe 2, de la directive 2003/87/CE.

²³⁸⁷ Article 5, paragraphe 1^{er}, d) de la directive 2003/87/CE.

²³⁸⁸ Les quotas délivrés en vertu du chapitre II sont les quotas attribués aux exploitants d'aéronefs.

qu'elles ont été vérifiées conformément à l'article 15, et pour que ces quotas soient ensuite annulés »²³⁸⁹.

La même obligation incombe aux exploitants d'aéronefs²³⁹⁰.

La directive prévoit une amende de € 100,00 par tonne d'émissions pour laquelle un émetteur ne restitue pas de quotas, outre l'obligation de restituer les quotas manquants l'année suivante²³⁹¹. Ce montant est rattaché à l'indice européen des prix à la consommation à partir de l'année 2013²³⁹². Il ne suffit pas de détenir le 30 avril un nombre suffisant de quotas pour couvrir les émissions de l'année précédente. A défaut de les restituer au plus tard à cette date, l'amende est due, sans aucune possibilité de modulation par le juge national, sauf cas de force majeure²³⁹³.

§ 7.- Personnes susceptibles de détenir des autorisations

609.- Toute personne peut détenir des quotas²³⁹⁴, alors que ce ne sont que certaines installations, émettant certains types de gaz, de même que les exploitants d'aéronefs, qui sont soumis à l'obligation de « restituer » des quotas. La détention de quotas par des personnes qui ne sont pas des émetteurs paraît *a priori* étonnante.

Les quotas délivrés à compter du 1^{er} janvier 2012 sont détenus dans un registre communautaire organisé par un règlement de la Commission²³⁹⁵. Ce système de registres n'est établi que sous la forme de bases de données électroniques²³⁹⁶.

L'article 25, paragraphe 1^{er}, de la directive dispose que « des accords devraient être conclus avec les pays tiers visés à l'annexe B du protocole de Kyoto et ayant ratifié ce protocole ». L'article 12 de la directive prévoit que « *les Etats membres s'assureront que les quotas puissent être transférés entre :*

- a) Personnes dans la Communauté ;*
- b) Personnes dans la Communauté et personnes dans des pays-tiers où ces quotas sont reconnus conformément à la procédure prévue à l'article 25, sans restrictions autres que celles contenues dans la présente directive ou adaptées en application de celle-ci ».*

Section 2.- La mise en concurrence en vue de l'obtention des quotas

610.- Les quotas qui ne sont pas attribués à titre gratuit sont vendus aux enchères. Une fois attribués, les quotas sont librement cessibles sur des marchés secondaires. Par la mise aux enchères de quotas et leur cessibilité ultérieure, le législateur européen espère faire d'abord réduire les émissions qu'il est le plus facile d'éviter. Si le coût des adaptations à faire est faible, les exploitants de ces installations préféreront - c'est l'idée - procéder à l'adaptation de leurs installations, plutôt que de devoir acquérir des quotas d'émissions. En revanche, les exploitants d'installations difficiles à rendre moins polluantes éviteront les coûts liés à la modification de leurs installations en se procurant des quotas d'émission de gaz à effet de serre. Dès lors qu'il coûtera moins d'éviter les émissions de gaz à

²³⁸⁹ Article 12, paragraphe 3, de la directive. Cf. également l'arrêt du Tribunal du 17 octobre 2013, Iberdrola, C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 et C-640/11, point 51.

²³⁹⁰ Article 12, paragraphe 2bis, de la directive 2003/87/CE.

²³⁹¹ Article 16, paragraphe 3 de la directive 2003/87/CE.

²³⁹² Article 16, paragraphe 4 de la directive 2003/87/CE.

²³⁹³ Arrêt de la Cour du 17 octobre 2013, Billerud Karlsborg, C-203/12, points 30, 31 et 38.

²³⁹⁴ Article 19, paragraphe 2, de la directive 2003/87/CE.

²³⁹⁵ Article 19, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/87/CE. Voir le règlement (UE) n° 920/2010 de la Commission du 7 octobre 2010 concernant un système de registres normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE du parlement et du Conseil et à la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 270 du 14 octobre 2010, pp.1 et s.) pris en vertu de l'article 19, paragraphe 3, de la directive. Entre-temps, ce règlement a été abrogé et remplacé par le règlement (UE) no 389/2013 de la Commission du 2 mai 2013 établissant un registre de l'Union conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et aux décisions no 280/2004/CE et no 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les règlements (UE) no 920/2010 et (UE) no 1193/2011 de la Commission (JO L 122 du 3 mai 2013, pp. 1 et s.)

²³⁹⁶ Cf. l'article 19, paragraphe 3, de la directive 2003/87/CE.

effet de serre que d'acquiescer les quotas correspondants, l'exploitant choisira d'éviter les émissions. Inversement, si les coûts de l'évitement sont plus élevés que le prix à régler pour les émissions, l'exploitant acquerra des quotas. C'est pourquoi le législateur européen estime que le système mis en place permet de « *favoriser la réduction des émissions de ces gaz dans des conditions économiquement efficaces et performantes* »²³⁹⁷. Si tous les émetteurs étaient obligés de réduire leurs émissions dans la même mesure, le coût global des réductions serait plus élevé.

En résumé, l'idée est d'amener d'abord ceux à qui cela coûte le moins à rendre leurs installations plus propres.

Les quotas attribués à un Etat membre pour être mis aux enchères peuvent être acquis et utilisés pour des installations dans d'autres Etats membres. Un dépassement des émissions autorisées pour un Etat n'empêchera donc pas de développer une nouvelle installation soumise au système ou d'augmenter l'activité d'une installation existante²³⁹⁸.

§ 1^{er}.- Mise aux enchères des quotas qui ne sont pas attribués à titre gratuit

611.- La directive prévoit qu'à partir de 2013, les Etats membres mettront aux enchères l'intégralité des quotas qui ne sont pas délivrés à titre gratuit conformément aux articles 10 bis et 10 quater de la directive 2003/87/CE²³⁹⁹. Une lecture sommaire des dispositions correspondantes pourrait faire croire que l'attribution gratuite de quotas constitue l'exception. De fait, pendant une période transitoire, des quantités importantes de quotas sont délivrées à titre gratuit aux installations exerçant une activité visée par la directive²⁴⁰⁰. En somme, aujourd'hui encore, le principe reste l'attribution gratuite. Ainsi,

²³⁹⁷ Premier considérant de la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JO L 140 du 5 juin 2009, pp. 63 et s.).

²³⁹⁸ « *A la lumière des objectifs que constituent l'élimination des distorsions de la concurrence intracommunautaire et la recherche de la meilleure efficacité économique possible lors de la transformation de l'économie en une économie à faible intensité de carbone sûre et durable, il ne serait pas judicieux, dans le cadre du système communautaire, de réserver aux secteurs économiques un traitement différent selon l'Etat membre* » (dix-septième considérant, 2^e phrase de la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JO L 140 du 5 juin 2009, pp. 63 et s.)).

²³⁹⁹ Article 10, paragraphe 1^{er}, de la directive.

²⁴⁰⁰ Ces quotas sont délivrés suivant les articles 10 bis et 10 quater de la directive 2003/87/CE.

L'article 10 de la directive 2003/87/CE relatif à la mise aux enchères des quotas, ainsi que les articles 10 bis et 10 quater relatifs à l'allocation gratuite de quotas, sont rédigés de façon assez déficiente. L'agencement de ces dispositions, de même que leur formulation, laissent penser à première vue que la plupart des quotas sont mis aux enchères et que l'attribution gratuite constitue l'exception. Le paragraphe 5 de l'article 10 bis détermine la quantité annuelle maximale de quotas « *pour les installations qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 3* ». Encore ce paragraphe 5 ne dit-il pas de façon explicite que ces quotas sont attribués de façon gratuite. Ce n'est que l'article 10 ter qui affirme, de façon incidente mais expresse, que l'article 10 bis vise bien l'attribution gratuite de quotas à un ensemble de secteurs.

Les quotas gratuits sont en principe accordés sans mise en concurrence sur base de « droits acquis », sous réserve bien entendu des efforts des différents secteurs pour s'assurer l'attribution de la plus grande quantité possible de quotas lors des consultations prévues par la directive. De la quantité de quotas délivrés pour l'ensemble de l'Union durant la période 2013-2020, 5% sont réservés aux nouveaux entrants, sans que des quotas gratuits puissent être alloués à de nouveaux entrants en vue de la production d'électricité (article 10 bis, paragraphe 7).

En principe, il n'y a pas d'allocation gratuite des quotas aux activités indiquées au paragraphe 3 de l'article 10 bis, à savoir la production d'électricité, le captage de CO₂, le transport par pipeline de CO₂ et le stockage de CO₂. A certaines conditions, des quotas gratuits peuvent cependant être alloués de manière gratuite à des installations d'électricité de façon transitoire jusqu'en 2020 conformément à l'article 10 quater. Cet article prévoit par ailleurs que « *l'Etat membre concerné présente à la Commission un plan national prévoyant des investissements dans la réadaptation et la mise à niveau de l'infrastructure et les technologies propres. Le plan national prévoit également la diversification de la palette énergétique et de ses sources d'approvisionnement pour un montant équivalent, dans la mesure du possible, à la valeur du marché de l'allocation gratuite en ce qui concerne les investissements prévus, tout en tenant compte de la nécessité de limiter autant que possible des*

en 2013, la quantité de quotas allouée gratuitement en vertu de l'article 10 bis était encore de 80% de la quantité d'émissions déterminée conformément aux « référentielles ex-antes » (article 10 bis, paragraphe 11). L'allocation gratuite diminuera chaque année en quantités égales. Elle ne sera plus que de 30% des quotas à compter de 2020 et prendra fin en 2027 (article 10 bis, paragraphe 11).

Quelle est la justification avancée par la mise en place d'un système d'enchères ? Le législateur communautaire a été d'avis que le principe de la mise aux enchères est « généralement considéré comme le système le plus simple et le plus efficace du point de vue économique »²⁴⁰¹. Il espère également que la mise aux enchères pourra « exclure les bénéfiques exceptionnels et placer les nouveaux entrants et les économies dont la croissance est supérieure à la moyenne dans des conditions de concurrence comparables à celle des installations existantes »²⁴⁰².

Quant au nombre de quotas à vendre aux enchères, il y a quelques différences entre les Etats membres. En effet :

« La quantité totale des quotas que les Etats membres mettent aux enchères se ventile comme suit :

- a) 88% de la quantité totale des quotas à mettre aux enchères sont répartis entre les Etats membres en parts identiques à la part des émissions de l'Etat membre concerné vérifiées dans le cadre du système communautaire en 2005, ou à la moyenne de l'Etat membre concerné pour la période 2005-2007, le montant le plus élevé étant retenu ;
- b) 10% de la quantité totale des quotas à mettre aux enchères sont répartis entre certains Etats membres aux fins de la solidarité et de la croissance dans la Communauté, augmentant ainsi la quantité de quotas que ces Etats membres mettent aux enchères conformément au point a) selon les pourcentages précisés à l'annexe II bis ; et
- c) 2% de la quantité totale des quotas à mettre aux enchères sont répartis entre les Etats membres dont les émissions de gaz à effet de serre, en 2005, étaient d'au moins 20% inférieures aux niveaux de leurs émissions de l'année de référence qui leur sont applicables en vertu du protocole de Kyoto. La répartition de ce pourcentage entre les Etats membres concernés est indiquée à l'annexe II ter »²⁴⁰³.

§ 2.- Exigences quant au système d'enchères formulées par la directive

612.- La directive requiert que les mises aux enchères soient conçues de manière à garantir :

« a) le plein accès, juste et équitable des exploitants, et en particulier des petites et moyennes entreprises couvertes par le système communautaire ;

hausse de prix en relation directe ». Des quotas gratuits sont cependant alloués au chauffage urbain ainsi qu'à la cogénération à haut rendement « en vue de répondre à une demande économiquement justifiable par rapport à la production de chaleur ou de froid » (article 10 bis, paragraphe 4). De même, il peut en être délivré pour l'électricité produite à partir de gaz résiduels (article 10 bis, paragraphe 1^{er}).

La directive 2003/87/CE précise que « pour définir les principes d'établissement des référentiels ex-antes par secteur ou sous-secteur, le point de départ est la performance moyenne des 10% d'installations les plus efficaces d'un secteur ou sous-secteur de la Communauté pendant les années 2007-2008 » (article 10 bis, paragraphe 2). La fixation des « référentiels ex-ante » devrait être faite d'après la directive « dans la mesure du possible ... de façon à garantir que les modalités d'allocation des quotas encouragent l'utilisation de techniques efficaces pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et améliorer le rendement énergétique, en recourant aux techniques les plus efficaces, aux solutions et aux procédés de production de remplacement, à la cogénération à haut rendement, à la récupération efficace d'énergie à partir des gaz résiduels, à l'utilisation de la biomasse, ainsi qu'au captage et au stockage de CO₂, lorsque les moyens sont disponibles et n'encouragent pas l'accroissement des émissions » (article 10 bis, paragraphe 1^{er}, 3^e alinéa).

²⁴⁰¹ Quinzième considérant de la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JO L 140 du 5 juin 2009, pp. 63 et s.)

²⁴⁰² Même considérant (voir la note précédente).

²⁴⁰³ Article 10, paragraphe 2, de la directive 2003/87/CE.

- b) que tous les participants aient accès simultanément aux mêmes informations et que les participants ne compromettent pas le fonctionnement de la mise aux enchères ;
- c) que l'organisation et la participation aux enchères soient rentables et que les coûts administratifs inutiles soient évités ; et
- d) que l'accès aux quotas soit accordé aux petits émetteurs »²⁴⁰⁴.

§ 3.- La mise en place et le fonctionnement des enchères de quotas d'émissions de gaz à effet de serre

613.- La Commission a adopté le 12 novembre 2010 un règlement concernant la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre²⁴⁰⁵ ainsi qu'un certain nombre d'autres points.

A. Plateformes d'enchères

614.- Le règlement prévoit en principe deux ou trois plates-formes d'enchères communes²⁴⁰⁶.

Néanmoins, chaque Etat-membre peut décider de ne pas participer aux plates-formes d'enchères communes et désigner sa propre plate-forme d'enchères²⁴⁰⁷. Dans la terminologie du règlement, une telle plate-forme d'enchères est appelée « *plate-forme d'enchères dérogatoire* ».

Chaque Etat membre doit désigner un adjudicateur qui est chargé pour son compte de la mise aux enchères des quotas²⁴⁰⁸. Plusieurs Etats membres peuvent désigner le même adjudicateur²⁴⁰⁹.

L'adjudicateur met aux enchères le volume de quotas à vendre pour les Etats membres qui l'ont désigné, perçoit le produit des enchères et verse à chacun des Etats le produit des enchères qui lui est dû²⁴¹⁰.

Le règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 justifie comme suit la mise en place de plates-formes d'enchères communes (le règlement prévoit la mise en place de deux ou de trois plates-formes d'enchères communes) :

« C'est en effet le moyen le plus économiquement avantageux de mettre des quotas aux enchères sans pour autant supporter des coûts administratifs inutiles qui découleraient nécessairement de l'utilisation d'infrastructures d'enchères multiples. C'est aussi le meilleur moyen d'assurer un accès ouvert, transparent et non discriminatoire aux enchères, tant de droit que de fait. Cette approche commune, outre qu'elle garantirait la prévisibilité du calendrier des enchères, est la mieux à même de renforcer la clarté du signal de prix du carbone. La mise en place d'une infrastructure d'enchères commune est particulièrement importante si l'on veut garantir un accès équitable des petites et moyennes entreprises couvertes par le système d'échange de quotas et permettre l'accès des petits émetteurs. Pour ces entreprises, en effet, devoir se familiariser avec plusieurs plates-formes d'enchères puis se faire enregistrer et participer aux enchères sur ces différentes plates-formes représenterait un coût particulièrement élevé. Enfin, une plate-forme d'enchères commune favorisera la plus large participation possible, dans toute l'Union, et atténuera donc au mieux le risque de voir des participants compromettre les enchères en les utilisant à des fins de blanchiment de capitaux, de financement du terrorisme, d'activités criminelles ou d'abus de marché »²⁴¹¹.

Les enchères ne peuvent être conduites que sur des plates-formes d'enchères qui ont été agréées en tant que marchés réglementés²⁴¹² comme respectant les dispositions du titre III de la directive

²⁴⁰⁴ Article 10, paragraphe 4, 2^e alinéa, de la directive 2003/87/CE.

²⁴⁰⁵ Règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 302 du 18 novembre 2010, pp.1 et s.).

²⁴⁰⁶ Article 26, paragraphes 1 et 2, du règlement 1031/2010.

²⁴⁰⁷ Article 28, paragraphe 6, 2^e alinéa du règlement 1031/2010.

²⁴⁰⁸ Article 22, alinéa 1^{er}, du règlement 1031/2010.

²⁴⁰⁹ Article 22, paragraphe 1^{er}, du règlement 1031/2010.

²⁴¹⁰ Article 23 du règlement 1031/2010.

²⁴¹¹ Septième considérant du règlement 1031/2010.

²⁴¹² La directive 2004/39/CE définit le « *marché réglementé* » comme suit :

2004/39/CE du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers²⁴¹³. Cette décision d'agrément est prise conformément au titre IV de la directive 2004/39/CE²⁴¹⁴.

B. Interdiction des opérations d'initiés et des manipulations de marché

615.- Le règlement 1031/2010 interdit les opérations d'initiés²⁴¹⁵, de même que les manipulations de marché²⁴¹⁶. Il formule des exigences spécifiques destinées à atténuer le risque d'échec de marché²⁴¹⁷. Avant de pouvoir enchérir, les soumissionnaires, ou les intermédiaires agissant pour leur compte, sont tenus de constituer une garantie²⁴¹⁸.

C. Personnes pouvant être admises à soumettre des offres lors des enchères

616.- Les personnes suivantes sont admises à soumettre des offres :

- « a) Un exploitant ou un exploitant d'aéronefs qui détient un compte de dépôt d'exploitant et qui soumet une offre pour son propre compte, y compris toute entreprise mère, toute entreprise filiale ou toute entreprise liée faisant partie du même groupe d'entreprises que l'exploitant ou l'exploitant d'aéronefs ;
- b) Les entreprises d'investissement²⁴¹⁹ agréées en vertu de la directive 2004/39/CE qui soumettent une offre pour leur compte propre ou pour le compte de leurs clients ;
- c) Les établissements de crédit agréés en vertu de la directive 2006/48/CE qui soumettent une offre pour leur propre compte ou pour le compte de clients ;
- d) Les groupements économiques de personnes visées au point a) qui soumettent une offre pour leur propre compte et agissent en qualité d'agent pour le compte de leurs membres ;
- e) Des organismes ou entités publics des Etats membres chargés de contrôler l'une des quelconques personnes visées au point a) »²⁴²⁰.

Les clients auxquels il est fait référence dans l'extrait ci-dessus reproduit de la directive 2003/39/CE ne sont pas uniquement des émetteurs de gaz à effet de serre. Il peut s'agir de professionnels non émetteurs, voire de simples particuliers. Ainsi que nous l'avons signalé ci-dessus, toute personne peut détenir des quotas²⁴²¹.

« un système multilatéral, exploité et/ou géré par un opérateur de marché, qui assure ou facilite la rencontre - en son sein même et selon ses règles non discrétionnaires - de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur des instruments financiers admis à la négociation dans le cadre de ses règles et/ou de ses systèmes, et qui est agréé et fonctionne régulièrement conformément aux dispositions du titre III » (article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, 14)).

²⁴¹³ JO L 145 du 30 avril 2004, pp.1 et s.

²⁴¹⁴ Article 35, paragraphes 1^{er} et 5, du règlement 1031/2010.

²⁴¹⁵ Article 38 du règlement 1031/2010.

²⁴¹⁶ Article 41 du règlement 1031/2010.

²⁴¹⁷ Article 42 du règlement 1031/2010.

²⁴¹⁸ Article 49 du règlement 1031/2010.

²⁴¹⁹ L'article 4, paragraphe 1^{er}, 1) de la directive 2004/39 définit l'entreprise d'investissement comme « toute personne morale dont l'occupation ou l'activité habituelle consiste à fournir un ou plusieurs services d'investissement à des tiers et/ou à exercer une ou plusieurs activités d'investissement à titre professionnel ». Les activités d'investissement peuvent notamment consister en la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, de gestion de portefeuille, l'exécution d'ordres au nom des clients, à condition toutefois que ces activités portent sur des instruments financiers. Les contrats d'option, les contrats à terme, les contrats d'échange et tous autres contrats dérivés relatifs à des autorisations d'émissions sont considérés comme des instruments financiers (Cf. l'annexe I de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, ainsi que l'article 4, paragraphe 1^{er}, 2) de cette directive).

²⁴²⁰ Enumération de l'article 18, paragraphe 1^{er}, du règlement 1031/2010.

²⁴²¹ Cf. ci-dessus, no 609.

§ 4.- La possibilité de transférer les quotas engendre un marché secondaire

617.- La directive prévoit que les quotas peuvent être transférés entre personnes dans la Communauté et des personnes dans des pays tiers où ces quotas sont reconnus conformément à des accords à conclure²⁴²². La libre cessibilité des quotas donne lieu à des marchés secondaires²⁴²³ sur lesquels les quotas sont négociés après l'attribution initiale. Le règlement 1031/2010 de la Commission envisage des produits dérivés de quotas²⁴²⁴. De fait, ce type de produits existe.

Section 3.- Autres mises en concurrence prévues par la législation sur les quotas d'émission de gaz à effet de serre

§ 1^{er}.- Mise en concurrence pour la sélection d'un maximum de douze projets commerciaux de démonstration

618.- Dans la réserve destinée aux nouveaux entrants, jusqu'à 300 millions de quotas sont disponibles jusqu'au 31 décembre 2015 afin d'encourager la mise en place et le lancement d'un maximum de douze projets commerciaux de démonstration axés sur le captage et le stockage géologique (CSC) de CO₂, dans des conditions de sûreté pour l'environnement, ainsi que des projets de démonstration concernant des technologies innovantes liées aux énergies renouvelables, sur le territoire de l'Union²⁴²⁵.

Il est précisé que « les projets sont sélectionnés sur la base de critères objectifs et transparents incluant des exigences en matière de partage des connaissances ».

Conformément à ce que prévoit la directive 2003/87/CE²⁴²⁶, ces critères et exigences ont été déterminées dans une décision de la Commission du 3 novembre 2010²⁴²⁷.

Cette décision prévoit que la BEI examinera les projets et exprimera une recommandation d'attribution²⁴²⁸. La décision fixe des critères d'admissibilité²⁴²⁹ et de sélection²⁴³⁰. La décision d'attribution est prise par la Commission²⁴³¹. Les quotas à attribuer gratuitement sont transférés à la BEI qui les vend et en transfère le produit aux Etats membres²⁴³² qui le versent aux promoteurs des projets²⁴³³.

Dans sa décision du 3 novembre 2010, la Commission prend soin de préciser que les financements accordés sont également subordonnés à l'autorisation de la part de la Commission de tout élément d'aide d'Etat compris dans l'apport financier global provenant de sources publiques²⁴³⁴.

²⁴²² Article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/87/CE.

²⁴²³ L'article 3, 11) du règlement 1031/2010 de la Commission définit comme « marché secondaire », « le marché sur lequel des personnes vendent ou achètent des quotas soit avant, soit après leur allocation à titre gratuit ou par enchères ».

²⁴²⁴ Le quatorzième considérant du règlement 1031/2010 de la Commission explique que « plutôt que de prescrire l'offre de *forwards* ou de *futures* dans le cadre des enchères, il a été estimé qu'il appartenait au marché d'offrir les meilleures solutions pour répondre à la demande de produits dérivés sur les quotas » (cf. également pour les plates-formes d'enchères dérogatoires l'article 30, paragraphe 3, du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010).

²⁴²⁵ Article 10 bis, paragraphe 8, de la directive 2003/87/CE.

²⁴²⁶ Article 10 bis, paragraphe 8, alinéa 3, de la directive 2003/87/CE.

²⁴²⁷ JO L 290 du 6 novembre 2010, pp. 39 et s.

²⁴²⁸ Article 5, paragraphe 4, de la décision de la Commission du 3 novembre 2010.

²⁴²⁹ Article 6 de la décision de la Commission du 3 novembre 2010.

²⁴³⁰ Article 7 de la décision de la Commission du 3 novembre 2010.

²⁴³¹ Article 5, paragraphe 5, de la décision de la Commission du 3 novembre 2010.

²⁴³² Article 10 de la décision de la Commission du 3 novembre 2010.

²⁴³³ Article 11 de la décision de la Commission du 3 novembre 2010.

²⁴³⁴ Quatrième considérant de la décision de la Commission du 3 novembre 2010. Une mise en concurrence n'exclut pas nécessairement l'existence d'une aide d'Etat. Inversement la Commission peut subordonner l'autorisation d'une aide d'Etat à une mise en concurrence (cf. ci-dessous, nos 559 et s. et 582 et s.).

§ 2.- Désignation de l'instance de surveillance des enchères : le règlement prévoit une procédure conjointe de passation de marché

619.- Le règlement prévoit que tous les processus d'enchères doivent être contrôlés par la même instance de surveillance²⁴³⁵.

Quant à la désignation de cette instance, le règlement dispose que « tous les Etats membres désignent une instance de surveillance des enchères, à l'issue d'une procédure conjointe de passation de marché entre la Commission et les Etats membres conduite conformément à l'article 91, paragraphe 1^{er}, troisième alinéa, du règlement (CE, Euratom) no 1605/2002 et à l'article 125 quater du règlement (CE, Euratom) no 2342/2002 »²⁴³⁶.

Cette désignation intervient pour une durée maximale de cinq ans²⁴³⁷.

Le préambule du règlement 1031/2010 de la Commission prévoit que les conditions de désignation de l'instance de surveillance des enchères « devraient favoriser les candidats présentant le plus faible risque de conflit d'intérêts ou alors de marché » en tenant compte « de leurs éventuelles activités sur le marché secondaire ainsi que des procédures internes qu'ils ont mis en place pour atténuer ce risque »²⁴³⁸. L'admission d'opérateurs agissant sur le marché secondaire nous semble difficile à concilier avec les exigences du droit primaire de la mise en concurrence. Ces opérateurs se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts qui devrait irrémédiablement conduire à leur exclusion.

Ainsi, la Cour a estimé que la participation majoritaire de représentants d'intérêts privés dans une instance intervenant à l'occasion d'une procédure de mise en concurrence « comporte une situation d'inégalité des conditions de concurrence et d'absence d'objectivité et d'impartialité, contraire à un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le droit de l'Union »²⁴³⁹.

§ 3.- Procédure conjointe de passation de marché pour la désignation de plates-formes d'enchères communes

620.- Le règlement 1031/2010 prévoit que les Etats désigneront deux ou trois plates-formes d'enchères communes, à savoir une plate-forme d'enchères unique pour la mise aux enchères de produits au comptant à deux jours ou de futures à cinq jours²⁴⁴⁰, ainsi qu'une ou deux plates-formes d'enchères pour la mise aux enchères de futures ou de forwards²⁴⁴¹.

La durée de la désignation de ces plate-formes d'enchères ne doit pas dépasser cinq ans²⁴⁴².

L'article 26, paragraphe 3, du règlement 1031/2010 dispose que ces désignations sont faites suivant la procédure conjointe de passation de marché conformément à l'article 91, paragraphe 1^{er}, troisième alinéa, du règlement (CE, Euratom) no 1605/2002 et à l'article 125 quater du règlement (CE, Euratom) no 2342/2002²⁴⁴³.

La Commission ne paraît pas avoir été certaine si le droit européen imposait d'attribuer l'exploitation de la plate-forme d'enchères à travers une procédure de marché public.

²⁴³⁵ Article 24, paragraphe 1^{er} du règlement 1031/2010.

²⁴³⁶ Article 24, 2^e paragraphe, du règlement 1031/2010. Entre-temps, les dispositions visées ont été remplacées. Il s'agit actuellement de l'article 104, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, du règlement 1268/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (JO L 298 du 26 octobre 2012, pp. 1 et s.) et de l'article 133 du règlement délégué 1268/2012 de la Commission relatif aux règles d'application de ce règlement (JO L 362 du 31 décembre 2012, pp. 1 et s.).

²⁴³⁷ Article 24, 3^e paragraphe, du règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010 de la Commission.

²⁴³⁸ Quarante-cinquième considérant du règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010 de la Commission.

²⁴³⁹ Arrêt de la Cour du 15 juillet 2010, Bâtiments et Ponts Construction SA, C- 74/09, point 61.

²⁴⁴⁰ Article 26, paragraphe 1^{er}, du règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010 de la Commission.

²⁴⁴¹ Article 26, paragraphe 2, du règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010 de la Commission.

²⁴⁴² Article 26, paragraphe 4, du règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010 de la Commission.

²⁴⁴³ Cf. à ce sujet ci-dessous, no 726. Entre-temps, les dispositions visées ont été remplacées. Il s'agit actuellement de l'article 104, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, du règlement 1268/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (JO L 298 du 26 octobre 2012, pp. 1 et s.) et de l'article 133 du règlement délégué 1268/2012 de la Commission relatif aux règles d'application de ce règlement (JO L 362 du 31 décembre 2012, pp. XX et s.).

A ce sujet, le préambule du règlement 1031 /2010 de la Commission trahit une hésitation :

« Lorsque le droit de l'Union ou le droit national en matière de passation de marché l'exigent, la concurrence entre les différentes plates-formes d'enchère potentielles doit être assurée par l'organisation d'une procédure de passation de marché avec mise en concurrence, au terme de laquelle la plate-forme d'enchères retenue sera désignée »²⁴⁴⁴.

Relevons d'ailleurs la teneur étrange du trente-troisième considérant de ce règlement d'après lequel *« il convient que la Commission confie la fourniture de ces services [les services d'enchères] à la plate-forme d'enchères commune jouissant de la plus grande expérience dans la conduite d'enchères pour le compte de plus d'un Etat membre, sans préjudice de la consultation d'autres plates-formes d'enchères ou d'autres parties intéressées »*. Ce préjugé en faveur d'un opérateur déterminé ne paraît guère compatible avec le principe d'égalité de traitement.

Les missions des plates-formes d'enchères communes comprennent non seulement la conduite des enchères²⁴⁴⁵, mais également des « services de soutien technique » à fournir à la Commission notamment lors de *« tout réexamen du présent règlement, de la directive 2003/87/CE ou du règlement de la Commission, adopté en vertu de l'article 19, paragraphe 3, de cette directive, ayant une incidence sur le fonctionnement du marché du carbone, et notamment sur la mise en œuvre des enchères »*²⁴⁴⁶.

Cela est surprenant. Comme les textes visés régissent l'activité même des plates-formes d'enchères, celles-ci se trouvent en effet dans une situation de conflit d'intérêt. Certes, le règlement ne prévoit que des « services de soutien technique » de la part des plates-formes d'enchères mais, s'agissant d'une matière essentiellement technique²⁴⁴⁷, cela n'enlève rien à la pertinence de l'objection. L'adjudicataire ne devient-il pas d'ailleurs ainsi un acteur dans le processus législatif ? Il est vrai que le règlement ne prévoit pas que la Commission doit faire appel aux services du prestataire en question²⁴⁴⁸, ni que la Commission ne peut pas se faire assister par d'autres prestataires.

§ 4.- Rémunération des plates-formes d'enchères. Le marché selon lequel un service d'enchères est confié à une plate-forme d'enchères, est-il un marché de services ou plutôt une concession de services ?

621.- Les coûts des services des plates-formes d'enchères sont en principe couverts par les montants réglés par les enchérisseurs²⁴⁴⁹. Le règlement dispose que « la structure et le niveau des frais, ainsi que toute autre condition relative aux frais, qui sont appliqués par une plate-forme d'enchères et par le ou les systèmes de compensation et de règlement ne sont pas moins favorables que les frais et conditions standard comparables appliqués sur le marché secondaire »²⁴⁵⁰. Par ailleurs, « les plates-formes d'enchères et le ou les systèmes de compensation et de règlement ne peuvent appliquer que les frais, déductions ou conditions explicitement prévus dans le contrat qui les désigne »²⁴⁵¹.

Les plates-formes d'enchères étant exclusivement rémunérées par les acquéreurs de quotas, elles supportent le risque économique de leur activité. On est donc en présence de concessions de services

²⁴⁴⁴ Trente-deuxième considérant du règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010 de la Commission.

²⁴⁴⁵ Article 27, paragraphe 1^{er}, b), du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010.

²⁴⁴⁶ Article 29, f), du règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010 de la Commission. Notons qu'en principe des opérateurs publics pourraient participer à la procédure de marchés publics pour la désignation d'une plate-forme d'enchères, à condition cependant que la loi à laquelle ils sont soumis le permette. Cf. à ce sujet également ci-dessus, no 236.

²⁴⁴⁷ Les quotas, les enchères et la cessibilité de ceux-ci sur des marchés secondaires constituent justement la technique mise en œuvre pour limiter les émissions de gaz à effet de serre.

²⁴⁴⁸ Nous n'allons pas examiner ici la question de savoir si la manière de procéder adoptée dans le règlement 1031/2010 de la Commission est conforme à l'article 290 du TFUE (ancien article 202 CE, troisième tiret).

²⁴⁴⁹ Article 52, paragraphe 1^{er}, du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010. A noter cependant que le règlement ne précise pas comment sont rémunérés les services des plates-formes d'enchères communes indiquées à l'article 29 du règlement, c'est-à-dire, les services à fournir à la Commission.

²⁴⁵⁰ Article 51, paragraphe 1^{er}, du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010

²⁴⁵¹ Article 51, paragraphe 2, du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010.

et non de marchés publics de services. Le règlement 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 portant règles financières applicable au budget général de l'Union et le règlement délégué du 29 octobre 2012 de la Commission qui s'appliquent en cas de procédure conjointe de passation de marché ne font pas la distinction entre « marchés publics » et « concessions »²⁴⁵². Les dispositions relatives à la passation des marchés publics qui y sont prévues s'appliquent donc en principe également aux concessions, à condition cependant que les prestations soient effectuées en partie du moins à charge du budget de l'Union. Comme la rémunération des plates-formes d'enchères est en principe intégralement²⁴⁵³ prise en charge par les utilisateurs, cette condition ne paraît pas remplie. On n'est donc pas en présence d'un marché public au sens du règlement financier 966/2012. Les conditions pour procéder à une procédure conjointe de passation de marché d'après le règlement délégué 1268/2012 ne paraissent donc pas remplies²⁴⁵⁴.

§ 5.- La désignation de plates-formes dérogatoires par les Etats membres ne participant pas à l'action commune

622.- Pour la mise aux enchères de leur part de quotas, les Etats qui ne participent pas à l'action commune des Etats membres et de la Commission peuvent avoir leurs propres plates-formes d'enchères (plates-formes dites « dérogatoires »)²⁴⁵⁵.

Ces Etats peuvent désigner la même plate-forme ou des plates-formes distinctes pour la mise aux enchères de ces deux catégories de produits²⁴⁵⁶.

L'article 30, paragraphe 5, du règlement 1031/2010 de la Commission précise que les Etats membres concernés doivent désigner leurs plates-formes d'enchères « *au moyen d'une procédure de sélection conforme au droit de l'Union et au droit national en matière de marchés publics, lorsqu'une procédure de passation de marché public est exigée par le droit de l'Union ou par le droit national* ». Suivant le risque pris en charge par une plate-forme d'enchères et la manière dont elle est rémunérée, sa désignation donnera lieu à un marché public soumis à la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE ou à une concession de services soumise seulement au droit primaire des marchés publics²⁴⁵⁷.

Les plates-formes nationales sont désignées pour une période de trois ans au maximum, qui peut être prolongée de deux ans au maximum (²⁴⁵⁸).

Tant pour les plates-formes communes que pour les plates-formes nationales, les candidats doivent démontrer qu'ils satisfont à des mesures « *imposant à la plate-forme d'enchères le transfert de tous les actifs corporels et incorporels nécessaires à son successeur pour conduire les enchères* ». Qu'est-ce qu'un « *actif corporel ou incorporel* » nécessaire à son successeur pour conduire les enchères ? A la limite, il pourrait s'agir de tout ce qui est normalement requis pour tenir les enchères, y compris le savoir-faire.

Section 4.- Appréciation critique du système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre comme mode de mise en concurrence

§ 1^{er}.- Observations générales

623.- La Commission admet suivre en matière de quotas d'émission une « approche apprentissage

²⁴⁵² Cf. au sujet de cette distinction ci-dessus, nos 258 et s. et 266 et s.

²⁴⁵³ Sous réserve de deux exceptions prévues à l'article 52, paragraphe 1^{er}, a) et b) du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 dont l'incidence financière n'est a priori pas évidente.

²⁴⁵⁴ Voir concernant cette question également les nos 726 et 727 ci-dessous.

²⁴⁵⁵ Article 30, paragraphe 1^{er} et 2, du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010.

²⁴⁵⁶ Article 30, paragraphe 3, du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010.

²⁴⁵⁷ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 258 et s. L'article 35, paragraphe 3, c), du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 prévoit pour la désignation de toutes les plates-formes d'enchères, que les candidats doivent démontrer qu'ils fonctionneront « de manière rentable en évitant les coûts administratifs inutiles », ce qui semble supposer que les plates-formes dérogatoires prendront en charge le risque économique lié à leur activité et seront rémunérées par les utilisateurs.

²⁴⁵⁸ Article 30, paragraphe 5, 2^e alinéa, du règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010.

par la pratique »²⁴⁵⁹. L'introduction du système se fait par étapes.

Un auteur a observé de manière pertinente que l'efficacité du système des quotas dépendait de sa mise en œuvre concrète²⁴⁶⁰.

Au départ, le système d'échange de quotas a été justifié par la considération qu'il permettait de réduire les émissions de gaz à effet de serre de la façon la plus efficace d'un point de vue économique²⁴⁶¹.

Partant de l'argument de la plus grande efficacité économique d'un échange de quotas entre émetteurs, le législateur européen en vient à faire des quotas des instruments financiers pouvant être traités en bourse par des personnes qui ne sont pas des émetteurs de gaz à effet de serre²⁴⁶².

Si le point de départ du système paraît à première vue convaincant, il tient insuffisamment compte de certains facteurs.

D'autre part, le système mis en place présente certaines incohérences.

Ci-après, nous examinerons ces points de plus près.

§ 2.- Le quota défini comme autorisation n'est pas à vrai dire une autorisation - Incohérences quant à la définition et quant au contrôle

624.- Le quota d'émission représente l'autorisation d'émettre une quantité déterminée de gaz à effet de serre.

D'ordinaire, une autorisation précède l'acte qu'elle autorise. Ici, ce n'est que le 30 avril de l'année qui suit celle des émissions que les émetteurs doivent disposer des quotas correspondants²⁴⁶³, c'est-à-

²⁴⁵⁹ Voir le livre vert du 8 mars 2000 sur l'établissement dans l'union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, page 11.

²⁴⁶⁰ M. MARTINI, *Der Markt als Instrument der hoheitlichen Verteilungslenkung*, Mohr Siebeck, 2008, pp. 808 et 809 : « Si le système portera des fruits comme instrument de l'ordre de répartition de droit public dépend tout particulièrement de l'adéquation de sa formulation concrète et de l'adaptation spécifique de ses effets allocatifs, administratifs et distributifs » [notre traduction].

²⁴⁶¹ L'idée se trouve déjà dans le livre vert sur l'établissement dans l'union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre. On retrouve la même idée notamment dans l'article 1^{er} de la directive, dans le premier considérant de son préambule, de même que dans le premier considérant du règlement (UE) no 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010. Nous n'avons pas trouvé d'analyse un tant soit peu approfondie sur la façon dont concrètement le système est en mesure d'atteindre les objectifs auxquels il doit répondre, compte tenu de la manière dont il est agencé concrètement. Une fois admis l'idée que les quotas doivent pouvoir être transférés dans un souci d'efficacité économique, le législateur européen semble partir du principe qu'il va de soi que les quotas doivent être librement transférables et que des marchés primaires et secondaires de quotas agencés suivant le modèle des marchés financiers doivent exister, dans l'intérêt de cette même allocation économiquement efficace des quotas.

²⁴⁶² A la base se trouve l'idée défendue par la pensée économique dominante que les marchés sont en mesure de résoudre correctement des problèmes de répartition. J.H. DALES, l'auteur de l'idée des permis de polluer négociables, écrit à ce sujet : « Pure speculators should also be able to buy the Rights in the expectation of being able to sell them later at a higher price - and also to sell them short if they think the price will be down in the future. Speculation is a risky business for the speculators, but it does help to « make a good market », and if enough speculators can be found to play the Rights market they will help to even out temporary price fluctuations and there help the Board [l'autorité publique dans l'exemple qui sert de départ aux réflexions de J. H. DALES] stabilize the market (*Pollution, Property & Prices*, University of Toronto Press, 1968, p. 96). Dans la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission » du 21 décembre 2010, la Commission observe : « Le SEQUE se caractérise notamment par la participation active d'intermédiaires financiers, qui ont facilité les échanges entre installations et élaboré des produits dérivés, tels que les *futures* (contrats à terme standardisés), les contrats d'option et les *swaps* (contrats d'échange), pour aider les entreprises assujetties à gérer le risque. L'éventail plus large de participants qui en résulte accroît la liquidité du marché du carbone et contribue à l'émergence d'un signal de prix du carbone fiable. L'intermédiation d'entreprises financières est particulièrement importante pour les petites et moyennes entreprises et pour les exploitants d'installations qui ne disposent pas de ressources ou du savoir-faire nécessaires, ou dont les besoins de conformité peu importants ne justifient pas une présence directe en continu sur le marché du carbone ».

dire des autorisations couvrant leurs émissions²⁴⁶⁴. A ce moment ils doivent « restituer » ces quotas qui seront ensuite annulés²⁴⁶⁵. Un émetteur peut donc émettre des gaz à effet de serre sans détenir les quotas correspondants. Les quotas étant définis comme des autorisations, il eût été cohérent d'exiger qu'au moment des émissions, l'émetteur dispose d'une quantité de quotas correspondante.

L'obligation de restituer des quotas n'existant qu'au 30 avril de l'année suivante, il n'est pas certain que le nombre total de quotas délivrés pendant l'année en cours soit suffisant pour couvrir le volume global des émissions. Théoriquement, le volume des émissions pourrait dépasser la quantité de quotas. A cet égard, le système européen ne comporte aucun mécanisme préventif.

§ 3.- Le système est agencé de manière telle que pendant les premières années les quotas alloués dépassent de loin la quantité de quotas devant être restituée - Incohérence quant à la raréfaction

625.- Les quotas d'une année sont vendus aux enchères ou attribués gratuitement pendant l'année en question, mais les émissions de cette année ne doivent être couvertes que le 30 avril de l'année suivante. Entre-temps, de nouveaux quotas auront été vendus aux enchères. Il en résulte qu'il ne devrait y avoir aucune rareté de quotas pendant un certain nombre d'années. Cela est vrai nonobstant le fait qu'il est prévu de diminuer la quantité « d'un facteur linéaire de 1,74% par rapport au total annuel moyen de quotas délivré par les Etats membres conformément aux décisions de la Commission relatives à leurs plans nationaux de quotas pour la période 2008-2012 »²⁴⁶⁶.

A noter que conformément à l'article 13 de la directive 2003/87/CE, « les quotas délivrés à compter du 1^{er} janvier 2013 sont valables pour les émissions produites au cours de la période de huit ans commençant le 1^{er} janvier 2013 ». Le système mis en place, contrairement aux apparences, n'est donc pas un système fonctionnant sur une base annuelle.

§ 4.- Le quota, autorisation transférable accordée à des personnes qui ne sont pas dans une des situations d'émission de gaz à effet de serre visées - Le risque de spéculation

626.- Le quota qui - nous l'avons vu - est une autorisation, n'est rattaché ni à une personne déterminée, ni à un élément matériel. Il est déconnecté tant de l'émetteur que des installations. Le quota existe dans l'abstrait. Il ne génère aucun revenu. Il n'a qu'une durée de vie de huit ans²⁴⁶⁷. C'est ainsi qu'il devient facilement un instrument de spéculation. Quel serait sinon l'intérêt d'une personne qui n'est pas émetteur de gaz à effet de serre de détenir des quotas pour son compte personnel ?

Le dix-huitième considérant de la directive 2003/87/CE envisage « de lier le système communautaire à des systèmes d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre dans des pays tiers », ce qui permettrait suivant ce même considérant « de réaliser avec un meilleur rapport coût-efficacité l'objectif communautaire de réduction des émissions tel que prévu par la décision 2002/358/CE du Conseil relative à l'exécution conjointe des engagements ».

§ 5.- Le quota, création « ex nihilo » - Le risque de la spéculation

627.- Le quota est une création « ex nihilo ». Le quota naît par la volonté du législateur européen. Il n'a en tant que tel aucune valeur intrinsèque. Il ne renferme aucune valeur ajoutée.

En situation d'abondance de quotas, le prix du quota sera un prix artificiel. Il suffirait que tous les acquéreurs considèrent que la valeur du quota est faible pour qu'il en soit effectivement ainsi. En effet, le système implique la mise aux enchères régulière de quotas. D'ordinaire, un vendeur n'est pas contraint de vendre. S'il estime le prix insuffisant, il ne vend pas. Ici, les Etats membres sont contraints de céder les quotas aux enchères.

²⁴⁶³ Cf. les articles 12, paragraphe 3, et 16, paragraphe 3, de la directive 2003/87/CE.

²⁴⁶⁴ Cf. la définition du « quota » donnée par l'article 3, a) de la directive 2003/87/CE.

²⁴⁶⁵ Cf. les articles 12, paragraphe 3, et 16, paragraphe 3, de la directive 2003/87/CE.

²⁴⁶⁶ Article 9 de la directive 2003/87/CE.

²⁴⁶⁷ L'article 13, paragraphe 2, 2^e phrase précise de façon assez incompréhensible : « Les Etats membres délivrent des quotas aux personnes pour la période en cours [quel période ?] afin de remplacer tout quota qu'elles détenaient et qui a été annulé conformément au premier alinéa [quotas venus à expiration] ».

Pendant un certain nombre d'années, le nombre de quotas disponibles sera très supérieur au besoin réel en quotas, vu le décalage du moment de l'allocation des quotas et de celui de la restitution du quota par un émetteur²⁴⁶⁸.

L'article 57 du règlement 1031/2010 de la Commission prévoit la possibilité pour une plate-forme d'enchères d'imposer un plafond d'enchères et d'autres « *mesures correctives* » - donc également - peut-on supposer un plancher d'enchères - « *nécessaires pour réduire un risque perceptible, réel ou potentiel, notamment d'abus de marché ainsi que de comportement anticoncurrentiel* ».

L'article 7, paragraphe 6, du règlement 1031/2010 de la Commission prévoit que « *lorsque le prix de clôture est nettement inférieur au prix prévalant sur le marché secondaire immédiatement avant et pendant la fenêtre d'enchères, compte tenu de la volatilité à court terme du prix des quotas sur une période définie précédant la séance d'enchères, la plate-forme d'enchères annule cette séance d'enchères* ».

Cette disposition qui reconnaît la volatilité du marché secondaire des quotas permettrait de s'opposer dans une certaine mesure à une entente entre enchérisseurs.

Souvent, les marchés volatiles sont des marchés spéculatifs. Le caractère spéculatif des marchés de quotas se trouve du reste corroboré par la succession très rapide d'achats et de ventes de quotas.

§ 6.- L'objectif visé de réduire les émissions dans des conditions « économiquement efficaces et performantes » peut-il être atteint par les mécanismes de marché mis en place ?

628.- Ce ne serait le cas que si ces mécanismes conduisaient effectivement à une baisse des émissions et si, d'autre part, c'étaient bien les émissions les plus faciles à éviter qui disparaîtraient d'abord, ce qui supposerait, selon les termes employés par la Commission, « *l'émergence d'un signal de prix du carbone fiable et non faussé* »²⁴⁶⁹.

La réglementation mise en place permet-elle réellement de réduire les émissions au moindre coût ? Il nous semble que non, car nonobstant les efforts considérables pour organiser des marchés répondant aux conditions d'une concurrence pure, cette réglementation contient des éléments remettant en question les conditions d'une pareille concurrence. D'autre part, elle ne tient pas compte de certains facteurs qui pourraient avoir une influence déterminante sur la formation des prix.

Les faiblesses du système sont à notre avis les suivantes :

- 1) A côté du coût de la modernisation des installations, d'autres éléments peuvent influencer sur le prix des quotas. Des visées spéculatives, de même que certaines préoccupations étrangères au coût des quotas²⁴⁷⁰ peuvent intervenir. Inversement, lorsqu'il est question de moderniser des installations, le prix des quotas n'est pas le seul facteur. Ces mesures font partie d'une stratégie d'investissement à moyen ou à long terme, où interviennent également des considérations non liées au coût des quotas, comme les attentes des émetteurs de gaz quant à l'évolution de leur secteur d'activité ou la difficulté d'assurer le financement de mesures de modernisation²⁴⁷¹. Il n'est pas évident que la résultante de tous ces éléments conduise à une allocation des quotas qui soit conforme à l'objectif poursuivi par la réglementation européenne. Si cependant la mise aux enchères et la création de marchés secondaires de quotas ne permettaient pas d'atteindre cet objectif, il y aurait lieu recourir à d'autres modalités de répartition²⁴⁷².

²⁴⁶⁸ Cf. ci-dessus, no 625.

²⁴⁶⁹ Cf. la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission » du 21 décembre 2010, p. 2.

²⁴⁷⁰ Relevons le cas d'une association de lutte contre le changement climatique qui recueille des fonds pour acheter des quotas qu'elle fait ensuite annuler (www.thecompensators.org).

²⁴⁷¹ Mario MARTINI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, Mohr Siebeck 2008, pp. 397 et s. fait observer à juste titre que le marché employé comme moyen de répartition de ressources rares néglige de prendre en considération les différentes capacités de paiement.

²⁴⁷² Cf. en ce sens également, de manière plus générale, M. MARTINI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, p. 406. Cf. pour une mise en garde en termes généraux,

- 2) Dans le système européen, le prix qu'un émetteur est d'accord à régler pour un quota dépend non seulement du coût de la réduction de ses émissions, mais également de l'amende réprimant le défaut de restituer des quotas en nombre suffisant. Il en est ainsi, parce qu'au moment d'émettre des gaz à effet de serre, les émetteurs ne sont pas obligés de disposer des quotas correspondants²⁴⁷³. L'amende est de € 100,00 par tonne d'émission et s'ajoute à l'obligation de restituer des quotas en quantité suffisante l'année suivante²⁴⁷⁴.
- 3) Le quota en tant qu'instrument financier est une création « ex nihilo ». Le quota naît par la volonté du législateur européen. Il n'a en tant que tel aucune valeur intrinsèque. Il ne renferme aucune valeur ajoutée.
En période de mauvaise conjoncture économique, les émissions de gaz à effet de serre sont moins importantes. La rareté de quotas déterminant leur valeur, le cours des coûts baissera fortement si la quantité de quotas à attribuer excède les émissions²⁴⁷⁵. Même dans cette hypothèse, les Etats membres sont obligés de mettre des quantités fixes de quotas aux enchères, alors que, placé dans une situation similaire, un vendeur normal s'abstiendrait de vendre.
- 4) Les premières années, le nombre de quotas disponibles sera très supérieur au besoin réel en quotas, l'obligation de restituer des quotas se trouvant décalée dans le temps par rapport aux émissions correspondantes.
Conformément à l'article 13 de la directive 2003/87/CE, « les quotas délivrés à compter du 1^{er} janvier 2013 sont valables pour les émissions produites au cours de la période de huit ans commençant le 1^{er} janvier 2013 ». Contrairement aux apparences, le système ne fonctionne donc pas sur une base annuelle. Les quotas d'une année sont vendus aux enchères ou attribués gratuitement pendant l'année en question, mais les émissions correspondantes ne doivent être couvertes que le 30 avril de l'année suivante. Entre-temps, de nouveaux quotas sont vendus aux enchères. Il en est ainsi en dépit de la diminution annuelle des quotas nouvellement délivrés « d'un facteur linéaire de 1,74% par rapport au total annuel moyen de quotas délivré par les Etats membres conformément aux décisions de la Commission relatives à leurs plans nationaux de quotas pour la période 2008-2012 »²⁴⁷⁶.
- 5) L'idée à la base du système d'échange de quotas voudrait que les quotas couvrant des émissions de gaz à effet de serre d'une même époque coûtent la même chose quel qu'en soit l'émetteur. Si le coût des émissions varie suivant l'émetteur, il n'est pas assuré que ce soient bien les émissions qu'il est le plus facile d'éviter qui disparaîtront en premier. Or, c'est à cette condition seulement qu'une réduction des émissions pourra avoir lieu au moindre coût et que les « sous-objectifs » relevés par le Tribunal dans son arrêt du 7 novembre 2007 pourront être atteints²⁴⁷⁷.

Carlos-Manuel ALVES, « Europe, Services financiers et protections de l'environnement ou quand l'ingéniosité juridique rencontre l'ingénierie financière », in *L'Europe des Services*, Paris, éditions Pedone, 2010 :

« Afin de réaliser un objectif d'intérêt général, le droit se sert du marché. Ce faisant et paradoxalement, il se met à son service » (p.114). A propos de l'écolabel et de la directive 2001 relative à la promotion de l'électricité d'origine renouvelable : « Ici aussi, le droit communautaire, faisant sienne la logique du marché, contribue à cette instrumentalisation, à cette inversion entre le moyen et la fin » (p.119).

²⁴⁷³ Incohérence signalée ci-dessus, no 624.

²⁴⁷⁴ Article 16, paragraphe 3 de la directive 2003/87/CE.

²⁴⁷⁵ L'article 57 du règlement accorde cependant la possibilité aux plates-formes d'imposer un plafond d'enchères et d'autres « mesures correctives » - donc également, peut-on supposer, un plancher d'enchères - « nécessaires pour réduire un risque perceptible, réel ou potentiel, notamment d'abus de marché ainsi que comportement anticoncurrentiel ».

²⁴⁷⁶ Article 9 de la directive 2003/87/CE.

²⁴⁷⁷ Arrêt du Tribunal du 7 novembre 2007, Allemagne/Commission, T-374/04, point 124 qui indique les « sous-objectifs » suivants : « le maintien de conditions économiquement efficaces et performantes, la préservation

Autrement dit, si les prix se trouvent influencés par des considérations étrangères à la logique du système ou faussés par des incohérences propres à celui-ci, ils n'auront pas l'effet incitatif souhaité sur le comportement des émetteurs.

Or, il est assez évident que des émetteurs dont les installations de production répondent exactement aux mêmes critères seront le cas échéant obligés d'acquiescer des quotas à des conditions nettement distinctes, soit que les prix auront grimpé ou alors qu'ils auront chuté, pour couvrir des émissions se rapportant à la même période²⁴⁷⁸. Plus même : en règle générale, le coût d'une quantité identique de gaz à effet de serre émise par deux émetteurs au même moment ne sera pas égal. Selon le cas, des émetteurs couvrant leurs émissions au fur et à mesure par des achats réguliers de quotas doivent les payer plus cher que ceux qui ne se procurent les quotas correspondants que peu avant le 30 avril de l'année suivante.

La mise en concurrence pour l'obtention des quotas comporte des aléas considérables qui échappent au contrôle des émetteurs de gaz à effet de serre²⁴⁷⁹.

L'argument que le système est le même pour tous, c'est-à-dire qu'en théorie du moins, tous se trouvent placés à égalité, doit être écarté. En effet, il convient de ne pas perdre de vue la finalité de la réglementation. Le critère ne peut en effet pas être celui de la plus grande habileté à agir sur le marché des quotas, ce critère étant sans relation avec la réduction de l'émission de gaz à effet de serre dans des conditions « économiquement efficaces et performantes »²⁴⁸⁰. Les principes d'égalité, de transparence et de proportionnalité requièrent que les critères d'attribution soient propres à atteindre l'objectif visé²⁴⁸¹.

du développement économique et de l'emploi, celle de l'intégrité du marché intérieur et des conditions de concurrence (article 1^{er} et considérants 5 et 7 de ladite directive) »

²⁴⁷⁸ Cf. M. MARTINI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, pp. 627 - 629, qui soutient que s'il y avait une disproportion entre ce qui a été réglé et ce qui a été attribué, sans qu'il y ait eu faute de la part de l'attributaire, celui-ci pourrait le cas échéant prétendre au remboursement d'une partie du montant réglé. Des redevances réglées pour des droits équivalents accordés par l'Etat devraient être d'un montant égal conformément au principe d'égalité (page 635).

²⁴⁷⁹ Cf. également M. MARTINI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, qui écrit à la page 393 : « lorsque l'incertitude sur la valeur ne permet plus de distinguer le plus efficace du moins efficace et que la valeur devient un élément de spéculation, les mécanismes de marché et les enchères en particulier ne sont pas adaptés. (...) Si l'Etat veut faire usage d'un mécanisme d'enchères, il doit s'assurer que les soumissionnaires soient en mesure d'effectuer des évaluations suffisamment certaines » [notre traduction de l'allemand] [„Dort, wo die Wertunsicherheit die Effizienzunterschiede zwischen den Bietern nivelliert, wo der Wert für die Marktteilnehmer zu einer Spekulationsgröße wird, ist der Markt und die Versteigerung als Verteilungsmechanismus ungeeignet. (...) Will der Staat von dem Zuteilungsinstrument der Versteigerung Gebrauch machen, muss er sicherstellen, dass die Rahmenbedingungen für eine hinreichend zuverlässige bieterische Wertprognose gegeben sind“]. Toute incertitude sur la valeur du droit ou du bien accordé augmente le risque d'offres spéculatives dont l'effet est de réduire l'efficacité des enchères comme critère de sélection (pp. 394 - 395). Il s'ensuit que toutes les données disponibles doivent être communiquées aux intéressés (pages 394 et 565). Des durées d'utilisation plus courtes, permettant aux candidats d'effectuer des calculs plus précis, permettraient de réduire leur degré d'incertitude, à condition toutefois que la durée retenue permette d'amortir les investissements effectués par le candidat (p. 395). L'auteur conclut que contrairement à une croyance assez répandue, des enchères ne conduisent pas automatiquement à une attribution efficace de ressources rares. Moins les candidats sont en mesure de se prononcer sur la valeur du bien ou du droit à attribuer, moins les enchères se prêteront comme procédé d'attribution (p. 396). L'idée suivante mérite également d'être signalée : lorsque l'Etat intervient pour des considérations d'intérêt public dans un domaine non régulé en confiant la tâche de répartir les biens concernés à un mécanisme de marché, il risque de perdre de vue la justification de son intervention (p. 405). C'est d'ailleurs seulement dans la mesure où le contingentement est admissible que la mise aux enchères pourra l'être (p. 450).

²⁴⁸⁰ La différence de traitement entre deux émetteurs se trouvant dans des situations identiques peut-elle être justifiée par l'intérêt que présente le système en question pour la protection de l'environnement ? Non, car le nombre de quotas est par définition fixe.

²⁴⁸¹ Cf. moins critique à l'endroit du système, N. SADELEER, « Le système communautaire d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre : entre ambition et prudence », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 703 et s., p. 717.

- 6) La Commission indique dans sa communication au Parlement européen et au Conseil du 21 décembre 2010 (« *Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission* »)²⁴⁸² : « C'est le niveau des émissions des installations qui détermine la demande sur le marché. Cette information influence donc grandement l'évolution des prix ». Le niveau des émissions de l'année précédente est rendu public en principe chaque année le 1er avril. L'information la plus importante pour la détermination du prix des quotas arrive donc à un moment où toutes les émissions ont eu lieu. Avant, tout achat de quotas revêt un aspect spéculatif.

Il est vrai cependant que le recours à des mécanismes comme des futures ou des options est susceptible de procurer une certaine sécurité aux émetteurs quant au prix qu'ils devront régler.

Vu ce qui précède, il y a lieu de craindre que les prix des quotas ne soient en large partie influencés par des paramètres assez arbitraires : le montant de la pénalité à régler en cas de restitution insuffisante de quotas, la date de publication et la périodicité de la publication des niveaux d'émission, la nécessité de restituer des quotas non pas au fur et à mesure des émissions, mais le 30 avril de l'année subséquente et ou encore des achats ou des ventes purement spéculatifs de la part de certains émetteurs ou de tiers non émetteurs. L'idée défendue par la Commission de « *l'émergence d'un signal de prix du carbone fiable et non faussé* » (cf. la communication précitée du 21 décembre 2010) pourrait donc n'être qu'une illusion.

§ 7.- La légalité du système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre

629.- Les juridictions de l'Union ont examiné le système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre sous différents points de vue. A chaque fois, la légalité du système a été confirmée²⁴⁸³.

L'argument que le principe de sécurité juridique se trouvait violé du fait que la requérante était obligée d'acheter des quotas à des « prix complètement imprévisibles » a été rejeté par le Tribunal dans un arrêt du 2 mars 2010 (Arcelor SA c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, T-16/04). Le Tribunal retient notamment que « l'augmentation du coût des émissions et, partant, du prix des quotas, qui dépend d'une série de paramètres économiques, ne peut être réglemée au préalable par le législateur communautaire, sous peine de réduire, voir anéantir les incitations économiques qui constituent le fondement de son fonctionnement et de perturber ainsi l'efficacité du système d'échange de quotas » (point 201). Le Tribunal ajoute au même point : « En outre, l'établissement d'un tel système, y compris les prémisses économiques, aux fins du respect des obligations découlant du protocole de Kyoto, relève de la large marge d'appréciation dont dispose le législateur communautaire au titre de l'article 174 CE [actuel article 191 TFUE (Environnement)] (voir point 143 ci-dessus) et constitue en soi un choix légitime et approprié de celui-ci, dont le bien-fondé en tant que tel n'a pas été contesté par la requérante ».

Conformément à une jurisprudence constante, le législateur européen dispose d'un large pouvoir d'appréciation « lorsque son action implique des choix de nature politique, économique et sociale et

²⁴⁸² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 21 décembre 2010 « *Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission* » (COM (2010) 796 (final), p. 5)

²⁴⁸³ Arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America*, C-366/10 (renvoi préjudiciel en appréciation de validité au regard du droit international conventionnel et coutumier de la directive 2008/101/CE ayant modifié la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre) ; arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, *Arcelor c. Parlement européen et Conseil de l'union européenne*, T-16/04 (demande en annulation déclarée irrecevable ; demande en réparation déclarée non fondée) ; arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, C-127/07 (demande en annulation de la directive pour violation du principe d'égalité de traitement dans la mesure où le système a été rendu applicable au secteur de la sidérurgie, mais non à l'industrie chimique, ni au secteur des métaux non ferreux). Voir également quant à la légalité du système, W. FRENZ, *Emissionshandelsrecht - Kommentar zu TEHG, und ZuV 2020*, 3^e éd., Springer Verlag, 2012, pp. 271 et s.

lorsqu'il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes »²⁴⁸⁴. Suivant un arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, cette solution vaut également pour le système européen en matière d'émissions de gaz à effet de serre. La Cour y autorise également le législateur communautaire de recourir à une approche par étapes et de procéder en fonction de l'expérience acquise²⁴⁸⁵. Vu la complexité et la nouveauté du système, la Cour a par ailleurs reconnu au législateur européen le droit de limiter le champ d'application de la directive à certains secteurs, « de manière à ne pas perturber la faisabilité administrative du système d'échange de quotas dans sa phase initiale »²⁴⁸⁶.

En revanche, le système européen d'échange de quotas ne saurait aboutir à des résultats « manifestement moins adéquats que ceux résultant d'autres mesures également appropriées »²⁴⁸⁷ aux mêmes objectifs. Ainsi, dans son arrêt du 16 décembre 2008, la Cour s'exprime comme suit:

« En exerçant son pouvoir d'appréciation, le législateur communautaire doit, en plus de l'objectif principal de protection de l'environnement, tenir pleinement compte des intérêts en présence (voir, concernant des mesures en matière d'agriculture, arrêts de 10 mars 2005, Tempelman et van Schaijk C-96/03 et C-97/03, Rec. P. I-1895, point 48, ainsi que du 12 janvier 2006, Agrarproduktion Staebelow GmbH, C-504/04, Rec. P. I-679, point 37). Dans le cadre de l'examen de contraintes liées à différentes mesures possibles, il y a lieu de considérer que, si l'importance des objectifs est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, mêmes considérables, pour certains opérateurs (voir, en ce sens, arrêts du 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Rec. P. I-4023, points 15 à 17, ainsi que du 15 décembre 2005, Grèce/Commission, C-86/03, Rec. P. I-10979, point 96), l'exercice du pouvoir d'appréciation du législateur ne saurait produire des résultats manifestement moins adéquats que ceux résultant d'autres mesures également appropriées à ces mêmes « objectifs » »²⁴⁸⁸.

La Cour a précisé que le législateur européen était tenu « notamment au regard des objectifs de la directive 2003/87 et de la politique communautaire dans le domaine de l'environnement, de procéder aux réexamens des mesures instaurées, notamment en ce qui concerne les secteurs couverts par la directive 2003/87, à des intervalles raisonnables, comme cela est d'ailleurs prévu à l'article 30 de cette directive »²⁴⁸⁹.

En dépit des décisions intervenues, il n'est pas exclu que le problème de la conformité du système européen en matière de gaz à effet de serre avec les principes d'égalité de traitement et de transparence se pose à nouveau un jour. Il pourrait en être ainsi à l'occasion d'un recours préjudiciel en appréciation de validité²⁴⁹⁰ devant la Cour ou d'une demande en réparation devant le Tribunal²⁴⁹¹.

Chapitre IV.- La mise en concurrence dans le domaine des services postaux

Section 1^{er}.- L'objet du service postal universel

630.- La directive 97/67/CE relative aux services postaux²⁴⁹² harmonise les règles régissant le service universel. La directive entend par là « une offre de services postaux de qualité déterminée

²⁴⁸⁴ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57.

²⁴⁸⁵ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57.

²⁴⁸⁶ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 71.

²⁴⁸⁷ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 59.

²⁴⁸⁸ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 59.

²⁴⁸⁹ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 62.

²⁴⁹⁰ Cf. également ci-dessus, no 459.

²⁴⁹¹ Dans ce cas, le contrôle serait assez relâché. Il faudrait déjà que la violation des principes d'égalité de traitement et de transparence « consiste en une méconnaissance manifeste et grave des limites de la large marge d'appréciation dont disposait le législateur communautaire lors de l'adoption de la directive attaquée » (arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, Arcelor SA c. Parlement européen et Conseil de l'union européenne, point 144).

²⁴⁹² Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité des services (JO L 15 du 21 janvier 1998, pp. 14 et s.)

fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs »²⁴⁹³. La directive 97/67/CE a été modifiée par la directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002²⁴⁹⁴ et surtout par la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008²⁴⁹⁵ qui envisage une mise en concurrence pour la désignation du ou des entreprises chargées du service universel (actuel article 7, paragraphe 2, de la directive) et ouvre l'ensemble des prestations à la concurrence, y compris toutes celles faisant partie du service universel (actuel article 9, paragraphe 2, de la directive).

Les prestataires du service universel sont soumis à des obligations de service public dont la directive fixe les exigences minimales^{2496 2497}. La directive indique des principes à respecter lors de la fixation des tarifs des prestations comprises dans le service universel²⁴⁹⁸. Selon ces principes, les prix doivent être « abordables » et « être tels que tous les utilisateurs, quel que soit le lieu géographique et compte tenu des conditions nationales spécifiques, aient accès aux services offerts »²⁴⁹⁹. La directive ajoute un principe difficilement conciliable avec le précédent, à savoir que les prix doivent être « orientés sur les coûts » et fournir « des incitations à une prestation efficace du service universel »²⁵⁰⁰. Elle ajoute entre autres que les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires²⁵⁰¹.

En désignant le ou les prestataires du service universel, les Etats membres doivent déterminer, « conformément au droit communautaire, les obligations et droits de ces entreprises » ainsi que les « publier »²⁵⁰². La directive prévoit des mécanismes de financement facultatifs pour la prestation du service universel lorsqu'un Etat membre « détermine que les obligations de service universel ... font supporter un coût net, calculé en tenant compte des dispositions de l'annexe I, et constituant une

²⁴⁹³ Article 3, 1^{er} paragraphe, de la directive 97/67/CE.

²⁴⁹⁴ JO L 176 du 5 juillet 2002, pp. 21 et s.

²⁴⁹⁵ JO L 52 du 27 février 2008, pp. 3 et s.

²⁴⁹⁶ La directive 97/67/CE fixe cependant à un maximum de 20 kilogrammes les colis postaux pouvant faire partie du service universel (article 3, paragraphe 5)

²⁴⁹⁷ Le service universel doit être garanti au moins cinq jours ouvrables par semaine, sauf circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles, et doit comprendre au minimum une levée, ainsi qu'une distribution au domicile de chaque personne physique ou morale ou, par dérogation, dans des conditions déterminées par l'autorité réglementaire nationale, dans des installations appropriées (article 3, paragraphe 3). Il comprend au minimum les prestations suivantes : - la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kilogrammes, - la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kilogrammes, - les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée (article 3, paragraphe 4).

²⁴⁹⁸ Article 12 de la directive 97/67/CE.

²⁴⁹⁹ Article 12, premier tiret, de la directive 97/67/CE.

²⁵⁰⁰ Article 12, deuxième tiret, de la directive 97/67/CE. La directive considère d'ailleurs que le respect des obligations de service universel fera que certaines catégories de prestations seront nettement déficitaires (obligations de service universel faisant supporter au prestataire du service universel un « coût net » d'après la terminologie de la directive (cf. article 7, paragraphes 3, 4 et 5, ainsi que l'annexe I)). Il est assez regrettable que le législateur européen présente comme une obligation ce qui peut tout au plus constituer un objectif. Il est évident que le texte perd en clarté en confondant les objectifs poursuivis et les dispositions prévues pour les atteindre ou, du moins, les approcher.

²⁵⁰¹ Article 12, quatrième tiret, de la directive 97/67/CE. L'exigence de transparence apparaît comme un *Leitmotiv* dans la directive. Les règles fixées par la directive laissent une grande marge d'appréciation (par exemple pour le calcul du « coût net »), ce à quoi le législateur semble vouloir du moins en partie remédier en exigeant qu'il soit procédé de façon transparente. Cependant, si, en raison de la marge d'appréciation qu'elles laissent les règles à respecter permettent des résultats diamétralement opposés, l'exigence de transparence ne permet que de mieux contrôler l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais n'augmente pas la transparence des règles elles-mêmes. Ainsi, le calcul du « coût net » se faisait suivant des règles dont la mise en œuvre admet une infinité de variantes, il subsiste en fin de compte, un problème de transparence.

²⁵⁰² Article 4, paragraphe 2, de la directive 97/67/CE. Précision qui, fournie telle quelle sans autre information, est tout simplement superflue. En effet, les Etats membres sont par définition tenus au respect du droit européen. En revanche, si le législateur communautaire estime que certaines dispositions précises de droit communautaires sont à respecter lors de la détermination des droits et obligations du ou des prestataires du service universel, il aurait bien fait de les désigner.

charge financière inéquitable pour le ou les prestataires du service universel »²⁵⁰³. La directive permet de choisir entre « a) un mécanisme de dédommagement des entreprises concernées par des fonds publics ; ou b) un mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel entre les prestataires de services et/ou les utilisateurs »²⁵⁰⁴.

Chaque Etat membre doit veiller à ce que le service universel soit assuré et doit notifier à la Commission les mesures qu'il a prises pour remplir cette obligation²⁵⁰⁵.

Section 2.- La désignation du prestataire du service universel

631.- Les Etats membres peuvent désigner une ou plusieurs entreprises comme prestataires du service universel²⁵⁰⁶. Ils peuvent confier à des entreprises distinctes des éléments différents du service universel ou la couverture de diverses parties du territoire national²⁵⁰⁷. Les Etats membres notifient à la Commission l'identité du ou des prestataires du service universel qu'ils désignent²⁵⁰⁸.

Section 3.- Procédure à suivre pour la désignation du prestataire du service universel

632.- La directive prévoit à l'article 4, paragraphe 2, que les Etats membres prennent des mesures pour assurer que les conditions d'après lesquelles le service universel est adjudgé reposent sur les principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité²⁵⁰⁹. Tout de suite après, elle ajoute que la désignation du prestataire du service universel fait l'objet d'un réexamen périodique, à la lumière de ces mêmes principes²⁵¹⁰ et que « les Etats membres veillent toutefois à ce que la durée de cette désignation soit suffisante pour permettre la rentabilité des investissements »²⁵¹¹.

Ces dispositions sont conformes aux exigences en matière de mise en concurrence que la Cour a déduites du droit primaire²⁵¹², mais n'indiquent pas comment le choix d'un prestataire de service universel doit se faire concrètement.

L'article 7, paragraphe 2, de la directive se limite d'ajouter :

« Les Etats membres peuvent garantir la prestation des services universels en les confiant en sous-traitance dans le respect de la réglementation applicable à la passation des marchés publics, y compris en recourant au dialogue compétitif ou aux procédures négociées avec ou sans publication d'un avis de marché, qui sont prévus par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ».

Ces sont là toutes les indications de la directive quant à la manière dont un prestataire de service universel est à désigner.

²⁵⁰³ Article 7, paragraphe 3, de la directive 97/67/CE.

²⁵⁰⁴ Article 7, paragraphe 3, de la directive 97/67/CE.

²⁵⁰⁵ Article 4, 1^{er} paragraphe, de la directive 97/67/CE.

²⁵⁰⁶ Article 4, 2^e paragraphe, de la directive 97/67/CE.

²⁵⁰⁷ Article 4, 2^e paragraphe, de la directive 97/67/CE.

²⁵⁰⁸ Article 4, paragraphe 2, 2^e alinéa, de la directive 97/67/CE.

²⁵⁰⁹ Article 4, paragraphe 2, de la directive 97/67/CE. Il s'agit-là du sens de la disposition en question. Le texte français est ambigu et diverge d'autres versions linguistiques. Ainsi, le texte correspondant en espagnol indique : « En particular, los Estados miembros aprobarán medias para garantizar que las condiciones de adjudicación del servicio universal se basen en los principios de transparencia, non discriminación y proporcionalidad ... ». Le texte allemand : « Die Mitgliedstaaten ergreifen insbesondere Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Bedingungen für die von Universaldienstleistungsaufträgen auf den Grundsätzen der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit beruhen ... ».

²⁵¹⁰ Article 4, 2^e paragraphe, 2^e alinéa, de la directive 97/67/CE. La directive renvoie donc aux principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité indiqués au paragraphe précédent où le respect de ces principes est exigé « afin de garantir la continuité de la fourniture du service universel ».

²⁵¹¹ Article 4, 2^e paragraphe, 2^e alinéa, de la directive 97/67/CE.

²⁵¹² Quant à ces exigences, voir ci-dessus, nos 389 et s.

A plus d'un titre, le contenu de l'article 7, paragraphe 2, est étrange :

- Il y a d'abord l'erreur indiscutable consistant à affirmer que la procédure du dialogue compétitif serait prévue dans la directive « marchés publics » générale 2004/17/CE. Tel n'est pas le cas²⁵¹³. Cette procédure n'est prévue que par les directives 2004/18/CE et la directive marché de la défense 2009/81/CE²⁵¹⁴.
- L'article 7, paragraphe 2, envisage de recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché pour désigner les prestataires des services universels. Cette procédure n'implique pas de mise en concurrence, d'après la directive 2004/17/CE²⁵¹⁵. Or, ce n'est que dans des cas exceptionnels, principalement lorsqu'une mise en concurrence serait impraticable ou inutile, que la directive 2004/17/CE permet de recourir à cette procédure.
- Sans autres explications, le texte français se réfère à une « sous-traitance » comme si cela pouvait aller de soi. D'autres versions linguistiques ne comportent pas l'expression « sous-traitance »²⁵¹⁶. Il convient donc de faire abstraction de cette expression qui paraît être une particularité de la traduction française.
- En se référant à la directive 2004/17/CE, la disposition en question sous-entend que cette directive pourrait s'appliquer.
- La référence à la « réglementation applicable à la passation de marchés publics » est inutile, s'il n'est pas clair quelle réglementation ou quelles règles sont visées.

La version actuelle de l'article 7 résulte de la directive 2008/6/CE qui a modifié la directive 97/67/CE. Il résulte des travaux préparatoires que l'intention du législateur européen était de ne pas d'introduire un régime spécifique de passation pour la désignation des prestataires du service universel. Ainsi, la proposition de directive de la Commission contient l'explication suivante : « Les marchés publics et la compensation publique pour les services d'intérêt économique général relevant déjà d'un ensemble détaillé de règles et d'une jurisprudence communautaire qui s'appliquent également au secteur postal, il n'est pas nécessaire d'introduire de nouvelles règles dans ces matières »²⁵¹⁷.

²⁵¹³ Dans son document intitulé « Fiche explicative - dialogue compétitif - Directive classique » la Commission observe : « Le recours aux procédures négociées avec mise en concurrence n'est pas limité, ni dans la nouvelle directive secteurs, directive 2004/17/CE, ni dans « l'ancienne » directive secteurs, directive 93/38/CEE. Par conséquent, le dialogue compétitif n'a pas été introduit dans la nouvelle directive secteurs. Toutefois, rien n'empêche une entité adjudicatrice, ayant choisi une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, de stipuler dans le cahier des charges que la procédure se déroulera comme le prévoit la directive classique pour le dialogue compétitif » (note 2 en bas de la page 1).

²⁵¹⁴ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (JO L 216 du 20 août 2009, p.76)

²⁵¹⁵ Cf. l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE : « Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants : ... [suivent les cas dans lesquels la procédure négociée sans avis de marché est permise] ». L'article 1^{er}, 11., d) de la directive 2004/18 de même que l'article 1^{er}, 9., c) de la directive 2004/17 définissent les procédures négociées comme celles où le pouvoir adjudicateur, respectivement l'entité adjudicatrice, consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Cette définition ne distingue pas entre les cas dans lesquels la publication d'un avis de marché préalable est prescrite et ceux où elle ne l'est pas. Elle donne à penser que l'adjudicateur doit toujours consulter plusieurs opérateurs économiques, ce qui représenterait une sorte de mise en concurrence, même si aucun avis de marché n'est publié. A noter que la procédure négociée avec publication d'un avis de marché suppose une présélection de candidats ayant formulé une demande de participation, ainsi que cela résulte des articles 38 et 40 de la directive 2004/18, chose qui ne résulte pas de la définition de l'expression « procédure négociée ». Cf. au sujet des procédures négociées ci-dessus, nos 131 et s.

²⁵¹⁶ Ainsi, le texte anglais utilise l'expression « procuring such services ».

²⁵¹⁷ Exposé des motifs, point 3.2.3., page 6.

Section 4.- La directive sectorielle 2004/17/CE est-elle vraiment applicable ?

633.- La directive 2004/17/CE s'applique aux marchés qu'une entité adjudicatrice qui exerce une activité sectorielle²⁵¹⁸ passe *pour*²⁵¹⁹ cette activité. Les Etats membres ont le droit d'accomplir le service universel par leurs propres moyens ou de le confier à des tiers.

Un Etat membre qui se limite à désigner un prestataire du service universel, n'exerce pas l'activité sectorielle consistant à fournir des services postaux. En conséquence, la directive sectorielle 2004/17/CE ne s'applique pas à la désignation d'un prestataire de service universel²⁵²⁰.

Tel ne paraît cependant pas la manière de considérer les choses de la directive 97/67/CE puisqu'elle fait référence - ainsi que nous l'avons vu plus haut²⁵²¹ - à la directive 2004/17/CE.

La directive impose aux Etats membres de « veiller à ce que les utilisateurs jouissent du droit à un service universel ». Les Etats membres sont donc responsables de la prestation du service universel sur leur territoire²⁵²². La directive 97/67/CE estime-t-elle que cela est suffisant pour considérer que les Etats membres exercent une « activité visant à fournir des services postaux » au sens de la directive 2004/17/CE ? Or, veiller à ce que quelque chose soit fait, ne signifie pas faire cette chose, mais seulement faire en sorte que quelqu'un la fasse.

634.- D'autre part, il se pose la question de savoir si la désignation d'un prestataire de services pour la prestation d'un service universel correspond à un marché public de services ou à une concession de services. Rappelons que les concessions de services sont exclues du champ d'application de la directive 2004/17/CE²⁵²³.

On serait en présence d'une concession de services, si le prestataire du service universel prenait en charge l'intégralité, sinon du moins une partie substantielle²⁵²⁴ du risque lié à l'exploitation du service qu'il a le droit de prester.

635.- Tel n'est cependant pas nécessairement le cas. En effet, la directive permet, sans cependant l'imposer, une compensation financière lorsque les obligations du service universel représentent pour le prestataire désigné « un coût net » constituant pour lui une charge financière inéquitable. Le coût net représente le déficit que fait subir au prestataire désigné l'exécution des obligations du service universel. La directive ne définit pas expressément ce qu'elle entend par « coût net ». L'annexe I de la directive fournit des « orientations pour le calcul du coût net éventuel du « service universel ». Il en résulte qu'il s'agit du manque à gagner ou du déficit qu'occasionne l'obligation d'exécuter les obligations du service universel, par rapport à la situation dans laquelle le prestataire aurait eu le choix de ne pas les exécuter.

La fin de l'annexe indique quelques principes à respecter lors du calcul du coût net : « Cette indemnisation entraînant des transferts financiers, les Etats membres doivent garantir qu'ils sont effectués de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée. Autrement dit, ces transferts doivent entraîner, dans la mesure du possible, la distorsion la plus faible possible de la concurrence et de la demande des utilisateurs ». Dans le même sens, la directive indique à l'article 7, paragraphe 5, que « les Etats membres veillent à ce que les principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité soient respectés lors de l'établissement du fonds de compensation

²⁵¹⁸ Cf. l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE pour la définition des services postaux.

²⁵¹⁹ Cela résulte de l'article 12 de la directive 2004/18/CE qui définit les champs d'application respectifs des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. La directive 2004/17/CE ne le précise pas expressément. Les articles 3 à 7 de cette directive énumèrent certaines catégories d'activités en faisant précéder à chaque fois l'indication des activités par la formule « la présente directive s'applique aux activités ... [suit la description des activités visées] ».

²⁵²⁰ Voir ci-dessous au no 659 en note.

²⁵²¹ Article 7, paragraphe 2, de la directive 97/67/CE (voir ci-dessus, no 632).

²⁵²² Conformément à l'article 3 de la directive, « les Etats membres veillent à ce que les utilisateurs jouissent du droit à un service universel... ». L'article 4 dispose que « chaque Etat membre veille à ce que la prestation du service universel soit assurée ... ».

²⁵²³ Article 18 de la directive 2004/17/CE

²⁵²⁴ Cf. à ce sujet, ci-dessus, no 258.

et de la fixation du niveau des contributions financières visées aux paragraphes 3 et 4 » et que « les décisions prises en vertu des paragraphes 3 et 4 se fondent sur des critères objectifs et vérifiables ».

Ainsi que le texte le mentionne, il ne s'agit que d'« orientations », c'est-à-dire de lignes de conduite assez sommaires. Elles laissent subsister un large pouvoir d'appréciation ainsi que le confirme l'indication de l'annexe de tenir compte, lors du calcul, de « tous les éléments pertinents »²⁵²⁵. Le calcul du coût net implique notamment de déterminer les « éléments de services ne pouvant être fournis qu'à perte ou à des coûts s'écartant des conditions normales d'exploitation commerciale »²⁵²⁶. Il incombe à l'autorité réglementaire nationale de vérifier le calcul du coût net²⁵²⁷.

La directive pose comme condition pour l'octroi d'une compensation financière non seulement que l'exécution des obligations du service universel occasionne un coût net, mais également que cette charge financière soit inéquitable (article 7, paragraphe 3). Or, elle ne le serait pas, si elle était due à une organisation insuffisante du prestataire ou à une mauvaise gestion de sa part. Dans ce cas, elle ne pourrait d'ailleurs être considérée comme « non discriminatoire et proportionnée » et comme n'entraînant que « la distorsion la plus faible possible de la concurrence » (cf. annexe I, partie C, de la directive). Il s'ensuit, à notre avis, que les mécanismes de compensation ne pourront pas être utilisés pour pallier le déficit occasionné par une mauvaise gestion. Pour rester cohérent, le calcul de la compensation financière devrait donc se faire en prenant comme référence le modèle de l'entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée²⁵²⁸.

²⁵²⁵ Le troisième alinéa de la partie B indique que « le calcul tient compte de tous les autres éléments pertinents, y compris ... [suivent quelques exemples] ».

²⁵²⁶ Partie B, alinéa 5, i) de l'annexe I.

²⁵²⁷ Cf. l'annexe I, partie B, dernier alinéa. La directive prévoit que « chaque Etat membre désigne une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux » (article 22, paragraphe 1^{er}, 1^{re} phrase)

²⁵²⁸ Si, ainsi que le permet l'article 4 de la directive, un Etat membre désignait deux prestataires de service universel et que l'un d'eux soit efficace et l'autre non, il serait évidemment discriminatoire de verser à celui qui est inefficace une compensation financière plus importante.

D'autre part, il se pourrait que l'efficacité d'un prestataire de service universel dépasse celle d'une *entreprise moyenne bien gérée et adéquatement* équipée en raison de son organisation particulière, de la qualification, ou de l'expérience de son personnel ou du recours à certains équipements. Logiquement, le déficit de ce prestataire sur les opérations non rentables du service universel serait moins important que celui de l'entreprise moyenne de référence. Pourtant, la compensation à laquelle il aurait droit correspondrait au coût net calculé par référence à ce modèle. Procéder ainsi serait légitime, car la plus grande efficacité du prestataire de service en cause lui permettrait normalement de réaliser un bénéfice plus élevé. L'entreprise devrait donc pouvoir tirer profit de sa plus grande efficacité (cf. à ce sujet cependant l'arrêt de la Cour du 6 octobre 2010, Commission/Belgique, C-222/08, points 49, 58 et 59, cité au no 715 ci-dessous en note).

Pour appliquer le critère de « l'entreprise moyenne bien gérée », il faut déterminer à quoi correspond « l'entreprise moyenne bien gérée ». Or, le secteur des services postaux était traditionnellement fermé à la concurrence. Comment par exemple tenir compte des niveaux de rémunération et d'autres avantages dont les salariés de prestataires anciennement publics continuent de bénéficier dans certains Etats membres. Ces avantages sont-ils normaux ou ne le sont-ils pas ? Ainsi, lors du calcul du coût net, on débouche rapidement sur des questions d'ordre politique que les « orientations » de l'annexe I de la directive ne permettent pas de résoudre.

La directive prescrit certes que les autorités réglementaires doivent être juridiquement distinctes et indépendantes des opérateurs postaux (article 22) et que les Etats membres « veillent à ce qu'il existe au niveau national des mécanismes efficaces permettant à tout utilisateur ou à tout prestataire de services postaux affecté par une décision prise par une autorité réglementaire nationale d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées ». Cela ne résout cependant pas le problème du manque de précision des « orientations » de l'annexe I et de la très grande liberté d'appréciation qu'elles permettent. La possibilité d'un recours n'accroît pas la précision des règles. En fin de compte, ce sont des choix, en partie politiques, pris dans un cadre relativement peu contraignant qui déterminent le montant de la compensation financière.

La directive charge la Commission d'assister les Etats membres dans sa mise en œuvre « y compris le calcul des coûts nets du service universel » (article 23 bis). Ainsi, par le détour d'une réglementation complexe, les efforts faits en vue de la libéralisation des services postaux reconduisent à l'intervention des pouvoirs publics (la Commission, les autorités réglementaires nationales ou les Etats membres). La mise en œuvre de la

Cela n'empêche pas la compensation financière de couvrir en tout ou en partie le risque économique d'un déficit en raison de facteurs extérieurs au prestataire, comme par exemple le remplacement des envois postaux traditionnels par des courriers électroniques ou encore une diminution de la population dans certaines zones. Ainsi, une partie substantielle du risque économique pourrait être prise en charge par des mécanismes de compensation financière. La désignation d'un prestataire du service universel ne correspond donc pas nécessairement à une concession de services au sens des directives marchés publics.

Ajoutons qu'une concession de services supposerait non seulement que le prestataire du service universel assume une part substantielle du risque économique, mais également qu'il s'agisse d'un contrat à titre onéreux²⁵²⁹, conclu par écrit²⁵³⁰, et que le marché présente pour l'autorité adjudicatrice, en l'espèce l'Etat, un intérêt économique direct²⁵³¹. Cette dernière condition paraît remplie dans la mesure où la directive impose aux Etats membres de veiller à ce que le service universel soit assuré²⁵³². En revanche, la mise en place d'un mécanisme de compensation financière n'implique pas nécessairement des paiements de la part de l'Etat. La directive services postaux permet en effet de mettre en place « un mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel entre les prestataires de services et/ou les utilisateurs » (article 7, paragraphe 3., b)).

Section 5.- Quelle que soit la qualification de l'acte par lequel le prestataire de service universel est désigné, une mise en concurrence s'impose en vertu du droit primaire

636.- La désignation d'un prestataire de service universel ne correspondrait-elle pas à un marché public, qu'une obligation de mise en concurrence ne résulterait pas moins du droit primaire. La Cour déduit l'obligation de mise en concurrence du droit primaire des articles 49 et 56 TFUE (anciens articles 43 et 49 du traité CE). Suivant la jurisprudence de la Cour, l'absence de publicité adéquate porterait atteinte à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement, car elle empêcherait principalement les entreprises d'autres Etats membres de remettre une offre²⁵³³.

Le droit primaire impose de procéder à des mises en concurrence non seulement pour l'attribution de marchés publics et de concessions, mais également dans d'autres situations, par exemple, lors de l'octroi d'autorisations limitées en nombre²⁵³⁴. Le raisonnement sur lequel se fonde l'obligation de mise en concurrence de droit primaire pour les marchés publics et les concessions permet également d'imposer une mise en concurrence pour la désignation d'un prestataire de service universel²⁵³⁵.

directive implique d'une façon répétée et régulière des choix politiques, certes encadrés, mais tout de même assez libres. Ces choix déterminent des flux financiers vers les prestataires désignés du service universel, sans qu'il soit possible de prédire dans quelle mesure ces transferts auront lieu.

²⁵²⁹ Tant la directive générale 2004/18/CE que la directive sectorielle 2004/17/CE définissent la concession de services comme « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix » (article 1^{er}, 4. de la directive 2004/18/CE et article 1^{er}, 3, b) de la directive 2004/17/CE). La définition de la concession de services se réfère donc à celle du marché public de services. Pour la condition du caractère onéreux, voir ci-dessus les nos 240 et s. où nous avons montré que tant les marchés publics de services que les concessions de services sont des contrats à titre onéreux au sens des directives.

²⁵³⁰ Voir ci-dessus, nos 239 et s.

²⁵³¹ Voir notamment l'arrêt du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, point 49. Cf. également au sujet de l'exigence d'un « intérêt économique direct » ci-dessus, le no 240.

²⁵³² Cf. l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 97/67/CE.

²⁵³³ Cf., quant à cette jurisprudence contre laquelle nous avons émis certaines critiques, ci-dessus les nos 369 et s. et 386 et s.

²⁵³⁴ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 474 et s.

²⁵³⁵ Sous certaines conditions, la directive accepte que les Etats membres introduisent un régime d'autorisations pour la prestation de services relevant du service universel par des opérateurs qui n'ont pas été désignés. A cet égard, la directive accorde diverses options aux Etats membres. Signalons que le nombre de prestataires admis à fournir les services relevant du service universel ne peut être limité (article 9, paragraphe 2, 4^e alinéa). En revanche, seuls un ou plusieurs prestataires sont désignés pour fournir tout ou partie du service postal universel. Seuls les prestataires désignés peuvent profiter du mécanisme de financement des

L'absence de mise en concurrence à cette occasion empêcherait des opérateurs établis dans d'autres Etats membres de remettre une proposition pour la prestation du service universel. Il s'ensuivrait une restriction de la liberté d'établissement. Que ces explications soient peu précises et insatisfaisantes, à la limite, arbitraires, nous en convenons. Toutefois, la jurisprudence n'en fournit pas d'autre²⁵³⁶.

En revanche, suivant la théorie de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, les articles 49 et 56 TFUE sont respectés si toutes les entreprises ont eu la possibilité de manifester leur intérêt afin d'être désignées et que, lors du processus de désignation, le principe d'égalité a été respecté.

Tout comme l'exécution d'un marché public, la prestation d'un service universel n'est pas une prérogative dont les entreprises disposent naturellement en l'absence de toute réglementation. Nous avons défendu le point de vue que l'absence de mise en concurrence ne porte aucune restriction aux libertés fondamentales. Nous renvoyons le lecteur aux développements que nous avons faits à ce sujet²⁵³⁷. En revanche, si on accepte la théorie de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire pour les marchés publics et les concessions, il convient de l'appliquer également lorsqu'il s'agit de la désignation d'un prestataire de service universel.

Section 6.- Une mise en concurrence est-elle cependant possible en vue de l'attribution d'un service universel en matière postale ?

A. L'importance des critères de sélection et des critères d'attribution pour une mise en concurrence efficace

637.- Tant la directive sectorielle 2004/17/CE que la directive marchés publics générale 2004/18/CE prévoient comme critère d'attribution de base soit le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse²⁵³⁸. Si un marché n'est pas soumis aux directives marchés publics, il n'en reste pas moins soumis aux règles relativement exigeantes²⁵³⁹ que la Cour de Justice déduit des principes d'égalité, de transparence et de non-discrimination²⁵⁴⁰.

La question de savoir en fonction de quels critères le marché sera attribué est primordiale, car elle détermine les éléments sur lesquels les candidats sont mis en concurrence.

Si les critères choisis par le pouvoir adjudicateur ne sont pas appropriés, la mise en concurrence manquera son objectif.

Les directives « marchés publics » distinguent entre les critères de capacité et les critères d'attribution du marché²⁵⁴¹. Les procédures restreintes ou négociées et le dialogue compétitif sont toujours précédés d'une présélection. Une fois la présélection des candidats effectuée, les critères de capacité n'interviennent en principe plus. Pour l'appréciation des offres des candidats présélectionnés, le pouvoir adjudicateur doit effectuer son choix en faveur de l'offre économiquement la plus avantageuse ou alors suivant le prix le plus bas, conformément au choix qu'il a fait à ce sujet dans le cahier des charges. A ce stade, il n'a en principe²⁵⁴² plus le droit de faire intervenir des critères de capacité. La distinction entre les critères de sélection (de capacité) et les critères d'attribution intervient également lors des procédures ouvertes, bien que ces procédures ne soient pas précédées d'une présélection.

Le droit primaire n'impose pas de distinction entre des critères de sélection et des critères d'attribution. Il impose cependant de traiter les candidats sur un pied d'égalité et d'agir de façon transparente. En particulier, cela implique la fixation de critères adaptés au marché. A cet égard, le

obligations de service universel, si un tel mécanisme a été mis en place dans l'Etat membre concerné (article 7, paragraphe 3, et la définition de la notion de « prestataire de service universel » donnée par l'article 2, 13) de la directive).

²⁵³⁶ Cf. ci-dessus, nos 345 et s., pour l'examen de la jurisprudence en question.

²⁵³⁷ Cf. ci-dessus, nos 370 et s.

²⁵³⁸ Article 53 de la directive 2004/18/CE ; article 55 de la directive 2004/17/CE.

²⁵³⁹ Cf. ci-dessus, nos 389 et s.

²⁵⁴⁰ Voir ci-dessus nos 341 et s. et en particulier les nos 364 et s.

²⁵⁴¹ Voir notamment l'arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, points 15 à 19.

²⁵⁴² Voir cependant ci-dessus, no 418.

pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation^{2543 2544}. Il peut être judicieux de faire intervenir les capacités techniques ou économiques, financières des soumissionnaires lors de l'attribution du marché. Si le pouvoir adjudicateur se trouve en face de deux offres assez proches l'une de l'autre, il est légitime de tenir compte également à ce stade des capacités techniques et financières des candidats, du moins s'il s'agit de marchés d'une certaine envergure ou d'une certaine complexité²⁵⁴⁵. Il s'agit en effet d'éléments qui pourraient s'avérer déterminants pour la bonne exécution du marché, et il se peut qu'il y ait, de ce point de vue, de fortes différences entre les candidats.

Lorsque la procédure choisie prévoit une présélection, il se peut que le pouvoir adjudicateur hésite à écarter des candidats à ce stade, par crainte de ne pas garder suffisamment de candidats pour la suite de la procédure. Il arrive en effet que des candidats présélectionnés reçoivent entre-temps d'autres marchés et renoncent à participer à la suite de la procédure. Les cahiers des charges n'étant parfois mis à la disposition des candidats qu'après la présélection²⁵⁴⁶, il arrive également que des candidats ne constatent qu'à ce stade que le marché ne les intéresse pas.

B. La difficulté d'appliquer des critères objectifs liés à la désignation du prestataire de service universel remet en cause l'utilité d'une mise en concurrence

638.- S'il est impossible de déterminer des critères adaptés à l'objet du marché, la mise en concurrence devient inutile car les résultats de la procédure seraient aléatoires au regard de la finalité du marché.

L'article 7 de la directive « services postaux » se réfère lapidairement à « la réglementation applicable à la passation de marchés publics » ainsi qu'à la directive sectorielle 2004/17/CE. Cela ne résout évidemment pas la question des critères de la mise en concurrence. D'après la directive 2004/17/CE, le marché doit être attribué à l'entreprise qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse ou alors à celle qui demande le prix le plus bas.

La présence de mécanismes de compensation financière, autorisée par la directive 97/67/CE, crée un sérieux problème pour la tenue d'une mise en concurrence. En effet, la directive, ne semble pas permettre de fixer à l'avance les sommes auxquelles le prestataire du service universel aura droit en contrepartie des obligations du service universel. Une compensation financière n'est possible que si le calcul suivant l'annexe I de la directive met en évidence un « coût net ». Ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, l'annexe I prescrit de tenir compte, lors du calcul du « coût net », de tous les « éléments pertinents ». Il s'ensuit que la fixation du montant de la compensation financière n'intervient pas à l'avance et dans l'abstrait, mais qu'elle doit tenir compte de la réalité économique pendant la période pour laquelle elle est accordée. Cette conclusion est corroborée par l'article 14 de la directive. L'article 14, paragraphe 2, prévoit que les prestataires de service universel doivent tenir dans leur comptabilité interne « des comptes séparés pour établir une nette distinction entre, d'une part, les services et produits qui font partie du service universel et, d'autre part, les services et produits qui n'en font pas partie ». Le texte continue comme suit : « Cette distinction est prise en compte lorsque les Etats membres calculent le coût du service universel ». Cela ne s'explique évidemment que si le calcul du coût net doit tenir compte des résultats effectifs.

²⁵⁴³ Les directives 2004/18/CE (article 53) et 2004/17/CE (article 55) accordent au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation dans la fixation des critères. A cela s'ajoute que quand l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, il s'agit de « l'offre économiquement la plus avantageuse *du point de vue du pouvoir adjudicateur* » (article 53 de la directive 2004/18/CE ; cf. également l'article 55 de la directive 2004/17/CE qui emploie l'expression « entité adjudicatrice » au lieu de « pouvoir adjudicateur »).

²⁵⁴⁴ Le droit primaire des marchés publics étant déduit des libertés fondamentales, ne serait-il pas cohérent d'appliquer les principes applicables aux restrictions de ces libertés aux critères permettant de désigner le candidat à qui le marché sera attribué ? C'est la démarche de la Cour dans certaines affaires. Toutefois, appliquée strictement, elle aboutit à des résultats inacceptables.

²⁵⁴⁵ Cf. à cet égard également ci-dessus, le no 418.

²⁵⁴⁶ Les directives « marchés publics » autorisent cette façon de procéder pour les marchés précédés d'une présélection (article 40 de la directive 2004/18/CE ; article 47 de la directive 2004/17/CE).

La compensation réclamée par l'entreprise en contrepartie des contraintes du service universel représenterait normalement le critère d'attribution le plus important. La directive ne permettant pas de fixer la compensation à l'avance, il est impossible d'employer ce critère.

Que reste-t-il alors comme critère d'attribution ? La qualité des prestations proposées par le candidat (fréquence des levées, délais d'acheminement, ...) ? Or, le niveau des prestations est en principe « imposé » par l'Etat membre dans le cadre tracé par la directive²⁵⁴⁷. Le caractère abordable du prix des services faisant partie du service universel ? Or, l'article 12, premier tiret de la directive impose de toute façon que les prix soient abordables. Ce serait d'ailleurs perdre de vue que moins les prix sont élevés, plus la prestation compensatoire à laquelle le prestataire pourra prétendre sera élevée.

Deux autres critères pourraient être envisagés :

- La plus grande aptitude à fournir le service universel conformément à la qualité requise ;
- La structure des coûts donnant lieu au coût net le moins élevé.

S'agissant d'un critère de sélection, l'aptitude à fournir le service universel, ne serait en principe pas un critère d'attribution acceptable sous le régime de la directive 2004/17/CE, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la désignation d'un prestataire de service universel serait un marché public. D'autre part, si ce critère était appliqué, il procurerait normalement un avantage indiscutable au prestataire traditionnel du service universel.

Une structure des coûts moins onéreuse, donnerait normalement lieu à une compensation publique moins élevée et pourrait donc être un critère pertinent. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait cependant que la structure des coûts annoncée par le candidat lors de la procédure de désignation corresponde aux coûts réels de l'exécution du service universel. Or, des indications de cet ordre, venant des candidats, seraient difficiles, voire impossible à contrôler. Seules les données du prestataire traditionnel du service universel le seraient.

Comme aucun des critères que nous venons d'envisager ci-dessus ne semble admissible, ne peut-il y avoir de mise en concurrence en vue de la désignation d'un prestataire de service universel ?

L'on peut encore envisager un mécanisme faisant appel à la fois à la fixation d'un prix et à une compensation calculée suivant la directive services postaux.

Les Etats membres pourraient demander aux candidats d'indiquer un montant maximal de compensation financière, étant entendu que ce montant ne serait dû qu'à concurrence du « coût net », calculé suivant les principes de la directive services postaux. Des deux montants, compensation maximale contractuelle et « coût net » au sens de la directive, le prestataire de service universel ne percevrait donc que le moins élevé.

Cette façon de procéder débouche cependant sur une autre difficulté due au caractère imprécis des règles de calcul du « coût net » qui laissent une marge d'appréciation considérable à l'Etat membre et aux autorités réglementaires nationales²⁵⁴⁸. Le montant maximal indiqué par le prestataire lors de la

²⁵⁴⁷ Partie A de l'annexe I de la directive services postaux (97/67/CE). Conformément au paragraphe 2 de l'article 4 de la directive, les Etats membres « déterminent, conformément au droit communautaire, les obligations et les droits de ces entreprises [le ou les prestataires du service universel] ». La directive n'envisage pas que la qualité ou l'envergure du service universel pourrait faire l'objet de négociations. Il appartient aux Etats membres de déterminer les exigences du service universel dans le cadre tracé par la directive. A cet égard, l'article 16 de la directive prévoit ce qui suit :

« Les Etats membres veillent à ce que les normes en matière de qualité du service soient fixées et publiées pour le service universel en vue d'assurer un service postal de bonne qualité.

Les normes de qualité visent en particulier les délais d'acheminement ainsi que la régularité et la fiabilité des services.

Ces normes sont fixées par :

- les Etats membres pour les services nationaux,
- le Parlement européen et le Conseil pour les services transfrontaliers intracommunautaires (voir annexe II). L'adaptation future de ces normes au progrès technique ou à l'évolution du marché s'effectue selon la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 21, paragraphe 2 (...) ».

²⁵⁴⁸ D'après l'article 7, paragraphe 3, de la directive services postaux, ce sont les Etats membres qui déterminent l'éventuel « coût net ». L'annexe I, partie B, dernier alinéa, prévoit que « la vérification du calcul du coût net incombe à l'autorité réglementaire nationale ».

procédure n'interviendrait que s'il était inférieur au « coût net » calculé par l'Etat membre. Ainsi, au moment de soumissionner, les candidats resteraient néanmoins dans l'incertitude sur le montant de la compensation qui leur reviendra²⁵⁴⁹. Cela est d'autant plus vrai que selon l'article 7, paragraphe 3, de la directive, le coût net ne donne lieu à compensation financière que s'il représente une charge inéquitable²⁵⁵⁰.

Il s'ajoute une difficulté supplémentaire.

En effet, les autres opérateurs économiques ont le droit de prester des services relevant du service universel²⁵⁵¹. Cela rend d'autant plus incertaines les évaluations du « coût net » faites à l'avance, y compris l'indication d'un montant maximal lors d'une mise en concurrence. Le calcul du « coût net » des prestataires désignés devra tenir compte de la présence d'opérateurs concurrents dans le secteur des services relevant du service universel et, en particulier, de leurs parts de marché, de la perte de chiffre d'affaires pour le prestataire désigné du service universel, des éventuelles économies qu'il réalise de ce fait, etc. ...²⁵⁵².

²⁵⁴⁹ Si la désignation du prestataire du service universel faisait l'objet d'un contrat soumis au droit civil, un élément essentiel du contrat, à savoir la compensation financière, ne serait ni déterminé, ni déterminable suivant des éléments objectifs soustraits à la volonté des parties, ce qui devrait normalement conduire à la nullité de la convention (en ce sens P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t.I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.284 ; voir également Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 16 janvier 2001, Pas. 32, page 186, qui est cependant moins catégorique).

²⁵⁵⁰ Cf. à cet égard l'interprétation donnée par la Cour à l'expression « charge injustifiée » figurant à l'article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive « service universel » 2002/22/CE en matière de communications électroniques (arrêt du 6 octobre 2010, Commission/Belgique, C-222/08, points 49, 58 et 59, cité au no 715 ci-dessous en note).

²⁵⁵¹ C'est seulement « dans la mesure où cela est nécessaire pour garantir le respect des exigences essentielles et la prestation du service universel, que les Etats membres ont la possibilité d'introduire des procédures d'autorisation pour la prestation de ces services (article 9, paragraphe 2, de la directive 97/67/CE). L'article 9, paragraphe 2, prévoit entre autres que l'octroi de ces autorisations peut être subordonné le cas échéant « à l'obligation de contribuer financièrement aux mécanismes de partage des coûts visés à l'article 7, si la prestation du service universel entraîne un coût net et constitue une charge financière inéquitable pour le ou les prestataires du service universel désignés conformément à l'article 4 ». Cela n'est cependant possible que dans la mesure où ces opérateurs ne se voient pas imposer des obligations de service universel en rapport avec les services (article 9, paragraphe 2, 4^e alinéa) pour lesquels ils ont obtenu une licence individuelle.

²⁵⁵² Cf. l'alinéa 3 de la partie B de l'annexe I de la directive 97/67/CE qui indique que le « calcul tient compte de tous les autres [autres que ceux indiqués aux deux alinéas précédents] éléments pertinents ». L'exposé des motifs du projet de loi luxembourgeois pour la transposition de la directive 2008/6/CE qui a modifié la directive 97/67/CE (doc. parl. 6160) fait observer de façon très pertinente :

« Avec la disparition des services réservés comme moyen de compensation des coûts engendrés par l'obligation de SU il y a lieu de prévoir un autre mode de compensation du déficit causé par l'obligation de prestation du service universel, si déficit il y a !

En effet, le calcul de la compensation se faisait sur base d'une comptabilité qui séparait les services réservés des autres services appartenant au service universel. Or, avec la disparition du monopole sur les envois de moins de cinquante grammes, la situation du prestataire du service postal universel change fondamentalement : la concurrence apparaît dans ce secteur protégé plutôt lucratif. Des parts de marchés disparaîtront, le coût du service postal universel s'en trouve affecté. Le coût global est à recalculer - sur base de toutes nouvelles données. En réalité ce sera le consommateur qui fixera le coût du service universel par son comportement sur le marché : se tournera-t-il vers les offres des nouveaux entrants ou restera-t-il fidèle à son prestataire actuel ?

Il est difficile pour l'heure d'estimer le coût global du service postal universel et ceci d'autant plus que le marché postal est en pleine mutation. Nous assistons à des phénomènes de substitutions qui risquent de s'accélérer dans un avenir proche. Le courriel l'emportera-t-il un jour sur son ancêtre le courrier ? ».

²⁵⁵² Cf. l'alinéa 3 de la partie B de l'annexe I de la directive 97/67/CE qui indique que le « calcul tient compte de tous les autres [autres que ceux indiqués aux deux alinéas précédents] éléments pertinents » (page 4).

Chapitre V.- L'exigence de mise en concurrence et la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité²⁵⁵³

639.- L'objet de l'analyse.- Sauf le cas plutôt théorique de réseaux multiples desservant une même zone, les réseaux de transport et de distribution d'énergie constituent des monopoles naturels. Il est fréquent que les réseaux appartiennent à des entreprises qui sont également des vendeurs ou des producteurs d'électricité. En l'absence de dispositions spécifiques - sous réserve des articles 101 et 102 TFUE (interdiction des ententes et des abus de position dominante)²⁵⁵⁴ - le propriétaire du réseau fixerait librement les conditions et les tarifs du transport et de la distribution de l'électricité sur son réseau. Il serait ainsi en mesure d'avantager sa production ou ses ventes au détriment de celles d'entreprises concurrentes. L'objectif de la directive 2009/72/CE est de réaliser un marché intérieur de l'électricité²⁵⁵⁵ qui permette une concurrence efficace entre les fournisseurs d'électricité. C'est

²⁵⁵³ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (JO L 211 du 14 août 2009, pp. 55 et s.).

²⁵⁵⁴ Pour la doctrine des facilités essentielles, voir l'arrêt de la Cour du 6 avril 1995, RTE et ITP, C-241/91 P et C-242/91 P, points 52 et s. ; arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97, points 37 et s. ; arrêt de la Cour du 29 avril 2004, IMS, C-418/01, points 38 et s. ; arrêt de la Cour du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, points 60 et s. ; concernant l'application de cette doctrine à l'accès à des gazoducs, cf. M. BAJAN, *Law and policy of the european gas market - competition and regulatory choices* (thèse), Université du Luxembourg, p. 202.

²⁵⁵⁵ De nombreux considérants de la directive font référence aux expressions « marché », « marché intérieur » ou « concurrence ». Il en est ainsi des considérants 1, 3, 6, 7, 8, 20, 26, 34 et 39.

Cependant, la directive reste ambivalente. Ainsi, son sixième considérant se lit comme suit : « Un marché intérieur de l'électricité qui fonctionne bien devrait donner aux producteurs les incitations appropriées à l'investissement dans les nouvelles capacités de production d'énergie, y compris d'électricité produite à partir de sources renouvelables, en accordant une attention particulière aux pays et régions les plus isolés sur le marché communautaire de l'énergie ». D'ordinaire, les marchés, surtout ceux en croissance, donnent aux producteurs des incitations à l'investissement. Il n'est nul besoin d'insister sur ce point. En revanche, quand la directive ajoute qu'il devrait en être ainsi pour les investissements en énergies renouvelables, elle exprime un souhait politique qui mènera, le cas échéant, à une intervention tendant à corriger les mécanismes de marché. D'autre part, ce n'est pas le propre des marchés « de prêter une attention particulière aux pays et aux régions les plus isolées », bien au contraire.

En fin de compte, le marché de l'électricité demeure un marché très régulé.

Cela est particulièrement vrai pour le transport de l'électricité qui est dirigé par les autorités nationales de régulation, les Etats membres et la Commission.

L'une des idées qui sous-tend la mise en place des autorités de régulation consiste à penser qu'elles seraient en mesure, de par leur indépendance, d'intervenir de façon telle que le marché fonctionne comme si leur intervention n'était pas requise (voir R. BROEMEL, *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 233 et s. et 356 et s.). Cela suppose qu'elles soient en mesure de connaître quels seraient, dans cette configuration, le comportement des gestionnaires, les bénéfices qu'ils réaliseraient, les activités de recherche, les investissements, etc.... Friederich August VON HAYECK n'avait sans doute pas tort de considérer que la reconstitution artificielle de situations de marché n'était qu'une forme d'interventionnisme (« Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung », contribution à la conférence Mont Pèlerin Society à Tokyo des 5 au 10 septembre 1966, no 55, dans *Hayeck Lesebuch*, Mohr Siebeck 2010, p.272, Viktor J. VANBERG (éditeur) ; voir dans le même sens d'ailleurs, A. BERNARD, « *Law and Economics* », une science idiote ? », *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 2806 et s., point A *in fine*, qui, tout en critiquant avec virulence F. A. von Hayek, qu'il classe à tort parmi les économistes de l'école de Chicago, n'en aboutit pas moins à une conclusion identique). En fin de compte, ces extrapolations ne sont que des artifices et ne parviennent pas à reconstituer ce qui se passerait dans un régime de concurrence. Voir par ailleurs concernant la constitution artificielle de situations de marchés (« hypothetical markets ») Richard A. POSNER (« Utilitarianism, Economics and Legal Theory », *The Journal of Legal Studies*, pp. 103 - 140, pp. 119 et s.). La méthode d'analyse de Richard A. POSNER nous paraît singulièrement manquer de perspective et s'appuie sur des prémisses hautement contestables : « wealth maximization », apparemment comme seul principe moral (en particulier les pp. 134 - 136 de l'article précité), après avoir noté « the only kind of preference that counts in a system of wealth maximization is thus

pourquoi, la directive interdit les pratiques discriminatoires de la part des gestionnaires de réseau à l'encontre des producteurs et des fournisseurs d'électricité²⁵⁵⁶. De même, elle impose des mesures pour éviter des conflits d'intérêts des gestionnaires de réseaux. Ces mesures consistent à séparer, selon les cas de manière plus ou moins stricte, la propriété et la gestion des réseaux des activités de production et de fourniture d'électricité. D'autre part, la directive impose le principe que les clients peuvent choisir leur fournisseur d'électricité²⁵⁵⁷.

Un système dans lequel les réseaux de transports d'électricité, comme c'est le cas de la plupart des routes, appartiendraient à la collectivité serait évidemment possible. De même, la gestion des réseaux et leur développement pourraient incomber aux pouvoirs publics. Tel n'est pas le système de la directive 2009/72/CE. Elle n'interdit cependant pas aux Etats ou aux organismes publics d'être propriétaire de réseaux²⁵⁵⁸. D'après la directive, les « gestionnaires de réseaux de transport » sont responsables du développement du réseau de transport dans une zone donnée.

one backed up by money - in other words that is registered in a market » (p. 119 de l'article précité), tout en supposant toute richesse « in all likelihood accumulated through productive activity, hence activity beneficial to other people besides himself [le propriétaire des biens] » (p. 123 de l'article précité). L'analyse s'en trouve étriquée et faussée (voir en ce sens notamment O.E. WILLIAMSON, « Franchise Bidding for Natural Monopolies - in General and with respect to CATV, *The Bell Journal of Economics*, 1976, vol. 7, pp. 73 - 104, p. 74) ; B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la post modernité », *Réseaux*, 2000, pp. 67 et s., p. 74 ; voir également, E. MACKAAY, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste », *Revue Jurassienne de Jurisprudence*, 1987, pp. 419 et s., p.419). Richard A. POSNER ne représente qu'un courant de l'« analyse économique du droit » qui se sert de modèles mathématiques pour l'analyse des règles juridiques (voir, par exemple, *Analyse économique du droit. Principes méthodes résultats*, sous la direction de B. DEFFAINS et E. CANGLAIS, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 13 ; voir également l'excellente synthèse par M. MARTINI, dans *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung*, Tübingen, Mohr Siebek, 2008, pp. 142 à 233 ; ou encore, l'analyse très nuancée de F. KÜBLER, « Effizienz als Rechtsprinzip - Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente, in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, J. BAUR, HOPT, MAILÄNDER (éditeurs), 1990, pp. 687 et s. ; voir également, s'exprimant à juste titre de façon critique, L. ZEVENOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ, 2012, notamment les nos 36, 37, 921 et s. et 950 à 952.

L'action de l'autorité de régulation ne peut, à notre avis, être considérée au même titre que n'importe quel autre facteur économique. Lorsque l'autorité de régulation fixe des tarifs, elle assume en effet un rôle étatique. Elle accomplit une fonction réglemantaire qui s'adresse spécifiquement à l'activité du gestionnaire. Comme les différents intervenants n'ignorent pas l'existence de l'autorité de régulation, ni ses moyens d'intervention, ils adapteront leur attitude en conséquence. Ils savent que, le cas échéant, il vaut mieux ne pas être excessivement efficace, quitte à renoncer à réaliser un bénéfice extraordinaire, car cela pourrait conduire à une réduction des tarifs pour l'avenir (voir en ce sens, R. BROEMEL, *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 250 et s.).

Dans le système de la directive 2009/72/CE, les tarifs sont susceptibles d'être modifiés après la désignation des gestionnaires de réseau. Ainsi, lors de mises en concurrence pour la désignation d'un gestionnaire de réseau, le propriétaire du réseau et les soumissionnaires restent dans l'ignorance des tarifs à venir. Aussi, ces tarifs ne peuvent faire figure de critère d'attribution. Quant à savoir lequel des intéressés accomplirait les prestations de gestion au moindre coût, cela relève de la spéculation. Il est possible, tout au plus, de désigner le soumissionnaire qui paraît *a priori* le plus à même d'accomplir les tâches de gestion dont il s'agit.

²⁵⁵⁶ Voir par exemple les articles 12, f), 30, 37, paragraphe 1^{er}, j), 37, paragraphe 5, a) et f), de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁵⁷ Cf. l'article 33 de la directive. Cela ne vaut bien sûr qu'à condition que le fournisseur choisi soit disposé à livrer de l'électricité dans la zone en question.

²⁵⁵⁸ L'hypothèse est expressément envisagée à l'article 9, paragraphe 6, de la directive. Cette disposition prévoit d'ailleurs que deux organismes publics distincts pourront contrôler l'un une activité de transport d'électricité, l'autre une activité de fourniture ou de production et ne seront pas considérés comme une même personne au sens de l'article 9, paragraphe 1^{er}. Autrement dit, l'obligation de dissocier la propriété du réseau de transport de l'activité de fourniture d'électricité n'est pas appliquée de façon moins stricte quand il s'agit des pouvoirs publics.

En dépit des nombreux considérants de la directive qui font référence aux expressions « marché », « marché intérieur » ou « concurrence », les marchés sur lesquels opèrent les entreprises d'électricité sont des marchés très régulés²⁵⁵⁹.

Cela est particulièrement vrai pour le transport et la distribution d'électricité :

- Toute entreprise qui est propriétaire²⁵⁶⁰ d'un réseau de transport doit agir comme gestionnaire de réseau de transport (« transmission system operator » (TSO))^{2561 2562}, à moins qu'elle ne se trouve dans l'un des cas d'incompatibilité prévus par la directive²⁵⁶³. S'il en est ainsi, l'entreprise doit en principe céder son réseau²⁵⁶⁴.
- Lorsqu'une entreprise verticalement intégrée était déjà propriétaire d'un réseau le 3 septembre 2009, la directive autorise les Etats membres de ne pas exiger une dissociation stricte (« full ownership unbundling »), mais de permettre la désignation - en dehors de son groupe - d'un gestionnaire de réseau indépendant (« independent system operator » (ISO))²⁵⁶⁵, ce gestionnaire de réseau indépendant n'ayant pas la propriété du réseau²⁵⁶⁶; ou encore une dissociation entre la gestion du réseau et les fonctions de production ou de fourniture à l'intérieur du groupe, le réseau appartenant à une société du groupe (« independent transmission operator » (ITO))²⁵⁶⁷, dont l'indépendance est garantie par une série de

²⁵⁵⁹ Cf. ci-dessus no 639 en note. Pour les activités de production d'électricité, cf. en particulier l'article 3 (« Obligations de service public ») de la directive. Ainsi, par exemple, l'article 3, 2. : «... les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat... ». L'article 3, 3. de la directive oblige les Etats de veiller « à ce que tous les « clients résidentiels » [c'est-à-dire « un client achetant de l'électricité pour sa propre consommation domestique, ce qui exclut les activités commerciales ou professionnelles »] et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises (à savoir les entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le bilan annuel n'excèdent pas 10 000 000 EUR) aient le droit de bénéficier du service universel, c'est-à-dire d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires ».

²⁵⁶⁰ La version française de la directive utilise à l'article 9, paragraphe 1^{er}, le verbe « posséder ». Ce qui est visé est cependant clairement la propriété, comme l'attestent les versions allemandes ou italiennes.

²⁵⁶¹ La directive distingue entre les réseaux de transport (« transmission ») et les réseaux de distribution (« distribution »). Le transport d'électricité consiste en l'acheminement de l'électricité sur un réseau interconnecté à très haute et à haute tension aux fins de fourniture à des clients finaux ou à des distributeurs (article 2, 4. de la directive). La distribution d'électricité est l'acheminement d'électricité sur des réseaux à haute, moyenne et à basse tension aux fins de fourniture à des clients (article 2, 5. de la directive). La vente d'électricité ne fait partie ni du transport, ni de la distribution d'électricité.

²⁵⁶² Cf. l'article 9, paragraphe 1^{er}, a) de la directive 2009/72/CE. L'article 2, 4. de la directive définit le « gestionnaire de réseau de transport » comme « une personne physique ou morale responsable de l'exploitation, de la maintenance et, si nécessaire, du développement du réseau de transport dans une zone donnée et, le cas échéant, de ses interconnexions avec d'autres réseaux, et chargée de garantir la capacité à long terme du réseau à satisfaire une demande raisonnable de transport d'électricité ».

²⁵⁶³ Cf. article 9, paragraphe 1^{er}, b), c) et d) de la directive 2009/72/CE. Sur la manière souple - s'attachant plutôt à l'esprit du texte qu'à sa lettre - de la Commission d'apprécier les conditions strictes de conflit d'intérêt visés par ces dispositions, voir le document de travail de la Commission du 8 mai 2013, intitulé *Ownership unbundling. The Commission's practice in assessing the presence of a conflict of interest including in case of financial investors* (SWD (2013) 177 final).

²⁵⁶⁴ Cf. l'article 9, paragraphes 8 et 9 de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁶⁵ Cf. l'article 13 de la directive 2009/72/CE. Sur ces différentes options ; cf. J.-C. PIELON, G. BRUNEKREEFI et E. EHLERS, « Legal and economic aspects of ownership unbundling in the EU », *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, vol. 2, no 2, pp. 96 et s., pp. 97 et 98. Voir également A. JOHNSTON et G. BLOCK, *EU Energy Law*, Oxford University Press, 2012, points 3.09 et s.

²⁵⁶⁶ Cf. l'article 13, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁶⁷ Cf. l'article 17, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2009/72/CE.

dispositions de la directive²⁵⁶⁸, soumise seulement à un contrôle d'un « organe de surveillance »²⁵⁶⁹ qui n'a pas le droit d'intervenir dans les activités courantes du gestionnaire ; ou alors, troisième option, l'Etat membre en question peut accepter « des arrangements garantissant une indépendance plus effective du gestionnaire de réseau de transport que les dispositions du chapitre V [c'est-à-dire, les articles 17 à 21 de la directive] »²⁵⁷⁰, c'est-à-dire que la solution « independent transmission operator » (ITO).

Les exigences sont moins rigoureuses lorsque le réseau appartient à un Etat ou à un autre organisme public²⁵⁷¹.

- Tout gestionnaire de réseau de transport, même s'il s'agit du propriétaire du réseau, doit être « agréé et désigné » comme gestionnaire de réseau de transport par l'Etat membre concerné²⁵⁷².
- Les gestionnaires de réseaux ont pour tâche non seulement d'exploiter les réseaux, mais également de les développer, c'est-à-dire de construire de nouvelles lignes électriques dans la zone concernée²⁵⁷³. C'est à titre exceptionnel seulement que la directive prévoit la possibilité pour les autorités de régulation de lancer un appel d'offres pour le développement des réseaux²⁵⁷⁴.
- La propriété d'un réseau donne lieu à un certain nombre d'obligations, même si, en raison d'une incompatibilité, le propriétaire n'en assume pas la gestion. Ces obligations comprennent en principe le financement du développement du réseau²⁵⁷⁵.
- Les gestionnaires de réseaux de transport doivent élaborer et mettre annuellement à jour un plan de développement décennal du réseau²⁵⁷⁶. L'autorité nationale de régulation contrôle les plans décennaux d'investissement, peut demander des modifications²⁵⁷⁷, approuve la planification des investissements²⁵⁷⁸, surveille et évalue leur mise en œuvre²⁵⁷⁹. Elle fixe ou approuve les tarifs ou leurs méthodes de calcul²⁵⁸⁰.
- Les gestionnaires de réseaux de distribution²⁵⁸¹ sont désignés par les Etats membres ou alors ceux-ci demandent « aux propriétaires ou responsables » de réseaux de distribution de les

²⁵⁶⁸ Cf. les articles 17 à 21 de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁶⁹ Cf. l'article 20 de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷⁰ Cf. l'article 9, paragraphe 9, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷¹ Voir l'article 9, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷² Cf. l'article 10, paragraphes 1^{er} et 2, l'article 13, paragraphe 3, et l'article 18, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷³ Cf. l'article 13, paragraphe 2, c) (cette solution correspond à la figure dite "deep ISO"), l'article 22 et l'article 25, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷⁴ Cf. l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷⁵ Voir l'article 13, paragraphe 5, b) en cas de désignation d'un gestionnaire de réseau indépendant. Plus exactement, la directive prévoit qu'en cas de désignation d'un gestionnaire de réseau indépendant (ISO), le propriétaire du réseau de transport « finance les investissements décidés par le gestionnaire de réseau indépendant et approuvés par l'autorité de régulation, ou donne son accord à leur financement par toute partie intéressée, y compris le gestionnaire de réseau indépendant. Les montages financiers correspondants sont soumis à l'approbation de l'autorité de régulation. Celle-ci consulte le propriétaire du réseau de transport, ainsi que les autres parties intéressées avant de donner son approbation » (article 13, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE). Lorsque la gestion du réseau de transport est effectuée par une société du groupe verticalement intégrée en vertu du chapitre V (solution dite « independent transmission operator » (ITO)), « les ressources financières appropriées pour les projets d'investissement futurs et/ou pour le remplacement des actifs existants sont remis à disposition du gestionnaire de réseau de transport en temps voulu par l'entreprise verticalement intégrée à la suite d'une demande appropriée du gestionnaire de réseau de transport » (article 17, paragraphe 1^{er}, d)).

²⁵⁷⁶ Cf. l'article 22 de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷⁷ Cf. l'article 22, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷⁸ Cf. l'article 37, paragraphe 3, c) de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁷⁹ Cf. l'article 22, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁸⁰ Cf. l'article 37, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁸¹ Les gestionnaires de réseau de distribution sont des personnes physiques ou morales, « responsable[s] de l'exploitation, de la maintenance et, si nécessaire, du développement du réseau de distribution dans une zone

désigner²⁵⁸². La directive ne s'oppose pas à ce que le propriétaire d'un réseau de distribution soit désigné, ou se désigne lui-même, comme gestionnaire de son réseau de distribution²⁵⁸³. Les gestionnaires de réseau de distribution doivent également assurer la maintenance et développer les réseaux dont ils sont en charge²⁵⁸⁴.

- Pour les réseaux de distribution, la séparation entre la propriété des réseaux et les fonctions de production ou de fourniture d'électricité est moins stricte. Le gestionnaire d'un réseau de distribution (« distribution system operator ») (DSO) peut appartenir à une entreprise verticalement intégrée, mais il doit être indépendant, « au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution »²⁵⁸⁵.
- La directive impose aux Etats membres de désigner des autorités de régulation disposant de larges pouvoirs, notamment celui de « fixer ou d'approuver les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul »²⁵⁸⁶.

La directive 2009/72/CE prévoit la possibilité pour une autorité nationale de régulation de lancer une procédure d'appel d'offres si un gestionnaire de réseau de transport tarde pendant au moins trois ans de réaliser des investissements prévus par son plan de développement décennal²⁵⁸⁷. Elle impose aux Etats de prévoir des procédures d'appels d'offres dans l'intérêt de la sécurité d'approvisionnement, pour de « nouvelles capacités » ou « des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande »²⁵⁸⁸. La directive comporte par ailleurs des dispositions relatives à l'autorisation de nouvelles centrales de production d'électricité²⁵⁸⁹.

donnée et, le cas échéant, de ses interconnexions avec d'autres réseaux, et chargée[s] de garantir la capacité à long terme du réseau à satisfaire une demande raisonnable de distribution d'électricité » (article 2, 6. de la directive 2009/72/CE).

Le réseau de distribution ne comprend pas de lignes à très haute tension. Le transport d'électricité à travers des réseaux de distribution est destiné aux clients et non à des distributeurs, comme peut l'être le transport au moyen des réseaux de transport. Les notions de « transport » et de « distribution », telles qu'elles sont définies aux points 3 et 5 de l'article 2 de la directive, se recoupent en partie. La dissociation de la propriété des réseaux de distribution et des activités de production et de fourniture (vente) est moins stricte que dans le cas des réseaux de transport (voir l'article 26 de la directive 2009/72/CE). En effet, le législateur européen a estimé que le risque de discrimination en ce qui concerne l'accès des tiers est moins grand au niveau de la distribution qu'à celui du transport (cf. le 26^e considérant de la directive).

²⁵⁸² Cf. l'article 24 de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁸³ Le dixième considérant de la directive précise que « l'entreprise propriétaire de l'infrastructure de distribution peut être désignée comme gestionnaire du réseau de distribution ».

²⁵⁸⁴ Les gestionnaires de réseaux de distribution disposent du droit exclusif de gérer le réseau de distribution dans une zone déterminée ainsi que de le développer, ce dont les tarifs de distribution tiennent compte (cf. article 37, paragraphe 6, a)). Aussi, en principe, aucun réseau concurrent ne pourra être établi dans la même zone, ce que prévoit expressément la loi luxembourgeoise du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (voir l'article 24, (2) de cette loi). Certes, l'article 34 (Lignes directes) de la directive prévoit la possibilité pour des producteurs et des vendeurs d'électricité (fournisseurs) d'établir des lignes directes entre leurs établissements et leurs clients. Cela ne permet cependant pas l'établissement d'un réseau de distribution concurrent. L'établissement de lignes directes peut d'ailleurs être subordonné à un refus d'accès à un réseau de distribution ou de transport (article 34, paragraphe 4, de la directive).

Contrairement aux gestionnaires de réseaux de transport, la directive prévoit que les gestionnaires de réseaux de distribution sont désignés pour « une durée à déterminer par les Etats membres » (article 24).

²⁵⁸⁵ Cf. l'article 26, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE. Ceci implique-t-il la constitution d'une société distincte ? A notre avis oui. D'un autre côté, le même paragraphe précise que « ces règles ne créent pas d'obligation de séparer la propriété des actifs du gestionnaire de réseau de distribution, d'une part de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part ». La propriété du réseau de distribution ne doit pas être nécessairement transférée au gestionnaire (voir en ce sens également les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, du 16 avril 2013 dans les affaires C-105/12 à C-107/12).

²⁵⁸⁶ Cf. l'article 37, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁸⁷ Cf. l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁸⁸ Cf. l'article 8 de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁸⁹ Cf. l'article 7 de la directive 2009/72/CE.

Nous allons examiner quels sont ces mécanismes et ces procédures et quels sont leurs rapports aux directives « marchés publics » et aux règles du droit primaire de la mise en concurrence (Section 1^{re}).

On aurait pu s'attendre à ce que la directive impose des procédures de mise en concurrence ou qu'elle renvoie aux directives « marchés publics » pour la désignation des gestionnaires de réseaux ou le développement des réseaux. Tel n'est cependant pas le cas. Au contraire, l'examen de la directive 2009/72/CE révèle des mécanismes divergeant du droit primaire et du droit dérivé de la mise en concurrence (Sections 2, 3 et 4).

Section 1^{re}.- Les procédures de la directive 2009/72/CE donnant lieu à des mises en concurrence

§ 1^{er}.- La « procédure d'appel d'offres »

A. L'objet de la procédure d'appel d'offres

640.- La définition de la « procédure d'appel d'offres » manque de clarté. Il s'agit, selon la directive, de « la procédure par laquelle des besoins additionnels et des capacités de renouvellement planifiés sont couverts par des fournitures en provenance d'installations de production nouvelles ou existantes »²⁵⁹⁰. La directive omet de définir les expressions « besoins additionnels » et « capacités de renouvellement ». L'article 8 de la directive impose le recours à la procédure d'appel d'offres pour la création de « capacités de production », et des mesures dites « d'efficacité énergétique/gestion de la demande »²⁵⁹¹, expressions qui paraissent donc couvrir - du moins en partie - la même chose que celles employées dans la définition de la procédure d'appels d'offres.

B. Objectifs que peut poursuivre une procédure d'appel d'offres

641.- Les appels d'offres peuvent avoir lieu dans l'intérêt de la sécurité de l'approvisionnement²⁵⁹².

En principe, la concurrence sur le marché intérieur de l'électricité est libre. Le jeu de l'offre et de la demande d'électricité devrait donc conduire à la création de capacités suffisantes de production d'électricité. La directive envisage une « procédure d'appel d'offres » obligatoire pour le cas où il n'en serait pas ainsi.

Des appels d'offres peuvent également être lancés dans l'intérêt de la protection de l'environnement ou de la promotion de nouvelles technologies « émergentes »²⁵⁹³.

C. Condition devant être remplie avant de lancer la procédure : la procédure d'autorisation prévue à l'article 7 de la directive ne permet pas d'atteindre l'objectif visé

642.- La directive pose comme condition que la capacité de production à construire ou les mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande ne soient pas suffisantes pour garantir la sécurité d'approvisionnement²⁵⁹⁴ ou pour atteindre les objectifs de la protection de l'environnement ou de la promotion de nouvelles technologies émergentes²⁵⁹⁵.

De manière assez surprenante, la directive prévoit que « lorsque l'appel d'offres porte sur les capacités de production requises, il [le cahier des charges] doit prendre en considération également les offres de fourniture d'électricité garanties à long terme émanant d'unités de production existantes, à condition qu'elles permettent de couvrir les besoins supplémentaires »²⁵⁹⁶ (article 8, paragraphe 4). Or, si les unités de production existantes permettent de couvrir les besoins supplémentaires, la sécurité d'approvisionnement paraît assurée.

²⁵⁹⁰ Article 2, point 24 de la directive 2003/72/CE.

²⁵⁹¹ Cf. les articles 2, point 29, et 8, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE. Quant aux mesures « d'efficacité énergétique/gestion de la demande », voir la définition qu'en donne l'article 2, point 29 de la directive.

²⁵⁹² Cf. l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁹³ Cf. l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁹⁴ Cf. l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁹⁵ Cf. l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁹⁶ Cf. l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE.

D. Contrepartie revenant à l'adjudicataire

643.- Comme contrepartie des nouvelles capacités ou des mesures d'efficacité énergétique/gestion, la directive envisage des « incitations, y compris des subventions » dont l'importance peut servir de critère de sélection ou d'attribution²⁵⁹⁷. L'utilité de la procédure d'appel d'offres semble essentiellement consister à désigner l'entreprise qui pourra bénéficier de ces « incitations ». Observons que de telles « incitations » risquent d'avoir un effet contre-productif. N'étant accordées qu'aux entreprises choisies au terme de la procédure d'appel d'offres, les installations des autres entreprises sont défavorisées²⁵⁹⁸. Ainsi, plus il y aura d'installations de production subventionnées, moins il sera intéressant de construire de nouvelles installations ou d'investir dans les installations existantes non subventionnées.

E. Organisation, suivi et contrôle de la procédure

644.- Comme les « incitations, telles des subventions » par lesquelles il est envisagé de favoriser de « nouvelles capacités ou des mesures d'efficacité énergétique/gestion » seront normalement à charge des Etats membres concernés, il serait normal que ces derniers organisent « les procédures d'appels d'offres ».

La directive prévoit cependant que « les Etats désignent une autorité ou un organisme public ou privé indépendant des activités de production, de transport, de distribution et de fourniture d'électricité, qui peut être une autorité de régulation visée à l'article 35, paragraphe 1, qui sera responsable de l'organisation, du suivi et du contrôle de la procédure d'appel d'offres visée aux paragraphes 1 à 4 du présent article ». La directive ne précisant pas si l'autorité en question doit disposer d'une personnalité juridique distincte de l'Etat, il faut supposer qu'il n'en est pas ainsi. Lorsqu'un « gestionnaire de réseau de transport est totalement indépendant des autres activités non liées au réseau de transport sur le plan de la propriété, il peut être désigné comme l'organisme responsable de l'organisation, de la surveillance et du contrôle de la procédure d'appel d'offres »²⁵⁹⁹.

F. Déroulement de la procédure

645.- La directive reste assez sommaire quant au déroulement de la procédure :

- Les modalités de la procédure d'appel d'offres doivent faire l'objet d'une publication au Journal Officiel au moins six mois avant la date de clôture de l'appel d'offres. Ce très long délai excède considérablement ceux prévus par les directives « marchés publics »²⁶⁰⁰.
- Le « cahier des charges est mis à la disposition de toute entreprise intéressée, établie sur le territoire d'un Etat membre, de sorte que celle-ci puisse disposer d'un délai suffisant pour présenter une offre »²⁶⁰¹. Il est évident qu'il incombe aux entreprises d'accomplir en temps utile les démarches pour obtenir le cahier des charges. La directive ne le précise pas, mais s'il en était autrement, le pouvoir adjudicateur devrait le cas échéant reporter successivement le délai de remise des offres. Il serait ainsi porté atteinte aux objectifs visés par la procédure et aux intérêts des entreprises ayant fait des efforts pour préparer leur offre dans le délai initialement fixé.
- La directive précise qu'« en vue de garantir la transparence et la non-discrimination, le cahier des charges contient la description détaillée des spécifications du marché et de la procédure à suivre par tous les soumissionnaires, de même que la liste exhaustive des critères qui déterminent la sélection des soumissionnaires et l'attribution du marché, y compris les incitations, telles que des subventions. Ces spécifications peuvent concerner également les

²⁵⁹⁷ Cf. l'article 8, paragraphe 3, alinéa 3, de la directive 2009/72/CE.

²⁵⁹⁸ Ces subventions sont-elles compatibles avec l'article 107 TFUE (aides d'Etat) ? Il y a là un problème que la directive n'aborde pas. Cf. à ce sujet dans d'autres domaines ci-dessus, nos 582 et s.

²⁵⁹⁹ Article 8, paragraphe 5 de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁰⁰ Article 8, paragraphe 3 de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁰¹ Article 8, paragraphe 3, 2^e alinéa de la directive 2009/72/CE.

domaines visés à l'article 7, paragraphe 2 »²⁶⁰². L'article 7, paragraphe 2, de la directive indique les considérations en fonction desquelles les Etats membres fixent les critères de la procédure d'autorisation pour la construction de nouvelles installations de production²⁶⁰³.

G. La directive permet de suivre une autre procédure lorsqu'il s'agit de créer de nouvelles capacités de production ou des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande dans l'intérêt de la sécurité d'approvisionnement - Difficulté de savoir quelle autre procédure est visée par la directive

646.- Lorsqu'il s'agit de créer de nouvelles capacités de production ou des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande « *dans l'intérêt de la sécurité d'approvisionnement* » la directive permet de recourir à une procédure d'appel d'offres « *ou toute procédure équivalente en termes de transparence et de non-discrimination sur la base de critères publiés* »²⁶⁰⁴. Comme la directive ne décrit pas le déroulement de la procédure d'appel d'offres, sauf les quelques éléments indiqués ci-dessus, il paraît difficile de dire ce que pourrait être une procédure *équivalente en termes de transparence et de non-discrimination*.

Normalement, une procédure d'appel d'offres s'entend d'une procédure qui ne donne pas lieu à des négociations, ni avant la remise des offres ni après, ou, du moins, s'il a des négociations, elles n'ont pour objet que de clarifier les offres, sans qu'il puisse en résulter de modification substantielle des offres remises. Est-ce cela que le législateur communautaire a voulu dire ?

S'il en était ainsi, les procédures équivalentes visées seraient des procédures comme la procédure négociée ou le dialogue compétitif.

Ces procédures ne seraient alors pas admises pour les subventions « *dans l'intérêt de la protection de l'environnement et de la promotion de nouvelles technologies émergentes* » pour lesquelles la directive ne permet que la procédure d'appels d'offres. Vu la complexité du sujet, il paraît cependant difficile d'attribuer les subventions sans négociations.

H. Exception permise par la directive

647.- L'article 3, paragraphe 14, permet de ne pas recourir à une mise en concurrence si cela risquait « d'entraver l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général et pour autant que le développement des échanges n'en soit pas affecté dans une mesure qui serait contraire aux intérêts de la Communauté »²⁶⁰⁵. Ces conditions, sans être aussi strictes, rappellent celles de l'article 106, paragraphe 2, TFUE permettant de déroger aux traités en faveur d'entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général²⁶⁰⁶.

§ 2.- Désignation d'un fournisseur de dernier recours.- Les compensations pour des obligations de service public ou le service universel

648.- Les obligations de service public doivent être « clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables » et garantir « aux entreprises d'électricité de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux »²⁶⁰⁷. D'autre part, « lorsqu'une compensation financière, d'autres formes de compensation ou des droits exclusifs offerts par un Etat membre pour l'accomplissement des obligations visées aux paragraphes 2 et 3 [obligations de service public ou de service universel] sont octroyés, c'est d'une manière non discriminatoire et transparente »²⁶⁰⁸.

²⁶⁰² Cf. l'article 8, paragraphe 3, alinéa 3, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁰³ Cf. au sujet de cette procédure, ci-dessous, no 652.

²⁶⁰⁴ Cf. l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁰⁵ Cf. à ce sujet ci-dessous no 652 à propos de la procédure d'autorisation pour de nouvelles capacités.

²⁶⁰⁶ Voir à ce sujet également ci-dessous, no 652.

²⁶⁰⁷ Article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁰⁸ Article 3, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE.

La directive permet aux Etats membres de désigner un « fournisseur de dernier recours » pour assurer le service universel²⁶⁰⁹. Pour cette désignation, la directive 2009/72/CE ne prescrit aucune mise en concurrence.

Est-ce que le droit primaire en impose une ? Il en est bien ainsi.

Contrairement aux gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution, les « fournisseurs de dernier recours » ne fournissent pas une prestation de service, mais une marchandise, l'électricité étant considérée comme une marchandise. Si une entreprise établie dans un autre Etat membre livrait des marchandises se trouvant déjà dans l'Etat membre de l'autorité adjudicatrice concernée, aucun mouvement transfrontalier de marchandises ne serait impliqué.

Pour être cohérent, il faudrait considérer que le droit primaire ne requiert de mise en concurrence que dans le cas où l'absence de mise en concurrence risquerait d'entraver un mouvement transfrontalier d'électricité, ce risque ne devant être ni trop indirect, ni trop aléatoire²⁶¹⁰. De fait, la jurisprudence applique le critère de l'intérêt transfrontalier du marché également aux marchés de fournitures²⁶¹¹.

D'autre part, lorsqu'une matière entre dans le champ d'application du droit de l'Union - ce qui est le cas ici -, l'exigence d'un lien avec les libertés fondamentales disparaît²⁶¹². Dans ce cas, le respect du principe d'égalité de traitement du droit de l'Union s'impose en tout état de cause. Il en est ainsi pour la désignation d'un fournisseur de dernier recours pour laquelle le principe d'égalité de traitement, ainsi que le principe de transparence, requièrent une mise en concurrence²⁶¹³.

La directive 2004/17/CE s'applique-t-elle également à la désignation des « fournisseurs de dernier recours » ?

Pour qu'il en soit ainsi, la désignation du fournisseur de dernier recours devrait prendre la forme d'un marché public et ce marché devrait être conclu dans l'intérêt de la mise à disposition, de l'exploitation ou de l'alimentation de réseaux électriques de l'Etat membre concerné²⁶¹⁴. Or, c'est parce que l'Etat n'alimente pas lui-même le réseau électrique et partant qu'il n'exerce pas d'activité sectorielle qu'il désigne un fournisseur de dernier recours. C'est donc plutôt la directive « marchés publics » classique 2004/18/CE qui s'applique à la désignation d'un prestataire de service universel.

Il n'en est cependant ainsi, qu'à condition que la désignation d'un fournisseur de dernier recours fasse l'objet d'un contrat conclu « à titre onéreux » au sens des directives « marchés publics », ce qui suppose que l'Etat membre en question ait un *intérêt économique direct* à ce que le fournisseur de dernier recours remplisse cette fonction²⁶¹⁵. Il s'agirait d'un marché public de fournitures et non d'une concession. En effet, contrairement aux « concessions de services » et aux « concessions de travaux », la catégorie des « concessions de fourniture » n'existe pas²⁶¹⁶. L'opération serait un marché de fournitures, même si l'adjudicataire était réglé par l'utilisateur du bien et prenait en charge un risque économique significatif.

²⁶⁰⁹ Article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE.

²⁶¹⁰ L'application de l'obligation de mise en concurrence aux marchés de fourniture, affirmée par la Cour, reste en définitive assez obscure quant à son fondement. Cf. à ce sujet ci-dessus, no 376.

²⁶¹¹ Quant au critère de l'intérêt transfrontalier, cf. ci-dessus, nos 342 et s.

²⁶¹² Cf. ci-dessus nos 365 et 388.

²⁶¹³ Cf. également ci-dessus no 652.

²⁶¹⁴ Cf. l'article 2, paragraphe 2, a) et l'article 3, 3^e paragraphe, de la directive 2004/17/CE combinés.

²⁶¹⁵ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 15 juillet 2010, Commission/Allemagne, C-271/08, points 75 à 80. Cf. également à ce sujet les nos 240 et s. ci-dessus. L'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE dispose comme suit : « Les Etats membres veillent à ce que les clients résidentiels ... aient le droit de bénéficier du service universel (...) ». En concluant un contrat avec un fournisseur de dernier recours, les Etats membres se conforment à cette obligation. Dès lors, ce contrat comporte pour eux un intérêt économique direct au sens où la jurisprudence l'entend, alors même que les fournitures d'électricité interviennent au bénéfice des clients du fournisseur de dernier recours.

²⁶¹⁶ Voir ci-dessus, no 272.

§ 3.- La procédure d'appels d'offres prévue à l'article 22 de la directive 2009/72/CE : l'un des moyens prévus lorsque le gestionnaire de réseau ne réalise pas les investissements prévus au plan décennal de développement

A. Le mécanisme d'appel d'offres prévu par la directive 2009/72/CE

649.- Tout gestionnaire d'un réseau de transport a l'obligation de réaliser les investissements prévus au plan décennal de développement du réseau (article 22, paragraphe 7). Lorsqu'un gestionnaire de réseau de transport ne réalise pas un investissement qui, en vertu du plan, « aurait dû être réalisé dans un délai de trois ans »²⁶¹⁷, l'autorité de régulation nationale peut « lancer une procédure d'appel d'offres ouverte à tous les investisseurs pour l'investissement en question » (article 22, paragraphe 7, b))²⁶¹⁸.

La procédure d'appels d'offres qui est visée ici n'est pas celle examinée plus haut, définie à l'article 2, point 24²⁶¹⁹.

La directive 2009/72/CE précise que la procédure d'appel d'offres est « ouverte à tous les investisseurs » (article 22, paragraphe 7, b)). Cela paraît à première vue imposer le recours à une procédure sans présélection. En effet, selon les directives « marchés publics », une procédure est ouverte lorsque « tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre »²⁶²⁰, les procédures restreintes étant celles auxquelles « tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre »²⁶²¹.

La directive 2009/72/CE prévoit qu'une autorité nationale de régulation qui lance une procédure d'appel d'offres, « peut imposer au gestionnaire de réseau de transport d'accepter un ou plusieurs des éléments suivants : a) un financement par un tiers ; b) une construction par un tiers ; c) la construction des nouveaux actifs en question par lui-même ; d) l'exploitation des nouveaux actifs en question par lui-même » (article 22, paragraphe 7, 2^e alinéa).

²⁶¹⁷ La directive ne précise ni le moment exact à partir duquel ce délai commence à courir, ni quand l'investissement est réputé réalisé.

²⁶¹⁸ L'autorité de régulation peut également choisir d'exiger du gestionnaire de réseau de transport qu'il réalise l'investissement en question lui-même ou lui imposer d'accepter une augmentation de capital destinée à financer les investissements nécessaires et d'autoriser des investisseurs indépendants à participer au capital (article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/72/CE). On remarquera que la propriété d'un réseau de transport donne lieu à des *obligations* qui ressemblent aux servitudes du droit civil (Article 637 des codes civils français, belges et luxembourgeois qui subsiste dans sa version de 1804 : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage [ici, le réseau de transport] pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à une autre personne [ce seraient ici les réseaux de distribution liés au réseau de transport en question] ». Toutefois, à la différence de ces servitudes qui ne peuvent en principe consister en des obligations de faire (« Servitus in faciendo consistere nequit »), il s'agit ici, pour la plupart, d'obligation de faire. Chose assez remarquable à signaler, par leur caractère personnel, ces servitudes que prévoit la directive rappellent, toutes proportions gardées bien sûr, les servitudes féodales qui donnaient lieu à des obligations de toute nature (au sujet de ces servitudes, cf. H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1953 t.VI, no 497, B). Nous nous limitons à signaler ce trait commun sans pousser l'examen plus loin afin de ne pas trop nous éloigner de notre sujet. Voir par ailleurs quant à cette question, A. SUPLOT, « The public-private relation in the context of today's refeudalization », *International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 129 et s., en particulier p. 145.

²⁶¹⁹ L'article 2.24. définit la « procédure d'appel d'offres » comme « la procédure par laquelle des besoins additionnels et des capacités de renouvellement planifiés sont couverts par des fournitures en provenance d'installations de production nouvelles ou existantes ». Le terme « fourniture » désignant la vente d'électricité à des clients, une « procédure d'appel d'offres » *stricto sensu* pour une extension ou une amélioration du réseau serait une absurdité.

²⁶²⁰ Article 1^{er}, paragraphe 9, a) de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 11, a) de la directive 2004/18/CE.

²⁶²¹ Article 1^{er}, 9^e paragraphe, b) de la directive 2004/17/CE ; article 1^{er}, paragraphe 11, b) de la directive 2004/18/CE.

B. La mise en concurrence envisagée à l'article 22 de la directive 2009/72/CE est-elle soumise aux directives « marchés publics » ?

650.- La directive 2009/72/CE ne précise pas si la mise en concurrence qu'envisage l'article 22 est soumise aux directives « marchés publics ». Elle reste également muette quant à la manière dont la procédure d'appel d'offres doit se dérouler.

En l'absence d'indication en sens contraire, l'appel d'offres suivrait le régime des directives « marchés publics » s'il portait sur un marché visé par ces directives.

Il n'en est ainsi que si l'appel d'offres vise à faire réaliser les travaux par un tiers, mais non dans les autres cas envisagés par l'article 22. Par ailleurs, il n'est pas sans importance de savoir si l'autorité de régulation nationale qui lance la procédure d'appel d'offres suivant l'article 22 agit en son nom et pour son compte ou au nom et pour compte du gestionnaire de réseau défaillant²⁶²².

La directive 2009/72/CE ne fournit pas d'indication à ce sujet.

Au sens des directives marchés publics 2004/17/CE et 2004/18/CE, les autorités de régulation paraissent être des organismes de droit public²⁶²³. Comme l'activité de régulation n'est pas une activité visée par la directive 2004/17/CE, la procédure ne serait pas soumise à la directive 2004/17/CE, mais à la directive 2004/18/CE²⁶²⁴ si l'autorité nationale de régulation agissait en son nom et pour elle-même. En effet, la directive 2004/17/CE ne s'applique qu'à la double condition que l'entité adjudicatrice exerce une activité qui est visée par cette directive et que le marché soit conclu pour une activité pareille²⁶²⁵.

Si le marché était conclu au nom et pour compte du gestionnaire de réseau défaillant, il serait soumis à la directive 2004/17/CE. L'activité de gestionnaire de réseau électrique est en effet une activité visée par la directive 2004/17/CE (à savoir la « mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité » (article 3, paragraphe 3, a) de la directive 2004/17/CE). D'autre part, les gestionnaires de réseaux de transport sont en principe des entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17/CE, car, même dans l'hypothèse où ils ne relèvent ni d'un Etat membre, ni ne constituent une collectivité territoriale ou un organisme de droit public, ils disposent en principe de « droits spéciaux ou exclusifs » au sens de cette directive²⁶²⁶. D'où il résulte que si la procédure est menée par l'autorité de régulation au nom et pour compte du gestionnaire de réseau défaillant, elle sera soumise aux dispositions de la directive 2004/17/CE.

C. La directive ne permet pas à un Etat membre de réaliser lui-même les travaux de développement de réseau en souffrance plutôt que de laisser procéder l'autorité nationale de régulation à une procédure d'appels d'offres

651.- La directive 2009/72/CE énumère de manière limitative les moyens d'action de l'autorité nationale de régulation lorsqu'un gestionnaire de réseau de transport ne réalise pas les investissements

²⁶²² Pour déterminer à quel régime un marché est soumis, il est important de savoir pour qui et en quel nom le marché est conclu (cf. l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann, C-44/96, point 44).

²⁶²³ Cf. au sujet de cette notion ci-dessus, nos 204 et s. Voir au sujet des autorités administratives indépendantes, J.-D. DREYFUS, « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique » in *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 9 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 610 et s. ; L. BOY, « Réflexions sur le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 3031 et s.

²⁶²⁴ Si l'appel d'offres ne portait que sur le financement des travaux, c'est-à-dire d'une levée de fonds en vue de la réalisation des travaux, les directives « marchés publics » ne s'appliqueraient pas (cf. l'exclusion spécifique prévue par l'article 16, d) de la directive 2004/18/CE et l'exclusion correspondante de la directive 2004/17/CE).

²⁶²⁵ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 50, 51 et 93.

²⁶²⁶ Les « droits spéciaux ou exclusifs » au sens de la directive 2004/17/CE sont des « droits accordés par l'autorité compétente d'un Etat membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité » (article 2, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE). Voir à ce sujet, également, nos 80 et 658.

qu'il aurait dû réaliser²⁶²⁷. L'un de ces moyens consiste à désigner à la suite d'« une procédure d'appel d'offres » un tiers pour réaliser les travaux de construction en souffrance à la place du gestionnaire de réseau de transport défaillant²⁶²⁸.

En revanche, ni l'Etat, ni l'autorité nationale de régulation, ne sont autorisés à les réaliser les travaux par leurs propres moyens. De même, les conditions que la directive fixe pour une procédure d'appel d'offres excluent un financement public. D'après la directive, le gestionnaire défaillant doit ou bien assumer lui-même le financement des travaux confiés à un tiers suivant la « procédure d'appel d'offres », ou bien, le financement doit faire partie de la procédure d'appel d'offres.

Ceci déroge à la règle générale suivant laquelle les pouvoirs publics ne sont pas obligés de faire appel au marché²⁶²⁹. Il n'est pas évident que ces restrictions soient conformes à l'article 345 TFUE²⁶³⁰.

§ 4.- Procédure d'autorisation pour nouvelles capacités

652.- Vu les risques liés aux centrales de production d'électricité et le nombre limité de sites disponibles, la construction de nouvelles centrales est soumise à des contraintes de divers ordres. L'article 7, paragraphe 2, de la directive indique les objectifs et les préoccupations dont les Etats doivent tenir compte lorsqu'ils déterminent les critères pour l'octroi des autorisations pour la construction de centrales électriques (notamment la sécurité des réseaux électriques, la protection de la santé et de la sécurité publique et la protection de l'environnement).

La directive indique que la procédure d'autorisation doit répondre à des critères objectifs, transparents et non discriminatoires²⁶³¹. Les procédures et les critères d'autorisation doivent être rendus publics²⁶³². Les critères de sélection doivent tenir compte des objectifs et des préoccupations figurant au paragraphe 2 de l'article 7 de la directive²⁶³³.

Ce qui précède implique une mise en concurrence, si plusieurs entreprises souhaitent créer de nouvelles centrales, mais qu'une ou plusieurs de ces objectifs ou préoccupations s'y opposent. Implicitement, l'obligation de mise en concurrence résulte des prescriptions de la directive. Elle résulte également du principe d'égalité de traitement qui s'applique lorsque les Etats membres mettent en œuvre le droit de l'Union²⁶³⁴. D'autre part, la création d'une centrale électrique implique

²⁶²⁷ Cf. l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/72/CE.

²⁶²⁸ Article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/72/CE. L'autorité nationale de régulation peut également, dans ce cas « exiger du gestionnaire de réseau de transport qu'il réalise l'investissement en question » (article 22, paragraphe 7, a)) ou « imposer au gestionnaire de réseau de transport d'accepter une augmentation de capital destinée à financer les investissements nécessaires et d'autoriser des investisseurs indépendants à participer au capital » (article 22, paragraphe 7, c)). Ces solutions risquent de se révéler particulièrement inefficaces si le propriétaire du réseau de transport souffre de difficultés financières. A noter d'ailleurs que la directive ne pose aucune exigence de solvabilité ou de capacité à réaliser des investissements à l'égard de l'acquéreur d'un réseau.

²⁶²⁹ Cf. à ce sujet le no 218 ci-dessus.

²⁶³⁰ Article 345 TFUE : « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ». Voir à cet égard l'examen de la compatibilité du découplage (« unbundling ») de la propriété de réseaux et de la production d'électricité avec l'article 345 TFUE par J.-C. PIELON, G. BRUNEKREEFI et E. EHLERS, « Legal and economic aspects of ownership unbundling in the EU », *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, vol. 2, pp. 96 et s., pp. 105 et s.

²⁶³¹ Article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

²⁶³² Article 7, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE.

²⁶³³ Voir l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE.

²⁶³⁴ Tel n'a pas été la démarche suivie par la Cour en rapport avec les marchés publics qui sont seulement partiellement soumis à la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE. L'article 2 de la directive « marchés publics » classique 2004/18/CE prévoit d'une façon générale que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ». La conséquence en serait normalement que tous les marchés dépassant les seuils d'application de la directive, même les marchés de services portant sur des services non prioritaires, seulement partiellement soumis à la directive, doivent faire l'objet d'une mise en concurrence, même s'ils ne revêtent pas d'intérêt transfrontalier. Or, jusqu'ici la Cour n'a pas considéré les choses de cette façon. D'après la Cour, ces

nécessairement un établissement au sens de l'article 49 TFUE. Si le projet présente un intérêt transfrontalier, le principe de la liberté d'établissement conduit également à une obligation de mise en concurrence²⁶³⁵. En revanche, la création de centrales de production d'électricité n'est pas visée par l'article 12 de la directive 2006/123/CE²⁶³⁶. Cette disposition prévoit une mise en concurrence lors de l'attribution de certaines autorisations limitées en nombre en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables. Elle ne vise cependant que la prestation de services et non la production de marchandises. Or, l'électricité est considérée comme une marchandise et non comme un service²⁶³⁷.

Les capacités de production pourraient être réparties entre les candidats intéressés, si leurs propositions étaient sensiblement égales. Ainsi, chacun d'eux pourrait obtenir le droit de réaliser une partie d'un parc éolien. Dans certains cas, comme celui d'une centrale nucléaire ou d'une centrale hydroélectrique fluviale, un morcellement paraît exclu.

La directive oblige les Etats membres de veiller « à ce que des procédures d'autorisation spécifiques existent pour les petits producteurs décentralisés et/ou la production distribuée, qui tiennent compte de leur taille et de leur impact potentiel limités »²⁶³⁸. Dans ces cas, la procédure pourrait être dépourvue d'intérêt transfrontalier. En l'absence de directive, les principes du droit primaire ne s'appliqueraient pas.

La directive permet de ne pas appliquer un certain nombre de ses dispositions, dont l'article 7, « si leur application risque d'entraver l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général²⁶³⁹ et pour autant que le développement des échanges n'en soit pas affecté dans une mesure qui serait contraire aux intérêts de la Communauté »²⁶⁴⁰. La directive précise que « les intérêts de la Communauté comprennent, entre autres, la concurrence en ce qui concerne les clients éligibles²⁶⁴¹ conformément à la présente directive et à l'article 86 du traité [article 106 TFUE] »²⁶⁴².

Il convient de rapprocher ces dispositions de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. Sous certaines conditions, cet article permet de déroger aux traités et au droit dérivé. C'est à des conditions similaires que la directive permet de déroger à certaines de ses dispositions. Les conditions de la directive sont cependant plus larges. L'article 106, alinéa 2, TFUE ne se satisfait en effet pas d'un simple risque que les obligations imposées à une entreprise dans l'intérêt économique général soient entravées.

En indiquant que les procédures d'autorisation doivent répondre « à des critères objectifs, transparents et non discriminatoires », l'article 7 de la directive ne fait qu'exprimer des exigences qui résultent déjà du droit primaire. La directive 2009/72/CE ne peut donc permettre d'y déroger plus largement que l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

marchés ne doivent faire l'objet d'une mise en concurrence préalable que s'ils revêtent un intérêt transfrontalier (cf. ci-dessus, nos 342 et s.).

²⁶³⁵ Voir, ci-dessus, les nos 474 et s.

²⁶³⁶ Voir à ce sujet les nos 595 et s.

²⁶³⁷ Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Almelo*, C-393/92, point 28 ; Arrêt de la Cour du 23 octobre 1997, *Commission/Italie*, C-158/94, point 17.

²⁶³⁸ Article 7, paragraphe 3, 2^e alinéa, de la directive 2009/72/CE.

²⁶³⁹ A noter que « relève d'une mission d'intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2 [actuel article 106, paragraphe 2, TFUE], la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients » (arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Almelo/Energiebedrijf Ijsselmij*, C-393/92, point 48 ; arrêt de la Cour du 23 octobre 1997, *Commission/Royaume des Pays-Bas*, C-157/94, point 41).

²⁶⁴⁰ Article 3, paragraphe 14, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁴¹ Depuis le 1^{er} juillet 2007, tous les clients sont considérés comme des clients éligibles, c'est-à-dire qu'ils sont libres d'acheter l'électricité au fournisseur de leur choix.

²⁶⁴² Article 3, paragraphe 14, de la directive. L'article 106, alinéa 2, TFUE s'applique également aux entreprises privées, pourvu qu'elles soient chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (cf. l'arrêt de la Cour du 27 mars 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73, points 19 à 22).

Section 2.- La gestion des réseaux de transport

§ 1.- Situation du propriétaire de réseau de transport ne se trouvant dans aucune des situations de conflit envisagées par la directive et devant exploiter son réseau lui-même

A. Obligations auxquelles est soumis un propriétaire de réseau de transport ne se trouvant dans aucune situation de conflit

653.- A moins de se trouver dans l'une des situations de conflit d'intérêt qu'indique la directive, les propriétaires de réseaux de transport d'électricité sont tenus d'en effectuer la gestion²⁶⁴³. Ainsi, en principe, c'est la propriété du réseau qui désigne le gestionnaire du réseau.

Il incombe non seulement aux gestionnaires de réseaux de transport de les exploiter, mais également de les entretenir et de les développer dans toute la zone qui leur est impartie²⁶⁴⁴. Chaque année, ils doivent soumettre à l'autorité de régulation nationale un plan de développement décennal. L'autorité de régulation peut exiger que des modifications y soient apportées²⁶⁴⁵. L'exploitation, l'entretien et le développement des réseaux de distribution et de transport doivent être réalisés « dans des conditions économiquement acceptables »²⁶⁴⁶. D'autre part, les tarifs doivent permettre « de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux »²⁶⁴⁷.

Les gestionnaires de réseau de transport ne peuvent exiger des tarifs autres que ceux que l'autorité nationale de régulation a fixés ou approuvés²⁶⁴⁸ ou refuser des « demandes raisonnables » de transport d'énergie²⁶⁴⁹. L'autorité nationale de régulation « fixe » ou « approuve » les tarifs et doit prévoir à cette occasion des « mesures incitatives appropriées »²⁶⁵⁰.

L'usage des réseaux est donc très réglementé et se trouve grevé de servitudes.

B. Situation comparable à celle d'un concessionnaire de services ou de travaux publics

654.- Le régime sous lequel les propriétaires de réseaux de transport se trouvent placés en vertu de

²⁶⁴³ Article 9, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁴⁴ Tant les gestionnaires de réseau de transport que les gestionnaires de réseau de distribution sont désignés pour certaines zones (voir l'article 2, 4. et 6., ainsi que l'articles 15, paragraphe 1^{er}, et l'article 25, paragraphe 1^{er}). L'article 26 de la loi luxembourgeoise du 1^{er} août 2007 apporte quelques précisions : « Les concessions visées aux points 1 et 2 du paragraphe (3) de l'article 24 sont limitées sur une zone définie du territoire national et comportent la déclaration d'utilité publique des ouvrages électriques nécessaires à l'établissement et à l'exploitation des réseaux en cause. Ces zones, pour chaque niveau de tension, doivent couvrir dans leur ensemble la totalité du territoire national et ne peuvent se chevaucher, sauf pour des cas particuliers à mentionner dans les concessions respectives ».

La loi luxembourgeoise du 1^{er} août 2007 (Mémorial A, no 152 du 21 août 2007) relative à l'organisation du marché de l'électricité accorde des droits étendus aux gestionnaires de réseaux qu'elle appelle concessionnaires : « Tout concessionnaire de transport ou de distribution peut, à ses frais, faire exproprier pour le compte du propriétaire du réseau dont il assure la gestion une propriété privée, y compris communale, selon la procédure d'expropriation prévue pour les particuliers, conformément à la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique » (article 43). Ou encore, à l'article 40, (1) de la même loi : « Les concessionnaires ont le droit de faire gratuitement usage des domaines public et privé de l'Etat et des communes pour établir des ouvrages électriques et l'exécution de tous les travaux y afférents ».

²⁶⁴⁵ Article 22 de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁴⁶ Article 12, a) et 25, paragraphe 1^{er} de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁴⁷ Article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE.

Quant aux tarifs de transport, en particulier ceux perçus par un gestionnaire de réseau indépendant, la directive prévoit qu'ils doivent inclure « une rémunération du ou des propriétaires de réseau, qui rétribue de manière appropriée l'utilisation des actifs du réseau et les éventuels nouveaux investissements effectués dans celui-ci, pour autant qu'ils soient engagés d'une manière économiquement rationnelle » (article 37, paragraphe 3, d) de la directive 2009/72/CE).

²⁶⁴⁸ Article 37, paragraphe 6, a), de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁴⁹ Cf. l'article 12, a), de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁵⁰ Article 37, paragraphe 1^{er}, a), de la directive 2009/72/CE.

la directive 2009/72/CE comporte des devoirs et des prérogatives très différents de ceux normalement attachés au droit de propriété. Même s'ils appartiennent à des personnes de droit privé, les réseaux de distribution et de transport d'électricité sont affectés à un service public. D'après les critères proposés par certains auteurs, les réseaux feraient partie du domaine public²⁶⁵¹.

De fait, la directive 2009/72/CE place le gestionnaire d'un réseau, qu'il en soit propriétaire ou non, dans un rapport fort semblable - bien qu'il ne soit pas nécessairement contractuel - à celui d'une concessionnaire de services ou de travaux au sens des directives « marchés publics » 2004/17/CE et 2004/18/CE. Sous le régime de la directive 2009/72/CE, le droit de propriété des réseaux subit des restrictions telles (contrôles, obligations de service public, investissements à réaliser, décisions contraignantes pouvant être prises à son égard par l'autorité de régulation, tarification, ...) qu'il n'en reste plus que le nom²⁶⁵². Plutôt que d'agir comme des entreprises indépendantes exploitant leur réseau, les gestionnaires agissent comme des prestataires de services agissant selon les directives et les instructions de l'autorité de régulation nationale dont ils relèvent. Sous le régime de la directive 2009/72/CE, le propriétaire ne peut arrêter l'exploitation de son réseau ou, le cas échéant, refuser de le mettre à disposition d'un gestionnaire indépendant (« independent system operator » (ISO)) ou « dissocié » (« independent transmission operator » (ITO)), s'abstenir de procéder à des investissements ou exiger une rémunération excédant ce qui a été fixé ou approuvé par l'autorité nationale de régulation. C'est la propriété du réseau qui engendre ces contraintes.

Dans les cas où il n'est pas tenu d'exercer lui-même la fonction de gestionnaire, le propriétaire de réseau conserve le droit de proposer un gestionnaire de réseau indépendant (« independent system operator » (ISO))²⁶⁵³ ou d'exercer une certaine surveillance, cependant assez réduite²⁶⁵⁴, sur un

²⁶⁵¹ Ainsi H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e édition, Bruxelles-Bruylant, t.V, nos 776 et s., en particulier les numéros 780, 781 et 785 ; voir également R. ERGEC, *Droit public de l'économie en ce compris le patrimoine public*, Luxembourg, 2011, nos 239 et s.

L'article 14 de la loi luxembourgeoise du 1^{er} août 2007 (Mémorial A, no 152 du 21 août 2007) relative à l'organisation du marché de l'électricité attribue expressément un caractère d'utilité publique aux réseaux de transport et de distribution :

« (1) Afin de garantir la pérennité ou la sécurité de l'approvisionnement, les ouvrages électriques constituant les réseaux de transport et de distribution sont d'utilité publique.

(2) L'Etat peut procéder à l'expropriation de tout ouvrage ou réseau électrique en procédant selon la législation en vigueur sur l'expropriation pour l'utilité publique ».

²⁶⁵² Le droit de propriété est protégé par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'après lequel « l'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ». Déjà avant l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour considérait le droit de propriété comme un droit fondamental, faisant comme tel partie intégrante des principes généraux du droit de l'Union (cf. notamment l'arrêt de la Cour du 10 juillet 2003, Booker Aquaculture Ltd, C-64/00, nos 65 et s.). D'après la directive 2009/72/CE, les redevances versées aux propriétaires de réseaux faisant partie d'un groupe verticalement intégré doivent tenir compte des capitaux investis (cf. par exemple l'article 37, paragraphe 3, d)). Est-ce suffisant pour considérer que l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux se trouve respecté ? Cela nous paraît douteux (voir en ce sens également, J.-C. PIELON, G. BRUNEKREEFI et E. EHLERS, « Legal and economic aspects of ownership unbundling in the EU », *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, vol. 2, no 2, pp. 96 et s., pp. 111 et 112). De même, il n'est pas évident que la directive 2009/72/CE soit conforme à l'article 345 TFUE (ancien article 295 CE) selon lequel « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ». La portée de cet article reste controversée (sur les différentes opinions cf. T. KINGREEN dans Calliess/Ruffert, *EUV/EGV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, München, C.H. Beck, 2007, article 295, pp. 2384 et 2385, nos 9 et s. T. Kingreen propose une solution intermédiaire d'après laquelle l'Union n'aurait aucune compétence pour imposer un régime de propriété privée ou publique (*op.cit.*, *eodem loco*). Certes, la directive 2009/72/CE préjuge du régime de la propriété dans les Etats membres en imposant la séparation des réseaux par rapport aux activités de production et de fournitures, mais, par-là, elle ne préjuge pas de la propriété privée ou publique des réseaux. Elle admet en principe l'une comme l'autre, avec d'ailleurs une obligation de « découplage » moins stricte à l'endroit des organismes publics. C'est, nous semble-t-il, dans la mesure cependant où elle exclut l'extension de réseaux de transports par les pouvoirs publics en lieu et place du secteur privé défaillant du gestionnaire privé que la directive 2009/72/CE contrevient à l'article 345 TFUE.

²⁶⁵³ Article 13, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

gestionnaire de réseau « dissocié » (« independent transmission operator » (ITO)) faisant partie de l'entreprise verticalement intégrée à laquelle appartient le réseau, celui de percevoir une rémunération pour les capitaux qu'il a investis²⁶⁵⁵, ainsi que le droit d'aliéner son réseau, le prix de vente dépendant des revenus futurs que l'acquéreur pense pouvoir tirer de l'exploitation du réseau. Ces revenus dépendent des tarifs, susceptibles de varier, fixés ou approuvés par l'autorité nationale de régulation²⁶⁵⁶.

Dans ces circonstances, le droit de propriété qui subsiste au profit du propriétaire d'un réseau de transport, dépouillé de la plupart de ses prérogatives, ne semble plus être qu'une fiction²⁶⁵⁷.

De fait, la situation du propriétaire-gestionnaire d'un réseau de transport est très similaire à celle d'un concessionnaire. Les principes du droit primaire de la mise en concurrence requerraient donc des mises en concurrence à des intervalles réguliers. Tel n'est cependant pas le système de la directive.

C. Les réseaux sont en principe librement cessibles

655.- Imposant le principe d'une dissociation de la propriété des réseaux de transport des activités de production et de vente d'électricité, la directive 2009/72/CE ne s'oppose pas à la cession de réseaux de transport. Ce n'est que lorsque le réseau de transport appartenait déjà au 3 septembre 2009 à une entreprise verticalement intégrée que la directive accorde aux Etats membres la faculté de prévoir trois autres solutions à côté de la dissociation pure et simple d'un réseau de transport. En l'absence d'incompatibilité²⁶⁵⁸ dans la personne de l'acquéreur, les réseaux de transport sont librement cessibles, sauf le cas où des ressortissants d'un Etat tiers acquerraient un contrôle sur le propriétaire d'un réseau de transport²⁶⁵⁹.

Mis à part ce dernier cas, la directive n'autorise pas l'autorité nationale de régulation d'influer sur le choix du cessionnaire²⁶⁶⁰. Ce n'est que si un gestionnaire de réseau de transport manquait de manière persistante à ses obligations, que autorités nationales de régulation pourraient le remplacer par un gestionnaire de réseau indépendant²⁶⁶¹.

D. La libre cessibilité des droits et obligations rattachées à la propriété du réseau est-elle compatible avec l'obligation de mise en concurrence que la Cour a dégagée du droit primaire ?

656.- Vu la cessibilité des réseaux de transport, les droits et obligations rattachés à la propriété de ceux-ci, semblables à ceux d'un concessionnaire, peuvent être cédés à des tiers. La directive ne s'oppose pas à un tel transfert. Il y a lieu de penser qu'une loi nationale qui mettrait des entraves à la

²⁶⁵⁴ Article 20 de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁵⁵ Cf. en ce sens l'article 37, paragraphe 3, d), de la directive.

²⁶⁵⁶ Article 37, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁵⁷ Voir, dans le même sens, J.-C. PIELON, G. BRUNEKREEFI et E. EHLERS, « Legal and economic aspects of ownership unbundling in the EU », *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, vol. 2, no 2, pp. 96 et s., pp. 111 et 112. La restriction du droit de propriété est la plus forte lorsque le réseau appartient à une entreprise verticalement intégrée. Suivant la solution retenue par le législateur national - sur ce point, nous l'avons vu, le législateur européen laisse une latitude aux Etats membres (cf. l'article 9, paragraphes 8 et 9, de la directive 2009/72/CE) -, l'entreprise verticalement intégrée est obligée de céder son réseau. La directive accepte cependant que les entreprises verticalement intégrées fassent désigner un gestionnaire de réseau indépendant, en dehors de leur groupe (solution « ISO »), ou alors qu'elles adoptent certaines mesures de cloisonnement strictes à l'intérieur de leur groupe (mesures désignées parfois comme « *séparation fonctionnelle* ») (solution « ITO »). Dans ces cas, l'entreprise verticalement intégrée peut rester propriétaire du réseau de transport.

²⁶⁵⁸ Cf. l'article 9, paragraphe 1^{er}, b), c) et d), de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁵⁹ Dans ce cas, l'article 13 de la directive 2009/72/CE prévoit une procédure qui laisse à l'Etat membre concerné un pouvoir d'appréciation quant à une mise en péril de la sécurité de son approvisionnement énergétique ou la sécurité de l'approvisionnement énergétique d'un autre Etat membre.

²⁶⁶⁰ Article 11 de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁶¹ Article 37, paragraphe 5, h), de la directive 2009/72/CE.

cessibilité des réseaux de transport serait incompatible avec la directive²⁶⁶². Au lieu d'une mise en concurrence organisée par l'autorité nationale de régulation ou l'Etat membre concernés, la directive admet que le nouveau propriétaire du réseau soit librement déterminé par le propriétaire actuel du réseau.

Ici, la « concession » - nous venons de signaler l'analogie entre le propriétaire-gestionnaire d'un réseau de transport et un concessionnaire - est cessible et le mécanisme de sélection sera en pratique le meilleur prix offert au propriétaire actuel du réseau²⁶⁶³. Ce critère est sans lien avec l'objet de la « concession » qui consiste à assurer le transport d'électricité dans les meilleures conditions²⁶⁶⁴. Ajoutons, bien que cela soit secondaire dès lors que le critère de sélection est inadéquat, que la directive ne prévoit pas de publicité obligatoire en cas de cession d'un réseau de transport afin de permettre aux éventuels intéressés de se manifester²⁶⁶⁵.

Le système de la directive heurte donc doublement les principes de mise en concurrence que la Cour a dégagés du droit primaire.

L'argument que le choix du concessionnaire devra naturellement suivre la propriété du réseau, celle-ci donnant lieu à un droit exclusif, ne saurait valoir ici. Ainsi que nous l'avons montré, les droits et obligations que la directive rattache à la « propriété » sont plutôt ceux d'un concessionnaire. Au-delà de ces droits, le propriétaire ne garde de la propriété au sens du droit civil que la faculté d'aliéner son droit, autrement dit de céder la concession à un tiers de son choix. C'est justement ce qu'interdit la jurisprudence de la Cour en matière de concessions²⁶⁶⁶.

§ 2.- L'absence de mise en concurrence conforme au droit primaire ou aux directives « marchés publics » pour les travaux d'extension des réseaux de transport

657.- Le gestionnaire d'un réseau, qu'il en soit ou non propriétaire, a également pour charge de développer le réseau dans la zone qui lui a été assignée²⁶⁶⁷.

²⁶⁶² En effet, ce n'est que si une ou plusieurs personnes d'un pays tiers acquéraient le contrôle d'un réseau de transport d'électricité que la directive prévoit un contrôle. Dans ce cas, l'Etat membre concerné peut refuser la certification prévue par l'article 11 « si cela met en péril la sécurité de son approvisionnement énergétique ou la sécurité de l'approvisionnement énergétique d'un autre Etat membre » et, par-là même, s'opposer à une cession d'un réseau de transport (article 11, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE, ainsi que le paragraphe 3, b) du même article). Voir en ce sens, par analogie, également l'arrêt de la Cour du 22 octobre 2013, Essent, C-105/12 à C-107/12, qui n'admet des restrictions purement nationales à la cessibilité ou à la faculté de détenir des parts de gestionnaire de réseau de distribution que pour des motifs impérieux d'intérêt général (points 52 et 68).

²⁶⁶³ L'article 24, (6) de la loi luxembourgeoise du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (Mémorial A, no 152 du 21 août 2007), modifié par une loi du 7 août 2012 (Mémorial A du 22 août 2012), prévoit que les concessions ne sont pas cessibles. Certes, en tant que telles, ces concessions sont incessibles. En revanche, si un réseau de transport d'électricité est vendu, le ministre de l'économie contreviendrait aux dispositions de la directive, s'il refusait d'accorder une concession au nouveau propriétaire.

²⁶⁶⁴ Au livre V, chapitre XIX de la première partie de *L'Esprit des lois*, Montesquieu cite Platon, parlant d'une république fondée sur la vertu : « Platon ne peut souffrir cette vénalité [la vénalité des charges]. « C'est, dit-il, comme si, dans un navire, on faisait quelqu'un pilote ou matelot pour son argent. Serait-il possible que la règle fût mauvaise dans quelque autre emploi que ce fût de la vie, et bonne seulement pour conduire une république ? » ». Voir par ailleurs dans le sens que nous indiquons, S. SUPIOT, « The public-private relation in the context of today's refeudalization », *International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 129 et s., p. 145.

²⁶⁶⁵ Ceci n'est pas conforme au droit primaire de la mise en concurrence d'après lequel la substitution d'un nouveau contractant à celui initialement désigné constitue une modification substantielle rendant nécessaire une nouvelle mise en concurrence (arrêt de la Cour du 19 juin 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, point 95).

²⁶⁶⁶ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 19 juin 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, point 40. Voir également l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/81, point 37, et l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, point 53. Cf. de même à ce sujet, ci-dessus, no 406.

²⁶⁶⁷ Cf. notamment les articles 12, 23, 22, 25 de la directive 2009/72/CE. L'article 24, (2) de la loi luxembourgeoise du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (Mémorial A, no 152 du 21 août 2007) prévoit que les « concessions » accordées comportent « le droit exclusif d'établir de nouveaux

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, tout gestionnaire de réseau est en charge d'une « zone donnée » (article 2, 4., de la directive 2009/72/CE). La directive ne contient pas d'indications quant à la délimitation des zones.

Les gestionnaires de réseau de transport ont pour obligation d'établir et de mettre à jour un plan décennal de développement du réseau et de le mettre en œuvre²⁶⁶⁸.

De fait, la gestion d'un réseau par un opérateur donné ne s'opposerait pas à ce qu'un tiers soit chargé, après mise en concurrence, de travaux de développement du réseau. Cette façon de procéder serait conforme aux principes du droit primaire. La construction de nouvelles lignes nécessitant des investissements très considérables de tels travaux revêtent régulièrement un intérêt transfrontalier.

S'il y avait un « contrat à titre onéreux » - chose que la directive ne prévoit pas - entre l'Etat membre concerné et le gestionnaire qu'il désigne, la mise en concurrence serait également requise en vertu de la directive « marchés publics » classique 2004/18/CE²⁶⁶⁹ qui s'applique aux concessions de travaux publics. Même l'argument que le propriétaire d'un réseau de transport a le droit d'exploiter son propre réseau sans mise en concurrence - à le supposer valable²⁶⁷⁰ - ne permettrait pas de justifier que des travaux d'extension d'un réseau lui soient confiés sans mise en concurrence. En effet, le droit primaire ne permet en principe pas d'étendre l'objet d'une concession à des ouvrages indéfinis à construire à l'avenir, sans procéder à une nouvelle mise en concurrence, du moins si les ouvrages en question sont d'une certaine envergure²⁶⁷¹. Même s'il y avait une mise en concurrence pour la désignation des gestionnaires de réseau, des travaux d'extension de réseau n'ayant pas fait l'objet d'une mise en concurrence, ne pourraient être confiés au même gestionnaire sans nouvelle mise en concurrence²⁶⁷². A cela s'ajoute qu'ici, même au départ, la directive ne prévoit pas de mise en concurrence, puisqu'elle prévoit que le propriétaire doit en principe effectuer la gestion du réseau.

Ce qui précède ne vaut en revanche pas pour des pouvoirs publics agissant dans le cadre de leurs attributions légales ou réglementaires. Il en est ainsi, par exemple, pour des collectivités locales exploitant sur leur territoire un réseau de distribution d'électricité. Ce type d'activité faisant en général partie de leurs missions d'intérêt public, elles peuvent développer leur réseau par leurs propres moyens sans devoir procéder à des mises en concurrence²⁶⁷³. Si elles recourent pour l'exécution des travaux à des tiers, elles doivent procéder à une mise en concurrence conformément à la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17CE²⁶⁷⁴.

La présence d'un réseau électrique bien développé est d'une importance capitale pour les centrales électriques. Elle l'est de même pour l'industrie en général. Les décisions prises à cet égard peuvent avoir des conséquences importantes pour le développement de certaines régions. Ainsi, la mission d'établir les plans de développement des réseaux de transport comporte en définitive des pouvoirs considérables, excédant de très loin la simple gestion d'un réseau existant²⁶⁷⁵. A ce titre, l'absence de liens avec des activités de production ou de vente d'électricité, ne suffit pas à placer les gestionnaires de réseaux de transport à l'abri de conflits d'intérêt.

§ 3.- Marchés passés par les gestionnaires de réseaux de transport

658.- Tout gestionnaire de réseau de transport - même s'il s'agit du propriétaire du réseau - doit être

ouvrages électriques et d'exploiter ceux existants et futurs destinés au transport ou à la distribution de l'énergie électrique ».

²⁶⁶⁸ Article 22 de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁶⁹ Sur l'application de la directive « marchés publics » classique 2004/18/CE à des concessions de travaux pour une activité sectorielle, voir ci-dessus no 648.

²⁶⁷⁰ Cf. déjà ci-dessus, nos 654.

²⁶⁷¹ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall, C-91/81, point 37 ; voir également l'arrêt de la Cour du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, point 34 ; l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, point 53.

²⁶⁷² A condition bien entendu que ces travaux présentent un intérêt transfrontalier.

²⁶⁷³ Cf. ci-dessus, no 218.

²⁶⁷⁴ Cf. également ci-dessous, nos 50, 51 et 93.

²⁶⁷⁵ Certes, l'autorité nationale de régulation examine le plan, consulte les utilisateurs « effectifs ou potentiels » et peut exiger des modifications du plan (article 22 de la directive 2009/72/CE).

« approuvé et désigné » par l'Etat membre concerné²⁶⁷⁶. De ce fait, le gestionnaire d'un réseau de transport devient une entité adjudicatrice au sens de la directive « marchés publics sectorielle » 2004/17/CE, du moins s'il a été désigné sans mise en concurrence²⁶⁷⁷. En effet, cette « approbation » ou cette « désignation » lui confèrent des « droits spéciaux ou exclusifs » au sens de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE. A cet égard, le caractère public ou privé du propriétaire du réseau ou de son gérant n'importe pas.

La conséquence en est que le gestionnaire de réseau indépendant devra respecter les procédures prévues par la directive 2004/17/CE pour les marchés qu'il passe pour son activité de gestionnaire de réseaux de transports d'électricité et atteignant le seuil fixé par la directive 2004/17/CE.

§ 4.- Proposition par le propriétaire d'un réseau de transport d'un gestionnaire de réseau indépendant au sens de l'article 13 de la directive 2009/72/CE

A. Nature du marché entre le propriétaire d'un réseau de transport faisant partie d'une entreprise verticalement intégrée et d'un gestionnaire de réseau indépendant (« independant system operator » (ISO))

659.- Au lieu d'une dissociation stricte entre la propriété d'un réseau de transport d'électricité et les activités de production ou de vente d'électricité, la directive accorde aux Etats membres plusieurs options²⁶⁷⁸ dont celle d'admettre la gestion du réseau de transport par un gestionnaire de réseau indépendant (« independant system operator » (ISO)). Ce dernier ne devient pas propriétaire du réseau. Cette option n'est donnée que si déjà le 3 septembre 2009, le propriétaire du réseau de transport se trouvait dans l'un des cas d'incompatibilité envisagés par la directive.

Les gestionnaires de réseau indépendants sont désignés par les Etats membres sur proposition des propriétaires de réseau de transport. Cette désignation doit être approuvée par la Commission²⁶⁷⁹.

La directive 2009/72/CE ne prévoit pas de contrat entre l'Etat et le gestionnaire de réseau. Dans le système de la directive, le rôle de l'Etat se limite à « approuver » et à « désigner » le gestionnaire de réseau²⁶⁸⁰. L'absence de contrat à ce niveau exclut l'existence d'un marché public ou d'une concession au sens des directives « marchés publics » entre l'Etat concerné et le gestionnaire de réseau indépendant²⁶⁸¹.

Les conventions entre le gestionnaire de réseau indépendant et le propriétaire du réseau sont soumises à l'approbation de l'autorité de régulation nationale (article 37, paragraphe 3, b)).

Si le propriétaire du réseau est un pouvoir adjudicateur au sens des directives « marchés publics », ces arrangements donnent lieu à une concession et non à un marché public, vu que le risque d'exploitation se trouve à charge du gestionnaire et le fait que ce dernier soit rémunéré par les fournisseurs d'électricité²⁶⁸². Il s'agit d'une concession de services ou d'une concession de travaux au sens des directives « marchés publics » suivant que l'objet principal du contrat est l'exécution de travaux ou la prestation de services²⁶⁸³. Selon l'importance des travaux de développement ou de maintenance requis, la qualification peut varier d'un réseau à un autre.

S'il s'agit d'une concession de travaux publics, la conclusion de l'opération devra suivre les règles de la directive 2004/18/CE concernant les concessions de travaux publics en dépit du fait que la mise à disposition de réseaux d'électricité est une activité sectorielle visée par la directive 2004/17/CE. Cela peut paraître étrange. A première vue, il semble que ce soit plutôt la directive 2004/17/CE qui s'applique. Il n'en est cependant pas ainsi pour deux raisons.

²⁶⁷⁶ Articles 10, paragraphe 2, et 13, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁷⁷ Voir sur cette distinction ci-dessus, no 80.

²⁶⁷⁸ Cf. ci-dessus le no 639.

²⁶⁷⁹ Article 13, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁸⁰ Voir l'article 13, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁸¹ Cf. quant à la condition d'un contrat écrit à titre onéreux, ci-dessus nos 240 et s.

²⁶⁸² Voir l'article 37, paragraphe 3, d), de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁸³ Voir l'arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, point 45, rendu à propos d'un service de gestion d'eau comportant également des travaux à réaliser.

D'abord, la directive 2004/17/CE exclut de son champ d'application tant les concessions de travaux que les concessions de services²⁶⁸⁴. Ces dernières se retrouvent ainsi sous le régime de la directive 2004/18/CE, même si elles sont passées dans l'intérêt d'une activité sectorielle²⁶⁸⁵. D'autre part, le contrat par lequel un pouvoir adjudicateur confie l'exploitation d'un réseau à un tiers n'est pas conclu *en vue d'une activité sectorielle du pouvoir adjudicateur*. Ainsi, les conditions d'application de la directive 2004/17/CE ne seraient pas remplies, même s'il ne s'agissait ni d'une concession de services, ni d'une concession de travaux, mais d'un marché public de services²⁶⁸⁶.

Si l'objet principal de la convention est la prestation de services de transport ou de distribution d'électricité, il s'agit d'une concession de services. Dans ce cas, elle échappe à l'application tant de la directive 2004/18/CE que de la directive 2004/17/CE²⁶⁸⁷, mais non à l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire. En dehors du régime des directives « marchés publics », le droit primaire impose une mise en concurrence à chaque fois qu'une entité adjudicatrice au sens de la directive 2004/17/CE choisit un gestionnaire de réseau et conclut une convention avec ce dernier en vue de la gestion d'un réseau de transport²⁶⁸⁸.

660.- Ainsi que nous l'avons vu plus haut, dans certains domaines, l'article 12 de la directive 2006/123/CE impose des mises en concurrence lorsque, en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques disponibles, le nombre d'autorisations pour une activité relevant de la liberté d'établissement est limité²⁶⁸⁹. Comme il n'existe d'ordinaire par zone qu'un seul réseau, on peut considérer que les capacités techniques disponibles pour le transport et la distribution d'électricité sont limitées. Un réseau électrique constituant un établissement au sens de l'article 49 TFUE, la gestion du réseau relèverait de la liberté d'établissement. *A priori*, l'article 12 de la directive 2006/123/CE aurait donc vocation à s'appliquer à la désignation des gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution d'électricité.

²⁶⁸⁴ Article 18 de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE.

²⁶⁸⁵ Voir l'article 12 de la directive 2004/18/CE qui n'en exclut pas du champ d'application de cette dernière les concessions de travaux non soumises au régime de la directive 2004/17/CE. Voir en ce sens également les conclusions de l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 2 juin 2009 dans l'affaire C-196/08 (Acoset), point 79.

²⁶⁸⁶ Cf. cependant en sens contraire, l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha-Eurawasser, C-206/08, point 44. Dans cette affaire, il était question d'une concession de services qu'un groupement de communes, propriétaire d'un réseau de distribution d'eau, envisageait de conclure pour la gestion de ce réseau. La juridiction de renvoi partait du principe que l'opération devait suivre le régime de la directive 2004/17/CE, s'il s'agissait d'un marché public de services. Implicitement du moins, la Cour a suivi cette approche.

Peu après, dans un arrêt du 15 octobre 2009 (Acoset, C-196/08, points 37, 44 et 46), rendu à propos d'une opération similaire - une concession pour la gestion d'un service d'eau et la réalisation de certains travaux -, la Cour, considérant que l'opération pouvait relever soit de la directive 2004/17/CE, soit de la directive 2004/18/CE, a laissé la question ouverte.

Les opérations dont il s'agissait dans ces deux affaires prévoyaient que les réseaux étaient mis à disposition des gestionnaires en vue d'être exploités par eux. En ce sens, les contrats en question étaient conclus *pour* une activité sectorielle. Toutefois, il nous semble qu'aux termes de l'article 20 de la directive 2004/17/CE et de l'article 12 de la directive 2004/18/CE on ne soit en présence d'un marché sectoriel que si les *prestations visées par le marché concerné* sont effectuées en vue d'une *activité sectorielle de l'entité adjudicatrice*. Voir également les arguments développés dans le même sens par l'avocat général Mischo dans ses conclusions du 17 septembre 2002 dans l'affaire *Concordia Bus* (C-513/99), points 40 à 54. En ce sens également, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, Paris, LGDJ, 2009, no 380. Apparemment en sens contraire, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, no 15.42 (p.871). Cf. également déjà ci-dessus le no 633.

²⁶⁸⁷ Cf. ci-dessus, nos 258 et s.

²⁶⁸⁸ Voir d'ailleurs dans le sens que nous indiquons, l'arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, ASM Brescia, C-347/06, points 57 et s., rendu en rapport avec des concessions de distribution de gaz naturel soumises à l'ancienne directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (JO L 176, pp. 57 et s.) qui contenait des dispositions comparables.

²⁶⁸⁹ Cf. ci-dessus, nos 595 et s.

Alors même que les gestionnaires de réseaux de transport sont désignés par les Etats membres, les relations entre les propriétaires de réseaux de transport et les gérants de réseaux sont de nature contractuelle²⁶⁹⁰. Il en est de même pour les réseaux de distribution, que les gestionnaires soient désignés par l'Etat ou par le propriétaire.

L'article 12 de la directive 2006/123/CE s'applique-t-il à des rapports en partie contractuels, tels ceux entre le propriétaire et le gestionnaire d'un réseau ?

Tel ne nous paraît pas être le cas, sauf si l'aspect contractuel de l'opération est secondaire.

L'article 12 de la directive 2006/123/CE ne vise que l'attribution d'autorisations, un régime d'autorisation étant défini comme « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice »²⁶⁹¹. Ces termes paraissent exclure des relations de nature contractuelle²⁶⁹². Le contraire d'ailleurs se concilierait mal avec l'article 13 de la directive, d'après lequel l'autorisation est censée accordée, si l'autorité ne répond pas dans le délai raisonnable fixé par l'Etat membre concerné²⁶⁹³ : le silence de l'autorité faisant supposer son accord, le contrat serait censé conclu. Une si lourde conséquence aurait nécessité, nous semble-t-il, une disposition expresse de la part du législateur européen. Il convient donc d'exclure l'application de l'article 12 de la directive 2006/123/CE aux concessions de nature contractuelle.

En revanche, si une autorisation n'impliquait que de manière accessoire la conclusion d'une convention²⁶⁹⁴, le régime de la directive 2006/123/CE pourrait s'appliquer.

B. Le caractère variable et « proportionné » des tarifs de transport et de distribution de l'électricité ne rend-il pas d'une façon générale impossible une mise en concurrence conforme au droit primaire en vue de la désignation d'un gestionnaire de réseau de transport ou d'un gestionnaire de réseau de distribution ?

661.- Les autorités nationales de régulation fixent ou approuvent les tarifs de transport et de distribution (article 37, paragraphe 1^{er}, a)). L'autorité nationale de régulation peut n'autoriser que provisoirement des tarifs ou des méthodes de calcul et « arrêter des mesures compensatoires appropriées si les tarifs ou méthodes finaux de distribution s'écartent de ces tarifs ou méthodes provisoires ». Les autorités veillent à ce que les tarifs soient « proportionnés » (article 36, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE). Afin que les tarifs restent « proportionnés », une autorité nationale de régulation peut demander « que les gestionnaires de réseau de transport et de distribution modifient au besoin les conditions, y compris les tarifs ... » (article 37, paragraphe 10 de la directive 2009/72/CE).

²⁶⁹⁰ Voir en ce sens, l'article 13, paragraphe 2, d) de la directive 2009/72/CE. Cf. également les articles 23 et 24 de la loi luxembourgeoise du 21 août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (Mémorial A, no 152 du 21 août 2007), modifiée par la loi du 7 août 2012 (Mémorial A, no 178, du 22 août 2012).

²⁶⁹¹ Article 4, 6) de la directive 2009/72/CE.

²⁶⁹² Le trente-neuvième considérant de la directive 2006/123/CE donne quelques précisions concernant la notion de « régime d'autorisation ». Que les « concessions » soient mentionnées à cette occasion comme un exemple de régime d'autorisation ne signifie pas que cette notion couvre des situations contractuelles. L'expression « concession » est en effet fréquemment employée pour désigner des autorisations soumises à certaines contraintes de service public.

²⁶⁹³ C'est à juste titre que la directive 2006/123/CE prévoit des exceptions à ce principe qui rompt avec la plupart des traditions nationales « lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, y compris l'intérêt légitime d'une tierce partie » (article 13, paragraphe 4, de la directive 2006/123/CE).

²⁶⁹⁴ Ainsi, par exemple, selon la loi luxembourgeoise du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement du territoire et le développement urbain, telle qu'elle a été modifiée par la suite, des particuliers peuvent présenter des plans d'aménagement particuliers (article 28, (1)). Le plan d'aménagement particulier est adopté par le conseil communal dont la délibération doit être approuvée par le ministre compétent (article 30). La loi impose la conclusion d'une convention entre le collège des bourgmestre et échevins et le promoteur sur base d'un projet d'exécution présenté par celui-ci (article 35 et 36). Cette convention doit-elle-même être approuvée par le conseil communal et le ministre compétent. Ensuite seulement, l'autorisation de construire peut être accordée. Par rapport au plan d'aménagement particulier, la convention prévue par l'article 36 de la loi ne revêt qu'un caractère accessoire.

Ces dispositions visent à faire en sorte que les propriétaires de réseaux et les gestionnaires indépendants ne gagnent ni trop, ni pas assez.

La directive impose aux autorités de régulation de prévoir « des mesures incitatives appropriées, tant à court terme qu'à long terme, pour encourager les gestionnaires de réseau de transport et de distribution à améliorer les performances » (article 37, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE)²⁶⁹⁵. En effet, si les tarifs ne tenaient compte que des rentrées et des coûts réels, les gestionnaires n'auraient que peu d'intérêt à augmenter leurs performances ou à diminuer leurs coûts. En définitive cependant et en dépit de ces « mesures incitatives », même si c'est avec un certain retard, les tarifs tendront à s'aligner sur les revenus et les coûts réels, augmentés d'un bénéfice raisonnable.

Qu'il s'agisse de réseaux de transport ou de réseaux de distribution, le caractère essentiellement variable des tarifs, fixés ou approuvés par les autorités nationales de régulation, peut rendre difficile une mise en concurrence conforme au droit primaire. *A priori*, en effet, le niveau des tarifs serait le critère d'attribution le plus objectif. Une mise en concurrence selon des critères objectifs et vérifiables²⁶⁹⁶ est-elle possible sans ce critère ?

La question ne se pose non seulement dans le domaine de l'électricité. Dans d'autres domaines également, il est parfois judicieux de ne pas fixer le prix d'avance²⁶⁹⁷. La première directive travaux 71/305/CEE permettait de conclure un marché de gré à gré « dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix »²⁶⁹⁸. Dans les directives « marchés publics de travaux » ultérieures, de même que dans la directive « marchés publics » générale actuelle 2004/18/CE, cette exception ne permet plus que de passer le marché suivant la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Cette procédure comporte une mise en concurrence.

Lorsqu'un marché est conclu au prix de revient, peut-il être procédé à une mise en concurrence conforme à l'article 53 de la directive 2004/18/CE ? Cette disposition prévoit que les marchés doivent être adjugés à l'offre économiquement la plus avantageuse suivant des critères liés à l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de vérifier les critères d'attribution²⁶⁹⁹. Selon la Cour, le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse prévu à l'article 53 de cette directive vise le rapport qualité-prix²⁷⁰⁰. Une mise en concurrence conforme aux dispositions des directives « marchés publics » pour des marchés au prix de revient paraît dès lors difficile.

Même si la méthode du prix de revient ne permet pas d'attribuer le marché ou la concession suivant un rapport qualité-prix vérifiable au moment de l'attribution, il devrait cependant être permis de recourir à cette méthode tant dans le champ d'application des directives « marchés publics » qu'au-delà. En l'absence de critères décisifs, le pouvoir adjudicateur désignera le candidat avec lequel il contractera parmi les candidats restant en lice après l'élimination de ceux qui ne remplissent pas les conditions de capacité requises. Il attribuera ensuite le marché sur base de critères préalablement publiés tels le degré

²⁶⁹⁵ Il s'agit donc de mécanismes qui permettront au gestionnaire de profiter de ses propres gains d'efficacité et des économies qu'il réalise. Ainsi, par exemple, un tarif fondé sur les chiffres des années précédentes sera maintenu pendant un certain temps, même si entre-temps le gestionnaire réussit à augmenter ses performances et à diminuer ses coûts (voir sur ces questions R. BROEMEL, *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 233 et s.).

²⁶⁹⁶ Les critères d'attribution doivent être vérifiables avant l'attribution du marché (cf. ci-dessus, no 398).

²⁶⁹⁷ Ainsi, dans certains cas, à défaut de pouvoir se prononcer à l'avance sur les moyens à mettre en œuvre et afin de ne pas encourir de risque inconsidéré, les candidats pourraient être amenés à indiquer un prix élevé leur permettant de rentrer dans leurs frais quoiqu'il arrive. Lors des marchés publics, il est parfois recouru à la méthode d'offre au prix de revient connue dans certaines lois nationales sur les marchés publics. Au Grand-Duché de Luxembourg, cette méthode est appliquée « exceptionnellement lorsqu'il n'est pas possible de circonscrire la nature et l'étendue des prestations de manière suffisamment précise pour permettre une évaluation exacte du prix ». Dans ce cas, « les prix seront fixés eu égard au coût de la main d'œuvre et des matières directes employées et, le cas échéant, d'autres prestations directes, en y ajoutant un supplément approprié pour frais généraux et bénéfice » (article 13 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, Mémorial A, no 180 du 11 août 2009).

²⁶⁹⁸ Article 9, h), de la directive marchés publics de travaux 71/305/CEE.

²⁶⁹⁹ Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, point 51. Voyez également ci-dessus, no 398.

²⁷⁰⁰ Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, point 86. Cf. également ci-dessus, no 397.

d'acceptation des clauses contractuelles proposées figurant parmi les documents de soumission, les garanties offertes, etc. ... Cette manière de procéder, ne risque-t-elle pas cependant de donner lieu à un problème d'aide d'Etat lorsqu'un marché donne lieu à des compensations de service public ? En principe non. Les critères *Altmark* n'interdisent pas une méthode de calcul des compensations suivant le prix de revient²⁷⁰¹.

Une mise en concurrence conforme au principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence n'est généralement possible que si des éléments substantiels, tel la rémunération des prestations ne sont susceptibles d'être modifiés après l'adjudication que sur base de règles claires, précises et préétablies et portées à la connaissance de tous les candidats intéressés. Tel n'est pas le cas dans le système de la directive 2009/72/CE²⁷⁰².

Lors d'une mise en concurrence pour la désignation d'un gestionnaire de réseau indépendant (réseau de transport) ou d'un gestionnaire de réseau de distribution, les propositions des candidats sont évidemment influencées par l'idée qu'ils se font des chances de succès de leurs futures demandes d'augmentation de tarifs²⁷⁰³. Effectuée sur de telles bases, la mise en concurrence risquerait d'être fondamentalement viciée, parce qu'elle avantagerait non pas le plus performant, mais celui qui s'estime le plus habile à obtenir des augmentations de tarifs par la suite.

²⁷⁰¹ Lorsque le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit exécuter des obligations de service public, les compensations que le pouvoir adjudicateur verse au concessionnaire sont considérées comme des aides d'Etat, à moins que les critères *Altmark* ne soient remplis.

Le problème ne se posera que pour les marchés publics et non pour les concessions dans lesquelles le concessionnaire perçoit sa rémunération des utilisateurs privés, à moins que des paiements complémentaires ne soient prévus de la part du pouvoir adjudicateur (voir pour la condition de la mise en œuvre de ressources d'Etat au sens de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE, ci-dessus, no 533).

Le premier critère *Altmark* (exécution d'obligations de service public) est rempli par définition dans l'hypothèse envisagée. Le second (paramètres préalablement établis de manière objective et transparente) l'est également par l'indication que la rémunération aura lieu suivant le prix de revient, tout en signalant les éléments qui rentrent dans le prix de revient. En rémunérant l'adjudicataire suivant son prix de revient augmenté d'un bénéfice raisonnable, il est également satisfait au troisième critère *Altmark*, qui requiert que la compensation ne procure au titulaire du marché qu'un bénéfice raisonnable. Le quatrième critère en revanche n'est pas automatiquement rempli par une mise en concurrence. Vu la modalité de rémunération prévue suivant le prix de revient, une mise en concurrence ne permettrait pas de déterminer le prestataire qui fournirait les services au moindre coût pour la collectivité (première branche de la quatrième condition). C'est pourquoi, il conviendra de vérifier non seulement si les éléments du prix de revient indiqués par l'entrepreneur à l'appui de sa demande de règlement ont bien été exposés par celui-ci, mais également, suivant la seconde alternative du quatrième critère *Altmark*, que le niveau de la compensation n'excède pas les coûts qu'une « entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens ... » aurait encourus. Autrement dit, il ne sera pas tenu compte des frais qu'une entreprise bien gérée et adéquatement équipée en moyens n'aurait pas eus. Le pouvoir adjudicateur devrait donc prendre soin d'indiquer dans les documents du marché que certains frais, bien que réellement exposés, risquent de ne pas être pris en considération, en tout ou en partie.

²⁷⁰² La directive reste en effet vague. Les tarifs ou les méthodes de calcul des tarifs doivent permettre de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité de réseaux (article 37, paragraphe 6). L'autorité de régulation doit faire « en sorte que les tarifs d'accès au réseau perçus par le gestionnaire de réseau indépendant incluent une rémunération du ou des propriétaires de réseau, qui rétribue de manière appropriée l'utilisation des actifs du réseau et les éventuels nouveaux investissements effectués dans celui-ci, pour autant qu'ils soient engagés d'une manière économiquement rationnelle » (article 37, paragraphe 3, d)). Le paragraphe 8 du même article prévoit que « lors de la fixation ou de l'approbation des tarifs ou des méthodes et des services d'ajustement, les autorités de régulation prévoient des mesures incitatives appropriées, tant à court terme qu'à long terme, pour encourager les gestionnaires de réseau de transport et de distribution à améliorer les performances, à favoriser l'intégration du marché et la sécurité de l'approvisionnement et à soutenir les activités de recherche connexes ».

²⁷⁰³ Il n'est nullement interdit aux autorités de régulation et aux gestionnaires de réseaux de transport de communiquer entre eux. D'après l'article 37, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 2009/72/CE, « tout en préservant son indépendance, sans préjudice des compétences qui leur sont propres et en conformité avec les principes visant à mieux légiférer, l'autorité de régulation consulte, le cas échéant, les gestionnaires de réseau de transport (...) ».

Section 3.- La gestion des réseaux de distribution

§ 1^{er}.- Cas dans lequel le législateur national a prévu que les propriétaires de réseau de distribution désignent le ou les gestionnaires de leur réseau de distribution : les propriétaires de réseaux de distribution doivent-ils procéder à des mises en concurrence lorsqu'ils désignent un ou plusieurs gestionnaires ?

662.- D'après la directive 2009/72/CE, les gestionnaires de réseau de distribution sont ou bien désignés par les Etats ou bien ceux-ci demandent aux propriétaires ou aux « responsables » des réseaux de distribution de désigner un ou plusieurs gestionnaires de réseaux de distribution (article 24 de la directive 2009/72/CE). Cette désignation intervient « pour une durée à déterminer par les Etats membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique »²⁷⁰⁴. Rien n'interdit que le propriétaire du réseau soit désigné comme gestionnaire.

Le propriétaire d'un réseau de distribution qui ne gère pas lui-même son réseau conclura à cette fin une convention avec un tiers²⁷⁰⁵. Si le propriétaire du réseau est un pouvoir adjudicateur, cette convention devrait être qualifiée, suivant le cas, de concession de travaux ou de services au sens des directives « marchés publics ». En cas de concession de travaux, le droit primaire requerrait une mise en concurrence. S'il s'agissait d'une concession de services, tant la directive 2004/18/CE que le droit primaire en exigeraient une. Comme la directive 2009/72/CE reste muette sur ce point, on peut supposer qu'elle n'a pas entendu s'écarter de cette solution.

Quant au développement des réseaux la directive diverge du droit primaire, puisqu'elle confie ces travaux sans mise en concurrence au gestionnaire en place dans la zone concernée²⁷⁰⁶. La directive impose aux propriétaires de réseaux de distribution des contraintes qui les placent dans une situation analogue à celle d'un concessionnaire. Leurs droits sont considérablement réduits, comme ceux des propriétaires de réseaux de transport, même si c'est à un moindre degré. La propriété donnant lieu à un droit perpétuel, le droit primaire de la mise en concurrence qui requiert pour les concessions des mises en concurrence à des intervalles réguliers n'est pas respecté. De même, la libre cessibilité des réseaux de distribution heurte le droit primaire qui voudrait qu'il soit procédé à une nouvelle mise en concurrence lorsque le concessionnaire change²⁷⁰⁷.

§ 2.- Exécution de certains travaux de développement de réseaux de distribution par des tiers

663.- La directive impose au gestionnaire du réseau de distribution d'effectuer les travaux qu'implique le développement du réseau²⁷⁰⁸. Si le gérant est une entité adjudicatrice au sens de la

²⁷⁰⁴ Article 24 de la directive 2009/72/CE.

²⁷⁰⁵ La loi luxembourgeoise prévoit que chaque propriétaire d'un réseau désigne une personne comme gestionnaire de son réseau. Le propriétaire peut se désigner lui-même. Lorsqu'il s'agit de réseaux de transport, les propriétaires doivent en assurer la gestion, vu l'article 9, paragraphe 1^{er}, a) de la directive 2009/72/CE, sauf en cas de conflit d'intérêt. Lorsqu'un tiers est désigné, la loi impose la conclusion d'un contrat prévoyant notamment les modalités de financement des investissements pour le développement du réseau concerné (article 23). Ce contrat, qui constitue, du point de vue de son objet, une concession de services ou de travaux au sens des directives « marchés publics », diffère de la « concession » qu'accorde le ministre de l'économie visée à l'article 24 de la loi.

²⁷⁰⁶ Voir ci-dessus, no 657 les développements ci-dessus au sujet des travaux d'extension des réseaux de transport qui valent également pour les réseaux de distribution.

²⁷⁰⁷ Cf. à ce sujet ci-dessus, no 406.

²⁷⁰⁸ Voir l'article 25, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/72/CE. Pour le développement des réseaux de distribution, la directive est moins précise que pour les réseaux de transport. La directive ne définit pas les moyens d'action de l'autorité de régulation lorsque le gestionnaire de réseau ne procède pas aux investissements requis. La directive n'impose pas non plus de plan d'investissement obligatoire pour les gestionnaires de réseaux de distribution. Elle prévoit cependant qu'un gestionnaire d'un réseau de distribution « est tenu de garantir la capacité à long terme du réseau de répondre à des demandes raisonnables de distribution d'électricité, d'exploiter, d'assurer la maintenance et de développer, dans des conditions économiques acceptables, un réseau de distribution d'électricité sûr, fiable et performant dans la zone qu'il couvre, dans le respect de l'environnement et de l'efficacité énergétique » (article 25, paragraphe 1^{er}, de la

directive 2004/17/CE - tel n'est pas nécessairement le cas -, il devra procéder à des mises en concurrence selon la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE pour l'exécution des travaux d'extension du réseau de distribution qu'il n'effectue pas par ses propres moyens. Que le gestionnaire d'un réseau de distribution soit ou non une entité adjudicatrice au sens de la directive 2004/17/CE dépend de son statut et, le cas échéant, de son mode de désignation (dispose-t-il de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la directive 2004/17/CE ?)²⁷⁰⁹.

Section 4.- Conclusions

664.- Les conclusions suivantes se dégagent de l'examen qui précède :

- 1) La directive 2009/72/CE ne prévoit aucune mise en concurrence pour les services de transport d'électricité qui sont en principe à charge des propriétaires de réseaux. Les droits de ces derniers sont considérablement réduits. De fait, ils se trouvent dans une position similaire à celle d'un concessionnaire d'une infrastructure publique. Dans ce cas, le droit primaire européen requiert des mises en concurrence à des intervalles réguliers. La même chose vaut, *mutatis mutandis*, à l'égard des propriétaires de réseaux de distribution d'électricité.
- 2) Lorsqu'une entité adjudicatrice²⁷¹⁰, par exemple un Etat membre²⁷¹¹, charge un tiers de la gestion d'un réseau de transport ou de distribution qui lui appartient, le risque économique y afférent passe au gestionnaire, celui-ci étant rémunéré par les utilisateurs. Il ne s'agit donc pas d'un marché public de services²⁷¹², mais d'une concession de services au sens des directives « marchés publics ». Si le développement du réseau revêt un aspect prépondérant, il s'agit d'une concession de travaux.

Les dispositions de la directive relative à l'indépendance des gestionnaires de réseau excluent de la part des autorités concédantes un « contrôle analogue » à celui qu'elles exercent sur leurs propres services au sens de la jurisprudence *Teckal*, de sorte qu'une attribution directe ne devrait pas être permise.

directive 2009/72/CE). De façon générale, la directive impose aux autorités de régulation nationales d'assurer le respect par les gestionnaires de réseaux de distribution des obligations qui leur incombent en vertu de la directive (article 37, paragraphe 1^{er}, b).

Les gestionnaires de réseau de distribution disposent du droit exclusif de gérer le réseau de distribution dans une zone déterminée ainsi que de le développer, ce dont les tarifs de distribution tiennent compte (cf. article 37, paragraphe 6, a)). En principe, aucun réseau concurrent ne pourra être établi dans la même zone, ce que prévoit expressément la loi luxembourgeoise du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (voir l'article 24, (2) de cette loi)). Certes, l'article 34 (Lignes directes) de la directive prévoit la possibilité pour des producteurs et des vendeurs d'électricité (fournisseurs) d'établir des lignes directes entre leurs établissements et leurs clients. Cela ne permet cependant pas l'établissement d'un réseau de distribution concurrent. L'établissement de lignes directes peut d'ailleurs être subordonné à un refus d'accès à un réseau de distribution ou de transport (article 34, paragraphe 4, de la directive).

Contrairement aux gestionnaires de réseaux de transport, la directive prévoit que les gestionnaires de réseau de distribution sont désignés pour « une durée à déterminer par les Etats membres » (article 24).

²⁷⁰⁹ Cf. également les nos 658 et 659.

²⁷¹⁰ Dans son arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, la Cour a retenu que l'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'applique aux entités adjudicatrices visées par la directive « marchés publics sectoriels » 93/38/CE (cf. le point 2) du dispositif). La définition des entités adjudicatrices dans l'actuelle directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE est restée identique, sous réserve de quelques changements concernant la notion de « droits spéciaux ou exclusifs » (cf. ci-dessus, no 80).

²⁷¹¹ Voir l'article 24 de la directive 2009/72/CE : ou bien les Etats membres désignent les gestionnaires de réseau de distribution ou alors ils demandent aux propriétaires de réseaux de distribution de désigner des gestionnaires.

²⁷¹² Voir concernant la distinction entre les marchés de services et les concessions de services ci-dessus, nos 258 et s.

- 3) Les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution ont pour charge de développer les réseaux. Cette manière de procéder heurte les exigences de la Cour en matière de mise en concurrence. Si elle peut se justifier lorsqu'il s'agit de travaux relativement mineurs²⁷¹³, elle ne saurait se justifier pour des travaux importants.
- 4) La directive 2009/72/CE impose la réalisation et le financement du développement des réseaux par les propriétaires ou alors par les gestionnaires des réseaux. Ce système empêche le financement public de l'extension du réseau dans la zone en question. Sur ce point, la directive 2009/72/CE paraît contraire à l'article 345 TFUE.
- 5) La directive 2009/72/CE prévoit deux procédures d'appel d'offres :
 - L'une a trait à la création de capacités de production et à des « mesures d'efficacité énergétique/gestion ». Ces dispositions manquent de clarté et présentent des incohérences.
 - L'autre s'impose aux autorités nationales de régulation, lorsqu'elles entendent substituer un tiers à un gestionnaire de réseau de transport défaillant dans la mise en œuvre de son plan de développement décennal. D'après la directive, ni l'Etat membre concerné, ni son autorité nationale de régulation ne peuvent exécuter ces travaux par leurs propres moyens. Ces dispositions paraissent contraires à l'article 345 TFUE²⁷¹⁴.
- 6) Les procédures d'autorisation pour de nouvelles centrales électriques se trouvent réglementées par la directive 2009/72/CE.
Il s'ensuit qu'en ce domaine, les Etats membres *mettent en œuvre* le droit de l'Union. A cette occasion, le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence s'impose²⁷¹⁵. Vu le nombre limité de sites exploitables, les autorisations ne peuvent être accordées sans restriction. Dès lors, une procédure de mise en concurrence paraît en règle générale s'imposer en cette matière²⁷¹⁶. A cette occasion, les exigences du droit primaire applicables aux régimes des autorisations administratives en nombre limité, prescrivant un degré de publicité adéquat, doivent être suivies²⁷¹⁷. L'électricité étant une marchandise et non un service, ce n'est cependant pas sur base de l'article 12 de la directive 2006/123/CE²⁷¹⁸ que la mise en concurrence s'impose.
- 7) Les points 1), 3) et 4) mettent en évidence des incohérences notables par rapport aux principes de mise en concurrence que la Cour a formulées en matière de marchés publics et de concessions.
Nous avons vu qu'il existe parfois des obstacles procéduraux empêchant l'examen de la conformité du droit dérivé au droit primaire²⁷¹⁹. A cela s'ajoute que la Cour accorde un large pouvoir d'appréciation au législateur de l'Union lorsqu'il s'agit de problèmes complexes d'ordre économique²⁷²⁰. L'obligation de mise en concurrence du droit primaire pourrait également subir des limitations nécessaires et répondant « effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de

²⁷¹³ Lorsqu'il s'agit de tronçons d'importance réduite, éventuellement en vertu de considérations comme celles qui président à l'exception prévue à l'article 31, 1), b), de la directive 2004/18/CE ou à l'article 40, paragraphe 3, c), de la directive 2004/17/CE (travaux, fournitures ou services ne pouvant être confiés qu'à un opérateur économique déterminé). Voir également ci-dessus, nos 428 et s.

²⁷¹⁴ « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres » (article 345 TFUE). Voir à ce sujet les conclusions de l'avocat général M. Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer dans les affaires C-367/98 (Commission/Portugal), C-483/99 (Commission/France) et C-503/99 (Commission/Belgique), nos 39 et s.

²⁷¹⁵ Cf. ce sujet ci-dessus, nos 365, 366 et 388.

²⁷¹⁶ Ainsi, la construction d'un barrage avec une centrale hydroélectrique sur le cours d'un fleuve par un producteur empêchera un autre producteur de réaliser un site de production similaire en amont ou en aval.

²⁷¹⁷ Cf., quant à ces exigences, nos 479 et s.

²⁷¹⁸ Voir ci-dessus, nos 595 et s. quant à la mise en concurrence que prévoit cette directive lors de l'octroi d'autorisations limitées en nombre pour motifs de rareté des ressources naturelles disponibles ou des capacités techniques utilisables.

²⁷¹⁹ Cf. ci-dessus nos 459 et 464.

²⁷²⁰ Cf. ci-dessus, no 465.

protection des droits et libertés d'autrui »²⁷²¹. Rappelons par ailleurs que des motifs impérieux d'intérêt général permettraient de passer outre l'obligation de mise en concurrence du droit primaire. De même, sous certaines conditions l'article 106, paragraphe 2, TFUE permettrait d'y déroger.

Chapitre VI.- L'obligation de mise en concurrence dans le domaine du gaz naturel

665.- Généralités - Renvoi aux développements faits à propos de l'électricité - La directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009²⁷²² relative au marché intérieur du gaz naturel contient des dispositions en grande partie identiques à celles de la directive 2009/72/CE concernant le marché intérieur de l'électricité. Ainsi, elle prévoit en faveur de tous les clients le libre choix du fournisseur²⁷²³ ; l'accès non discriminatoire aux réseaux ; la possibilité pour les Etats d'imposer aux entreprises opérant dans ce secteur des obligations de service public²⁷²⁴ au-delà des contraintes qu'impose la directive ; l'institution d'autorités de régulation nationales dotées de pouvoirs importants déjà signalés à propos du secteur de l'électricité, en particulier, celui de fixer ou d'approuver les tarifs pour le transport et la distribution²⁷²⁵ ; le principe que le propriétaire d'un réseau de transport doit assumer la fonction de gestionnaire de son réseau²⁷²⁶ ; l'obligation, en cas de situation de conflit d'intérêt²⁷²⁷, de confier le transport à des gestionnaires indépendants²⁷²⁸ des activités de production et de fourniture, autrement dit, la dissociation du transport de gaz des activités de production et de fourniture²⁷²⁹ ; des dispositions dans le même sens, mais moins strictes, pour les activités de distribution ; l'obligation pour tous les gestionnaires de réseaux de transport d'établir et de tenir à jour un plan décennal de développement du réseau²⁷³⁰ et de procéder aux investissements selon ce plan²⁷³¹.

Signalons cependant quelques différences.

Le gaz étant susceptible d'être stocké, contrairement à l'électricité, la directive 2009/73/CE contient des dispositions relatives à des installations de stockage de gaz (article 2, 9)). La directive 2009/73/CE impose non seulement la désignation de gestionnaires de réseaux de distribution, mais également celle de gestionnaires pour les installations de stockage et les installations de GNL, c'est-à-dire des installations de liquéfaction de gaz naturel (article 12 de la directive 2009/73/CE). La directive 2009/73/CE contient également des dispositions relatives à des « réseaux de gazoducs en amont »²⁷³² qu'elle distingue des réseaux de transport.

La directive 2009/73/CE ne prévoit pas de procédure d'appels d'offres pour la création de capacités de production. En revanche, elle prévoit, tout comme la directive 2009/72/CE, la possibilité pour l'autorité nationale de régulation de lancer une procédure d'appel d'offres lorsqu'un gestionnaire de réseau de transport reste en défaut de réaliser les investissements auxquels il aurait dû procéder en vertu du plan d'investissement décennal (article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/73/CE). La directive 2009/73/CE exige, comme la directive 2009/72/CE, que les procédures d'autorisation soient non-discriminatoires²⁷³³. Les dispositions correspondantes de la directive 2009/73/CE diffèrent cependant celles de la directive 2009/72/CE et s'appliquent tant à l'exploitation qu'à la construction d'installations de gaz naturel²⁷³⁴. La directive 2009/73/CE prévoit que les Etats membres peuvent

²⁷²¹ Cf. l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Cf. cependant l'arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, point 38 (voir à ce sujet également le no 458 ci-dessus).

²⁷²² Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

²⁷²³ Article 3, paragraphe 5, de la directive 2009/73/CE.

²⁷²⁴ Article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE.

²⁷²⁵ Article 41, paragraphe 6, de la directive 2009/73/CE.

²⁷²⁶ Article 9, paragraphe 1^{er}, a) de la directive 2009/73/CE.

²⁷²⁷ Voir l'article 9, paragraphe 1^{er}, b), c) et d) de la directive 2009/73/CE.

²⁷²⁸ Voir l'article 14 de la directive 2009/73/CE.

²⁷²⁹ Voir l'article 26 de la directive 2009/72/CE.

²⁷³⁰ Voir l'article 22 de la directive 2009/73/CE.

²⁷³¹ Voir l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/72/CE.

²⁷³² Cf. l'article 2, 2. De la directive 2009/73/CE.

²⁷³³ Article 4, paragraphe 3, de la directive 2009/73/CE.

²⁷³⁴ Voir l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/73/CE.

refuser d'accorder une nouvelle autorisation de construction ou d'exploitation de réseaux de distribution par gazoducs dans une zone déterminée lorsque que de tels réseaux ont déjà été construits ou que leur construction est envisagée dans cette zone, si la capacité existante ou envisagée n'est pas saturée (article 4, paragraphe 4).

666.- Quant aux procédures d'autorisation - Les procédures d'autorisation pour la construction et l'exploitation de nouvelles installations de gaz doivent être non-discriminatoires²⁷³⁵. Une mise en concurrence est-elle requise en présence d'une pluralité de projets si des considérations de sécurité ou de protection de l'environnement ne permettent d'en autoriser qu'un seul ? La directive 2009/73/CE ne le précise pas. Le droit primaire impose-t-il une mise en concurrence dans un cas pareil ? Cela n'a pas été affirmé par la Cour jusqu'ici. Les affaires dans lesquelles la Cour a retenu une obligation de mise en concurrence ne concernaient que des marchés publics de services ou de travaux, des concessions de services ou de travaux, à la limite des marchés de fournitures²⁷³⁶, ainsi que des autorisations en nombre limité pour des activités de services dans le domaine des jeux de hasard²⁷³⁷ ou encore, récemment, l'octroi d'un bail emphytéotique d'un réseau de télédistribution²⁷³⁸. D'après ces arrêts, la libre prestation des services ou la liberté d'établissement se trouveraient violés en l'absence de mise en concurrence, car, en ce cas, les entreprises établies dans un autre Etat membre seraient désavantagées par rapport aux entreprises établies dans l'Etat membre en question, ou encore, seraient dissuadées de s'établir ou de prester des services dans l'Etat membres en question. Ce même raisonnement pourrait s'appliquer à d'autres situations²⁷³⁹, comme celle d'un projet unique dans le domaine du gaz susceptible d'être autorisé à l'exclusion de projets concurrents dans la même région. Si l'autorité publique s'abstient de procéder à un appel à candidatures, alors qu'elle envisage d'autoriser un projet dont la réalisation empêchera d'autres projets similaires, cela ne revient-il pas, le cas échéant à décourager des opérateurs d'autres Etats membres de s'établir dans l'Etat membre en question ? En principe, oui. A noter, d'autre part, l'application de l'article 12 de la directive 2006/123/CE à des établissements destinés à la prestation de services comme par exemple des installations de stockage de gaz naturel²⁷⁴⁰. Enfin, vu l'article 4 de la directive 2009/73/CE, la matière des autorisations pour les installations de gaz naturel entre dans le champ d'application du droit européen. Les Etats membre mettant en œuvre le droit de l'Union lorsqu'ils statuent sur des demandes d'autorisation sont tenus de respecter les principes d'égalité et de transparence qui impliquent d'après la Cour une publicité adéquate, conduisant à une mise en concurrence des opérateurs intéressés. Rien ne justifierait de ne pas appliquer les mêmes principes dans le cas de figure envisagé.

667.- Gestionnaires de réseau de transport ou désignation d'un gestionnaire de réseau de transport indépendant - Gestionnaire-propriétaire du réseau.- Renvoi.- Comme dans le secteur de l'électricité, il ne reste pas grand-chose des attributs traditionnels du droit de propriété. Notre analyse dans le domaine de l'électricité a montré que, hormis le droit de céder le réseau, les prérogatives du droit de propriété d'un réseau de transport se ramenaient au mieux à gérer ce dernier aux conditions fixées ou approuvées par l'autorité nationale de régulation ainsi qu'à percevoir une rémunération pour le capital investi. Nous avons conclu que cette situation était similaire à celle d'une concession contractuelle. En revanche, le droit de propriété subsistant d'un point de vue formel, son titulaire est en mesure de céder à un tiers. D'autre part, le droit de propriété est perpétuel. Le « propriétaire » du réseau peut donc rester indéfiniment en charge de la gestion du réseau. A propos du marché intérieur de l'électricité, nous avons montré que cet état des choses se conciliait difficilement avec le droit primaire de la mise en concurrence développé par la Cour²⁷⁴¹. La même conclusion vaut dans le secteur du gaz naturel.

²⁷³⁵ Article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE.

²⁷³⁶ Cf. ci-dessus, no 349.

²⁷³⁷ Voir sur toutes ces questions, ci-dessus, nos 474 et s.

²⁷³⁸ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, points 26, 32 et 33.

²⁷³⁹ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 473 et s.

²⁷⁴⁰ Cf. à ce sujet ci-dessus, nos 595 et s.

²⁷⁴¹ Cf. ci-dessus, nos 654, 656 et 657

S'il était procédé à une mise en concurrence pour la désignation du gestionnaire d'un réseau de transport, vu le caractère indéterminé des tarifs, il se poserait, comme dans le domaine de l'électricité, la question de savoir quels critères d'attribution utiliser pour la mise en concurrence²⁷⁴².

D'autre part, les gestionnaires de réseaux de gaz, comme ceux de réseaux d'électricité, ont pour mission de développer les réseaux. Les gestionnaires de réseaux de transport doivent établir un plan de développement décennal qui doit être mis à jour chaque année. La mise à jour de ces plans modifie l'objet initial des obligations du gestionnaire. Dans le domaine de l'électricité, nous avons retenu que l'absence de mise en concurrence pour le développement des réseaux d'électricité était contraire au droit primaire²⁷⁴³. La même chose vaut dans le domaine du gaz naturel.

668.- La procédure d'appel d'offres lancée par l'autorité de régulation - Tout comme dans le secteur de l'électricité, le gestionnaire de réseau doit procéder aux investissements prévus au plan décennal d'investissement. S'il ne le fait pas, ce plan peut être mis en œuvre d'office par l'autorité de régulation qui peut lancer une procédure d'appels d'offres (article 22, paragraphe 7). Dans le secteur de l'électricité, nous avons relevé la particularité que ni l'autorité nationale de régulation, ni l'Etat membre ne sont autorisés à procéder aux travaux²⁷⁴⁴. Cette particularité qui nous a paru contraire à l'article 345 TFUE, se retrouve dans le secteur du gaz naturel.

669.- La désignation des gestionnaires de réseaux de distribution - La directive 2009/73/CE prévoit que les gestionnaires de réseaux de distribution sont désignés par les Etats membres ou alors que ceux-ci demandent aux propriétaires des réseaux de désigner un ou plusieurs gestionnaires (article 22). Ni la directive 2009/73/CE, ni la directive 2009/72/CE, ne s'opposent à la désignation du propriétaire du réseau comme gestionnaire. Si c'est un tiers qui est désigné, la désignation fait l'objet d'un contrat à conclure entre ce tiers et le propriétaire. En règle générale, le gestionnaire assume le risque économique de sa gestion. Il s'agit donc d'un contrat de concession de services, sauf si le développement du réseau représente l'objet principal de la concession, cas dans lequel il s'agirait d'une concession de travaux. Bien que non soumis aux directives « marchés publics », un contrat de gestion de réseau qui constitue une concession de services doit être précédé d'une mise en concurrence lorsqu'il est passé par une entité adjudicatrice au sens de la directive 2004/17/CE.

Dans le domaine de l'électricité, nous avons relevé la difficulté de fixer des critères d'attribution pour la désignation d'un gestionnaire de réseau. Nous y avons signalé le conflit avec le droit primaire du fait que la directive confie aux gestionnaires la mission de développer les réseaux existants²⁷⁴⁵. Ces problèmes se posent en des termes identiques pour les réseaux de gaz naturel.

670.- Application de la directive 2004/17/CE aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution - Tout comme dans le domaine de l'électricité, les gestionnaires de réseaux de transport sont en principe des entités adjudicatrices au sens de l'article 2, paragraphe 3 de la directive 2004/17/CE. En effet, ils sont désignés par l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le réseau et cette désignation a pour effet de leur réserver l'exercice de l'activité de la gestion du réseau en question, ce qui affecte substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité. Sauf en cas de mise en concurrence pour ces droits, les conditions indiquées par l'article 2, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE pour considérer que le gestionnaire est une entité bénéficiant de « droits spéciaux ou exclusifs » sont donc remplies. Ainsi, en principe, le gestionnaire d'un réseau de transport est une entité adjudicatrice au sens de la directive 2004/17/CE. La même chose vaut pour les gestionnaires de réseau de distribution s'ils sont désignés sans mise en concurrence. En règle générale, la directive 2004/17/CE s'applique donc aux marchés passés par les gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution de gaz.

Tout comme dans le domaine de l'électricité, le législateur européen s'est abstenu de toute référence à la directive 2004/17/CE, ce qui est étonnant. Relevons cependant que l'article 13, paragraphe 5, de la directive 2009/73/CE - il existe une disposition correspondante dans la directive 2009/72/CE -

²⁷⁴² Voir ci-dessus, no 661 pour le secteur de l'électricité.

²⁷⁴³ Cf. ci-dessus, no 657.

²⁷⁴⁴ Cf. ci-dessus, no 651.

²⁷⁴⁵ Voir ci-dessus, no 662 pour le secteur de l'électricité. Cf. également le no 657.

prévoit que « les gestionnaires de réseau de transport se procurent l'énergie qu'ils utilisent dans le cadre de l'accomplissement de leurs tâches selon des procédures transparentes, non discriminatoires et reposant sur les règles du marché », ce qui paraît impliquer une mise en concurrence.

Chapitre VII.- L'obligation de mise en concurrence dans les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (le règlement (CE) no 1370/2007)

Section 1^{re}.- Introduction

§ 1^{er}.- Cadre général

671.- Régulièrement le transport public de personnes est confié à des entreprises publiques ou privées, à charge de remplir certaines obligations de service public. En général, ces obligations sont accompagnées d'une exclusivité ou de compensations financières.

Le règlement (CE) no 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 prévoit en principe une mise en concurrence obligatoire lors de l'attribution de tels contrats, appelés « contrats de service public » (article 5, paragraphe 3). Exceptionnellement, le règlement permet d'attribuer les contrats directement, c'est-à-dire sans mise en concurrence.

Le règlement prévoit une longue période transitoire. Ce n'est qu'à partir du 3 décembre 2019 que l'attribution des contrats devra être conforme aux dispositions du règlement.

Dans les cas où le règlement prévoit une dispense de mise en concurrence²⁷⁴⁶, toute compensation doit être conforme aux dispositions de l'annexe du règlement. Ces dispositions tendent à éviter que le transporteur ne bénéficie d'une aide d'Etat.

Le règlement 1370/2007 remplace le règlement 1191/69 qui n'imposait pas de mise en concurrence.

§ 2.- Les libertés fondamentales s'appliquent-elles au domaine des transports ?

672.- L'existence d'une obligation de mise en concurrence suivant le droit primaire n'existe que dans des cas visés par la liberté d'établissement ou la libre prestation des services. Le règlement no 1370/2007 paraît considérer que les articles 49 et 56 TFUE (anciens articles 43 et 49 CE) sont directement applicables dans le domaine des transports²⁷⁴⁷. Pour la libre prestation des services, il n'en est cependant pas ainsi. L'article 58 TFUE dispose que « la libre circulation des services, en matière de transports, est régie par les dispositions du titre relatif aux transports ». La Cour en a déduit que la libre prestation des services n'est pas directement applicable dans le secteur des transports²⁷⁴⁸ :

*« L'application des principes de liberté des prestations de services, tels qu'établis en particulier par les articles 59 et 60 du traité [actuels articles 56 et 57 TFUE], doit donc être réalisé, selon le traité, par la mise en œuvre de la politique commune des transports ... »*²⁷⁴⁹.

En revanche, la liberté d'établissement est directement applicable dans le domaine des transports. Ainsi, une réglementation nationale en matière de transports, bien qu'elle ne heurte pas la libre prestation des services qui n'est pas directement applicable, peut heurter la liberté d'établissement²⁷⁵⁰.

²⁷⁴⁶ Ce sont les cas visés aux paragraphes 2, 4, 5, et 6 de l'article 5 du règlement (CE) no 1370/2007.

²⁷⁴⁷ Vingtième considérant : « Lorsqu'une autorité publique choisit de confier une mission de service d'intérêt général à un tiers, elle doit choisir l'opérateur de service public dans le respect du droit communautaire des marchés publics et des concessions, tel qu'il découle des articles 43 et 49 du traité, ainsi que des principes de transparence et d'égalité de traitement. En particulier, les dispositions du présent règlement s'entendent sans préjudice des obligations applicables aux autorités publiques en vertu des directives sur la passation des marchés publics, lorsque les contrats de service public relèvent de leur champ d'application ».

²⁷⁴⁸ Arrêt de la Cour du 22 mai 1985, Parlement/Conseil, 13/83, points 62 et 63.

²⁷⁴⁹ Arrêt de la Cour du 22 mai 1985, Parlement /Conseil, 13/83, point 62 ; cf. également l'arrêt de la Cour du 7 novembre 1991, Pinaud Wieger, C-17/90, point 7 ; l'arrêt de la Cour du 22 décembre 2012, Yellow Cab, C-338/09, point 30. Voir également, concernant les services de taxis, l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge, du 8 mars 2012 (arrêt no 40/2012, no de rôle 5162,) B. 10.1 à B. 11.2.

Il s'ensuit que le droit primaire impose une mise en concurrence pour la conclusion de marchés publics et de concessions dans le domaine des transports, si l'attribution directe de ces contrats risque d'empêcher des entreprises établies dans un autre Etat membre de s'établir dans l'Etat membre en question ou si elle rend l'exercice de cette liberté moins attrayante pour elles.

Ainsi, l'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'applique dans le domaine des transports. Toutefois, comme la libre prestation des services n'est pas directement applicable dans cette matière, son champ d'application y est moins large²⁷⁵¹. La restriction est cependant relativement insignifiante, du moins dans le domaine des transports terrestres. En effet, la plupart des marchés dans ce domaine impliquent des installations donnant lieu à un établissement au sens de l'article 49 TFUE²⁷⁵².

Section 2.- Champ d'application du règlement (CE) no 1370/2007

§ 1^{er}.- Transports visés par le règlement (CE) no 1370/2007

673.- Le règlement « s'applique à l'exploitation nationale et internationale de services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et autres modes ferroviaires et par route, à l'exception des services qui sont essentiellement exploités pour leur intérêt historique ou leur vocation touristique » (article 1^{er}, paragraphe 2)²⁷⁵³.

Le règlement s'applique seulement au transport public de voyageurs, c'est-à-dire aux « services de transport de voyageurs d'intérêt économique général offerts au public sans discrimination et en permanence » (article 2, a)).

²⁷⁵⁰ Voir, pour un cas pareil, l'arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, *Yellow Cab*, C-338/09, points 33, 41 et 55 en particulier, ainsi que le dispositif de l'arrêt.

²⁷⁵¹ Cela vaut pour les transports dans leur ensemble, dans la mesure où des dispositions de droit dérivé ne sont pas venues introduire des dispositions particulières relatives à la passation des contrats concernant certaines prestations de transport. Les articles 58 et 100 TFUE combinés ont pour effet que même pour les transports non soumis au titre du TFUE concernant les transports, à savoir la navigation aérienne et la navigation maritime, la libre prestation des services ne s'applique pas directement. Conformément à l'article 100, paragraphe 2, TFUE, elle doit être mise en œuvre par des dispositions de droit dérivé (voir par exemple l'arrêt de la Cour du 20 février 2001, *ANALIR*, C-305/99, points 18 et 19 ; ou encore l'arrêt de la Cour du 21 octobre 2004, *Commission/Grèce*, C-288/02, point 29).

²⁷⁵² Parfois l'article 49 TFUE est seul en cause. Il en est ainsi lorsque le marché ou la concession impliquent nécessairement un établissement sur le territoire de l'Etat membre. L'exploitation d'une infrastructure de sports et loisirs par exemple implique un établissement à l'endroit même de l'infrastructure. Dans ces cas, la libre prestation des services n'est pas en cause.

Dans d'autres cas, la libre prestation des services est seule concernée. Il en serait ainsi pour des prestations revêtant pour certaines entreprises un intérêt transfrontalier, mais qui sont de faible valeur. Ainsi, par exemple certains marchés publics de services ou de travaux dans des régions frontalières comme l'entretien d'horodateurs d'une petite municipalité limitrophe ou des travaux de nettoyage de peu d'importance. On peut supposer que l'obtention d'un pareil marché ne va pas décider une entreprise à s'établir par une filiale ou une succursale dans un autre Etat membre. Dans des cas pareils, la libre prestation des services est seule touchée et non la liberté d'établissement. Si la pratique d'attribuer de pareils marchés sans mise en concurrence est généralisée, par exemple, parce que la loi nationale permet de passer des marchés de gré à gré sans mise en concurrence en-dessous de certains seuils, l'effet cumulé de ces attributions directes, qui joue forcément en faveur des prestataires établis dans l'Etat en question, pourrait avoir pour effet de dissuader des entreprises d'autres Etats membre de s'établir dans l'Etat membre en question (cf. à ce sujet ci-dessus, no 504).

²⁷⁵³ Les Etats membres peuvent appliquer le règlement « au transport public de voyageurs par voie navigable et, sans préjudice du règlement (CEE) no 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des Etats membres (cabotage maritime), par voie maritime nationale » (article 1^{er}, paragraphe 2)

§ 2.- Champ d'application quant aux personnes

674.- L'obligation de passer les marchés conformément au règlement s'applique aux « autorités compétentes », c'est-à-dire à « toute autorité publique, ou groupe d'autorités publiques, d'un ou de plusieurs Etats membres, qui a la faculté d'intervenir dans les transports publics de voyageurs dans une zone géographique donnée, ou tout organe investi d'un tel pouvoir » (article 2, b)).

§ 3.- Type d'opérations visées : Contrats et décisions unilatérales

675.- Sont visés les contrats de service public de transport de voyageurs. La notion de « contrat de service public » au sens du règlement englobe également des situations considérées d'ordinaire comme non contractuelles.

La définition du règlement est en effet assez surprenante. Il s'agit d'« un ou plusieurs actes juridiquement contraignants manifestant l'accord entre une autorité compétente et un opérateur de service public en vue de confier à l'opérateur de service public la gestion et l'exploitation des services publics de transport de voyageurs soumis aux obligations de service public » (article 2, i) du règlement). Jusque-là, rien d'étonnant. Cependant, le règlement ajoute que « selon le droit des Etats membres, le contrat peut également consister en une décision arrêtée par l'autorité compétente qui :

- prend la forme d'un acte individuel législatif ou réglementaire, ou
- contient les conditions dans lesquelles l'autorité compétente elle-même fournit les services ou confie la fourniture de ces services à un opérateur interne ».

Ainsi, la notion de « contrat de service public » vise le cas échéant des situations dans lesquelles il n'y a qu'une partie²⁷⁵⁴ ! La précision fournie par le règlement que c'est le cas « selon le droit des Etats membres » ne fait qu'ajouter à la confusion.

Section 3.- Le règlement impose des mesures de publicité même dans les cas où il considère qu'il n'y a pas lieu à une mise en concurrence

§ 1^{er}.- Principe

676.- Le règlement 1370/2007 soumet l'attribution des contrats de service public à deux régimes distincts, l'un comportant expressément une mise en concurrence, l'autre ne requérant que la publication de certaines informations conformément à l'article 7 du règlement (article 7 du règlement). D'après le règlement, ce second régime n'implique pas de mise en concurrence²⁷⁵⁵.

L'article 7 du règlement prescrit la publication d'informations sommaires²⁷⁵⁶ un an au plus tard avant l'attribution directe, de même que la publication de certaines informations après l'attribution directe dans un rapport annuel global sur les obligations de service public relevant de la compétence de l'autorité concernée. Ce rapport doit indiquer « les opérateurs de service public retenus ainsi que les compensations et les droits exclusifs qui leur sont octroyés en contrepartie ». Le rapport doit faire « la distinction entre les transports par autobus et les transports ferroviaires, il permet le contrôle et l'évaluation de l'efficacité, de la qualité et du financement du réseau de transport public et donne, le cas échéant, des informations sur la nature et l'ampleur de tous les droits exclusifs accordés » (article 7, paragraphe 1^{er}).

Par ailleurs, en cas d'attribution directe « à la demande de toute partie intéressée, l'autorité compétente lui communique les motifs de sa décision relative à l'attribution directe d'un contrat de service public » (article 7, paragraphe 4).

²⁷⁵⁴ On ne peut que regretter cette façon de légiférer. Dans son acception ordinaire, la notion de contrat suppose la présence d'au moins deux personnes juridiques. Ici, en revanche, suivant le droit des Etats membres, l'autorité compétente qui fournit un service de transports publics de voyageurs par ses propres moyens peut se trouver engagée dans un contrat de service public. Il s'ensuit que le champ d'application du règlement est susceptible de varier suivant les Etats membres.

²⁷⁵⁵ Cf. la définition de l'« attribution directe » par l'article 2, h), du règlement.

²⁷⁵⁶ Publication du nom et des coordonnées de l'autorité compétente, du type d'attribution envisagé, des services et des territoires susceptibles d'être concernés par l'attribution (article 7, paragraphe 2).

§ 2.- Y a-t-il également mise en concurrence en cas d'« attribution directe » ?

677.- Suivant le vingt-neuvième considérant du règlement, la publicité préalable prévue à l'article 7 a pour but « de permettre aux éventuels opérateurs de services publics de réagir », le règlement ne précise pas de quelle manière les intéressés sont supposés réagir et quelle devrait être l'attitude de l'autorité compétente en cas de « réaction ». Il nous semble que les entreprises intéressées devraient du moins pouvoir demander des renseignements supplémentaires pour pouvoir faire des propositions à l'autorité compétente. Ainsi, le régime de l'« attribution directe » n'en aboutit pas moins à une certaine mise en concurrence.

Telle que la conçoit le règlement, l'attribution directe se situe à mi-chemin entre une attribution sans publication et une procédure de mise en concurrence formelle. Informés de l'intention de l'autorité compétente de conclure un contrat de service public de transport conformément à l'article 7, paragraphe 2, les entreprises intéressées ont la possibilité de se manifester auprès de l'autorité. Cela pourrait le cas échéant satisfaire l'exigence d'une « publicité adéquate » du droit primaire²⁷⁵⁷. D'après une jurisprudence constante de la Cour, cette exigence n'implique pas nécessairement un « appel d'offres formel »²⁷⁵⁸. Au sujet d'une nouvelle mise en concurrence d'une concession de services soumise uniquement aux règles du droit primaire, la Cour s'est exprimée comme suit : « Le cas échéant, la nouvelle procédure d'attribution devrait être organisée selon des modalités adaptées aux spécificités de la concession en cause et permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre Etat membre puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci ne soit attribuée » (arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 avril 2010, affaire C-91/08, Wall AG, point 42). Ainsi, du moins dans cet arrêt, la publicité demandée est assez légère.

Pour respecter le droit primaire l'autorité devrait transmettre aux intéressés des documents comportant les spécifications du marché ainsi que des informations sur la marche à suivre, à moins qu'elle projette de conclure un marché interne (« in-house »). Les informations devraient être les mêmes pour tous les candidats. L'autorité qui n'adopterait pas une démarche structurée et cohérente se trouverait réduite à improviser s'exposerait à des contestations²⁷⁵⁹.

§ 3.- Application des obligations de publicité de l'article 7 du règlement lorsqu'une collectivité locale décide d'exécuter elle-même le service public de transport en question

678.- Il y a également attribution directe au sens du règlement lorsqu'une collectivité locale effectue un service public de transport de voyageurs par ses propres moyens. Dans ce cas, il faut donc également procéder aux mesures de publicité prévues par l'article 7.

Section 4.- L'obligation de mise en concurrence prévue à l'article 5, paragraphe 3 du règlement

§ 1^{er}.- Champ d'application de l'obligation de mise en concurrence prévue à l'article 5, paragraphe 3 du règlement

679.- Seulement certains des contrats de service public visés par le règlement 1370/2007 doivent être précédés de la mise en concurrence prévue par l'article 5, paragraphe 3. A cet égard le législateur européen établit des distinctions assez arbitraires²⁷⁶⁰.

²⁷⁵⁷ En ce sens, J. POLSTER, « Der Rechtsrahmen für Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen », *NZBau*, 2010, pp. 662 et s., en particulier, p. 664.

²⁷⁵⁸ Cf. à ce sujet, ci-dessus, no 391.

²⁷⁵⁹ Prenons l'exemple suivant. L'autorité n'ayant pas précisé quels documents de potentiels intéressés devraient lui soumettre, elle reçoit des dossiers diversement composés. Elle réclame de trois candidats des pièces complémentaires et fixe un délai assez bref pour les obtenir. L'un des intéressés produit toutes les pièces à temps. Le second en fait de même, sauf qu'il en dépose une avec un retard de quelques jours. Un troisième ne remet rien et déclare quelques jours plus tard que n'ayant pas été en mesure de rassembler toutes les pièces dans le délai imposé, il n'a rien remis et se désiste. Que doit faire l'autorité en question : éliminer le second candidat ou accepter la pièce ? Informer le troisième candidat qu'il pourra remettre les documents demandés, bien qu'il n'ait rien remis dans le délai indiqué ?

²⁷⁶⁰ Articles 5, paragraphe 1^{er}, et 8, paragraphe 1^{er}, du règlement 1370/2007/CE.

A. Concessions de services de transports publics de voyageurs par autobus ou par tramway

680.- L'obligation de mise en concurrence de l'article 5, paragraphe 3, du règlement ne s'applique aux contrats de transports publics par autobus ou par tramway que s'il s'agit de *concessions* de services au sens des directives « marchés publics ».

Les *marchés publics* de transports publics de voyageurs par autobus et par tramway sont soumis aux dispositions des directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2004/17/CE. Les transports publics de voyageurs par tramway, à la différence de ceux par autobus, sont cependant des services non prioritaires. Aussi, les directives « marchés publics » n'imposent pas de mise en concurrence pour les marchés publics de transport public de voyageurs par tramway. Il n'en reste pas moins que ces marchés sont soumis à l'obligation de transparence préalable prévue à l'article 7, paragraphe 2, du règlement qui s'applique à tous les contrats de service public visés par le règlement. Pour les contrats de service public que le droit dérivé ne soumet qu'à cette forme de publicité, il en résulte un régime de passation peu clair qualifié d'« attribution directe »²⁷⁶¹.

L'article 4, paragraphe 2, du règlement prévoit que les recettes liées à la vente de titres de transport peuvent être conservées par l'opérateur de service public, être reversées à l'autorité compétente ou être partagées entre eux. Si toutes les recettes sont continuées à l'autorité compétente, il s'agit certainement d'un marché de services et non d'une concession. Il devrait en être de même si le prix des titres de transport est très inférieur aux coûts réels²⁷⁶².

B. Marchés publics et concessions de transport public de voyageurs par métro²⁷⁶³

681.- Les contrats de services publics de transport publics de voyageurs par métro sont soumis à l'obligation de mise en concurrence de l'article 5, paragraphe 3, du règlement 1370/2007, qu'il s'agisse de marchés publics ou de concessions²⁷⁶⁴.

C. Exclusion des marchés publics et des concessions de services de transport publics de voyageurs par chemin de fer²⁷⁶⁵

682.- Ces contrats (*marchés et concessions*) sont exemptés de la mise en concurrence de l'article 5, paragraphe 3, du règlement.

En revanche, le règlement 1370/2007 soumet la passation des contrats de services publics (*marchés et concessions*) de transport par chemin de fer au régime de passation hybride, assez mal défini, qualifié d'« attribution directe ». Ce régime comporte une publicité préalable assez faible²⁷⁶⁶. Le règlement 1370/2007, qualifie cette procédure de procédure passée « en l'absence de toute mise en concurrence préalable » (article 2, h)). L'attribution directe dans le domaine des transports ferroviaires est une faculté que le règlement accorde « sauf interdiction en vertu du droit national » (article 5, paragraphe 6).

Le règlement soustrait d'ailleurs les *marchés publics* de transports publics de voyageurs par chemin de fer du champ d'application des directives « marchés publics »²⁷⁶⁷.

²⁷⁶¹ Cf. ci-dessus, nos 676 et 677.

²⁷⁶² Voir en ce sens également, H. PÜNDER, « Öffentlicher Auftrag » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008, p. 135.

²⁷⁶³ Nous écrivons « par métro », parce que les transports ferroviaires par tramway obéissent à des règles différentes (article 5, paragraphe 1^{er}, et article 8, paragraphe 1^{er}, du règlement) et que les transports par chemin de fer font l'objet de l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 6. Il ne reste donc en principe plus que le métro comme autre mode de transport ferroviaire.

²⁷⁶⁴ Les directives rangent les *transports ferroviaires* dans les services non prioritaires et, dès lors, les marchés des transports ferroviaires, y compris ceux par tramway ou métro, ne sont pas soumis à concurrence d'après les directives 2004/17 et 2004/18 (annexe II B de la directive 2004/18 et annexe XVII B de la directive 2004/17).

²⁷⁶⁵ Cf. à ce sujet également le no 681.

²⁷⁶⁶ Cf. ci-dessus, nos 676 et 677.

²⁷⁶⁷ Cf. la première phrase de l'article 5, paragraphe 1^{er}, et de l'article 8, paragraphe 1^{er}, du règlement.

§ 2.- Contenu de la mise en concurrence visée par l'article 5, paragraphe 3

683.- Le règlement se limite à énoncer les grands principes d'après lesquels la mise en concurrence doit se faire.

La procédure adoptée pour la mise en concurrence doit être « ouverte à tout opérateur ». Elle doit être « équitable, et respecte[r] les principes de transparence et de non-discrimination » (article 5, paragraphe 3). Il s'ensuit que la procédure devra au moins respecter toutes les règles de mise en concurrence que la jurisprudence de la Cour a déduites des principes d'égalité de traitement et de transparence²⁷⁶⁸. Le règlement précise qu'« après la soumission des offres et une éventuelle présélection, la procédure peut donner lieu à des négociations dans le respect de ces principes, afin de préciser les éléments permettant de répondre au mieux à la spécificité ou à la complexité des besoins ».

Ce passage a été interprété en ce sens que des négociations ne seraient admises que dans des cas exceptionnels lorsque les prestations demandées seraient atypiques ou particulièrement complexes²⁷⁶⁹. Cette interprétation est à rejeter. Dans ce domaine les besoins sont presque toujours « spécifiques » et, le plus souvent, ils présentent une certaine complexité. Le règlement paraît cependant limiter l'objet des négociations qui ne devraient viser qu'à « préciser les éléments permettant de répondre au mieux à la spécificité ou à la complexité des besoins ».

Le règlement fournit par ailleurs quelques précisions qui vont de soi :

- « Lorsque les autorités compétentes exigent que les opérateurs de service public respectent certaines normes sociales, les documents de mise en concurrence et les contrats de service public recensent le personnel concerné et donnent des précisions claires sur ses droits contractuels ainsi que les conditions dans lesquelles les employés sont réputés liés aux services » (article 4, paragraphe 5) ;
- « Lorsque, conformément au droit national, les autorités compétentes exigent des opérateurs de service public qu'ils respectent certaines normes de qualité, celles-ci figurent dans les documents de mise en concurrence et dans les contrats de service public » (article 4, paragraphe 6) ;
- « Les documents de mise en concurrence et les contrats de service public précisent de manière transparente si, et si oui, dans quelle mesure, la sous-traitance peut être envisagée » (article 4, paragraphe 7)²⁷⁷⁰.

Comment l'autorité compétente doit-elle informer les entreprises qui pourraient être intéressées ? D'abord, le règlement exige qu'« au plus tard un an avant le lancement de la procédure de mise en concurrence ou un an avant l'attribution directe, soient publiées au Journal officiel de l'Union européenne au minimum les informations suivantes :

- « a) le nom et les coordonnées de l'autorité compétente ;
- b) le type d'attribution envisagée ;
- c) les services et les territoires susceptibles d'être concernées par l'attribution » (article 7, paragraphe 2) ».

²⁷⁶⁸ Voir également en ce sens pour l'indication des critères d'attribution et la communication de leur pondération, s'il y en a une : J. POLSTER, « Der Rechtsrahmen für Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen », *NZBau*, 2010, pp. 662 et s., en particulier, p. 665.

²⁷⁶⁹ Cf. à ce sujet, J. POLSTER, « Der Rechtsrahmen für Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen », *NZBau*, 2010, pp. 662 et s., en particulier, p.665.

²⁷⁷⁰ L'article 4, paragraphe 7, prévoit qu' « (...) en cas de sous-traitance, l'opérateur chargé de la gestion et de l'exécution du service public de transport de voyageurs conformément au présent règlement est tenu d'exécuter lui-même une partie importante du service public de transport de voyageurs. Un contrat de service public couvrant en même temps la conception, l'établissement et le fonctionnement de services publics de transport de voyageurs peut autoriser la sous-traitance complète de l'exécution de ces services (...)».

Le règlement impose cette publication tant dans les cas où il permet une « attribution directe », (sauf le cas de l'urgence et celui des contrats portant sur de courtes distances) que dans ceux où une mise en concurrence est prescrite conformément à l'article 5, paragraphe 3.

Les avis divergent sur le point de savoir si après cette publication, il faut encore un avis de marché plus détaillé à une date plus proche de la conclusion du contrat²⁷⁷¹. Contre une publication supplémentaire, on a fait valoir que la seule publication expressément requise par le règlement 1370/2007 est celle requise à l'article 7 une année au moins avant le lancement de la procédure, cette publication représentant une publicité suffisante au regard de la jurisprudence *Coname*²⁷⁷². Dès lors, la publicité requise à l'article 7, paragraphe 2, serait conforme aux principes énoncés par l'article 5, paragraphe 3²⁷⁷³. Cette opinion ne peut être suivie. Les informations que l'article 7 oblige l'autorité compétente de publier un an à l'avance sont insuffisantes pour permettre aux entreprises de savoir si le marché est susceptible de les intéresser et n'indique aucun délai pour la remise des offres ou pour introduire une demande de participation. Dès lors cette publication seule ne satisferait pas aux exigences de transparence et de non-discrimination posées par l'article 5, paragraphe 3, du règlement, ni d'ailleurs à celles du droit primaire. Il convient d'ailleurs de remarquer que l'article 7, paragraphe 2, prévoit que cette publication d'informations doit intervenir un an « avant le lancement de la procédure ». Or, une procédure est d'ordinaire « lancée » par un avis de marché. D'autres versions linguistiques du règlement le disent expressément, ainsi la version anglaise (« at least one year before the launch of the invitation to tender procedure ») ou la version néerlandaise « ten minste één jaar vóór de bekendmaking van uitnodiging tot inschrijving ».

§ 3.- Exceptions à l'obligation de mise en concurrence de l'article 5, paragraphe 3, du règlement

684.- Le règlement prévoit plusieurs d'exceptions :

- L'autorité compétente peut décider de fournir elle-même le service ou alors confier cette tâche à une entité juridique distincte constituant un « opérateur interne »²⁷⁷⁴ (il s'agit de l'application de l'exception in-house²⁷⁷⁵ aux contrats de service public de transport) (article 5, paragraphe 2) (point A. ci-après) ;
- Les contrats de moindre importance ne dépassant pas les seuils fixés par le règlement (article 5, paragraphe 4)²⁷⁷⁶ sont exemptés de la mise en concurrence (point B. ci-après) ;

²⁷⁷¹ Nécessité d'un avis de marché supplémentaire : H. SCHROEDER, « Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV - Verordnung », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, pp. 1288 et s., p. 1293 ; N. GRIEM et J. MOSTERS, in *Brennpunkte des öffentlichen Personenverkehrs vor dem Hintergrund der neuen EG-Personenverkehrsdienserverordnung*, Nr. 1370/2007, H. PÜNDER et H.-J. PRIEB (éditeurs), Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, pp. 1 et s. ; avis de marché non requis : J. POLSTER, « Der Rechtsrahmen für Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen », *NZBau*, 2010, pp. 662 et s., en particulier, p. 664.

²⁷⁷² Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03 (cf. également ci-dessus no 359 au sujet de cet arrêt).

²⁷⁷³ Article 5, paragraphe 3, 2^e phrase : « La procédure adoptée pour la mise en concurrence est ouverte à tout opérateur, est équitable, et respecte les principes de transparence et de non-discrimination ».

²⁷⁷⁴ Cf. la définition de l'« opérateur interne » que donne l'article 2, j), du règlement : « une entité juridiquement distincte sur laquelle l'autorité compétente ou, dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente, exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ».

²⁷⁷⁵ Cf. ci-dessus nos 221 et s. quant à cette exception encore appelée « exception Teckal ».

²⁷⁷⁶ Article 5, paragraphe 4 : « Sauf interdiction en vertu du droit national, les autorités compétentes peuvent décider d'attribuer directement des contrats de service public dont la valeur annuelle moyenne est estimée à moins de 1 000 000 EUR ou qui ont pour objet la fourniture annuelle de moins de 300 000 kilomètres de services publics de transport de voyageurs ».

Lorsqu'un contrat de service public est attribué directement à une petite ou moyenne entreprise n'exploitant pas plus de vingt-trois véhicules, les plafonds susmentionnés peuvent être relevés à une valeur annuelle moyenne estimée à moins de 2 000 000 EUR ou à une fourniture annuelle de moins de 600 000 kilomètres de services publics de transport de voyageurs ».

- Des mesures d'urgence en cas d'interruption des services ou de risque imminent d'apparition d'une telle situation (article 5, paragraphe 5) peuvent justifier une attribution directe d'un contrat de service public de transport n'excédant pas deux ans (point C. ci-après) ;
- L'attribution directe de contrats de service public de transport par chemin de fer (article 5, paragraphe 6), sauf interdiction en vertu du droit national. Cette exception soustrait à l'obligation de mise en concurrence de l'article 5, paragraphe 3, une catégorie très importante des contrats de service public. Si ces contrats sont passés sans mise en concurrence, leur durée ne peut être en principe que de dix ans au maximum et non de quinze ans (point D. ci-après).

Ces exceptions se trouvent atténuées par l'obligation de publier des informations préalables un an au moins avant l'attribution (l'article 7, paragraphe 2)²⁷⁷⁷. Au sens du règlement 1370/2007, cette publication n'emporte cependant pas de mise en concurrence. D'après le règlement, l'attribution directe implique l'« absence de toute procédure de mise en concurrence préalable » (article 2, h)).

A. L'exception in-house suivant le règlement no 1370/2007

685.- Les conditions que la Cour de justice requiert pour l'attribution directe à une entité juridique distincte suivant l'exception « in-house » se retrouvent avec quelques différences dans le règlement no 1370/2007.

1. Le contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services

686.- Le recours à l'exception *in-house* suppose d'après le règlement que « l'autorité locale compétente ou, dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente, exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » (article 5, paragraphe 2). A cette fin, « il est tenu compte d'éléments tels que le niveau de représentation au sein des organes d'administration, de direction ou de surveillance, les décisions y relatives dans les statuts, la propriété ainsi que l'influence et le contrôle effectifs sur les décisions stratégiques et sur les décisions individuelles de gestion »²⁷⁷⁸.

La condition qu'en cas de groupement d'autorités au moins une autorité locale compétente exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services diffère des conditions à respecter dans cette hypothèse suivant l'exception *Teckal*²⁷⁷⁹. Ces conditions paraissent d'ailleurs s'exclure réciproquement. Si le contrôle exercé collectivement est analogue à celui que les autorités associées exercent sur leurs propres services, le contrôle individuel de ces autorités est forcément moins fort et aucune autorité ne peut avoir individuellement le pouvoir d'exercer un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Inversement, si l'une des entités exerce à titre individuel un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, le contrôle collectif sera moins fort, situation que la Cour ne semble pas accepter²⁷⁸⁰.

Le règlement s'écarte également de la jurisprudence de la Cour qui exclut le recours à l'exception *Teckal* en cas de participation privée, même minime. Il retient que « conformément au droit communautaire, la détention à 100% du capital par l'autorité publique compétente, en particulier dans le cas de partenariats publics-privés, n'est pas une condition obligatoire pour établir un contrôle au sens du présent paragraphe, pour autant que le secteur public exerce une influence dominante et que le contrôle puisse être établi sur base d'autres critères ». Cette affirmation est contraire à l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005²⁷⁸¹. D'après cet arrêt une participation même minime de la part d'une entreprise privée dans l'entité à laquelle est attribué le marché public empêche l'attribution directe du marché²⁷⁸². Il n'en est pas différemment dans le cas des partenariats publics-privés auquel le règlement

²⁷⁷⁷ Cf. ci-dessus, nos 676 et 677.

²⁷⁷⁸ Article 5, paragraphe 2., a), 1^{re} phrase) du règlement.

²⁷⁷⁹ Voir l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C- 324/07, point 50.

²⁷⁸⁰ Arrêt de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11, point 30.

²⁷⁸¹ Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, point 50. Voir par ailleurs ci-dessus nos 221 et s. à propos de l'exception in-house.

²⁷⁸² Voir en particulier ci-dessus, nos 224 et 225.

se réfère²⁷⁸³. Comme l'obligation de mise en concurrence en cas de participation privée, même minimale, résulte du droit primaire, le droit dérivé ne devrait pas pouvoir y déroger. La Cour justifie l'interdiction de toute participation privée non seulement par la difficulté d'un « contrôle comme sur ses propres services », mais également par la considération que l'associé privé de l'entité qui obtient le marché serait indûment avantagé par rapport à ses concurrents²⁷⁸⁴.

2. Condition quant à l'activité de l'opérateur interne

687.- L'opérateur interne ne peut exercer son activité de transport public de voyageurs que sur le territoire de l'autorité locale compétente, « nonobstant d'éventuelles lignes sortantes et autres éléments accessoires à cette activité se prolongeant sur le territoire d'autorités compétentes voisines » et ne peut pas participer à des mises en concurrence concernant la fourniture de services publics de transport de voyageurs organisés en dehors du territoire de l'autorité locale compétente (article 5, paragraphe 2, b)). Cela semble indiquer que dans la zone en question, l'opérateur interne pourrait participer à des mises en concurrence, c'est-à-dire agir le cas échéant sur le marché autrement que de manière marginale. Il s'agit là d'une divergence notable par rapport à la jurisprudence *Teckal*. Lorsque l'autorité qui attribue le contrat est une autorité nationale, mais que la zone géographique pour laquelle le contrat de service public a été accordé à l'opérateur interne n'est pas nationale, c'est la zone pour laquelle l'opérateur interne a été désigné qui est déterminante (article 5, paragraphe 2, d)).

Relevons quelques autres divergences par rapport à l'exception *Teckal* sous le régime du droit primaire et sous celui des directives « marchés publics ». D'après l'exception *Teckal*, il est sans pertinence de savoir sur quel territoire les prestations sont fournies²⁷⁸⁵. D'autre part, le règlement interdit une activité de transport au-delà du territoire de l'autorité en question, mais non d'autres activités²⁷⁸⁶. Or, d'après la Cour l'exercice d'autres activités économiques significatives exclut le recours à l'exception in-house.

²⁷⁸³ Cette expression ne fait pas l'objet d'une définition précise et recouvre à vrai dire des situations variées (cf. en ce sens l'arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, C-196/08, *Acoset*, point 63).

²⁷⁸⁴ Cf. l'arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, points 50 et 51 : « Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente.

En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents ».

²⁷⁸⁵ Cf. l'arrêt de la Cour du 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, points 65, 66 et 67 : « Quant à la question de savoir s'il faut prendre en compte dans ce contexte le seul chiffre d'affaires réalisé avec la collectivité de tutelle ou celui réalisé sur le territoire de cette collectivité, il faut considérer que le chiffre d'affaires déterminant est celui que l'entreprise en question réalise avec des utilisateurs en exécution de telles décisions.

En effet, les activités d'une entreprise adjudicataire dont il convient de tenir compte sont toutes celles que cette entreprise réalise dans le cadre d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de l'identité du bénéficiaire, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'utilisateur des prestations.

Il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée, que ce soit la collectivité qui la détient ou les usagers de prestations fournies en vertu de concessions ou d'autres relations juridiques établies par ladite collectivité. Il est également sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies ».

²⁷⁸⁶ L'avocat général Christine Stix-Hackl a posé la question de la pertinence de la distinction entre les activités spécifiquement visées par le marché en question et les autres activités de l'entité à laquelle le marché est attribué : « On peut en outre se demander s'il faut uniquement tenir compte de certaines activités réalisées par une entité ou de l'ensemble de ces activités. On pourrait ainsi entendre le critère du caractère essentiel en ce sens qu'il ne faut tenir compte que du type de prestations devant également être fournies à l'entité qui exerce le contrôle, par exemple la fourniture d'énergie, les autres prestations réalisées par l'entité en cause, telles que l'élimination des déchets, n'étant dans ce cas pas prises en considération et le pourcentage d'activités réalisé

Le règlement restreint d'un autre côté le recours à l'exception de quasi-régie en prévoyant que la condition relative à l'activité doit être remplie pour toute entité sur laquelle l'opérateur interne « a une influence, même minimale » (article 5, paragraphe 2, b)). Cette condition constitue une limite supplémentaire que l'exception *Teckal* ne comporte pas.

Exceptionnellement, un opérateur interne « peut participer à des mises en concurrence équitables pendant les deux années qui précèdent le terme du contrat de service public qui lui a été attribué directement, à condition qu'une décision définitive ait été prise visant à soumettre les services de transport de voyageurs faisant l'objet du contrat de l'opérateur interne à une mise en concurrence équitable et que l'opérateur interne n'ait conclu aucun autre contrat de service public attribué directement » (article 5, paragraphe 2, c)). Cette exception n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice²⁷⁸⁷.

3. *Appréciation*

688.- Le règlement 1370/2007 contient des dispositions qui permettent des attributions directes à des « opérateurs internes » sous des conditions similaires à celles que la Cour a fixées dans sa jurisprudence relative aux attributions directes en quasi-régie. Tantôt plus larges, tantôt plus restrictives que celles de la jurisprudence « in-house » de la Cour, les conditions prévues par le règlement s'en écartent cependant sensiblement.

Comme la Cour a rattaché les conditions de l'exception *Teckal* au droit primaire, un assouplissement de ces conditions par le droit dérivé ne paraît guère admissible. L'exception in-house de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE pose d'ailleurs un problème similaire, ainsi que nous l'avons vu à un autre endroit²⁷⁸⁸. Comme l'article 7, paragraphe 2, du règlement impose en tout état de cause une certaine publicité²⁷⁸⁹, le non-respect des conditions *Teckal* n'entraîne cependant pas nécessairement une violation du droit primaire.

Plus les conditions sont rendues strictes, moins grand est le risque qu'il soit porté atteinte aux articles 49 et 56 TFUE (anciens articles 43 et 49 CE). En revanche, il n'est pas exclu que l'article 345 TFUE ou un autre principe de droit primaire interdisent au législateur européen de soumettre l'exception *Teckal* à des conditions plus strictes que celles que la Cour a retenues²⁷⁹⁰.

dans ce secteur spécifique étant alors le seul pourcentage déterminant » (conclusions dans l'affaire Carbotermo, C-340/04, point 101).

²⁷⁸⁷ Pour rester cohérent, il faudrait raisonner ainsi que la Cour l'a fait à propos de la disparition de l'une des conditions de l'exception « in-house ». Ainsi, la Cour a rattaché la conséquence suivante à la disparition de la condition de l'absence de toute participation privée dans l'entité « *Teckal* » : « Si, pendant la durée du contrat en cause au principal, le capital d'AMTAB Servizio est ouvert à des actionnaires privés, l'effet d'une telle situation serait d'attribuer une concession de services publics à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C- 29/04, non encore publié au Recueil, point 48) » (arrêt du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, point 30). Le raisonnement ne devrait pas être différent si l'une des deux autres conditions de l'exception in-house venait à disparaître. Ainsi, lorsque l'opérateur commence à exercer une activité non marginale en dehors du ou des contrats attribués par l'autorité en question, c'est à partir de ce moment qu'il ne peut plus être considéré comme un opérateur interne et que le maintien du contrat en cours équivaut à une attribution directe en-dehors d'une mise en concurrence.

²⁷⁸⁸ Voir ci-dessus au no 81.

²⁷⁸⁹ Cf. ci-dessus, nos 676 et 677.

²⁷⁹⁰ D'après l'article 345 TFUE, « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ». D'après l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer « le respect du régime de la propriété dans les Etats membres qui est consacré par l'article 295 CE doit s'étendre à toute mesure qui, par le biais de l'intervention dans le secteur public, au sens économique du terme, permet à l'Etat de contribuer à façonner l'activité économique de la nation » (conclusions du 3 juillet 2001 dans les affaires Commission/Portugal (C-367/98), Commission/France (C-483/99) et Commission/Belgique (C-503/99), point 56). D'après l'avocat général, cet article permet aux Etats d'intervenir dans l'économie par des entreprises publiques (cf. point 53) ou, d'une façon générale, par la prise de participations dans des entreprises (cf. le point 42). Si l'exception in-house était fondée sur l'article 345 TFUE - ce qui ne paraît pas être le cas - elle procéderait d'une garantie donnée aux Etats par le traité. Le droit dérivé ne pouvant imposer des limites plus strictes à une faculté

B. Contrats de moindre importance (article 5, paragraphe 4)

689.- A ce sujet, le règlement 1370/2007/CE dispose comme suit :

« Sauf interdiction en vertu du droit national, les autorités compétentes peuvent décider d'attribuer directement des contrats de service public dont la valeur annuelle moyenne est estimée à moins de 1 000 000 EUR ou qui ont pour objet la fourniture annuelle de moins de 300 000 kilomètres de services publics de transport de voyageurs.

Lorsqu'un contrat de service public est attribué directement à une petite ou moyenne entreprise n'exploitant pas plus de vingt-trois véhicules, les plafonds susmentionnés peuvent être relevés à une valeur annuelle moyenne estimée à moins de 2 000 000 EUR ou à une fourniture annuelle de moins de 600 000 kilomètres de services publics de transport de voyageurs » (article 5, paragraphe 4).

La valeur comprend la rémunération totale hors tva perçue de la part des voyageurs ainsi que les compensations qui s'y ajoutent payées par l'autorité compétente à l'opérateur²⁷⁹¹.

La faculté plus largement accordée de conclure des contrats sans mise en concurrence avec de petites ou moyennes entreprises pose un problème de conformité au droit primaire²⁷⁹². Si, comme il est permis de le supposer, les seuils de un million d'euros ou de 300 000 kilomètres marquent la limite à partir de laquelle un contrat commence à présenter un intérêt transfrontalier, ce n'est pas parce qu'il est accordé à une petite ou moyenne entreprise qu'il perd son intérêt transfrontalier. Une restriction aux libertés fondamentales ne peut se justifier par le souci d'encourager les petites et moyennes entreprises, mais seulement par des motifs de sécurité publique, de santé publique, d'ordre public ou par d'autres motifs impérieux d'intérêt général, la limitation devant être apte à atteindre l'objectif poursuivi, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire et répondre au souci d'atteindre cet objectif de manière systématique et cohérente²⁷⁹³.

C. Mesures d'urgence (article 5, paragraphe 5)

690.- A cet égard, le règlement prévoit ce qui suit :

« En cas d'interruption des services ou de risque imminent d'apparition d'une telle situation, l'autorité compétente peut prendre une mesure d'urgence. Cette mesure d'urgence prend la forme d'une attribution directe ou d'un accord formel de prorogation d'un contrat de service public ou de l'exigence de l'exécution de certaines obligations de service public. L'opérateur de service public a le droit de former un recours contre la décision lui imposant l'exécution de certaines obligations de service public. L'attribution ou la prorogation d'un contrat de service public par mesure d'urgence ou l'imposition d'un tel contrat ne dépasse pas deux ans » (article 5, paragraphe 5).

Cette exception est conçue de manière moins stricte que la disposition correspondante de la directive 2004/18/CE qui requiert une « urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question » qui « n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché ... » (article 31, c), de la directive 2004/18/CE). La directive 2004/18/CE exige également que les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne soient en aucun cas imputables aux pouvoirs adjudicateurs²⁷⁹⁴.

accordée par le traité aux Etats, il ne pourrait pas soumettre l'exception « in-house » à des conditions supplémentaires. A noter que d'après la Cour, l'article 345 TFUE ne saurait être invoqué pour justifier des entraves aux libertés prévues par le traité (cf. en ce sens notamment l'arrêt de la Cour du 4 juin 2002, Commission/Portugal, C-367/98, point 48).

²⁷⁹¹ Voir l'article 2, k) pour la définition exacte de la notion de « valeur ».

²⁷⁹² Cf. ci-dessus no 672 où nous expliquons dans quelle mesure une mise en concurrence s'impose dans le domaine des transports en vertu du droit primaire.

²⁷⁹³ Cf. ci-dessus no 458.

²⁷⁹⁴ Cf. à ce sujet de cette exception, ci-dessus no 432.

D. Les contrats de service public de transport de voyageurs par chemin de fer (mais non par tramway ou par métro)

691.- Ces contrats peuvent être attribués directement, sauf interdiction par le droit national. Dans ce cas, la durée de ces contrats ne peut cependant dépasser dix ans. Cette exception est difficile à concilier avec les exigences de la mise en concurrence du droit primaire. Ces contrats ne sont cependant pas dispensés de la publicité préalable prescrite par l'article 7, paragraphe 2, du règlement.

E. Période transitoire pour la mise en concurrence prévue par l'article 5, paragraphe 3 (article 8 du règlement)

692.- Pendant la période transitoire, les « autorités compétentes » sont dispensées de procéder à des mises en concurrence. En revanche, les autres dispositions du règlement, y compris l'article 7 qui prévoit certaines mesures de publicité²⁷⁹⁵, s'appliquent dès son entrée en vigueur à tous les contrats qui entrent dans son champ d'application. Ces règles s'imposent donc depuis le 3 décembre 2009 à tous les « contrats de service public » visés par le règlement, c'est-à-dire, les marchés publics et les concessions dans le domaine des transports publics par route et par mode ferroviaire, y compris ceux confiées à un « opérateur interne », ainsi que, dans certains cas du moins²⁷⁹⁶, aux décisions des pouvoirs publics de prester les services de transports par leurs propres moyens.

1. Durée

693.- Le règlement prévoit une période transitoire jusqu'au 3 décembre 2019 pour la mise en concurrence suivant l'article 5. En revanche, lorsque l'article 5 accorde une dérogation à la mise en concurrence, comme c'est le cas pour les contrats de service public par chemin de fer, cette exception s'applique au-delà de la période transitoire²⁷⁹⁷. Les obligations de publicité de l'article 7, obligatoires également en cas d'attribution directe, s'appliquent en revanche à partir 3 décembre 2009, date d'entrée en vigueur du règlement.

2. Contrats visés

694.- Les dispositions transitoires du règlement ne s'appliquent que lorsqu'il s'agit de contrats qui sont soumis à l'obligation de mise en concurrence prévue par le règlement²⁷⁹⁸. Les *marchés publics* de transports public de voyageurs par autobus ou par tramway régis par les directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2004/17/CE ne sont pas visés.

3. La période transitoire ne vise que l'obligation de mise en concurrence

695.- La période transitoire ne s'applique qu'à l'obligation de mise en concurrence prévue à l'article 5, paragraphe 3 du règlement (article 8, paragraphe 2). Elle ne s'applique pas aux obligations de publication prévues à l'article 7 du règlement²⁷⁹⁹. Autrement dit, la publication d'information avant l'attribution directe, prévue à l'article 7 du règlement est obligatoire depuis le 3 décembre 2009, date de l'entrée en vigueur du règlement. Il en est également ainsi pour les informations à publier ou à communiquer après l'attribution. De même, l'article 6 du règlement qui concerne les compensations de service public devrait s'appliquer depuis l'entrée en vigueur du règlement aux contrats de service

²⁷⁹⁵ Cf. ci-dessus, les nos 676 et 677.

²⁷⁹⁶ Cf. la précision ambiguë du règlement qu'il en est ainsi « selon le droit des Etats membres » (article 2, i), du règlement).

²⁷⁹⁷ Voir en sens contraire, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009. De fait, ce n'est que la proposition de règlement de la Commission du 30 janvier 2013 modifiant le règlement (CE) no 1370/2007 (COM (2013) 28 final) qui prévoit d'imposer une mise en concurrence pour les contrats de service public de transport par chemin de fer.

²⁷⁹⁸ Article 8, paragraphe 1^{er}, du règlement.

²⁷⁹⁹ Voir ci-dessus, les nos 676 et 677.

public en cours²⁸⁰⁰. L'article 6 renvoie à l'article 4 qui prévoit notamment que les contrats « établissent à l'avance de façon objective et transparente : i) Les paramètres sur la base desquels la compensation, s'il y a lieu, doit être calculée ... ». Si toute compensation versée à partir du 3 décembre 2009 doit reposer sur de pareils paramètres, il y aurait lieu de négocier des avenants à tous les contrats existants ne répondant pas à ces exigences. Bien que le règlement ne le précise pas, il faut penser qu'il s'agit d'une suite inévitable de l'exigence que toute compensation doit être conforme aux conditions de l'article 4 (le contrat devant établir de manière objective et transparente des paramètres sur la base desquels la compensation est calculée). A première vue, cette façon de voir les choses paraît avoir été infirmée par un arrêt du Tribunal du 20 mars 2013²⁸⁰¹ dans une affaire où il s'agissait notamment d'un contrat de service public de transport conclu en 2005 et venant à échéance en 2014. En fait, le raisonnement du Tribunal se fonde sur la prémisse erronée que les compensations en cause étaient des compensations déjà versées, mais non notifiées. Partant de cette prémisse, le raisonnement du Tribunal est correct.

La conclusion des avenants en question constituerait normalement une modification substantielle des contrats en cours. Conformément au droit primaire, de telles modifications équivalent à l'attribution d'un contrat nouveau et requièrent une nouvelle mise en concurrence. Le règlement prévoit cependant une solution différente, puisque ce n'est que « progressivement » que des mises en concurrence doivent être effectuées²⁸⁰².

4. Manière de procéder pour l'attribution des contrats pendant la période transitoire

(a) Principes du règlement 1370/2007

696.- L'article 8, paragraphe 2, prévoit qu'« au cours de cette période transitoire, les Etats membres prennent des mesures pour se conformer progressivement à l'article 5 [c'est-à-dire les modalités d'attribution des contrats de service public, en particulier le principe de la mise en concurrence], afin d'éviter de graves problèmes structurels concernant notamment les capacités de transport ». Le règlement omet de préciser ce que cela implique concrètement. Il pourrait le cas échéant être fait grief à un Etat de ne pas avoir pris de mesures pour se conformer progressivement à l'obligation de mise en concurrence. On voit cependant mal comment il pourrait être reproché à un Etat membre d'avoir manqué au règlement à l'occasion d'un marché déterminé en s'abstenant de procéder à une mise en concurrence. De fait, le règlement dispense donc les contrats concernés de mise en concurrence jusqu'au 3 décembre 2019.

Le règlement prévoit que « dans un délai de six mois suivant la première moitié de la période transitoire, les Etats membres fournissent à la Commission un rapport d'avancement mettant l'accent sur la mise en œuvre de l'attribution progressive des contrats de service public conformément à l'article 5. Sur base des rapports d'avancement des Etats membres, la Commission peut proposer des mesures appropriées, adressées aux Etats membres »²⁸⁰³.

L'article 8, paragraphe 4, du règlement énonce une règle permettant aux autorités compétentes d'exclure des mises en concurrence auxquelles elles procèdent pendant la seconde moitié de la période transitoire les opérateurs de service public « qui ne peuvent pas apporter la preuve que la valeur des services publics de transports pour lesquels ils bénéficient d'une compensation ou d'un droit exclusif octroyés conformément au règlement représente au moins la moitié de la valeur de l'ensemble des services publics de transports pour lesquels ils bénéficient d'une compensation ou d'un droit exclusif ». Les contrats attribués par une mesure d'urgence conformément à l'article 5, paragraphe 5, n'entrent pas en compte²⁸⁰⁴. Comme l'interdiction de compensations non conformes au règlement

²⁸⁰⁰ Cf. en ce sens également T.M. RUSCHE et S. SCHMIDT, « Transport » in *Financing Services of General Economic Interest*, E. SZYCZSAK et J.W. VAN DEN GRONDEN (éditeurs), The Hague, Asser Press, 2013, pp. 217 et s., no 11.3.1.1. Voir également en ce sens sous la décision en matière d'aide d'Etat de la Commission du 24 février 2012 concernant les contrats de service public de transport entre le ministère danois des transports et Danske Statsbauer [Aide d'Etat C 41/08 (ex NN 35/08)] (JO L 7 du 11 janvier 2011, pp. 1 et s., nos 306 à 314.

²⁸⁰¹ Arrêt du Tribunal du 20 mars 2013, Andersen, T-92/11, points 47 à 57.

²⁸⁰² Voir ci-dessous, no 696.

²⁸⁰³ Article 8, paragraphe 2^e, 3^e et 4^e phrases.

²⁸⁰⁴ Article 8, paragraphe 4, 1^{er} alinéa, dernière phrase, du règlement.

s'applique dès son entrée en vigueur, tant pendant la période transitoire qu'après, il est étonnant que l'exclusion ne soit possible que pendant la période transitoire. Il n'est d'ailleurs pas possible d'exclure les opérateurs de service public qui assurent les services en cause au moment où la mise en concurrence a lieu²⁸⁰⁵.

(b) Appréciation : Les dispositions transitoires du règlement sont-elles conformes aux exigences de la mise en concurrence déduites du droit primaire ?

697.- La période transitoire jusqu'au 3 décembre 2019 pour attribuer les contrats de service public de transport par voie de mise en concurrence suivant l'article 5, paragraphe 3, ne paraît pas conforme aux exigences de publicité résultant du droit primaire. La seule publicité prévue à l'article 7, paragraphe 2, du règlement, obligatoire depuis le 3 décembre 2009, date de l'entrée en vigueur du règlement, ne nous paraît pas remplir l'exigence de mise en concurrence du droit primaire.

A strictement considérer les choses, les marchés ou les concessions présentant un intérêt transfrontalier attribués sans mise en concurrence avant l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 (C-324/98) seraient en principe tous irréguliers et il devrait être mis fin à ceux qui sont encore en cours. L'arrêt *Telaustria* n'a en effet fait qu'interpréter le droit primaire tel qu'il existait depuis l'origine²⁸⁰⁶.

La Cour a cependant jugé que le principe de sécurité juridique impose que la résiliation d'une concession conclue sans mise en concurrence soit assortie d'une période transitoire si la concession a été attribuée avant que la jurisprudence de la Cour n'ait exigé que les concessions présentant un intérêt transfrontalier certain soient précédées d'une mise en concurrence²⁸⁰⁷.

Le principe de sécurité juridique pourrait justifier en partie les dispositions transitoires du règlement 1370/2007, mais non intégralement. Ainsi, d'après les dispositions du règlement, une concession conclue sans mise en concurrence par un Etat membre en 2008, donc manifestement après les premières décisions de la Cour exigeant que les concessions soient précédées d'une mise en concurrence, continue, ainsi que le permet le règlement, pendant toute sa durée, avec pour seule limite que sa durée soit limitée et comparable aux durées prévues par le règlement pour les contrats à conclure après son entrée en vigueur. La nécessité d'une mise en concurrence étant connue bien avant l'attribution de la concession, il y aurait lieu plutôt de considérer que l'attribution de la concession est intervenue en violation du droit européen et que le maintien de la concession constitue un manquement aux obligations découlant du traité FUE²⁸⁰⁸.

F. Dispositions transitoires quant aux contrats en cours

698.- Le règlement contient des dispositions assez compliquées relatives à la durée des contrats de service public suivant l'époque à laquelle ils ont été conclus.

A. Contrats conclus à partir du 3 décembre 2009

699.- En principe, la durée des contrats de service public est limitée et ne peut dépasser dix ans pour les services d'autobus et d'autocar et quinze ans pour les services de transport de voyageurs par chemin de fer ou autres modes ferroviaires. Le règlement prévoit que la durée peut être allongée de moitié au maximum, si l'opérateur de service public fournit certains actifs significatifs ou si les coûts engendrés par la situation géographique particulière dans les régions ultrapériphériques le justifient (article 4, paragraphe 4). La durée peut être encore plus longue uniquement si le contrat de service public est passé à la suite d'une procédure de mise en concurrence équitable et « si l'amortissement du capital lié à un investissement exceptionnel dans les infrastructures, du matériel roulant ou des véhicules le justifie » (article 4, paragraphe 4, 3^e et 4^e phrases).

²⁸⁰⁵ Article 8, paragraphe 4, du règlement.

²⁸⁰⁶ Arrêt de la Cour du 11 août 1995, *Rodens*, C-367/93 à C-377/93, point 42 ; arrêt de la Cour du 27 mars 1980, *Denkavit*, 61/79, point 16. Voir en ce sens également, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, nos 48 et 49.

²⁸⁰⁷ Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, *AMS Brescia*, C-347/06, points 70 et 71.

²⁸⁰⁸ Cf. à ce sujet l'arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, *Commission/Allemagne*, C-503/04, points 27 à 42.

B. Contrats en cours au 3 décembre 2009, date d'entrée en vigueur du règlement

700.- Il ne doit être mis fin à aucun des contrats en cours d'après le règlement. La durée de certains contrats devra cependant être raccourcie :

1° Contrats pouvant être continués jusqu'à leur terme

Ce sont les contrats conclus avant le 26 juillet 2000 sur base d'une procédure de mise en concurrence équitable (article 8, paragraphe 3, a)).

2° Contrats pouvant être continués jusqu'à leur terme, mais non au-delà de trente ans

Ce sont les contrats conclus avant le 26 juillet 2000 sans « procédure de mise en concurrence équitable » (article 8, paragraphe 3, b)).

La même chose vaut pour les contrats conclus du 26 juillet 2000 au 2 décembre 2009, soit la veille de l'entrée en vigueur du règlement, sur base d'une « procédure de mise en concurrence équitable » (article 8, paragraphe 3, c)).

3° Contrats pouvant être continués jusqu'à leur terme, pour autant que leur durée soit limitée et comparable aux durées prévues par le règlement pour les contrats à conclure après son entrée en vigueur (article 8, paragraphe 3, d)).

Il s'agit des contrats conclus à partir du 26 juillet 2000 et avant le 3 décembre 2009, sans « procédure de mise en concurrence équitable ».

Le règlement prévoit cependant qu'au cas où la résiliation aurait des conséquences juridiques ou économiques excessives, et à condition que la Commission ait donné son autorisation, un contrat de service public peut continuer jusqu'à son expiration (article 8, paragraphe 3, dernier alinéa).

Section 5.- Obligations inspirées de la jurisprudence Altmark

701.- L'article 93 TFUE²⁸⁰⁹ forme dans le domaine des transports terrestres une *lex specialis* par rapport à l'article 106, paragraphe 2, TFUE²⁸¹⁰. Le règlement 1370/2007/CE met en œuvre l'article 93 TFUE en précisant les conditions dans lesquelles des compensations de service public sont admissibles dans les domaines qu'il couvre. L'article 93 TFUE n'est pas susceptible d'y être invoqué de manière autonome²⁸¹¹. Lorsqu'une compensation de service public remplit les quatre critères *Altmark*²⁸¹², elle ne constitue pas une aide d'Etat. Des compensations de service public qui ne remplissent pas *toutes* ces conditions sont néanmoins admises, si elles remplissent les conditions indiquées par le règlement 1370/2007/CE. Il s'agit, en substance, des *trois premières conditions Altmark* qui doivent toujours être remplies.

A. Conditions que doivent remplir les compensations financières

702.- Ces conditions doivent figurer soit dans les contrats de service public, soit dans des « règles générales »²⁸¹³.

²⁸⁰⁹ « Sont compatibles avec les traités les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public ».

²⁸¹⁰ Voir en ce sens, le troisième considérant du règlement 1370/2007/CE.

²⁸¹¹ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, points 106 et 107.

²⁸¹² Cf. l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00.

²⁸¹³ Le règlement entend par « règle générale » une « mesure qui s'applique sans discrimination à tous les services publics de transport de voyageurs d'un même type dans une zone géographique donnée où une autorité compétente est responsable » (article 2, l)).

- 1° Les obligations de service public que l'opérateur de service public doit remplir ainsi que les zones géographiques concernées doivent être clairement définies (article 4, 1^{er} paragraphe, a)).
- 2° Les contrats doivent établir à l'avance, de façon objective et transparente de manière à éviter toute surcompensation :
 - (i) les paramètres sur la base desquels la compensation, s'il y a lieu, doit être calculée, et
 - (ii) la nature et l'ampleur de tous droits exclusifs accordés.

Les mentions sous (ii) ne sont pas exigées selon l'arrêt *Altmark*.

- 3° En cas d'attribution directe, donc en l'absence de mise en concurrence, le règlement requiert une condition supplémentaire, à savoir que les paramètres soient déterminés de façon à ce que la compensation ne puisse excéder le montant nécessaire pour couvrir l'incidence financière nette sur les coûts et les recettes occasionnées par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives conservées par l'opérateur de service public ainsi que d'un bénéfice raisonnable » (article 4, paragraphe b), dernière phrase).

B. Comparaison avec les conditions *Altmark*

703.- L'obligation d'indiquer les obligations de service public ainsi que les zones géographiques (1°) correspond à la première condition *Altmark*. L'exigence que les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée doivent être établis de façon objective et transparente (2°) correspond à la deuxième condition *Altmark*. L'interdiction d'une « surcompensation » (3°) rappelle la troisième condition de l'arrêt *Altmark* qui requiert que « la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations »²⁸¹⁴.

L'arrêt *Altmark* étant intervenu en matière d'aide d'Etats, la solution qui y a été retenue s'applique aux compensations accordées à des *entreprises*, mais non au financement de services publics de transports n'agissant pas comme opérateurs économiques sur un marché²⁸¹⁵. Ces derniers, ne sont pas des entreprises au sens du droit de la concurrence²⁸¹⁶. Vu la manière dont le règlement définit les « contrats de service public », ces situations sont cependant également visées par l'interdiction de toute surcompensation.

Selon l'article 6, paragraphe 1^{er}, « toute compensation, quelle qu'en soit la nature, liée à un contrat de service public attribué directement conformément à l'article 5, paragraphes 2, 4, 5 ou 6, ou liée à une règle générale est conforme, en outre, aux dispositions prévues à l'annexe ». Cette annexe indique des règles générales pour le calcul de la compensation.

Ni le règlement, ni son annexe ne formulent la condition de l'« entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transports » du quatrième critère *Altmark*²⁸¹⁷. Les compensations

²⁸¹⁴ Point 92 de l'arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003, C-280/00.

²⁸¹⁵ Il se pose évidemment la question de savoir à partir de quel moment l'on peut supposer l'existence d'un marché. A cet égard, la Cour et le Tribunal ont adopté une position extensive. Voir ci-dessus, no 593.

²⁸¹⁶ Cf. ci-dessus, no 378.

²⁸¹⁷ « Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations » (arrêt du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, point 93).

ne remplissant pas cette condition, mais qui remplissent toutes les autres conditions énoncées par le règlement, sont donc admises.

C. L'indétermination de la compensation est difficile à concilier avec les exigences d'une mise en concurrence conforme aux exigences de la Cour

704.- Le règlement prohibe les surcompensations, mais non des compensations insuffisantes. Une surcompensation représenterait une aide d'Etat qui devrait le cas échéant être restituée. D'après le système du règlement 1370/2007, le prestataire de services de transport ne peut donc jamais gagner davantage qu'un bénéfice raisonnable.

En revanche, sauf à insérer dans le contrat des clauses appropriées, des paramètres trop rigides risquent de conduire le cas échéant à une compensation insuffisante, laissant subsister un déficit. Vu la complexité des situations et les multiples facteurs susceptibles d'intervenir, il est en pratique impossible de prévoir des paramètres et des formules à la fois précis et exhaustifs. On comprend donc que les parties soient amenées à insérer dans les contrats de service public des formules souples permettant de retenir, après discussions, un montant acceptable pour chacune d'elles.

Ainsi que nous avons pu le voir plus haut²⁸¹⁸, le droit primaire de la mise en concurrence s'accommode mal d'une pareille souplesse. Si les parties doivent trouver un accord à chaque fois que la compensation doit être calculée, une mise en concurrence permettra seulement de désigner le prestataire qui paraît *a priori* le plus apte à fournir la prestation au moindre coût. Le calcul de la compensation est-il alors suffisamment déterminé pour ne pas donner lieu à chaque fois à un contrat nouveau, nécessitant une nouvelle mise en concurrence d'après le droit primaire ? Il y a là un risque.

Afin de respecter les principes de mise en concurrence du droit primaire - tant que faire se peut - les paramètres pour le calcul des compensations de service public devraient donc laisser le moins de marge de discussion possible. Il s'agit là d'un corollaire des principes d'égalité et de transparence.

Les règles qui sont indiquées dans l'annexe du règlement 1370/2007 (« règles applicables à la compensation dans les cas évoqués à l'article 6, paragraphe 1^{er} »), à elles seules, ne remplissent pas ces exigences. Il est indispensable de les préciser dès le départ dans le cahier des charges du marché.

D. Le règlement interdit-il de passer des marchés à prix forfaitaire ?

705.- Le règlement paraît prohiber des compensations forfaitaires pour les compensations de service public²⁸¹⁹. Si la rétribution de l'opérateur était forfaitaire, il se pourrait en effet que celui-ci réalise un bénéfice excessif, ce qui ne serait pas conforme à l'article 4, 1. b) du règlement.

Qu'en est-il si, comme c'est souvent le cas, le prix des titres de transport ne revêt qu'un caractère marginal par rapport à la compensation versée. La « compensation » au sens du règlement ne constitue-t-elle pas alors en réalité le prix versé par l'autorité compétente en contrepartie des prestations de transport. Est-ce que dans un cas pareil, il peut encore être question de compensation *d'obligations de service public* ? Ne s'agit-il pas plutôt d'un marché pour ainsi dire à forfait, les recettes des titres ne représentant qu'une prime ? Il n'est pas sûr que la jurisprudence *Altmark* vise également ce genre de situation.

Chapitre VIII.- Autres textes de droit dérivé prévoyant des mises en concurrence

706.- Il sera question dans la suite de textes concernant les matières variées où se posent des problèmes de répartition d'avantages. Les références à la mise en concurrence y sont le plus souvent moins nombreuses ou se trouvent articulées de manière moins nette que dans les textes examinés ci-avant.

²⁸¹⁸ Voir ci-dessus, quant aux exigences du droit primaire de la mise en concurrence, nos 389 et s., en particulier, les nos 398 et 406.

²⁸¹⁹ A condition bien sûr que le contrat tombe dans le champ d'application du règlement.

Section 1^{re}.- L'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de l'Union

707.- L'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de l'Union fait l'objet de la directive 96/67/CE du 15 octobre 1996²⁸²⁰. Pour certains services d'assistance en escale, les Etats membres peuvent limiter le nombre de prestataires²⁸²¹. De même, pour certaines prestations, ou de façon plus générale, en cas d'insuffisance d'espace ou de capacités disponibles, l'auto-assistance peut être limitée²⁸²². Quand le nombre de prestataires est limité, ces derniers doivent être choisis « sur la base de critères pertinents, objectifs, transparents et non discriminatoires »²⁸²³. La procédure de sélection prévue à l'article 11 prévoit un « appel d'offres » à publier au Journal officiel ainsi que l'établissement d'un cahier des charges.

Le 1^{er} décembre 2011, la Commission a adopté une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à réformer la réglementation en question et à abroger la directive 96/67/CE²⁸²⁴.

La proposition de règlement prévoit des règles nettement plus précises pour le choix des opérateurs admis à prêter des services d'assistance en escale²⁸²⁵. Tout comme la directive actuelle, elle prévoit une « procédure d'appel à la concurrence transparente, ouverte et non discriminatoire » lorsque le nombre de prestataires autorisés à fournir les services d'assistance en escale visés est limité dans les aéroports dont les mouvements de passagers ou de fret dépassent certains seuils²⁸²⁶.

Admettant l'auto-assistance en escale de manière plus large que l'actuelle directive, la proposition de règlement prévoit cependant des cas où elle peut être limitée à certains usagers. Dans ces cas, il faut que « ces derniers soient choisis sur la base de critères pertinents, objectifs, transparents et non discriminatoires »²⁸²⁷.

Les aéroports, ordinairement financés en large partie par des fonds publics, constituent en principe des infrastructures publiques, du moins au sens fonctionnel du terme. En ce sens, lorsque l'accès à ces infrastructures est limité, l'exigence de mise en concurrence, paraît s'imposer également au regard du droit primaire de la mise en concurrence.

Section 2.- Les quotas laitiers

708.- Il existe depuis 1984 un régime de quotas pour la production du lait²⁸²⁸. Pendant assez longtemps, l'expression « quota laitier » n'avait pas d'existence officielle, le terme employé dans la réglementation étant celui de « quantité de référence individuelle »²⁸²⁹. Le régime des quotas laitiers expirera le 31 mars 2015²⁸³⁰, année au cours de laquelle prend fin la dernière période annuelle pour laquelle des quotas ont été fixés²⁸³¹.

²⁸²⁰ JO L 272 du 25 octobre 1996, pp. 36 et s.

²⁸²¹ Article 6, paragraphe 2.

²⁸²² Article 7, paragraphe 2, article 9, paragraphe 1^{er}, c).

²⁸²³ Article 7, paragraphe 2, article 9, paragraphe 1^{er}, c) et article 11, paragraphe 1^{er}, a).

²⁸²⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les services d'assistance en escale dans les aéroports de l'Union et abrogeant la directive 96/67/CE du Conseil (2011/0397 (COD)).

²⁸²⁵ Articles 7, 8 et 9 de la proposition de règlement.

²⁸²⁶ Article 7, paragraphe 1^{er}, de la proposition de règlement.

²⁸²⁷ Article 14, paragraphe 1^{er}, (d), de la proposition.

²⁸²⁸ Règlement (CE) no 856/84 du Conseil du 31 mars 1984 modifiant le règlement (CEE) no 804/68 portant organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers (JO L 90 du 1^{er} avril 1984, pp. 10 et s).

²⁸²⁹ Voir à ce sujet, G. LAWRENCE, « Milk Superlevy. The Community System », in *Milk Quotas Law and Practice*, Papers from the J.C.E.L. Conference June 1989, p. 1, qui, tout comme la législation communautaire de l'époque, évite d'utiliser l'expression "quota", celle-ci renvoyant - à tort selon l'auteur - à l'idée d'autorisation de produire. D'autres les qualifient sans hésiter de droits à produire, ainsi D. BARTHÉLEMY et J. DAVID dans *L'agriculture européenne et les droits à produire*, D. BARTHÉLEMY et J. DAVID (éditeurs), Paris, INRA, 1999, pp. 16 et 17.

²⁸³⁰ Le régime fut introduit par le règlement (CEE) no 856/84 du Conseil du 31 mars 1984 (JO L 90 du 1^{er} avril 1984, pp. 10 et s.). Pour la réglementation actuelle, cf. l'article 230, paragraphe 1^{er}, a), du règlement no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no

Le règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007²⁸³², que le règlement no 1308/2013 du Parlement et du Conseil du 17 décembre 2013²⁸³³ a maintenu, à titre transitoire, partiellement en vigueur, fixe les règles auxquelles ce système obéit aujourd'hui. Le régime des quotas laitiers vise à « réduire le déséquilibre entre l'offre et la demande sur le marché concerné, ainsi que les excédents structurels en résultant, et parvenir ainsi à un meilleur équilibre du marché »²⁸³⁴.

Les quotas nationaux sont fixés pour les Etats membres et couvrent une durée de douze mois²⁸³⁵. En cas de dépassement d'un quota national, une somme, appelée à l'origine « prélèvement supplémentaire » et, aujourd'hui, « prélèvement sur les excédents » est perçue à charge des producteurs nationaux qui, en dépassant leur quota individuel, ont contribué au dépassement du quota national²⁸³⁶. Les quotas individuels des producteurs sont égaux « aux quantités de référence individuelles attribuées à la date du 31 mars 2008 »²⁸³⁷. La somme des quotas des producteurs d'un Etat membre ne peut dépasser le quota national de cet Etat²⁸³⁸.

Initialement, les quotas individuels furent fixés en fonction des quantités de lait produites avant l'entrée en vigueur du régime en 1984²⁸³⁹. Cette attribution de quotas eut donc lieu suivant le principe d'ancienneté. Certains événements, comme la cession de terres utilisées pour la production laitière ont entraîné des transferts de quotas²⁸⁴⁰. Les règlements successifs dans ce domaine ont d'ailleurs laissé aux Etats membres la faculté d'admettre des transferts de quotas entre producteurs²⁸⁴¹. Ces possibilités de transfert de quotas ont subsisté dans le règlement 1234/2007. Contrairement aux quotas d'émission de gaz à effet de serre, les quotas laitiers ne sont pas librement cessibles. Des transferts de quotas entre des exploitants non établis dans le même Etat membre ne sont pas admis. C'est seulement si le droit national l'admet, que les quotas peuvent être cédés entre producteurs établis dans un même Etat membre. Au Luxembourg, les cessions de quotas entre producteurs, sans transfert simultané de toute ou partie de l'exploitation, ne sont admis qu'à des conditions assez lourdes²⁸⁴². Le prix de cession, en revanche, est librement fixé entre le cédant et le concessionnaire. La réattribution des quotas a donc lieu - cependant seulement en partie, parce qu'il existe d'autres mécanismes comme l'allocation de

1037/2001 et (CE) no 1234/2007 du Conseil (JO L 347/671 du 20 décembre 2013), ainsi que le règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007, cependant partiellement maintenu en vigueur, portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement « OCM unique ») (JO L 299 du 16 novembre 2007, pp. 1 et s.).

²⁸³¹ Article 66 du règlement (CE) no 1234/2007.

²⁸³² Règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement « OCM unique ») (JO L 299 du 16 novembre 2007, pp. 1 et s.). Ce règlement a été modifié plusieurs fois depuis son adoption.

²⁸³³ Règlement no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no 1037/2001 et (CE) no 1234/2007 du Conseil.

²⁸³⁴ Trente-sixième considérant du règlement (CE) 1234/2007. Pour autant, une réduction des quotas n'implique aucun droit à indemnisation des producteurs (arrêt de la Cour du 15 avril 1997, *The Irish Farmers Association*, C-22/94, en particulier les points 26 à 29).

²⁸³⁵ Article 65, j et l'article 66 du règlement (CE) no 1234/2007.

²⁸³⁶ Article 78, paragraphe 1^{er}, et 79 du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007. Voir à ce sujet également B. BIANCHI, « Trente ans d'un régime temporaire. Les quotas laitiers dans le PAC : 1984 - 2014 », *Revue du Marché Commun*, 2004, pp. 655 et s., p. 668.

²⁸³⁷ Article 67 du règlement (CE) no 1234/2007.

²⁸³⁸ Cf. l'article 67, paragraphe 5, du règlement (CE) no 1234/2007.

²⁸³⁹ Voir l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) no 1371/84 de la Commission du 16 mai 1984 fixant les modalités d'application du prélèvement supplémentaire visé à l'article 5 quater du règlement (CE) no 804/68.

²⁸⁴⁰ Cf. par exemple l'article 17 du règlement (CE) no 1788/2003 du Conseil du 29 septembre 2003 établissant un prélèvement dans le secteur du lait et des produits laitiers.

²⁸⁴¹ Cf. par exemple l'article 18, paragraphe 1^{er}, e), du règlement (CE) no 1788/2003 du Conseil du 29 septembre 2003 établissant un prélèvement dans le secteur du lait et des produits laitiers.

²⁸⁴² Article 11 du règlement grand-ducal du 11 mars 2004 concernant l'application, au Grand-Duché de Luxembourg, du régime de prélèvement sur le lait (Mémorial A, no 41, du 26 mars 2004).

quotas prélevés sur la réserve nationale aux jeunes producteurs nouvellement installés²⁸⁴³ - par un mécanisme de marché.

Le régime des quotas laitiers est aujourd'hui très déséquilibré. Dans certains Etats membres, les producteurs n'arrivent pas à produire les quantités correspondant aux quotas dont ils disposent²⁸⁴⁴. Dans d'autres - c'est le cas du Luxembourg - d'importants excédents sont produits conduisant à la perception, à charge des producteurs, de montants élevés au titre du prélèvement sur les excédents. *A priori*, l'égalité entre les producteurs de ces Etats paraît rompue, cela d'autant plus que la production totale dans l'Union européenne 2010-2011 était globalement inférieure de 6% à la somme des quotas nationaux²⁸⁴⁵.

Comme dans d'autres domaines où il s'agit de situations complexes d'ordre économique, la Cour reconnaît en matière de politique agricole commune²⁸⁴⁶ un large pouvoir d'appréciation au législateur européen. Lors du contrôle limité, qu'elle exerce, la Cour se contente de justifications d'ordre macroéconomique. En revanche, la Cour ne s'intéresse pas à la différence de traitement entre des producteurs, pris individuellement, installés dans différents Etats membres²⁸⁴⁷.

Section 3.- Les quotas dans le secteur du sucre

709.- Pour le sucre, 1968 marque le début d'un régime de quotas²⁸⁴⁸. Dans ce secteur, comme dans celui du lait, les quotas individuels des entreprises furent fixés en fonction des quantités produites avant l'instauration du régime. Ces quotas ont depuis lors pu faire l'objet de transferts, entre autres, en cas de fusions ou d'aliénations d'entreprises et en cas d'aliénations ou de locations d'usines²⁸⁴⁹. Comme pour les quotas laitiers, la réglementation des quotas sucriers ne prévoit pas de transferts entre les producteurs de deux Etats membres différents. La réglementation européenne ne permet pas la cession de quotas entre entreprises ou usines, indépendamment du transfert des moyens de production. Pour certaines campagnes de commercialisation, des quotas supplémentaires ont pu être attribués par les Etats membres ou certains d'entre eux contre règlement d'un prix fixe, « selon des critères objectifs et non discriminatoires », ce qui exclut forcément toute mise en concurrence sur le prix²⁸⁵⁰.

Existe-t-il des règles d'après lesquelles une entreprise disposant d'un quota doit répartir ses achats entre les producteurs de betteraves ? L'article 132, c) de l'actuel règlement 1308/2013 du Parlement et du Conseil, comme déjà le 53 du règlement 1234/2007 du Conseil, et encore d'autres règlements avant, prévoit que la Commission peut déterminer « les critères que doivent appliquer les entreprises sucrières lors de la répartition entre les vendeurs de betteraves des quantités de betteraves pour lesquelles il y a lieu de conclure des contrats de livraison avant les ensemencements ». Un tel règlement n'a jamais été adopté par la Commission. Un arrêt de la Cour du 17 novembre 1993²⁸⁵¹ relevait déjà l'absence de règles spécifiques de répartition. Répondant à une question préjudicielle

²⁸⁴³ Cf. l'article 6, (1), (a), du règlement grand-ducal du 11 mars 2004 concernant l'application au Grand-Duché de Luxembourg, du régime de prélèvement sur le lait (Mémorial A, no 41, du 26 mars 2004).

²⁸⁴⁴ Voir le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 10 décembre 2012, intitulé « Evolution de la situation du marché et des conditions relatives à la suppression progressive du système de quotas - deuxième rapport sur l'« atterrissage en douceur », point 2.1.

²⁸⁴⁵ 2.1. du même rapport.

²⁸⁴⁶ Cf. par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 février 1990, Wuidart, C-267/88 à C-285/88, point 14.

²⁸⁴⁷ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 21 février 1990, Wuidart, C-267/88 à C-285/88, points 14 à 18. Voir en ce sens également, l'arrêt de la Cour du 19 septembre 2013, Panellinos Syndesmos Viomichanion Metapoiisis Kapnou, C-373/11, points 34 et 35.

²⁸⁴⁸ Voir l'article 23 du règlement no 1009/67/CEE du Conseil du 18 décembre 1967 portant organisation commune des marchés dans le secteur du sucre (JO 1967, no 308, pp. 1 et s.).

²⁸⁴⁹ Voir, par exemple, l'annexe VIII, du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques ou encore l'annexe XIII du nouveau règlement no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no 1037/2001 et (CE) no 1234/2007 du Conseil.

²⁸⁵⁰ Cf., par exemple, l'article 8, du règlement (CE) no 318/2006 du Conseil du 20 février 2006 portant organisation commune des marchés dans le secteur du sucre (JO L 58 du 28 février 2006, pp. 1 et s.).

²⁸⁵¹ Arrêt de la Cour du 17 novembre 1993, Mörlins, C-134/92, points 17 et 18.

relative aux règles de répartition à suivre, la Cour répondit que la réglementation européenne « ne s'oppose pas à l'application du principe de l'égalité du traitement des fournisseurs, qui résulte du droit national des ententes, et des actionnaires d'une société anonyme à prestations accessoires, qui résulte du droit national des sociétés, à l'égard de cette réglementation. Toutefois, étant habilités à appliquer leur droit national, les Etats membres ne sont pas dispensés de respecter les principes et les règles générales qui régissent la politique agricole commune »²⁸⁵².

Signalons que comme le régime des quotas laitiers, celui des quotas du sucre est appelé à disparaître prochainement.

Section 4.- Les droits de plantation de vignes

710.- La réglementation européenne en matière viticole restreint le droit de plantation de vignes²⁸⁵³.

Les Etats membres peuvent, de manière limitée, permettre la cession de droits de replantation entre exploitants à l'intérieur d'un même Etat membre, indépendamment de la cession d'une exploitation. Il en est ainsi notamment pour les droits de replantation pour la production de vins bénéficiant d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique protégées²⁸⁵⁴. Il peut donc exister en ce domaine, de manière limitée, une concurrence par le marché.

Relevons d'autre part la faculté accordée aux Etats membres d'octroyer sans contrepartie des droits de replantation prélevés sur la réserve à des producteurs de moins de quarante ans²⁸⁵⁵. L'attribution de droits de replantation se fait en revanche à titre onéreux lorsque l'exploitant est âgé de quarante ans ou plus. Le texte précise que « les Etats membres définissent les critères applicables à la fixation de la contrepartie financière » - il faut supposer au préalable - ce qui exclut une mise en concurrence suivant le prix à régler²⁸⁵⁶. Ce régime s'appliquera jusqu'au 31 décembre 2015²⁸⁵⁷. Il sera alors remplacé par le régime établi par le règlement no 1308/2013 du Parlement et du Conseil du 17 décembre 2013²⁸⁵⁸ pour la période du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2030. La replantation de vignes arrachées devra -comme par le passé (sauf le cas de superficies ayant fait l'objet d'une prime à l'arrachage) être autorisée par les Etats membres²⁸⁵⁹. A cet égard, il sera donc procédé suivant le principe du droit acquis. De nouvelles plantations seront autorisées, dans chaque Etat membre à raison de 1% de la superficie totale effectivement plantée en vigne sur leur territoire au 31 juillet de l'année précédente²⁸⁶⁰. Pour ces autorisations, les Etats membres devront appliquer des « critères d'éligibilité objectifs et non discriminatoires »²⁸⁶¹. Le règlement ajoute que « l'octroi de cette autorisation s'effectue sans frais pour

²⁸⁵² Arrêt de la Cour du 17 novembre 1993, Mörlins, C-134/92, points 17 et 18. Les quotas ne sont pas librement cessibles entre leurs titulaires, les producteurs de sucre. En revanche, le droit européen n'interdit pas des mécanismes de transfert des contingents individuels - de nature contractuelle - dans les contrats entre les usines et leurs fournisseurs, les agriculteurs (voir également D. BARTHÉLEMY et J. DAVID (éditeurs), dans l'introduction à *L'agriculture européenne et les droits à produire (ouvrage collectif)*, INRA, Paris, 1999.

²⁸⁵³ Cf. les articles 85 septies et suivants du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement « OCM » unique) JO L 299 du 16 novembre 2007, pp. 1 et s., tel que modifié.

²⁸⁵⁴ Article 85 decies du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007, tel que modifié.

²⁸⁵⁵ Article 85 duodecies, paragraphe 1^{er}, a), du règlement 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007, tel que modifié.

²⁸⁵⁶ Article 85 duodecies, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007, tel que modifié.

²⁸⁵⁷ Article 230, paragraphe 1^{er}, ii), du règlement no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no 1037/2001 et (CE) no 1234/2007 du Conseil.

²⁸⁵⁸ Articles 61 et s. du règlement no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no 1037/2001 et (CE) no 1234/2007 du Conseil (JO L 347 du 20 décembre 2013, pp.671 et s.).

²⁸⁵⁹ Article 66 du règlement 1308/2013.

²⁸⁶⁰ Article 63 du règlement 1308/2013.

²⁸⁶¹ Article 62, paragraphe 2, du règlement 1308/2013.

les producteurs »²⁸⁶². Une mise en concurrence en fonction du prix sera donc exclue. Si les surfaces couvertes par les demandes dépassent la surface mise à disposition par l'Etat membre en question, « les autorisations sont octroyées selon une répartition proportionnelle des hectares entre les demandeurs sur base de la superficie pour laquelle ils ont sollicité l'autorisation » ou alors « en partie ou totalement en fonction d'un ou de plusieurs critères de priorité, objectifs et non discriminatoires » énumérés par le règlement²⁸⁶³. Ces critères pourront donner lieu dans une certaine mesure à une mise en concurrence (par exemple, « viabilité des projets de développement ou de replantations sur la base d'une évaluation économique », « projets susceptibles d'améliorer la qualité des produits porteurs d'une indication géographique », ...).

Section 5.- Les contingents de production de fécula de pomme de terre

711.- En 1994, la Communauté européenne a contingenté la production de fécula de pommes de terre²⁸⁶⁴. Ce régime a subsisté jusqu'en 2012²⁸⁶⁵. Comme dans le secteur du lait et celui du sucre, ce furent les quantités produites avant la mise en place du régime qui déterminèrent les contingents individuels, appelés « sous-contingents », assignés aux producteurs par les Etats membres²⁸⁶⁶. Depuis lors, des transferts de sous-contingents purent intervenir à l'intérieur des contingents nationaux, notamment en cas de fusions ou de changement de propriété d'une féculerie²⁸⁶⁷.

Le régime des contingents de production de fécula de pomme de terre fut inspiré de celui des quotas de sucre. A l'instar des quotas de sucre, les titulaires des sous-contingents de production de fécula de pomme de terre étaient les producteurs de fécula et non les cultivateurs. De même, comme pour les quotas de sucre, la réglementation européenne n'admettait pas la cession de quotas indépendamment du transfert des installations de production²⁸⁶⁸.

Section 6.- L'allocation des possibilités de pêche

712.- Selon l'article 43, paragraphe 3, TFUE, le Conseil procède à la fixation et à la répartition des possibilités de pêche. Un règlement du Conseil du 20 janvier 2014²⁸⁶⁹ procède à la répartition des

²⁸⁶² Article 62, paragraphe 2, du règlement 1308/2013.

²⁸⁶³ Article 64, paragraphe 2, du règlement 1308/2013.

²⁸⁶⁴ Règlement (CE) no 1868/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de contingentement pour la production de fécula de pomme de terre (JO L 197 du 30 juillet 1994, pp. 4 et s.).

²⁸⁶⁵ Cf. l'article 84 bis et 204, paragraphe 5, du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement « OCM » unique » (JO L 299 du 16 novembre 2007, pp. 1 et s.), tel que modifié par la suite, ainsi que l'article 15 du règlement (CE) no 571/2009 de la Commission du 30 juin 2009 portant modalités d'application du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil en ce qui concerne l'établissement d'un régime de contingentement pour la production de fécula de pommes de terre (JO L 171 du 1^{er} juillet 2009, pp. 6 et s.).

²⁸⁶⁶ Voir l'article 2, paragraphe 2, du règlement (CE) no 1868/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de contingentement pour la production de fécula de pomme de terre (JO L 197 du 30 juillet 1994, pp. 4 et s.).

²⁸⁶⁷ Cf. l'article 15 du règlement (CE) no 571/2009 de la Commission du 30 juin 2009 portant modalités d'application du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil en ce qui concerne l'établissement d'un régime de contingentement pour la production de fécula de pommes de terre (JO L 171 du 1^{er} juillet 2009, pp. 6 et s.).

²⁸⁶⁸ Voir l'article 15 du règlement (CE) no 72/2008 du Conseil du 19 janvier 2009 modifiant les règlements (CE) no 247/2006, (CE) no 320/2006, (CE) no 1405/2006, (CE) no 1234/2007, (CE) no 3/2008 et (CE) no 479/2008 et abrogeant les règlements (CEE) no 1883/78, (CEE) no 1254/89, (CEE) no 2247/89, (CEE) no 2055/93, (CE) no 1868/94, (CE) no 2596/97, (CE) no 1182/2005 et (CE) no 315/2007 en vue d'adapter la politique agricole commune (JO L 30 du 31 janvier 2009, pp. 1 et s.) ; cf. également le règlement (CE) no 571/2009 de la Commission du 30 juin 2009 portant modalités d'application du règlement (CE) no 1234/2007 du Conseil en ce qui concerne l'établissement d'un régime de contingentement pour la production de fécula de pomme de terre (JO L 171 du 1^{er} juillet 2009, pp. 6 et s.).

²⁸⁶⁹ Règlement (UE) no 43/2014 du Conseil du 20 janvier 2014 établissant, pour 2014, les possibilités de pêche pour certains stocks halieutiques et groupes de stocks halieutiques applicables dans les eaux de l'Union et,

possibilités de pêche entre les Etats membres pour la période, en principe, du 31 janvier 2014 au 1^{er} février 2015.

Jusqu'au règlement (UE) 1380/2013 du 11 décembre 2013 du Parlement européen et du Conseil²⁸⁷⁰, le droit européen ne prévoyait pas de règles spécifiques pour l'attribution des possibilités de pêche par les Etats membres²⁸⁷¹.

L'article 20, paragraphe 3, du règlement (CE) 2371/2002, entre-temps abrogé par le règlement no 1380/2013 se bornait à prescrire que « chaque Etats membres décide, pour les navires battant son pavillon, de la méthode d'attribution des possibilités de pêche allouées à cet État membre, conformément au droit communautaire », tout en ajoutant qu'« il [cet Etat membre] informe la Commission de la méthode d'attribution retenue ».

Ce texte n'empêchait pas les droits nationaux de prévoir la cessibilité des possibilités de pêche. La proposition de règlement de la Commission relatif à la politique commune de pêche du 13 juillet 2011 prévoyait d'introduire un système de concessions de pêche obligatoirement transférables²⁸⁷². Le législateur n'a finalement pas retenu cette solution. Toutefois, d'après le règlement 1380/2013 il s'agit d'une option à les Etats membres peuvent recourir²⁸⁷³.

Les Etats membres gardent donc une certaine marge de manœuvre quant à l'attribution des concessions de pêche. Le règlement paraît cependant exclure le recours à des enchères pour l'attribution initiale des possibilités de pêche individuelles, puisqu'il impose aux Etats membres d'appliquer « des critères transparents et objectifs, y compris les critères à caractère environnemental, social et économique »²⁸⁷⁴.

Avant l'adoption du règlement 1380/2013, la Commission avait recommandé d'attribuer des futures concessions de pêche transférables comme suit :

« Les Etats membres devraient fixer des priorités nationales ou régionales en attribuant un certain pourcentage des quotas nationaux à la flotte nationale. Le solde des quotas serait géré dans le cadre des CPT [concessions de pêche transférables]. Les Etats membres devraient concevoir leur système national de CPT en étroite collaboration avec les parties prenantes de façon à garantir que le système national de CPT est [sic !] adapté aux spécificités de l'Etat membre concerné et accepté par les parties prenantes. Lors de la conception de leur système de CPT, les Etats membres et les parties prenantes devraient favoriser les communautés tributaires de la pêche, les pratiques de pêche plus respectueuses de l'environnement et les flottes artisanales. Jusqu'à 5% des quotas ou des CPT devraient être réservés à de nouveaux entrants. Il est donc conseillé aux Etats membres et aux parties prenantes d'utiliser ce système pour privilégier les pratiques de pêche qui leur paraissent plus appropriées, que ce soit pour des raisons sociales ou pour des raisons environnementales »²⁸⁷⁵.

Le règlement 1380/2013 retient à ce sujet :

« Les critères à utiliser peuvent notamment porter sur l'impact de la pêcherie, sur l'environnement, les antécédents en matière de respect des prescriptions, la contribution à l'économie locale et le relevé des captures. Les Etats membres s'efforcent, dans le cadre des possibilités de pêche qui leur ont été allouées, de proposer des incitations destinées aux navires de pêche qui déploient des engins

pour les navires de l'Union, dans certaines eaux n'appartenant pas à l'Union (JO L 24 du 28 janvier 2014, pp. 1 et s.)

²⁸⁷⁰ Règlement (UE) no 1380/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche, modifiant les règlements (CE) no 1954/2003 et (CE) no 1224/2009 du Conseil et abrogeant les règlements (CE) no 2371/2002 et (CE) no 639/2004 du Conseil et la décision 2004/585/CE du Conseil (JO L 354 du 28 décembre 2013, pp. 22 et s.).

²⁸⁷¹ Voir également, A.E MUNIR, *Current EC Legal Developments - Fisheries after Factortame*, Butterworths, London - Dublin - Edingburgh - Munich, 1991, point 2.2, p. 20 ; W. FRENZ, « Die gemeinsame Fischereipolitik », *Agrar -und Umweltrecht*, 2011, pp. 217 et s., point 3., A).

²⁸⁷² Articles 27 et 31 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la politique commune de la pêche du 13 juillet 2011 (2011/0195 (COD)).

²⁸⁷³ Article 21 du règlement 1380/2013.

²⁸⁷⁴ Article 17 du règlement 1380/2013.

²⁸⁷⁵ www.ec.europa.eu/fisheries/reform/docs/tfc_fr.pdf.

sélectifs ou qui utilisent des techniques de pêche ayant des incidences réduites sur l'environnement, notamment une faible consommation d'énergie et des dommages limités aux habitats »²⁸⁷⁶.

Le prix ne devrait donc pas être le principal critère d'attribution. En revanche, si un Etat membre adopte un système de concessions transférables, le prix sera déterminant lors des transferts, ce qui risque de fausser l'approche retenue pour l'attribution initiale, à moins que le droit national ne prévoie des restrictions appropriées.

Section 7.- Les appels à candidatures dans le domaine des communications électroniques

713.- La législation européenne prévoit des mises en concurrence pour l'attribution de radiofréquences (§ 1^{er}) et pour la désignation du ou des prestataires du service universel (raccordement téléphonique, envoi de télécopies, accès à l'internet, cabines publiques et annuaires téléphoniques, mesures en faveur d'utilisateurs finals handicapés)²⁸⁷⁷ (§ 2). La propriété des réseaux subit des restrictions comparables à celles dans les domaines de l'électricité et du gaz naturel (§ 3).

§ 1^{er}.- La mise en concurrence pour l'attribution de radiofréquences

714.- Si le droit national limite l'utilisation des radiofréquences, l'attribution des droits d'utilisation doit être précédée d'« un appel à candidatures pour l'octroi de droits d'utilisation »²⁸⁷⁸. Exceptionnellement, les procédures peuvent « ne pas être ouvertes lorsque l'octroi de droits individuels d'utilisation de radiofréquences aux fournisseurs de services de contenus de radio ou de télédiffusion est nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général défini par les Etats membres conformément à la législation communautaire »²⁸⁷⁹.

Les redevances perçues pour les droits d'utilisation tiennent compte « de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources »²⁸⁸⁰. D'autre part, « les Etats membres font en sorte que ces redevances soient objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées et tiennent compte des objectifs fixés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») ».

La Cour a jugé que « en vertu de l'article 13 de la directive « autorisations », les Etats membres peuvent, en sus des redevances visant à couvrir les frais administratifs, soumettre les droits d'utilisation des radiofréquences à une redevance dont la finalité est d'assurer une utilisation optimale de cette ressource »²⁸⁸¹.

La directive « autorisations » n'indique cependant pas, ainsi que le constate la Cour, « un mode concret de détermination du montant d'une telle redevance »²⁸⁸². La Cour estime que « le but d'assurer que les opérateurs utilisent de manière optimale les ressources rares auxquelles ils ont accès implique que le montant de cette redevance soit fixé à un montant adéquat reflétant notamment la valeur de l'utilisation de ces ressources, ce qui exige une prise en considération de la situation économique et

²⁸⁷⁶ Article 17 du règlement 1380/2013.

²⁸⁷⁷ Cf. les articles 3 à 7 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») (JO L 108 du 24 avril 2002, pp. 51 et s.), telle que modifiée.

²⁸⁷⁸ Article 7, paragraphe 1^{er}, d) de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisations ») (JO L 108 du 24 avril 2002, pp. 21 et s.). Cf. également les articles 8, 9, 9 bis et 9 ter de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») (JO L 108 du 24 avril 2002, pp. 33 et s.), tel que modifiée. Voir également l'article 4 de la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et services de communications électroniques (JO L 249 du 17 septembre 2002, pp. 21 et s.).

²⁸⁷⁹ Article 5, paragraphe 2, de la directive 2002/20/CE.

²⁸⁸⁰ Article 13 de la directive « autorisations » 2002/20/CE.

²⁸⁸¹ Arrêt de la Cour du 21 mars 2013, Belgacom, C-375/11, point 42.

²⁸⁸² Arrêt de la Cour du 21 mars 2013, Belgacom, C-375/11, point 49.

technologique du marché concerné²⁸⁸³. La Cour en déduit que la fixation d'une redevance pour des droits d'utilisation des radiofréquences par référence « aux montants résultant d'enchères peut constituer une méthode appropriée de détermination de la valeur des radiofréquences »²⁸⁸⁴.

§ 2.- Désignation de prestataires de service universel

715.- Pour la désignation des opérateurs du service universel, la directive « service universel » 2002/22/CE²⁸⁸⁵ dispose que les Etats membres « ont recours à un mécanisme de désignation efficace, objectif, transparent et non discriminatoire qui n'exclut a priori aucune entreprise. Les méthodes de désignation garantissent que la fourniture du service universel répond au critère de la rentabilité et peuvent être utilisées de manière à pouvoir déterminer le coût net de l'obligation de service universel, conformément à l'article 12 »²⁸⁸⁶.

Indubitablement cette disposition implique une mise en concurrence. Une disposition nationale qui oblige les autorités réglementaires nationales de désigner, parmi les entreprises susceptibles de fournir le service universel, celles qui sont capables de l'assurer sur l'ensemble du territoire national ne serait pas conforme à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2002/22/CE²⁸⁸⁷.

Comme dans le domaine postal²⁸⁸⁸, la possibilité pour les prestataires de service universel d'obtenir une compensation des « coûts nets » des obligations de service universel rend difficile, voire impossible, le choix de critères d'attribution objectifs et vérifiables. Comme la directive 97/67/CEE en matière de service postal universel²⁸⁸⁹, la directive 2002/22/CE ne permet l'indemnisation du « coût net » que si celui-ci représente une « charge injustifiée » (article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive « service universel » 2002/22/CE).

A cet égard, la Cour a retenu que « si une situation déficitaire est une charge, elle n'est pas nécessairement une charge excessive pour tout opérateur »²⁸⁹⁰. D'après la Cour, « la charge injustifiée dont l'autorité réglementaire nationale doit constater l'existence avant toute indemnisation est la charge qui, pour chaque entreprise concernée, présente un caractère excessif au regard de sa capacité à la supporter compte tenu de l'ensemble de ses caractéristiques propres, notamment du niveau de ses équipements, de sa situation économique et financière ainsi que de sa part de marché »²⁸⁹¹.

§ 3.- Des restrictions à la propriété des réseaux peuvent placer les propriétaires d'un réseau dans une situation similaire à celle d'un concessionnaire

716.- De manière moins nette et moins articulée que les directives 2009/72/CE relative au marché intérieur de l'électricité et 2009/73/CE relative au marché intérieur du gaz naturel²⁸⁹², la réglementation européenne des communications électroniques comporte des restrictions considérables au droit de propriété des réseaux. En fin de compte, le propriétaire d'un réseau peut cependant se retrouver dans une situation se rapprochant de celle d'un propriétaire d'un réseau de transport d'électricité²⁸⁹³ ou de gaz. Nous avons montré plus haut que cette situation, sans résulter d'un contrat de concession, présentait une forte ressemblance avec celle d'un concessionnaire.

²⁸⁸³ Arrêt de la Cour du 21 mars 2013, Belgacom, C-375/11, point 51.

²⁸⁸⁴ Arrêt de la Cour du 21 mars 2013, Belgacom, C-375/11, point 52.

²⁸⁸⁵ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») (JO L 108 du 24 avril 2002, pp. 51 et s.).

²⁸⁸⁶ Article 8, paragraphe 1^{er} de la directive 2002/22/CE.

²⁸⁸⁷ Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, Commission/France, C-220/07, points 31, 32, 33 et 34 ; arrêt de la Cour du 7 octobre 2010, Commission/Portugal, C-154/09, point 42.

²⁸⁸⁸ Cf. ci-dessus, nos 637, 638 et s.

²⁸⁸⁹ Cf. ci-dessus, nos 630 et s.

²⁸⁹⁰ Arrêt de la Cour du 6 octobre 2010, Commission/Belgique, C-222/08, point 58.

²⁸⁹¹ Arrêt de la Cour du 6 octobre 2010, Commission/Belgique, C-222/08, points 49, 58 et 59.

²⁸⁹² Cf. ci-dessus les nos 639 et s. et 665 et s.

²⁸⁹³ Cf. ci-dessus, no 654.

Ainsi, « les opérateurs offrent l'accès et l'interconnexion à d'autres entreprises selon des modalités et conditions compatibles avec les obligations imposées par l'autorité réglementaire nationale ... »²⁸⁹⁴. Lorsqu'un opérateur est désigné comme disposant d'une puissance significative sur un marché donné²⁸⁹⁵, les autorités réglementaires nationales peuvent lui imposer des obligations de transparence, notamment celle de publier une offre de référence - l'autorité réglementaire nationale étant « habilitée, entre autres, de demander des modifications aux offres de référence »²⁸⁹⁶ -, des obligations de non-discrimination²⁸⁹⁷ et des obligations relatives à la séparation comptable.

Ces dernières obligations peuvent notamment consister à « obliger une entreprise intégrée verticalement à rendre ses prix de gros et ses prix de transferts internes transparents, entre autres pour garantir le respect de l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 10, ou, en cas de nécessité, pour empêcher des subventions croisées abusives »²⁸⁹⁸.

Les autorités nationales de régulation pourront « imposer à des opérateurs l'obligation de satisfaire les demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et d'en autoriser l'utilisation »²⁸⁹⁹.

A ces obligations s'ajoutent, « lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné peut, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals », le cas échéant « des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts, pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès »²⁹⁰⁰.

Section 8.- Le réseau ferroviaire

717.- Dans cette section, il ne s'agit pas de la mise en concurrence des contrats de transport par chemin de fer. De ce sujet, il a été question au chapitre VII (nos 671 et s.). Nous ne parlerons pas non plus de l'obligation de mise en concurrence pesant sur les entités adjudicatrices, soumises aux dispositions de la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE, fournissant des services au public dans le domaine du transport par chemin de fer²⁹⁰¹.

Ce dont il est question ici, c'est de savoir si la réglementation européenne relative à *l'exploitation des réseaux de chemin de fer*, comporte, comme celles relatives aux réseaux d'électricité, de gaz ou de communication électroniques, des mécanismes de mise en concurrence.

§ 1^{er}.- Absence de mécanisme de mise en concurrence pour la désignation des exploitants de réseaux de chemin de fer dans les directives européennes en matière ferroviaire

718.- Les directives européennes en matière ferroviaire ne prescrivent aucun mécanisme de mise en concurrence pour la désignation des exploitants de réseaux. Cette absence de mise en concurrence pourrait dans certains cas se justifier par le fait que l'exploitant du réseau est lui-même propriétaire du réseau. Ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, au Grand-Duché de Luxembourg, la propriété du réseau ferré fut transférée à l'Etat²⁹⁰² à la suite de la directive ferroviaire 91/440/CE²⁹⁰³. Cette directive

²⁸⁹⁴ Article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») (JO L 108 du 24 avril 2002, pp. 7 et s.).

²⁸⁹⁵ Article 8, paragraphe 2, de la directive 2002/19/CE.

²⁸⁹⁶ Article 9, paragraphe 2, de la directive 2002/19/CE.

²⁸⁹⁷ Article 10 de la directive 2002/19/CE : « Les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou ceux de leurs filiales ou partenaires » (paragraphe 2).

²⁸⁹⁸ Article 11, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2002/19/CE.

²⁸⁹⁹ Article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive 2002/19/CE.

²⁹⁰⁰ Article 13, paragraphe 1^{er}, de la directive 2002/19/CE.

²⁹⁰¹ Voir quant à la directive « marchés publics » sectorielle ci-dessus, nos 79 et s.

²⁹⁰² Article 3 de la loi luxembourgeoise du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire (Mémorial A, no 40, du 18 mai 1995).

n'exigeait pas ce transfert, ni d'ailleurs la directive actuelle 2012/34/UE²⁹⁰⁴. La Société Nationale des Chemins de Fer Luxembourgeois, jusque là propriétaire du réseau, fut chargée de sa gestion²⁹⁰⁵.

A côté de l'Etat luxembourgeois, la Belgique et la France détiennent des participations dans la Société Nationale des Chemins de Fer Luxembourgeois. Cette société exerce, hormis sa mission de gestionnaire d'infrastructure, également une intense activité de transporteur ferroviaire. Dans ces circonstances les conditions *Teckal*²⁹⁰⁶ ne sont manifestement pas remplies. La gestion d'un réseau ferroviaire correspondant en principe à une concession de services ou de travaux - sinon à un marché de services ou de travaux - une mise en concurrence s'imposerait pour la désignation du gestionnaire, sinon en vertu des directives « marchés publics », du moins en vertu du droit primaire seul.

§ 2. Attributions des sillons

719.- La directive 2012/34/UE²⁹⁰⁷ prévoit une certaine forme de mise en concurrence - mais l'expression est peut-être trop forte, car il s'agit plutôt de critères de priorité - pour l'attribution des « sillons »²⁹⁰⁸. Les gestionnaires d'infrastructures doivent mettre les réseaux à disposition des entreprises ferroviaires de manière non discriminatoire²⁹⁰⁹. A côté de cela, il leur incombe de prêter un certain nombre d'autres services. Suivant l'article 39 de la directive 2012/34/UE : « Le gestionnaire de l'infrastructure accomplit les procédures de répartition de ces capacités [les capacités de l'infrastructure]. Il veille notamment à ce que les capacités de l'infrastructure soient réparties sur une base équitable et de manière non discriminatoire et dans le respect du droit de l'Union ». Les redevances d'utilisation demandées doivent être « conformes à la méthodologie, aux règles et, le cas échéant, aux barèmes définis dans le document de référence du réseau »²⁹¹⁰. Toutefois, les redevances d'utilisation de l'infrastructure « peuvent inclure une redevance au titre de la rareté des capacités de la section identifiable de l'infrastructure pendant les périodes de saturation »²⁹¹¹. De ce qui précède, il résulte que les redevances sont fixées au préalable. En cas de saturation d'un réseau, l'attribution des sillons ne pourra donc pas se faire suivant un critère de prix. Ni l'article 47 (« Saturation de l'infrastructure »), ni l'annexe IV (« contenu du document de référence du réseau ») n'envisagent d'ailleurs un critère de prix pour l'attribution des sillons.

Cependant, la directive 2012/34/UE ajoute :

*« Si les redevances prévues à l'article 31, paragraphe 4 [les redevances majorées tenant compte de la rareté des sillons concernés], n'ont pas été perçues ou n'ont pas donné des résultats satisfaisants et que l'infrastructure a été déclarée saturée, le gestionnaire de l'infrastructure peut appliquer en outre des critères de priorité à la répartition des capacités de l'infrastructure »*²⁹¹².

La directive continue :

« Les critères de priorité tiennent compte de l'importance d'un service pour la collectivité, par rapport à tout autre service qui serait de ce fait exclu.

Afin de garantir le développement de services de transport adéquats dans ce cadre, en particulier pour répondre à des exigences de service public ou pour favoriser le développement du fret

²⁹⁰³ Directive 91/440/CE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires (JO L 237 du 24 août 1991, pp. 25 et s.).

²⁹⁰⁴ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (JO L 343 du 14 décembre 2012, pp. 32 et s.).

²⁹⁰⁵ Article 6 de la loi luxembourgeoise du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire.

²⁹⁰⁶ Cf. ci-dessus, no 221 et s.

²⁹⁰⁷ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (JO L 343 du 14 décembre 2012, pp. 32 et s.).

²⁹⁰⁸ Il s'agit de la « capacité de l'infrastructure requise pour faire circuler un train donné d'un point à un autre au cours d'une période donnée (article 3, 27), de la directive 2012/34/UE.

²⁹⁰⁹ Voir l'article 13 de la directive 2012/34/UE.

²⁹¹⁰ Article 31, paragraphe 2, de la directive 2012/34/UE.

²⁹¹¹ Article 31, paragraphe 4, de la directive 2012/34/UE.

²⁹¹² Article 47, paragraphe 3, de la directive 2012/34/UE.

ferroviaire national et international, les Etats membres peuvent prendre les mesures nécessaires, dans des conditions non discriminatoires, pour que ces services soient prioritaires lors de l'attribution des capacités de l'infrastructure »²⁹¹³.

Une annexe à la directive prévoit que le document de référence du réseau devra contenir « les règles concernant la prise en compte des niveaux antérieurs d'utilisation des capacités pour déterminer les priorités lors du processus de répartition »²⁹¹⁴. A l'opposé d'une mise en concurrence d'un marché public où les soumissionnaires peuvent influencer sur la qualité de leurs offres, les niveaux antérieurs d'utilisation des capacités sont définitivement fixés, sans possibilité de les modifier après coup. De même, le type de transport, passagers ou fret, correspond plutôt à des choix des intéressés faits *a priori*, avant même de formuler la demande en vue d'obtenir un sillon.

La directive 2012/34/UE précise que les capacités d'infrastructure, une fois accordées, ne peuvent être transférées par leurs bénéficiaires à d'autres entreprises²⁹¹⁵. Si le bénéficiaire utilise insuffisamment ses sillons dans un réseau saturé, il est obligé d'y renoncer²⁹¹⁶.

Section 9.- L'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union

720.- Afin d'être autorisées à atterrir ou à décoller dans des aéroports souffrant d'insuffisances de capacités insolubles à court terme, provoquant des retards importants, les compagnies aériennes doivent disposer de droits d'atterrissage et de décollage appelés « créneaux horaires »²⁹¹⁷. Ces aéroports sont dits « coordonnés ».

Pour ces aéroports, une personne physique ou morale, appelée « coordonnateur » doit être désignée. Le coordonnateur est seul responsable de l'attribution des créneaux horaires et doit agir « d'une manière indépendante, neutre, non discriminatoire et transparente »²⁹¹⁸.

Les créneaux horaires ne sont pas accordés suivant un principe de mise en concurrence, mais en fonction d'un droit d'ancienneté : un transporteur aérien qui a exploité²⁹¹⁹ une série de créneaux pour des services aériens réguliers et des services aériens non réguliers programmés pendant au moins 80% du temps au cours de la période de planification horaire pour laquelle elle avait été attribuée, a droit à la même série lors de la période suivante²⁹²⁰.

Les créneaux horaires non accordés suivant la règle d'ancienneté sont placés dans un « pool » pour être redistribués aux transporteurs aériens demandeurs²⁹²¹. Dans ce cas, « préférence est donnée aux services aériens commerciaux et, en particulier, aux services réguliers et aux services aériens non réguliers programmés. En cas de demandes concurrentes dans une même catégorie de services, la priorité est donnée aux opérations ayant lieu toute l'année »²⁹²².

Cette façon de procéder, contraire au principe de mise en concurrence, est-elle conforme au droit primaire ?

Le coordonnateur, seul responsable de l'attribution des créneaux, c'est-à-dire du droit d'utiliser une infrastructure publique, exerce incontestablement une fonction étatique au sens fonctionnel. Le droit

²⁹¹³ Article 47, paragraphe 4, alinéas 2 et 3, de la directive 2012/34/CE.

²⁹¹⁴ L'annexe IV, 3), point g), de la directive 2012/34/UE.

²⁹¹⁵ Article 38 de la directive 2012/34/UE.

²⁹¹⁶ Article 52 de la directive 2012/34/UE.

²⁹¹⁷ Article 3, paragraphe 5, règlement (CEE) no 95/93 du Conseil du 18 janvier 1993 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la communauté (JO L 14 du 22 janvier 1993, pp. 1 et s.), tel que modifié par la suite.

²⁹¹⁸ Article 4 du règlement (CEE) no 95/93, tel qu'il a été modifié.

²⁹¹⁹ L'article 8, paragraphe 2, du règlement 95/93 dit « avec l'autorisation du coordinateur ». Cette condition ne peut être remplie lorsqu'un aéroport passe du statut d'aéroport non coordonné à celui d'aéroport coordonné, hypothèse que n'envisage pas expressément le règlement 95/93. L'intention du législateur n'était probablement pas d'exclure ces cas de la règle d'ancienneté, mais d'insister sur ce que l'exploitation d'un créneau sans y être autorisé ne peut procurer de droit acquis.

²⁹²⁰ Article 8, paragraphe 2, du règlement 95/93.

²⁹²¹ Article 10, paragraphe 1^{er}, du règlement 95/93.

²⁹²² Article 8, paragraphe 3, du règlement 95/93.

d'établissement est potentiellement concerné et l'intérêt transfrontalier des créneaux horaires est indéniable.

Dans ces circonstances, suivant la jurisprudence de la Cour, le droit primaire imposerait normalement une mise en concurrence. Toutefois, des raisons objectives, d'« ordre économique », tenant au fonctionnement du marché de transports aériens et de l'organisation des transporteurs aériens justifient l'application d'une règle d'ancienneté. C'est cependant en vain que l'on y cherchera des « motifs impérieux d'intérêt général », justifiant le mode d'attribution suivant l'ancienneté. D'après la Cour, des motifs impérieux d'intérêt général ne pourraient d'ailleurs en aucun cas être d'ordre économique²⁹²³. La Cour a parfois laissé l'impression de se contenter de simples motifs objectifs pour admettre une dérogation au principe de mise en concurrence selon le droit primaire²⁹²⁴. Par un arrêt du 14 novembre 2013 (Belgacom, C-221/12), elle vient de préciser que des motifs simplement objectifs sont insuffisants²⁹²⁵.

Une proposition de modification du règlement 95/93²⁹²⁶, prévoit de permettre des transferts de créneaux « entre deux transporteurs aériens, avec ou sans compensation monétaire ou d'une autre nature »²⁹²⁷. Il s'agit là d'une évolution que nous avons pu constater dans d'autres domaines (quotas d'émission de gaz à effet de serre, concessions de pêche transférables), conduisant à une privatisation de la sphère publique par l'introduction de mécanismes de marché dans des domaines considérés traditionnellement comme relevant du domaine de la puissance publique et se trouvant, de ce fait, hors du commerce²⁹²⁸. Le règlement actuel n'admet des transferts que par voie d'échange de créneaux, à l'intérieur du même groupe ou lors de restructurations²⁹²⁹.

Section 10.- Les appels d'offres pour des services de transport aériens de passagers réguliers au départ ou à destination de certains aéroports

721.- D'après les directives « marchés publics », les services de transport aériens de passagers ou de marchandises constituent des services prioritaires. Les marchés concernant ces services sont soumis aux procédures de mise en concurrence des directives. En revanche, si l'opération constitue une concession de services, elle échappe aux directives « marchés publics ». Ce serait le cas, si le transporteur aérien assumait une part significative du risque d'exploitation de la liaison en question.

722.- Ceci dit, l'article 16, paragraphe 10, du règlement (CE) no 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008²⁹³⁰ envisage une hypothèse précise dans laquelle il impose un appel d'offres :

- Un Etat membre a imposé une obligation de service public « au titre de services aériens réguliers entre un aéroport située dans la Communauté et un aéroport desservant une zone périphérique ou de développement situé sur son territoire ou sur une liaison à faible trafic à destination d'un aéroport situé sur son territoire, si cette liaison est considérée comme vitale pour le développement économique et social de la région desservie par l'aéroport » (article 16, paragraphe 1^{er}, du règlement 1008/2008).
- Aucun transporteur aérien européen n'a commencé, ni ne peut démontrer « qu'il est sur le point de commencer des services aériens durables sur la liaison en question »²⁹³¹.

²⁹²³ Cf. également ci-dessus, no 458.

²⁹²⁴ Cf. également ci-dessus, no 458.

²⁹²⁵ Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, point 38.

²⁹²⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 1^{er} décembre 2011, fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (COM (2011) 824 final - 2011/0397 (COD)).

²⁹²⁷ Nouvel article 13, b), du règlement.

²⁹²⁸ Cette tendance va de pair avec d'autres phénomènes tels la prolifération de partenariats public-privé dans les domaines les plus divers. La très longue durée de ces contrats limite considérablement la marge de manœuvre des pouvoirs publics pour l'avenir.

²⁹²⁹ Cf. l'article 8 bis du règlement 95/13.

²⁹³⁰ Règlement (CE) no 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (JO L 293 du 31 octobre 2008, pp. 3 et s.).

- L'Etat membre en question entend limiter l'accès des services aériens réguliers sur cette liaison à un *seul* transporteur aérien européen²⁹³².

Si ces conditions sont remplies, l'Etat concerné peut accorder l'exclusivité envisagée pour une période maximale de quatre ans, mais il doit, à cet effet, recourir à la procédure d'appel d'offres décrite à l'article 17 du règlement 1008/2008²⁹³³.

L'article 17 indique le contenu de l'appel d'offres qui doit être publié au Journal Officiel de l'Union européenne. L'appel d'offres et, plus tard, le contrat doivent comprendre « les paramètres objectifs et transparents sur lesquels se fonde le calcul de la compensation éventuelle pour l'exécution des obligations de service public »²⁹³⁴. Plus loin, le même article indique : « Cette compensation ne dépasse pas le montant nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution de chaque obligation de service public, en tenant compte des recettes y relatives conservées par le transporteur aérien ainsi qu'un bénéfice raisonnable »²⁹³⁵.

Ces dispositions sont clairement inspirées des conditions de l'arrêt *Altmark*²⁹³⁶. L'arrêt *Altmark* n'utilise cependant pas la notion de « coût net ». D'après cet arrêt, la compensation ne doit pas dépasser « ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable »²⁹³⁷. La notion de « coût net », intègre également, outre les recettes provenant de l'exécution des obligations de service public, - c'est du moins ainsi que le législateur européen l'entend dans d'autres textes - tout bénéfice immatériel tel, par exemple, un gain de notoriété favorisant ses activités de façon générale²⁹³⁸.

Pour les liaisons envisagées, c'est justement leur défaut de rentabilité qui fait qu'aucun transporteur n'est intéressé à les exploiter sans être subventionné. La prise en charge du coût net par les pouvoirs publics décharge le transporteur aérien de tout risque économique significatif en rapport avec la liaison concernée. Plutôt qu'une concession de services, le contrat conclu entre le pouvoir public et le transporteur à l'issue de la procédure d'appel d'offres est donc un marché public. Puisque le règlement 1008/2008 s'abstient de tout renvoi à la directive 2004/18/CE et prévoit une procédure d'appel d'offres spécifique, différente de celle de la directive 2004/18/CE, il faut supposer que les règles de procédure du règlement, nettement plus sommaires que celles de la directive, sont seules applicables aux appels d'offres en question.

Section 11.- L'attribution des contingents tarifaires

723.- La politique commerciale relève de la compétence exclusive de l'Union²⁹³⁹, sauf la délégation de certaines compétences aux Etats membres²⁹⁴⁰. L'attribution de quotas d'importation ou d'exportation, c'est-à-dire d'autorisations d'importer ou d'exporter, pose un problème de répartition comme il en existe pour d'autres autorisations en nombre limité, tels les quotas laitiers, les quotas

²⁹³¹ Article 16, paragraphe 9, du règlement 1008/2008.

²⁹³² Article 16, paragraphe 9, du règlement 1008/2008.

²⁹³³ Voir l'article 16, paragraphe 10, du règlement 1008/2008.

²⁹³⁴ Article 17, paragraphe 3, e), du règlement 1008/2008.

²⁹³⁵ Article 17, paragraphe 8, du règlement 1008/2008.

²⁹³⁶ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, points 89 à 93.

²⁹³⁷ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, point 92.

²⁹³⁸ Voir, par exemple, l'annexe IV, partie A, deuxième alinéa, *in fine*, du règlement 1008/2008 : « Le calcul du coût net doit évaluer les bénéfices, y compris les bénéfices immatériels pour l'opérateur de service universel ».

²⁹³⁹ Article 3, paragraphe 1^{er}, e), TFUE.

²⁹⁴⁰ Voir, par exemple, le règlement du Conseil no 60/85 du 9 janvier 1985 (JO L 9 du 10 janvier 1985, pp. 13 et s.), relatif aux restrictions à l'exportation des tubes et tuyaux en acier vers les Etats-Unis d'Amérique qui chargeait les Etats membres de délivrer des licences d'exportation dans les limites du quota national suivant des critères à déterminer par eux dans le cadre tracé par le règlement (article 5, paragraphe 2, du règlement 60/85) ; ou encore, certaines mesures d'application mises à charge des autorités des Etats membres par le règlement (CE) no 717/2008 du Conseil du 17 juillet 2008 (JO L 198 du 26 juillet 2008, pp. 1 et s.), portant établissement d'une procédure de gestion communautaire des contingents quantitatifs, telle la délivrance de licences d'importation (article 15).

d'émission de gaz à effet de serre, des agréments uniques ou en nombre limité pour des jeux de hasard,

Comment la répartition de quotas d'importation ou d'exportation doit-elle s'effectuer ? Y a-t-il lieu à mise en concurrence, ainsi que la Cour l'exige pour les autorisations en nombre limité dans le domaine des jeux de hasard ?²⁹⁴¹ Ce n'est pas ce que prévoient les textes législatifs applicables, ni la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, le règlement (CE) no 717/2008 du Conseil du 17 juillet 2008²⁹⁴² prévoit « que la gestion des contingents peut notamment s'effectuer par application de l'une des méthodes suivantes ou par une combinaison de ces méthodes :

- a) méthode fondée sur la prise en compte des courants d'échanges traditionnels conformément aux articles 6 à 11²⁹⁴³ ;
- b) méthode fondée sur l'ordre chronologique d'introduction des demandes (selon le principe « premier venu, premier servi »), conformément à l'article 12 ;
- c) méthode de répartition en proportion des quantités demandées lors de l'introduction des demandes (selon la procédure dite « de l'examen simultané », conformément à l'article 13 »²⁹⁴⁴.

Ce règlement ne s'applique pas aux produits « soumis à un régime commun spécifique d'importation ou d'exportation prévoyant des dispositions particulières en matière de gestion des contingents »²⁹⁴⁵.

En matière agricole, le règlement (UE) no 1308/13 du 17 décembre 2013 prévoit les mêmes méthodes de gestion des contingents²⁹⁴⁶. Tout comme le règlement général 717/2008, ce règlement permet à la Commission de recourir à une combinaison des trois méthodes indiquées ou encore de recourir à une autre méthode. Selon le règlement (CEE) no 3030/93 du 12 octobre 1993 concernant les produits textiles importés de Chine et de Serbie, les autorisations d'importer sont délivrées suivant le principe « premier venu, premier servi »²⁹⁴⁷. Il en est de même pour d'autres produits textiles couverts par le règlement (CE) no 517/94 du Conseil du 7 mars 1994²⁹⁴⁸. Le règlement (CE) no 427/2003 du Conseil du 3 mars 2003 relatif à certains produits originaires de la République populaire de Chine renvoie aux dispositions générales, actuellement prévues par le règlement général 717/2008²⁹⁴⁹.

La mise aux enchères de contingents d'importation ou d'exportation est une modalité de gestion des contingents tarifaires qui n'est pas pratiquée par l'Union²⁹⁵⁰. Théoriquement, sauf les cas où la

²⁹⁴¹ Cf. no 479 ci-dessus.

²⁹⁴² Règlement (CE) no 717/2008 du Conseil du 17 juillet 2008 portant établissement d'une procédure de gestion communautaire des contingents quantitatifs (JO L 198 du 26 juillet 2008, pp. 1 et s.).

²⁹⁴³ Voir, par exemple, l'article 7 du règlement (CE) no 341/2007 de la Commission du 29 mars 2007, portant ouverture et mode de gestion de contingents tarifaires et instaurant un régime de certificats d'importation et de certificats d'origine pour l'ail et certains produits agricoles importés des pays tiers, qui prévoit la répartition des quantités à concurrence de 70% pour les importateurs traditionnels et de 30% pour les nouveaux importateurs.

²⁹⁴⁴ Article 2, paragraphe 2, du règlement 717/2008.

²⁹⁴⁵ Article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement 717/2008.

²⁹⁴⁶ Article 184 du règlement (UE) no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no 1037/2011 et (CE) no 1234/2007 du Conseil (JO L 347 du 17 décembre 2013, pp. 671 et s.)

²⁹⁴⁷ Règlement (CEE) no 3030/93 du Conseil du 12 octobre 1993 relatif au régime commun applicable aux importations de certains produits textiles originaires des pays tiers, tel que modifié (article 12, paragraphe 1^{er}).

²⁹⁴⁸ Règlement (CE) no 517/94 du Conseil du 7 mars 1994 relatif au régime applicable aux importations de produits textiles en provenance de certains pays tiers non couverts par des accords, protocoles ou autres arrangements bilatéraux, ou par d'autres régimes communautaires spécifiques d'importation.

²⁹⁴⁹ Article 21 du règlement (CE) no 427/2003 du Conseil du 3 mars 2003 relatif à un mécanisme de sauvegarde transitoire applicable aux importations de certains produits de la République populaire de Chine et modifiant le règlement (CE) no 519/94 relatif au régime commun applicable aux importateurs de certains pays tiers (JO L 65 du 8 mars 2003, pp. 1 et s.) et article 26 du règlement (CE) no 717/2008 du Conseil du 17 juillet 2008 portant établissement d'une procédure de gestion communautaire des contingents quantitatifs.

²⁹⁵⁰ Voir, par exemple, le rapport de l'OCDE rédigé par A. DIAKOSAVAS, *L'accord sur l'agriculture du cycle d'Uruguay. Une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE*, 2001, pp. 45 et s., 122 et s.

méthode du « premier venu, premier servi » est seule admise, la Commission pourrait imposer le recours à des enchères pour la répartition de contingents. Elle a envisagé cette possibilité à l'occasion du différend commercial concernant le secteur des bananes en 2000²⁹⁵¹.

Cependant, la compatibilité avec les règles du GATT de la mise aux enchères de contingents paraît douteuse²⁹⁵². En effet, les enchères de contingents pourraient conduire à des droits excédant ceux permis par l'article II, 1., b) du GATT. D'autre part, l'article VIII du GATT impose de limiter « toutes les redevances et impositions de quelque nature qu'elles soient » au « coût approximatif des services rendus » et indiquent qu'elles « ne devront pas constituer une protection indirecte des produits nationaux ou des taxes de caractère fiscal à l'importation ou à l'exportation ». Enfin, l'article XI du GATT interdit des « restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licence d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé ».

Le principe d'égalité de traitement s'impose également en matière de contingents tarifaires²⁹⁵³. Bien qu'ayant à plusieurs reprises eu à connaître de contingents tarifaires, la Cour de justice n'a pas requis de mise en concurrence pour l'attribution de quotas d'importation ou d'exportation. Puisqu'elle n'a formé aucune objection à la méthode d'attribution suivant les courants d'échange traditionnels, elle paraît en avoir implicitement confirmé la validité²⁹⁵⁴.

Chapitre IX.- Marchés passés par des institutions européennes ou des organismes de droit public européen

Section 1^{re}.- Le droit primaire applicable à la passation des marchés publics de l'administration de l'Union

724.- Comme toutes les directives, les directives « marchés publics » s'adressent aux Etats membres et non aux institutions européennes²⁹⁵⁵. Pour la passation de leurs marchés, les institutions européennes et organismes de droit public européen ne sont donc pas soumis à la directive 2004/18/CE²⁹⁵⁶.

A ce principe, il existe deux exceptions :

- Les règles ou principes édictés ou dégagés dans le cadre des directives « marchés publics » peuvent être invoqués à l'encontre de l'administration européenne « lorsqu'ils n'apparaissent, eux-mêmes, que comme l'expression spécifique de règles fondamentales du traité CE et de principes généraux du droit qui s'imposent directement à l'administration communautaire »²⁹⁵⁷.
- « Les règles ou principes édictés ou dégagés dans le cadre de ces directives peuvent être invoqués à l'encontre de l'administration lorsque, dans l'exercice de son autonomie fonctionnelle et institutionnelle, et dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le traité CE, celle-ci a adopté un acte qui renvoie expressément, pour régir les marchés publics

²⁹⁵¹ Communication de la Commission au Conseil relative aux consultations menées en vue de résoudre le litige sur la banane (COM/2000/0431 final).

²⁹⁵² Voir en ce sens, J.H. JACKSON, *The jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 83, note 39; L.M. BAUGHMAN, « Auctioning of Quotas : Lots of Pain for Little Gain », *The World Economy*, 1988, volume 11, issue 3, pp. 397 - 416, pp. 409 à 411 ; M. MARTNI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 683.

²⁹⁵³ Voir l'arrêt de la Cour du 29 septembre 1987, De Boer Berizen, 81/86, point 15 ; l'arrêt de la Cour du 19 novembre 1998, Royaume-Uni/Commission, C-150/94, points 97 et s. ; arrêt de la Cour du 30 juin 2005, Alessandrini, C-295/03 P, point 95.

²⁹⁵⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 19 octobre 1989, Hoesch, 142/88, points 19 et s. ; arrêt de la Cour du 17 mars 1987, Mannesmann-Röhrenwerke AG, 333/85, points 12 et s.

²⁹⁵⁵ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2003, Rinke, C-25/02, point 24.

²⁹⁵⁶ Voir en ce sens, l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, Europaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité maritime (EFSA), T-457/07.

²⁹⁵⁷ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, Europaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité maritime (EFSA), T-457/07, point 36.

qu'elle passe pour son propre compte, à certaines règles ou à certains principes énoncés dans les directives et par l'effet duquel lesdites règles et lesdits principes trouvent à s'appliquer conformément au principe *patere legem quam ipse fecisti* »²⁹⁵⁸.

En tout état de cause, les institutions sont tenues d'observer le principe d'égalité de traitement, de même que les autres droits fondamentaux. Cela est vrai non seulement pour les institutions européennes, mais également pour les « organes et organismes de l'Union » ainsi que le prévoit expressément l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Aussi, ces principes s'imposent indifféremment aux organismes de droit public européen et aux institutions européennes²⁹⁵⁹.

Rien d'étonnant donc à voir appliquer le principe d'égalité de traitement à la passation des marchés de l'administration de l'Union²⁹⁶⁰. Comme dans le cas des marchés étatiques d'intérêt transfrontalier, le principe d'égalité y implique une obligation de transparence²⁹⁶¹ comportant « l'obligation pour l'autorité adjudicatrice de rendre publiques toutes les informations précises concernant l'ensemble du déroulement de la procédure »²⁹⁶² et de veiller à ce que « toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges »²⁹⁶³.

Les arrêts rendus au sujet des marchés de l'administration européenne se réfèrent régulièrement à la jurisprudence de la Cour relative aux marchés des Etats membres²⁹⁶⁴. L'inverse est vrai également. Certains arrêts rendus à propos de marchés conclus par l'administration européenne apportent au droit primaire de la mise en concurrence des précisions qui paraissent valables également pour les marchés publics des Etats membres²⁹⁶⁵. Puisque la portée du principe d'égalité de traitement est la même, peu importe que l'acte dont il s'agit émane de l'administration de l'Union ou d'un Etat membre, on pourrait penser à première vue que le droit primaire de la mise en concurrence s'applique de manière identique aux marchés des Etats membres et à ceux des institutions, organes et organismes de l'Union.

Cependant, plusieurs réserves s'imposent :

- Le droit primaire de la mise en concurrence ne s'applique aux marchés des Etats membres que s'ils présentent un intérêt transfrontalier.
- Les régimes de droit primaire des marchés de l'Union et des marchés étatiques ne se rejoignent que si le régime appliqué à ces derniers est celui de la jurisprudence que nous avons appelé la *jurisprudence dominante*²⁹⁶⁶. Il en est tout différemment, évidemment, dès lors que la passation des marchés publics des Etats membres - sous-entendu, ceux présentant un intérêt transfrontalier - doit seulement respecter le principe de non discrimination en raison de la nationalité, mais non le principe d'égalité de traitement²⁹⁶⁷.

²⁹⁵⁸ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Evropaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité maritime (EFSA)*, T-457/07, point 36.

²⁹⁵⁹ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Evropaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité maritime (EFSA)*, T-457/07, point 32, pour le principe d'égalité de traitement.

²⁹⁶⁰ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *Commission/Succhi di Frutta*, C-496/99P, p. 108.

²⁹⁶¹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *Commission/Succhi di Frutta*, C-496/99P, p. 109 ; arrêt du Tribunal du 10 octobre 2012, *Evraïki Dynamiki/Commission*, T-247/09, point 67.

²⁹⁶² Arrêt du Tribunal du 28 janvier 2009, *Centro Studi Antonio Manieri/Conseil*, T-125/06, point 87.

²⁹⁶³ Arrêt du Tribunal du 10 octobre 2012, *Evraïki Dynamiki/Commission*, T-247/09, point 69.

²⁹⁶⁴ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA)*, C-252/10P, point 30 ; arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *Commission/Succhi di Frutta*, C-496/99P, points 108 et 109 ; arrêt de la Cour du 28 janvier 2009, *Centro Studi Antonio Manieri/Conseil de l'Union*, T-125/06, point 86.

²⁹⁶⁵ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA)*, C-252/10P, point 35.

²⁹⁶⁶ Cf. les nos 345 et s. où les différents courants sont examinés.

²⁹⁶⁷ Voir en ce sens, en particulier, l'arrêt de la Cour du 17 mars 2011, *Strong Segurança*, C-95/10, points 40, 41 et 42 discuté ci-dessus au no 362.

- Il arrive que le Tribunal fasse référence au principe de bonne administration à propos des marchés de l'administration de l'Union²⁹⁶⁸. Jusqu'ici, le principe de bonne administration a été absent dans la jurisprudence de la Cour relative aux marchés des Etats membres. Si elle devait se confirmer, cette différence serait *a priori* assez minime, dans la mesure où, en matière de marchés publics, les exigences qui pourraient être fondées sur le principe de bonne administration - même en supposant que le principe de bonne administration donne lieu à des obligations autres que celles expressément mentionnées à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux - et celles résultant du principe d'égalité de traitement, paraissent se recouvrir en très large partie, sinon totalement. Il arrive d'ailleurs que le Tribunal applique cumulativement les principes d'égalité de traitement et de bonne administration. Ainsi, un arrêt du 25 octobre 2012 (Astrim Elyso/Commission, T-216/09, point 23) concernait une affaire où « une offre étant rédigée de manière ambiguë et où les circonstances de l'affaire, dont la Commission avait connaissance, indiquaient que l'ambiguïté pouvait vraisemblablement s'expliquer de manière simple, et être facilement levée ». Le Tribunal estima que « dans un tel cas, il est, en principe, contraire au principe de bonne administration que la Commission rejette cette offre sans exercer sa faculté de demander des précisions. Lui reconnaître, dans de telles circonstances, un pouvoir discrétionnaire absolu serait contraire au principe d'égalité de traitement »²⁹⁶⁹.
- Il faut relever l'accent mis dans la jurisprudence sur le large pouvoir d'appréciation dont disposent les institutions, les organes et les organismes de l'Union à l'occasion de la passation de leurs marchés, le contrôle du Tribunal devant « se limiter à vérifier l'absence d'erreur grave et manifeste »²⁹⁷⁰. D'une façon générale, il est reconnu aux institutions de l'Union « un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elles sont amenées à exercer des choix de nature politique, économique et sociale » et lorsqu'ils sont appelés à effectuer des appréciations et des évaluations complexes »²⁹⁷¹. S'agirait-il d'une latitude dont ne disposent pas les Etats membres ? A cet égard, la jurisprudence de la Cour est ambivalente. Dans certaines situations elle leur a en effet reconnu un large pouvoir d'appréciation. Les arrêts en ce sens sont cependant assez rares. Ainsi, la Cour a jugé en matière de politique agricole commune, « s'agissant d'évaluer des critères ayant trait à une réalité économique complexe, [que] les Etats membres jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dont les limites ne sauraient être considérées comme outrepassées que si l'appréciation portée par eux est entachée d'une erreur manifeste »²⁹⁷².

²⁹⁶⁸ Voir l'arrêt du Tribunal du 25 octobre 2012, Astrim, Elyo, T-216/09, point 23 ; arrêt du Tribunal du 10 octobre 2012, Sviluppo Globale, T-183/10, point 40 ; arrêt du Tribunal du 27 septembre 2002, Tideland Signal, T-211/02, points 37 et 42.

²⁹⁶⁹ Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2012, Astrim, Elyo/Commission, T-216/09, point 23 ; voir dans le même sens, arrêt du Tribunal du 27 septembre 2002, Tideland Signal, T-211/02, points 37 et 38 ; voir cependant l'arrêt du Tribunal du 10 octobre 2012, Sviluppo Globale, T-183/10, point 40, suivant lequel l'obligation de motivation précisée à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux « ne constitue pas seulement, de façon générale, l'expression de la transparence de l'administration, mais elle doit également permettre au particulier de décider, en pleine de connaissance de cause, s'il est utile pour lui de saisir une juridiction ».

²⁹⁷⁰ Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal du 17 décembre 1998, Embassy Limousines & Services, T-203/96, point 56 pour le Parlement européen « quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres » ; arrêt du Tribunal du 25 octobre 2012, IDT Biologika GmbH, T-503/10, points 19 et 20 concernant les éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres et l'évaluation de la conformité des offres présentées et de la documentation produite en ce sens ; l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, Evropaïki Dynamiki/Autorité Européenne de Sécurité Maritime (EFSA), T-457/07, concernant « tant le contenu que la mise en œuvre des règles applicables à la passation » (point 61) ; arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, Ecocéane, T-518/09, point 50 : large pouvoir d'appréciation « tout au long de la procédure de passation du marché, y compris en ce qui concerne le choix et l'évaluation des critères de sélection ».

²⁹⁷¹ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, point 57, quant au législateur européen.

²⁹⁷² Arrêt de la Cour du 21 février 1990, Wuidart, C-267/88 et C-285/88, point 35. Il s'agissait de la délimitation d'entités géographiques dans lesquelles « les conditions naturelles, les structures de production et de

Rappelons par ailleurs que la Cour reconnaît aux Etats membres un large pouvoir d'appréciation pour la définition des services d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2, TFUE ou encore pour la désignation de motifs impérieux d'intérêt général permettant de déroger aux libertés fondamentales²⁹⁷³. Dans le domaine des marchés publics, la Cour reconnaît aux Etats une *marge d'appréciation* pour l'évaluation des offres, sans cependant indiquer que cette marge serait large²⁹⁷⁴.

De même, les Etats membres disposent d'« une certaine marge d'appréciation dans le cadre des directives aux fins de l'adoption de mesures destinées à garantir les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires »²⁹⁷⁵. Une *certaine marge d'appréciation* - marge que l'arrêt *Beentjes*²⁹⁷⁶ reconnaît à cette fin aux Etats membres -, représente probablement moins qu'une *large marge d'appréciation*.

L'administration de l'Union dispose-t-elle du choix de recourir à ses propres services au lieu de passer un marché public ? Il en est ainsi. Comme les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres, l'administration de l'Union a cette faculté²⁹⁷⁷.

De même, les institutions et organismes de l'Union disposent de la possibilité de passer des accords de collaboration sans devoir passer par une procédure de marché public²⁹⁷⁸. L'article 121, paragraphe 6, du règlement délégué 1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 – le précédent règlement en faisait de même – s'exprime expressément en ce sens : « Sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs les services des institutions de l'Union, sauf lorsqu'ils concluent entre eux des arrangements administratifs visant à la prestation de services, la livraison de produits, la réalisation de travaux ou l'exécution de marchés immobiliers ». Cette exception est plus large que l'exception de collaboration entre autorités publiques que la Cour a admis dans divers arrêts²⁹⁷⁹. Dès lors se pose la question de sa compatibilité avec le droit primaire.

725.- Ce qui précède concerne le contenu de l'obligation de mise en concurrence dans l'abstrait, mais non le contrôle juridictionnel de sa mise en œuvre. A cet égard, il existe d'indiscutables points communs entre les marchés de l'administration de l'Union et ceux des Etats membres. Ainsi, les décisions prises à l'occasion des procédures de passation, comme tout acte de l'administration de l'Union, doivent être motivées²⁹⁸⁰. Le règlement délégué 1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012²⁹⁸¹ prévoit en son article 171 un délai d'attribution de quatorze jours avant la signature du contrat. La possibilité d'agir en nullité contre les décisions irrégulières et de demander des mesures en

rendement moyen du cheptel sont comparables » (article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement no 857/84 du Conseil, du 31 mars 1984) aux fins du prélèvement supplémentaire sur le lait.

²⁹⁷³ Voir, ci-dessus, no 456 pour les services d'intérêt économique général et no 442 pour les motifs impérieux d'intérêt général.

²⁹⁷⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beentjes*, 31/87, points 26 et 27.

²⁹⁷⁵ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, point 55.

²⁹⁷⁶ Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Beentjes*, 31/87, points 26 et 27.

²⁹⁷⁷ Voir l'arrêt du Tribunal du 28 janvier 2009, *Centro Studia Manieri/Conseil*, T-125/06, point 2.

²⁹⁷⁸ Voir expressément en ce sens, l'article 116, paragraphe 7, du règlement 2342/2002 de la Commission : « Sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs les services des institutions communautaires, sauf lorsqu'ils concluent entre eux des arrangements administratifs visant à la prestation de services, la livraison de produits ou la réalisation de travaux ». Pour un cas d'application de cette disposition, cf. l'arrêt du Tribunal du 28 janvier 2009, *Centro Studio Antonio Manieri/Conseil*, T-125/06, pp. 45 et s. Le Tribunal considère que cette exception ne contrevient pas au droit primaire (points 72 et 83).

²⁹⁷⁹ Cf. à ce sujet ci-dessus, no 233.

²⁹⁸⁰ Cf. l'article 296 TFUE et l'article 41, paragraphe 2, c) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; voir également l'article 100, paragraphe 2, du règlement 1605/2002 et l'article 149, paragraphe 3, du règlement 2342/2002 : obligation d'informer les candidats et soumissionnaires écartés des motifs de leur élimination et d'informer les soumissionnaires écartés des avantages relatifs de l'offre retenue.

²⁹⁸¹ Règlement délégué (UE) no 1268/2012 relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom), no 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (JO L 362 du 31 décembre 2012, pp. 1 et s.

référé est donnée. D'autre part, des dommages-intérêts peuvent être accordés aux conditions de la responsabilité extra-contractuelle des institutions de l'Union.

En dépit des indiscutables similitudes, il n'en reste pas moins que ce système de protection juridictionnelle est inférieur à celui qu'accordent les directives « recours » pour les marchés des Etats membres.

En effet :

- A l'égard de l'Union, l'obtention de mesures en référé est soumise à des conditions plus strictes, en particulier une condition d'urgence²⁹⁸², qui suppose l'existence d'un risque de préjudice grave et irréparable. Sauf circonstances exceptionnelles, cette condition n'est pas remplie pour le préjudice financier résultant de la perte d'un marché, ce préjudice étant susceptible de faire l'objet d'une indemnisation ultérieure²⁹⁸³. Sous le régime des directives « recours », cette condition n'existe pas²⁹⁸⁴. A notre avis, le principe de droit primaire de protection juridictionnelle effective ne permettrait pas qu'un Etat membre subordonne l'obtention de mesures en référé à la condition d'une menace de préjudice grave et irréparable. Le principe de protection juridictionnelle effective requiert en effet que des mesures provisoires puissent être accordées dans l'ordre juridique d'un Etat membre lorsque l'octroi de telles mesures « est nécessaire (...) pour garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir quant à l'existence des droits invoqués sur le fondement du droit communautaire »²⁹⁸⁵.

Ainsi, les conditions restrictives auxquelles est subordonnée l'obtention de mesures provisoires contre les actes de l'administration de l'Union, ne paraissent pas conformes au principe de protection juridictionnelle effective. Dans la mesure où ces exigences résultent d'une interprétation du droit dérivé et non du droit primaire - la condition de l'urgence de l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal - ces conditions nous semblent devoir être écartées.

En revanche, pour ce qui est d'éventuelles insuffisances par rapport au principe de protection juridictionnelle effective résultant du système de recours du traité, il ne pourrait y être remédié que par un changement de ce système, c'est-à-dire, par une modification du traité FUE²⁹⁸⁶.

- La recevabilité d'une demande en référé à l'occasion d'un marché de l'administration de l'Union est d'autre part subordonnée à l'introduction d'un recours au fond, condition que ne permettent pas les directives « recours ».
- Les conditions pour obtenir réparation du préjudice d'une décision irrégulière de l'administration de l'Union sont celles de l'article 340 TFUE. Ce régime est identique à celui, assez restrictif, de la responsabilité des Etats membres, inhérente au traité, pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit européen. Plus haut, nous avons comparé ce régime à celui des directives « recours ». A cette occasion, nous avons constaté qu'il reste en retrait par rapport aux exigences des directives « recours »²⁹⁸⁷.

²⁹⁸² Cf. l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal. Cf. également au sujet de la protection juridictionnelle en matière de marchés de l'administration de l'Union, K. HILLEBRECHT, *Das Eigenvergaberecht der Europäischen Union*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2013, pp. 197 et s.

²⁹⁸³ Ordonnance du Président du Tribunal du 10 novembre 2004, *European Dynamics/Commission*, T-303/04 R, point 72 ; voir l'arrêt du 2 juin 2005, *Umwelt- und Ingenieurtechnik Dresden/Commission*, T-125/05, point 42 ; voir également sur le caractère restrictif de ces conditions, C. DUBOIS et S. ENGELEN, « L'attribution et les contentieux des marchés publics communautaires », *Journal de droit européen*, 2010, pp. 1 et s., nos 13 à 27.

²⁹⁸⁴ Voir, à ce sujet, M. THEWES, « Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics », *Journal des Tribunaux Luxembourg*, 2011, pp. 85 et s., no 21, qui s'interroge sur la conformité à la directive 2007/66/CE de l'exigence du droit luxembourgeois d'un risque de préjudice grave et définitif pour l'octroi d'un sursis à exécution.

²⁹⁸⁵ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, point 76.

²⁹⁸⁶ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 1^{er} avril 2004, *Commission/Jégo-Quéré*, C-263/02 P, point 36, en matière de recours concernant la passation de marchés de l'administration de l'Union ; cf. également l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Evropaïki Dynamiki/Autorité européenne de sécurité maritime (EFSA)*, T-457/07, point 40.

²⁹⁸⁷ Voir ci-dessus, nos 38 et 47).

- Sous le régime des directives « recours », les Etats membres doivent prévoir un recours en annulation contre toutes les décisions du pouvoir adjudicateur en rapport avec la passation d'un marché public²⁹⁸⁸. Tel n'est pas le cas pour les actes et décisions de l'administration européenne. Lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne « (...) en principe ne constituent un acte attaquant que les mesures qui fixent définitivement la position de l'institution au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale »²⁹⁸⁹. Il s'ensuit notamment que ni un recours en nullité, ni à plus forte raison - le premier conditionnant le second - un recours en référé ne sont recevables contre les dispositions d'un cahier des charges d'un marché de l'Union.

Dans une affaire où le requérant invoquait la violation du principe de transparence par le Conseil qui avait confié le marché portant sur l'exploitation d'une crèche à un service rattaché à la Commission, le Tribunal adopta une motivation à première vue assez surprenante.

Le Tribunal relève en effet qu'« il ressort de la jurisprudence que les objectifs de publicité que le pouvoir adjudicateur doit respecter dans le cadre de l'obligation de transparence sont, d'une part, de garantir que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances (voir, en ce sens, arrêt Commission/Belgique, point 86 supra, points 54 et 55) et, d'autre part, de protéger les attentes légitimes des soumissionnaires qui ont été incités à effectuer par anticipation des investissements irréversibles (voir, en ce sens, arrêt Embassy Limousines & Services, point 86 supra, points 85 et 86)²⁹⁹⁰. Le Tribunal continue :

« En l'espèce, la requérante n'a pas démontré que l'un ou l'autre de ces objectifs avait été compromis. En effet, d'une part, tous les soumissionnaires ayant été confrontés à la même absence de publicité de la correspondance entre le Conseil et l'OIB [le service auquel le marché fut confié], cette absence n'a pas pu avoir pour effet de rendre les chances de la requérante et celles des autres soumissionnaires inégales. D'autre part, la requérante n'a pas démontré, ni même allégué qu'elle avait été invitée à effectuer des investissements excédant les risques inhérents à la participation à une procédure d'appel d'offres »²⁹⁹¹.

Cela ne signifie évidemment pas - certains ont interprété cette décision en ce sens²⁹⁹² - que la décision d'attribuer un marché sans mise en concurrence ne puisse en principe pas être annulée. Dans cette affaire, il en était ainsi uniquement parce que le marché avait été passé *in-house* et que dans ces circonstances aucun opérateur économique n'avait été privilégié.

Section 2.- Le droit dérivé de la mise en concurrence applicable aux institutions, organes et organismes de l'Union

§ 1^{er}.- Textes de droit dérivé applicables et pouvoirs adjudicateurs visés

726.- Les dispositions spécifiques qui s'appliquent aux marchés à passer par les institutions européennes se trouvent dans le règlement (CE, EURATOM) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union²⁹⁹³ et dans le règlement délégué (UE) no 1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux règles d'application de ce règlement²⁹⁹⁴.

²⁹⁸⁸ Cf. ci-dessus, no 29.

²⁹⁸⁹ Arrêt du Tribunal du 22 juin 1990, Marcopoulos, T-32/89 et 39/89, point 21.

²⁹⁹⁰ Arrêt du Tribunal du 28 janvier 2009, Centro Studio Antonio Manieri/Conseil de l'Union européenne, T-125/06, point 89.

²⁹⁹¹ Arrêt du Tribunal du 28 janvier 2009, Centro Studio Antonio Manieri/Conseil de l'Union européenne, T-125/06, point 96.

²⁹⁹² C. DUBOIS et S. ENGELEN, « L'attribution et le contentieux des marchés publics communautaires », *Journal du droit européen*, 2010, pp. 1 et s., no 44.

²⁹⁹³ JO L 362 du 31 décembre 2012, pp. 1 et s.

²⁹⁹⁴ JO L 298 du 26 octobre 2012, pp. 1 et s.

Ces règlements s'appliquent aux marchés passés pour leur propre compte par les institutions européennes (article 117 du règlement 966/2012) à l'exception de la Banque centrale européenne, qui n'est pas considérée comme une institution au sens du règlement 966/2012, mais également à ceux passés par le Comité économique et social européen, le Comité des régions, le Médiateur européen, le Contrôleur européen de la protection des données et le Service européen pour l'action extérieure (SEAE), considérés comme des institutions européennes aux fins de ces règlements (article 2, b), du règlement 966/2012).

Ils s'appliquent pareillement, en principe, à la passation de marchés publics par les organismes créés par l'Union « qui ont la personnalité juridique et reçoivent des contributions à la charge du budget »²⁹⁹⁵, et par les agences exécutives²⁹⁹⁶ chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires.

De même, ces règlements s'appliquent aux marchés passés par plusieurs institutions, agences exécutives ou organismes visés à l'article 208 du règlement 966/2012 (« marchés passés sur une base interinstitutionnelle ») (article 104, paragraphe 1^{er}, 2^e alinéa, du règlement 966/2012) et à des marchés nécessaires à l'exécution d'une action commune d'une institution et d'un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs des Etats membres passés suivant une procédure de passation conjointe (article 104, paragraphe 1^{er}, 3^e alinéa, du règlement 966/2012 ; article 133 du règlement délégué 1268/2012)²⁹⁹⁷.

§ 2.- Champ d'application matériel et contenu des règles²⁹⁹⁸

A. Champ d'application

727.- La définition des « marchés publics » est similaire à celle des directives :

²⁹⁹⁵ Article 208 du règlement 966/2012 et article 85 du règlement délégué (UE) no 1271/2013 de la Commission du 30 septembre 2013 portant règlement financier-cadre des organismes visés à l'article 208 du règlement (CE, EURATOM) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil. Il existe actuellement plusieurs dizaines d'organismes créés par l'Union, la plupart en constituant des « agences décentralisées » (par exemple EUROJUST, EUROPOL, FRONTEX, ...), d'autres des « entreprises communes » (cf. par exemple la création de l'entreprise commune Artemis pour la mise en œuvre d'une initiative technologique conjointe dans le domaine informatique (règlement (CE) no 74/2008 du Conseil du 20 décembre 2007, JO L 30 du 4 février 2008). Certaines ne perçoivent pas de contribution à charge de l'Union.

²⁹⁹⁶ Article 50 du règlement (CE) n° 1653/2004 de la Commission du 21 septembre 2004 portant règlement financier type des agences exécutives en application du règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires. Les agences exécutives sont des entités disposant d'une personnalité juridique dont la création a été confiée à la Commission et qui sont chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires (cf. les articles 2 et 3 du règlement (CE) no 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002). Il en existe actuellement une demi-douzaine.

²⁹⁹⁷ Les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 133 du règlement délégué 1268/2012 ajoutent ce qui suit :

« Lorsqu'une procédure de passation de marché est organisée conjointement par une institution et le pouvoir adjudicateur d'un ou de plusieurs Etats membres, pays AELE ou pays candidats à l'adhésion à l'Union, les dispositions de procédure applicables à l'institution s'appliquent.

Lorsque la part revenant au pouvoir adjudicateur d'un Etat membre, ou gérée par lui, dans le montant total estimé du marché est égale ou supérieure à 50% ou dans d'autres cas dûment justifiés, l'institution peut décider que les dispositions de procédure applicables au pouvoir adjudicateur d'un Etat membre s'appliquent à condition qu'elles puissent être considérées comme équivalentes à celles de l'institution.

L'institution et le pouvoir adjudicateur d'un Etat membre concernés par la procédure conjointe de passation de marché conviennent en particulier des modalités pratiques concernant l'évaluation des demandes de participation ou des offres, l'attribution du marché, le droit applicable au marché et la juridiction compétente en cas de contentieux ».

²⁹⁹⁸ Quant au droit applicable une fois le marché conclu, il s'agit en principe du droit convenu par les parties (cf. l'arrêt de la Cour du 7 décembre 1976, Pellegrini, 23 - 76, points 8 et 17). Sur ces questions, cf. D. GRISAY, « La Cour de justice face au contentieux des contrats conclus entre particuliers et autorités communautaires », *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2004, pp. 225 et s.

« Les marchés publics sont des 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 au sens des articles 117 et 190, en vue d'obtenir, contre paiement d'un prix payé en tout ou en partie à charge du budget, la fourniture de biens mobiliers ou immobiliers, l'exécution de travaux ou la prestation de services »²⁹⁹⁹.

Cette définition embrasse notamment l'achat ou la location d'immeubles, ce qui représente une différence notable par rapport aux directives « marchés publics ».

La catégorie des concessions n'est pas mentionnée dans les règlements. Un marché public au sens du règlement financier comporte nécessairement le paiement d'un prix en tout ou en partie à charge du budget de l'Union (article 101, paragraphe 1^{er}, du règlement 966/2012). Les concessions ne donnant lieu qu'à des règlements par des utilisateurs privés ne comporteraient pas de règlement à charge du budget. En revanche, en l'absence de dispositions en sens contraire, celles qui comportent des paiements à charge du budget, paraissent être visées par les règlements.

Les dispositions du règlement 966/2012 relatives aux marchés publics, ne s'appliquent pas aux subventions qui sont par définition accordées à titre de libéralité et ne constituent donc pas des marchés publics (cf. les articles 101, paragraphe 3, et 121 du règlement 966/2012). A cela il existe certaines exceptions, notamment les causes d'exclusion.

B. Contenu

728.- Les règles applicables diffèrent de celles des directives « marchés publics », même si les grands principes sont les mêmes. Ainsi, « tous les marchés publics financés totalement ou partiellement par le budget respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination » (article 102, paragraphe 1^{er}, du règlement 966/2012).

Pour les seuils au-delà desquels la publication d'un avis de marché au Journal officiel est requise, le règlement 966/2012 renvoie aux dispositions de la directive 2004/18/CE (articles 103 et 118, paragraphe 1^{er}, a) du règlement 966/2012 ; cf. également les articles 123, paragraphe 3, et 170 du règlement délégué 1268/2012 de la Commission).

Les marchés sont passés en règle générale par la procédure ouverte ou la procédure restreinte (article 127 du règlement délégué 1268/2012 et les articles qui le suivent). Exceptionnellement, la procédure négociée après publication d'un avis de marché (article 135 du règlement délégué 1268/2012) ou la procédure négociée sans publication d'un avis de marché (article 134 du règlement délégué 1268/2012) sont admises.

Pour des marchés particulièrement complexes, le recours au dialogue compétitif est permis (article 132 du règlement délégué 1268/2012). Sont également prévus, les systèmes d'acquisition dynamiques (article 131 du règlement délégué 1268/2012) et des concours (article 130 du règlement délégué 1268/2012).

La distinction entre critères de sélection et critères d'attribution faite par les directives « marchés publics » existe également, à l'identique, pour les marchés de l'Union³⁰⁰⁰.

Pour les marchés inférieurs aux seuils, ainsi que pour les services non prioritaires indiqués dans l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, le règlement 1268/2012 requiert « une publicité appropriée » (article 103, paragraphe 2, du règlement 966/2012). A ce sujet, le règlement délégué 1268/2012 de la Commission apporte certaines précisions. Pour ces marchés, il peut être procédé ou bien à la publication d'un avis de marché ou bien suivant une procédure restreinte, comportant un avis d'appel à manifestation d'intérêt suivi soit d'une présélection de candidats, soit de l'établissement d'une liste de soumissionnaires potentiels (articles 124 et 136, paragraphe 1^{er} du règlement délégué 1268/2012).

Le règlement délégué 1268/2012 prévoit qu'« à l'occasion d'un marché, le pouvoir adjudicateur invite tous les candidats ou soumissionnaires potentiels inscrits sur la liste ou sous-liste correspondante à :

²⁹⁹⁹ Article 101, paragraphe 1^{er}, du règlement 966/2012.

³⁰⁰⁰ Article 110, paragraphe 1^{er} et 2, du règlement 966/2012 et articles 146, 147, 148 et 149 du règlement délégué 1268/2012 ; voir à ce sujet l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, *Evropaïki Dynamiki/Autorité Européenne de Sécurité Maritime (EFSA)*, T-457/07, points 63, 64 et 65.

a) soit déposer une offre dans le cas visé au paragraphe 1, point a) [avis d'appel à manifestation d'intérêt suivi d'une présélection] ;

b) déposer dans le cas de la liste visée au paragraphe 1^{er}, point b) [avis d'appel à manifestation d'intérêt suivi de l'établissement d'une liste de soumissionnaires potentiels] :

i) soit des offres comprenant des documents relatifs aux critères d'exclusion et de sélection ;

ii) soit des documents relatifs aux critères d'exclusion et, dans un deuxième temps, les offres pour celles qui remplissent ces critères » (article 136, paragraphe 3).

Cette façon de procéder ressemble à la mise en concurrence par avis périodique indicatif prévue par la directive « marchés publics » sectorielle 2004/17/CE³⁰⁰¹.

Si la valeur du marché ne dépasse pas 60 000 euros, la consultation de trois candidats suffit (article 137, paragraphe 1^{er}, du règlement délégué 1268/2012). Pour tous les marchés dont la valeur dépasse 15 000 euros, il doit cependant être procédé également à une publicité adéquate sur internet (article 124, paragraphe 1^{er}, b) du règlement délégué 1268/2012). Les marchés ne dépassant pas 15 000 euros peuvent être passés après la consultation d'un seul candidat et l'obtention d'une offre de la part de ce dernier (article 137, paragraphe 2). Enfin, des paiements ne dépassant pas 1000 euros peuvent être faits sur présentation d'une facture sans offre préalable (article 137, paragraphe 3)³⁰⁰².

Relevons que les marchés immobiliers peuvent être passés suivant la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché « après prospection du marché local » (article 134, paragraphe 1^{er}, h)³⁰⁰³.

En général, les marchés sont adjugés ou bien suivant le critère du prix le moins élevé ou alors suivant celui de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 110, paragraphe 2, du règlement 966/2012 ; article 149 du règlement délégué 1268/2012).

§ 3.- L'extension des principes de passation des marchés des institutions de l'Union aux marchés publics passés dans le cadre d'actions extérieures (« marchés extérieurs »)

A. Champ d'application

729.- Lorsque des actions extérieures impliquant des dépenses à charge du budget de l'Union dans le cadre d'accords avec des pays tiers bénéficiaires ou avec certaines entités ou personnes³⁰⁰⁴ sont mises en œuvre par des marchés publics, les règles de passation des marchés des institutions s'appliquent (article 190, paragraphe 2, du règlement 966/2012), sous réserve des dispositions spécifiques relatives aux seuils et aux modalités de passation fixées dans le règlement délégué 1268/2012 (article 190, paragraphe 2, du règlement 966/2012 ; article 262, paragraphe 1^{er}, du

³⁰⁰¹ Voir les nos 105 et s. ci-dessus.

³⁰⁰² Alors même qu'à l'égard des institutions européennes une mise en concurrence s'impose sans la condition d'un intérêt transfrontalier, l'absence de mise en concurrence de marchés de très faible valeur se justifie par la disposition des coûts qu'elle impliquerait. Economiquement, la mise en concurrence n'est pas raisonnable, si le gain que le pouvoir adjudicateur peut espérer en retirer est inférieur aux coûts qui en résultent (voir en ce sens, P. TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, 2004, p. 123). Des seuils en-deçà desquels les marchés ne sont pas sujets à mise en concurrence existent également, d'une façon générale, au niveau national (voir l'étude par M. E. COIMBRA et S. RICETTO, « Minor contracts » : Outside the Directives and Outside the Treaties ? A comparative analysis on public procurement below the thresholds in Europe », R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 359 et s., points 1 et 3).

« L'institution et le pouvoir adjudicateur d'un Etat membre concernés par la procédure conjointe de passation de marché conviennent en particulier des modalités pratiques concernant l'évaluation des demandes de participation ou des offres, l'attribution du marché, le droit applicable au marché et la juridiction compétente en cas de contentieux ».

³⁰⁰³ Cf. à ce sujet la communication de la Commission sur la politique immobilière (COM (2007) 501) du 5 septembre 2007.

³⁰⁰⁴ Les entités ou personnes indiquées à l'article 58, paragraphe 1^{er}, c) du règlement 966/2012, à savoir notamment des organismes créés par l'Union, des agences décentralisées européennes, des organismes de droit public, certains organismes de droit privé,

règlement délégué 1268/2012)³⁰⁰⁵. Les procédures de passation doivent être prévues dans les conventions de financement (article 190, paragraphe 3, du règlement 966/2012).

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent être a) la Commission au nom et pour compte d'un ou plusieurs pays tiers (« gestion directe »³⁰⁰⁶); b) diverses entités ou personnes comme des organismes gouvernementaux de pays tiers, des organisations internationales ou des organisations non gouvernementales auxquelles sont confiées des tâches d'exécution budgétaires correspondantes (« gestion indirecte »³⁰⁰⁷) (article 190, paragraphe 2, du règlement 966/2012).

Ces procédures de passation doivent respecter les principes d'égalité et de transparence³⁰⁰⁸.

B. Règles spécifiques du règlement délégué 1268/2012 pour les marchés extérieurs

730.- Le règlement contient des règles spécifiques relatives aux seuils et aux modalités de passation des marchés extérieurs (article 190, paragraphe 2, du règlement 966/2012; article 262 et s. du règlement délégué 1268/2012)³⁰⁰⁹.

Pour les marchés extérieurs, le règlement délégué 1268/2012 restreint le pouvoir d'appréciation des adjudicateurs. Le choix d'attribuer le marché suivant l'offre économiquement la plus avantageuse ou suivant le prix le plus bas n'existe pas toujours. Ainsi, pour les marchés de fournitures sans service après-vente, le seul critère d'attribution est le prix (article 267, paragraphe 4, du règlement délégué 1268/2012 de la Commission). Pour les marchés de travaux, le règlement délégué 1268/2012 prévoit que « les critères de sélection portent sur la capacité du soumissionnaire à exécuter des marchés similaires au vu notamment des travaux menés à bien dans les dernières années » (article 269, paragraphe 3). Il ajoute qu'« une fois la sélection opérée, et les offres non conformes ayant déjà été éliminées, le seul critère d'attribution du marché est le prix de l'offre » (article 269, paragraphe 3). Pour les marchés de services, le règlement délégué 1268/2012 de la Commission impose en revanche de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi qu'une règle particulière de pondération : « Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse résulte d'une pondération entre la qualité technique et le prix des offres selon une clef de répartition 80/20. A cet effet :

- a) les points attribués aux offres techniques sont multipliés par un coefficient de 0,80 ;
- b) les points attribués aux offres financières sont multipliés par un coefficient de 0,20 » (article 265, paragraphe 6, du règlement délégué).

³⁰⁰⁵ Pour les actions financées par le Fonds européen de développement, cf. en particulier le règlement (CE) no 215/2008 du Conseil du 18 février 2008 portant règlement financier applicable au 10^e Fonds européen de développement (JO L 78 du 19 mars 2008, pp. 1 et s.).

³⁰⁰⁶ Voir, par exemple, l'ordonnance du Tribunal du 4 juin 2012, Elti, T-395/11, pour un marché conduit par la Commission pour le gouvernement du Monténégro. A noter que les règles spécifiques des marchés extérieurs ne s'appliquent pas aux marchés que la Commission passe pour son propre compte pour l'exécution d'une action extérieure (voir par exemple pour l'acquisition de services de soutien par hélicoptère de la mission Eulex au Kosovo, l'ordonnance du Tribunal du 4 juin 2013, Elitaliana, T-213/12). Dans ces cas, les règles du titre V du règlement délégué 1268/2012 s'appliquent pleinement (voir ci-dessus, nos 727 et 728)

³⁰⁰⁷ Voir pour un exemple de gestion indirecte confiée à un organisme gouvernemental d'un pays tiers, l'ordonnance du Tribunal du 30 juin 2011, Technoprocess, T-264/09 (contrats conclus non par la Commission mais par des organismes publics marocains).

Quand la Commission confie des tâches d'exécution budgétaire à des organismes privés, elle doit respecter les règles de passation des marchés publics des règlements financiers (cf. les articles 63 du règlement 966/2012 et 36 du règlement délégué 1268/2012).

Pour l'attribution de financements d'aide humanitaire à des organisations non gouvernementales en cas de catastrophes naturelles, de guerres et d'autres situations exceptionnelles, le règlement (CE) no 1257/96 du Conseil du 20 juin 1996 concernant l'aide humanitaire (JO L 163 du 2 juillet 1996, pp. 1 et s.) ne prévoit en principe pas de mise en concurrence. Cependant, pour déterminer si une organisation non gouvernementale est susceptible d'avoir accès au financement communautaire, un certain nombre de critères de capacité et d'expérience interviennent (article 7, paragraphe 2, de ce règlement).

³⁰⁰⁸ Voir les articles 102, paragraphe 1^{er}, et 190, paragraphe 2, du règlement financier 966/2012. .

³⁰⁰⁹ Voir à ce sujet d'ailleurs le tableau synoptique à la page 26 de la publication intitulé *Procurement and Grants for European external actions. A practical guide* disponible sur le site du Service européen pour l'action extérieure.

§ 4.- Subventions à charge du budget de l'Union

731.- Puisqu'elles sont accordées à titre gratuit (article 121, paragraphe 1^{er} du règlement 966/2012), les subventions ne sauraient constituer des marchés publics, ces derniers étant nécessairement des contrats à titre onéreux (cf. l'article 101, paragraphe 1^{er}, du règlement 966/2012 qui est conforme sur ce point aux directives « marchés publics »). Cela ne signifie cependant pas que l'octroi de subventions soit exempt de toute mise en concurrence. L'article 125, paragraphe 1^{er}, du règlement 966/2012 énonce que les subventions « sont soumises aux principes de transparence et d'égalité de traitement ». Un appel à propositions doit indiquer les critères d'attribution (article 132, paragraphe 2, du règlement 966/2012 ; article 203 du règlement délégué 1268/2012 de la Commission). L'article 203, paragraphe 2, du règlement délégué 1268/2012 dispose que « les critères d'attribution permettent d'octroyer les subventions soit aux actions qui maximisent l'efficacité globale du programme de l'Union dont elles assurent la mise en œuvre, soit aux organismes dont le programme de travail vise à atteindre le même résultat. Ces critères sont définis de manière à assurer également la bonne gestion des fonds de l'Union ».

Lorsque le bénéficiaire d'une subvention passe un marché pour la mise en œuvre de l'action subventionnée, il doit attribuer « le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ou, selon le cas, à l'offre présentant le prix le plus bas, tout en veillant à l'absence de conflits d'intérêts » (article 209 du règlement délégué 1268/2012 de la Commission). Cette disposition implique une mise en concurrence. Ce n'est cependant que lorsque la mise en œuvre des actions subventionnées nécessite la passation d'un marché d'une valeur supérieure à 60 000 euros que l'ordonnateur compétent peut imposer au bénéficiaire de suivre des règles particulières (article 209, paragraphe 2, du règlement délégué 1268/2012 de la Commission). Le règlement délégué 1268/2012 de la Commission précise que « ces règles particulières reposent sur des règles figurant dans le règlement financier et tiennent dûment compte de la valeur des marchés concernés, de l'importance relative de la contribution de l'Union dans le coût total de l'action et du risque. Ces règles spéciales sont prévues dans la décision ou la convention de subvention » (article 209, paragraphe 2, alinéa 2, du règlement délégué 1268/2012 de la Commission).

Section 3.- Marchés passés par la Banque centrale européenne

§ 1^{er}.- Textes applicables

732.- Bien que la Banque centrale européenne soit une institution au sens des traités, elle n'en est pas une au sens du règlement 966/2012 (article 2, b), du règlement 966/2012). La passation des marchés publics de la Banque centrale européenne est régie par sa décision du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (JO L 184 du 14 juillet 2007, pp. 34 et s.), modifiée par des décisions des 27 juillet 2010 (JO L 238 du 9 septembre 2010, pp.14 et s.) et 19 juin 2012 (JO L 178 du 10 juillet 2012, p. 14).

Ces règles sont fortement inspirées de la directive « marchés publics » classique 2004/18/CE. D'une façon générale, « toute procédure de passation de marchés est mise en œuvre conformément aux principes généraux de transparence et de publicité, d'égalité d'accès et de traitement, ainsi qu'aux principes de non-discrimination et de concurrence loyale » (article 3 de la décision du 3 juillet 2007).

§ 2.- Champ d'application et règles à suivre

733.- Ce n'est qu'à partir des seuils de 200.000 euros pour les marchés de fournitures et de services et de 5.000.000 euros pour les marchés de travaux que les règles de passation du chapitre II de la décision du 3 juillet 2007 s'appliquent. Ces règles sont proches de celles de la directive 2004/18/CE.

En-deçà de ces seuils, les règles sont moins strictes. Ainsi, par exemple, pour des marchés de travaux dont la valeur totale estimée, dépasse 50 000 euros mais reste en-dessous du seuil de 5.000.000 euros, la Banque centrale « invite cinq fournisseurs appropriés, si possible, à présenter une offre » (article 29 paragraphe 2, de la décision du 3 juillet 2007), ce qui peut être fait à partir d'une liste de fournisseurs inscrits, soit, en l'absence d'une telle liste, sur base d'une « analyse de marché adéquate » (article 29, paragraphe 3, de la décision du 3 juillet 2007). La décision indique que « la

présélection des fournisseurs adéquats relève du pouvoir discrétionnaire de la BCE » (article 29, paragraphe 3, de la décision). La légalité de cette disposition paraît douteuse au regard du principe d'égalité de traitement.

Lorsque la valeur totale estimée d'un marché de travaux égale ou dépasse 10 000 euros, mais n'atteint pas 50 000 euros, trois fournisseurs appropriés doivent être invités à présenter une offre, si possible (article 29, paragraphe 2, de la décision du 3 juillet 2007).

D'une façon générale, si la valeur d'un marché est inférieure à 10 000 euros, hors tva, le marché peut être attribué sur le fondement d'une offre unique (article 31 de la décision).

La décision ne s'applique pas aux commandes de production de billets libellés en euros (article 2, paragraphe 3, d) de la décision), lesquelles sont régies par une orientation de la Banque centrale européenne du 16 septembre 2004 (JO L 320 du 21 octobre 2004, pp.21 et s.).

De même, la décision ne s'applique pas à « la prestation de services et la fourniture de biens par les BCN [banques centrales nationales] à la BCE dans l'accomplissement de leurs missions de service public dans le cadre de l'Eurosystème ou du SEBC » (article 2, paragraphe 3, a), de la décision du 3 juillet 2007).

Sont également exceptées de la décision du 3 juillet 2007 « les procédures d'appel d'offres organisées par les BCN, les institutions et organes communautaires ou les organisations internationales auxquelles la BCE participe, à condition que les règles régissant ces procédures d'appel d'offres soient conformes aux principes généraux du droit des marchés publics » (article 2, paragraphe 3, b) de la décision du 3 juillet 2007).

§ 3.- Opérations d'open market et de crédit visés à l'article 18 des statuts du système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne

734.- La décision du 3 juillet 2007 ne s'applique pas non plus aux opérations d'*open market* et de crédit visés à l'article 18 des statuts du système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne qui font l'objet du protocole no 4 du traité FUE³⁰¹⁰. Le point 18.2. des statuts prévoit que « la BCE définit les principes généraux des opérations d'*open market* et de crédit effectuées par elle-même ou par les banques centrales nationales, y compris de l'annonce des conditions dans lesquelles celles-ci sont disposées à pratiquer ces opérations ».

La Banque centrale européenne étant aux termes de l'article 13 TUE une institution européenne, elle doit respecter le principe d'égalité de traitement. Compte tenu du principe que la Banque centrale est indépendante dans l'exercice de ses pouvoirs et dans la gestion de ses finances (article 282 TFUE) et du large pouvoir d'appréciation que la Cour accorde aux institutions lorsqu'elles apprécient des questions économiques complexes, il ne fait guère de doute qu'un contrôle juridictionnel des opérations d'*open market* et de crédit au regard des principes d'égalité de traitement et de transparence serait assez restreint.

³⁰¹⁰ Cf. en effet la définition des « marchés » (article 1^{er}, a) de la décision du 3 juillet 2007), celle de « fournisseur » (article 1^{er} f), de la décision du 3 juillet 2007), ainsi que l'exclusion prévue au point 2, paragraphe 3, e) de la décision (« l'émission, l'achat, la vente ou le transfert de titres ou d'autres instruments financiers et services financiers liés à ces opérations »).

CONSIDERATIONS FINALES ET PERSPECTIVES D'AVENIR

735.- L'incertitude des principes fondamentaux.- Le lecteur aura sans doute été frappé par le contraste entre l'abondance de détails de la plupart des réglementations examinées et l'indétermination de nombreuses règles fondamentales ainsi que le doute sur la manière dont elles s'articulent. L'incertitude de beaucoup de points fondamentaux du droit primaire paraît en quelque sorte inhérente au droit européen au stade actuel de son développement.

Du fait de l'interprétation très extensive de certaines dispositions du droit primaire, celles-ci en viennent à s'appliquer à des situations qu'elles n'étaient pas censées régir au départ. La *fonction première* de la règle mise en œuvre, de même que le *contenu* peuvent s'en trouver transformés. Les articles 49 et 56 TFUE (liberté d'établissement et libre prestation des services) interprétés comme source d'une obligation de mise en concurrence en sont un exemple.

736. A priori, l'efficacité de la dépense publique n'est pas l'objectif des dispositions européennes en matière de marchés publics.- Le long examen de l'obligation de mise en concurrence et de son champ d'application que nous avons effectué a révélé à quel point la question de la mise en concurrence se trouve à la croisée de plusieurs matières : marché intérieur et libertés de circulation, droits fondamentaux et aides d'Etat. Aucune d'elles ne tend, comme telle, à l'efficacité de la dépense publique. Or, traditionnellement, l'efficacité de l'emploi des deniers publics a été la fonction primordiale des réglementations nationales en matière de marchés publics.

Au départ, les objectifs du droit primaire et du droit dérivé de la mise en concurrence, fondés sur les dispositions du traité FUE concernant le marché intérieur, consistent à garantir le respect des libertés fondamentales ainsi que, pour les directives « marchés publics », à établir et à assurer le fonctionnement du marché intérieur.

Dans cette optique, la mise en concurrence est comprise comme un arbitrage entre les intérêts privés mis en compétition, le pouvoir adjudicateur étant censé adopter une attitude de parfaite neutralité et reléguer au second plan ses propres intérêts, quoiqu'en vérité fort légitimes et se confondant, le plus souvent, avec l'intérêt général. Il arrive ainsi qu'au nom des règles de mise en concurrence obéissant à une logique différente, il lui soit demandé de sacrifier ces intérêts. Cette conception de la mise en concurrence trouve une parfaite illustration dans l'arrêt de la Cour du 18 novembre 2010 (Commission/Irlande ; C-226/09)³⁰¹¹. La Cour y défend d'apporter pendant la phase d'évaluation des offres des modifications à une première pondération des critères d'attribution qui n'avait pas été portée à la connaissance des soumissionnaires et ne pouvait donc avoir eu d'influence sur la formulation des offres.

Toutefois, l'attribution d'un marché public suppose d'ordinaire l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation par le pouvoir adjudicateur. Pourquoi lui serait-il interdit d'adopter successivement, en délibérant, des points de vue différents ? N'est-ce pas là, en effet, ce qui s'appelle délibérer ? C'est ainsi d'ailleurs que procèdent les juridictions, sans encourir de reproche, alors même qu'elles ont à respecter les exigences d'indépendance et d'impartialité les plus strictes³⁰¹².

Cependant, les directives « marchés publics » étant considérées comme le « noyau dur » du droit européen de la passation des marchés publics, il n'est pas étonnant qu'elles se soient vues assigner, de manière plutôt indirecte, à côté de la réalisation du marché intérieur, l'objectif d'efficacité des dépenses publiques, traditionnellement visé par les réglementations nationales en matière de marchés publics.

Ainsi, l'idée d'efficacité des dépenses publiques apparaît dans des arrêts rendus à propos des directives « marchés publics ». D'abord de façon incidente, la Cour a considéré qu'il s'agit en définitive d'éviter 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 »³⁰¹³. Dans des arrêts ultérieurs, cet objectif se trouve expressément désigné comme

³⁰¹¹ Voir ci-dessus, nos 356 et 400.

³⁰¹² C'est à juste titre que N. LUHMANN fait observer que l'administration, poursuivant des intérêts propres, il ne peut lui être demandé d'adopter l'attitude de neutralité d'un juge (*Legimitation durch Verfahren*, 2^e édition, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 208, 212 et 213).

³⁰¹³ Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI, C-360/98, point 43.

l'un des objectifs des directives marchés publics³⁰¹⁴, en dépit du fait que l'efficacité des dépenses publiques n'est pas visée par les dispositions du traité FUE relatives au marché intérieur. En tant que telle, l'efficacité des dépenses publiques des Etats membres ne fait pas partie des compétences de l'Union.

737.- Critères d'attribution.- La mise en œuvre des directives « marchés publics » implique de la part des Etats membres le respect des principes généraux du droit européen ainsi que des droits fondamentaux inscrits dans la Charte européenne des droits fondamentaux. Les directives « marchés publics » imposent d'ailleurs expressément aux Etats membres de « traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité »³⁰¹⁵. Le droit primaire des marchés publics comprend des exigences identiques³⁰¹⁶.

Ces principes ne paraissent *a priori* pas s'opposer à ce que soient prises en compte, lors de la passation de marchés publics ou de concessions, des considérations sociales ou économiques sans rapport avec l'objectif de l'opération en tant que telle, par exemple, en réservant certains marchés aux petites ou moyennes entreprises ou en obligeant le pouvoir adjudicateur de diviser un marché en lots. Les textes adoptés par le Parlement européen le 15 janvier 2014 vont d'ailleurs en ce sens. Ainsi, il sera permis de refuser l'attribution d'un lot au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, au motif que d'autres lots lui ont déjà été attribués³⁰¹⁷.

Cela dit, selon les directives « marchés publics » actuelles, les marchés publics doivent être attribués suivant le critère de *l'offre économiquement la plus avantageuse*, soit selon le *prix le plus bas*³⁰¹⁸. Le droit primaire des marchés publics - du moins cela n'a-t-il pas été imposé jusqu'ici - ne requiert pas expressément d'appliquer ces critères. Dans la jurisprudence de la Cour, ainsi que nous avons pu le constater, la liberté d'établissement et la libre prestation des services, auxquels s'ajoute le principe d'égalité, constituent le fondement du droit primaire des marchés publics. Il s'y ajoute le principe d'égalité. L'objectif de ces principes n'est pas, nous l'avons rappelé au numéro précédent, l'usage judicieux des deniers publics. Même si, dans le champ d'application du droit primaire seul, la Cour n'a pas imposé le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse où celui du prix le plus bas, elle n'en requiert pas moins des critères d'attribution ayant un lien avec l'objet du marché³⁰¹⁹. De façon indirecte, cela revient à exiger que le marché ou la concession soient attribués à l'offre économiquement la plus avantageuse suivant ces critères. En effet, une fois posé le principe que les critères d'attribution doivent présenter un lien avec l'objet du marché, c'est l'offre la plus avantageuse par rapport à ces critères qui doit être retenue. Ce choix doit évidemment être fait de façon *rationnelle*, sans quoi, la fixation de critères n'aurait pas de sens. Or, dire que le choix doit être fait de façon

³⁰¹⁴ Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, point 17 ; arrêt du 1^{er} février 2001, *Commission/France*, C-437/99, point 42 ; arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, *Universale Bau*, C-470/99, point 52.

³⁰¹⁵ Article 2 de la directive « marchés publics » générale ; article 10 de la directive « marchés publics » sectorielle ; article 4 de la directive « marchés publics » 2009/81/CE dans les domaines de la défense et de la sécurité.

³⁰¹⁶ Voir ci-dessus, les nos 389 et s.

³⁰¹⁷ Voir l'article 46, paragraphe 2, de la position arrêtée en première lecture le 15 janvier 2014 par le Parlement européen, en vue de l'adoption de la proposition de directive destinée à remplacer la directive « marchés publics » 2004/18/CE actuelle, de même que l'article 65, paragraphe 2, de la position arrêtée le même jour par le Parlement européen en vue de l'adoption de la proposition de directive destinée à remplacer la directive « marchés publics » sectorielle actuelle 2004/17/CE. Voir à ce sujet également ci-dessus, le no 318.

³⁰¹⁸ Article 53, paragraphe 1^{er}, de la directive « marchés publics » générale, article 55, paragraphe 1^{er}, de la directive « marchés publics » sectorielle ; article 47, paragraphe 1^{er}, de la directive « marchés publics » dans les domaines de la défense et de la sécurité. Les textes adoptés par le Parlement européen le 15 janvier 2014 divergent des règles d'attribution actuelles. Ces textes font certes référence au critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, mais ce critère peut recouvrir autre chose que le meilleur rapport qualité/prix en fonction de critères liés à l'objet du marché. En effet, il sera permis d'adopter « une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle le coût du cycle de vie » (cf. l'article 67 du texte relatif aux marchés publics classiques). Or, le coût du cycle de vie peut comprendre notamment « les coûts imputés aux externalités environnementales » (cf. l'article 68 du texte relatif aux marchés publics classiques).

³⁰¹⁹ Cf. ci-dessus, le no 397.

rationnelle eu égard aux critères fixés, équivaut à dire qu'il doit être effectué suivant l'offre économiquement la plus avantageuse ou suivant le prix le plus bas. Il en est nécessairement ainsi, car, ce qui, dans le contexte envisagé, est le plus avantageux économiquement l'est aussi rationnellement et vice versa, car, par définition, on entend par « choix économique » un choix rationnel³⁰²⁰.

Où est-ce que nous voulons en venir par ce qui précède ? Nous venons de montrer que tant le droit primaire que le droit dérivé des marchés publics imposent aux pouvoirs adjudicateurs non seulement de recourir à des mesures de publicité suivies de démarches plus ou moins formalisées, mais qu'elles désignent également, de manière plutôt indirecte, un objectif à atteindre : l'attribution du marché ou de la concession à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cet objectif implicite d'efficacité du droit des marchés publics nous semble procéder d'une logique différente de la libre prestation des services, de la liberté d'établissement et du principe d'égalité de traitement. Ces principes, à eux seuls, ne paraissent pas requérir l'attribution des marchés et des concessions suivant des critères exclusivement liés à l'objet du marché ou de la concession ou suivant le prix le plus bas. Plus ou moins inconsciemment, ce critère traditionnel dans les droits nationaux des marchés publics a été repris dans le droit européen des marchés publics, alors que les fondements de celui-ci ne l'imposaient pas³⁰²¹.

A priori, en effet, des critères non liés à l'objet du marché ne portent atteinte ni au critère de non-discrimination suivant la nationalité, ni au principe d'égalité.

N'y aurait-il pas cependant entrave aux libertés (libre prestation des services et liberté d'établissement) des entreprises écartées ayant présenté de meilleures offres du point de vue du critère de l'investisseur privé ? Non, car même à supposer que la liberté d'établissement et la libre prestation des services s'appliquent à ces situations, des règles comme celles de la division des marchés en lots et une règle de répartition des lots destinée à éviter qu'une entreprise ne recueille un nombre trop important de lots, pourraient se justifier, à la limite, par des motifs impérieux d'intérêt général. D'autre part, pourquoi une règle d'après laquelle l'ensemble du marché irait à la seule entreprise qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse restreindrait-elle moins les libertés de circulation qu'une règle imposant un partage du marché en lots attribués à plusieurs compétiteurs. En quoi, l'attribution d'un marché suivant le principe « le vainqueur emporte tout » serait-elle plus respectueuse des libertés de circulation ? Objectera-t-on que c'est là un point douteux et que toute autre façon de procéder nécessiterait une justification circonstanciée ? Il convient alors de remarquer que toute attribution d'un marché ou d'un lot à une entreprise restreint la possibilité des autres entreprises d'exécuter les mêmes prestations. Puis ceci : dans la procédure ouverte, tous les soumissionnaires, sauf celui qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, se trouvent écartés, sans possibilité de surenchérir. Cette manière de procéder ne comporte-t-elle pas un côté intrinsèquement arbitraire ? L'impossibilité de surenchérir n'est-elle pas également une entrave ? Incontestablement. Le recours à la procédure ouverte ne peut donc en définitive se justifier que par la considération qu'il faut bien fixer son choix sur une procédure, toutes présentant nécessairement des avantages et des inconvénients. Autrement dit, l'organisation d'une procédure de mise en concurrence implique à un moment ou à un autre un choix comportant une certaine dose d'arbitraire et ne pouvant se justifier par rien d'autre que la nécessité de faire un choix.

Le point de vue que nous venons de développer quant à l'admissibilité de critères d'attribution non liés à l'objet du marché paraît tout à fait défendable, aussi longtemps que l'on fait abstraction de la réglementation des aides d'Etat qui impose le *critère de l'investisseur privé* pour des opérations ne relevant pas de l'exercice de la puissance publique, du moins lorsque des ressources d'Etat sont en cause.

³⁰²⁰ Rappelons que *oeconomicus* signifie en latin « méthodique » ou « ordonné » ; *oikonomia* en grec « gestion de la maison » et *oikonomos* « qui administre sa maison ». Relevons dans ce contexte que le 21 janvier 2014, l'assemblée nationale française a voté une loi qui remplace l'expression « en bon père de famille » du code civil par « raisonnablement ».

³⁰²¹ Voir également l'explication donnée par S. HIRSCHBERGER, *Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht - Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilferechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 185 : en adoptant un objectif d'efficacité des dépenses publiques, l'harmonisation des législations nationales soulève moins d'opposition de la part des Etats membres que si elle ne tendait qu'à la réalisation des libertés fondamentales.

738.- Efficacité de la dépense publique et aides d'Etat.- Pas davantage que les dispositions relatives au marché intérieur, le droit primaire des aides d'Etat n'a pour objectif l'efficacité des dépenses publiques. Primairement, ces dispositions visent à assurer l'égalité des conditions de concurrence sur les marchés ainsi que la compétition par les mérites.

Pour l'examen de certaines opérations, le droit des aides d'Etat impose de recourir au critère dit de l'investisseur privé en économie de marché. L'interdiction des aides d'Etat, appliquée aux marchés publics et aux concessions, emporte l'interdiction d'avantages que n'aurait pas accordés un investisseur privé placé dans la même situation que le pouvoir adjudicateur. Par là même, indirectement, la réglementation des aides d'Etat pose une règle d'efficacité dans l'emploi de l'argent public.

L'application du critère de l'investisseur privé aux marchés publics, qui ne saurait être mise en doute sérieusement, introduit une exigence d'efficacité qui ne peut rester sans conséquences pour le droit européen des marchés publics. La rigidité des procédures s'accordant mal avec l'exigence d'efficacité des achats publics, le droit européen des marchés publics devra devenir plus souple.

Ainsi, alors que l'efficacité de la dépense publique n'est *a priori* ni un objectif du marché intérieur, ni des règles en matière d'aides d'Etat, l'application cumulée des règles visant la réalisation du marché intérieur et du droit des aides d'Etat contribue à rendre les procédures d'attribution plus efficaces. Il s'ensuit que les procédures de passation devraient être suffisamment souples - autant que le principe d'égalité le permet - afin d'aboutir à des résultats compatibles avec l'interdiction des aides d'Etat.

739. L'avenir de la jurisprudence *Telaustria*.- Le respect du droit primaire de la mise en concurrence, tel qu'il a été fixé par la jurisprudence de la Cour, s'impose au législateur européen quand il adopte des dispositions concernant la mise en concurrence, ce qu'il fait aujourd'hui plus que jamais. Comme les exigences du droit primaire de la mise en concurrence manquent de précision sur de nombreux points, cette exigence est difficile à respecter. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, l'exception *in-house* relève du droit primaire des marchés publics. En légiférant sur ces aspects, le législateur devrait donc respecter les exigences que le droit primaire pose à cet égard. Or, sauf à préciser que toute activité d'une entité *Teckal*, autre que celle pour le pouvoir adjudicateur qui la détient, ne pouvait être que marginale, la Cour n'a jamais précisé la signification concrète de cette restriction. Qu'advient-il si le législateur européen fixe une limite supérieure à celle que la Cour a eue en vue ?

Aux avancées du législateur, la Cour peut répondre de différentes façons :

- 1) Il est peu probable que la Cour se rallie à la doctrine de la primauté du droit dérivé défendue en 2010 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire C-160/08 (Commission/Allemagne). Cette doctrine reconnaît au législateur européen le droit de passer outre les règles du droit primaire. Dès lors, elle se heurte aux termes-mêmes des traités. Que la Cour accepte cette doctrine, reviendrait à une véritable capitulation.
- 2) Plus diplomatiquement - elle l'a déjà fait - la Cour pourrait justifier l'examen d'une situation sous le seul angle du droit dérivé par la considération que dans le domaine considéré, le droit dérivé n'est que l'expression des principes du droit primaire. Dès lors, un examen suivant le droit primaire ne serait plus requis³⁰²². Appliquée de façon systématique, cette approche ne serait qu'une variante atténuée de la doctrine de la primauté du droit dérivé.
- 3) Une autre façon de contourner le problème serait de considérer que la matière est exclusivement régie par le droit dérivé, dès lors que le législateur européen a adopté des règles exhaustives. Nous avons vu que pour certaines exceptions aux libertés fondamentales, il en est effectivement ainsi. En revanche, tel n'est pas le cas pour la mise en concurrence, en particulier, parce que le droit primaire de la mise en concurrence tire son origine du principe d'égalité de traitement.
- 4) Autre attitude envisageable : reconnaître au législateur européen un large pouvoir d'appréciation tout en présupposant que les solutions retenues par le législateur européen sont en principe conformes aux objectifs du marché intérieur. C'est l'attitude que la Cour a adoptée dans d'autres domaines³⁰²³.

³⁰²² Cf. l'arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07, point 75.

³⁰²³ Voir ci-dessous, le no 740.

- 5) L'option consistant à contrôler le droit dérivé quant à sa conformité stricte avec la voie tracée par l'arrêt *Telaustria* et la jurisprudence qui s'en est suivie, tout en développant le droit primaire de la mise en concurrence, paraît, quant à elle, peu praticable.
- 6) Enfin, une dernière option serait l'abandon de la jurisprudence *Telaustria*, ainsi que le suggère une partie de la doctrine.

Bien entendu, des variantes, combinant des éléments de ces différentes solutions, sont envisageables.

Les trois premières solutions conduiraient à un affaiblissement du droit primaire et, par voie de conséquence, de la Cour. La cinquième mènerait à une confrontation d'où il n'est pas sûr que la Cour sorte gagnante. Cette approche pourrait être atténuée en reconnaissant, autant que faire se peut - comme le voudrait la quatrième solution - un large pouvoir d'appréciation au législateur européen lorsqu'il adopte des réglementations en matière de mise en concurrence.

Enfin, vu la fragilité du raisonnement qui sous-tend la jurisprudence *Telaustria* et les difficultés auxquelles elle conduit, l'abandon de cette jurisprudence se présente comme une option sérieuse. Certains ont vu dans la jurisprudence *Telaustria* une réaction contre le refus du législateur européen de légiférer en matière de concessions de services. S'il en était ainsi, la directive sur les contrats de concessions étant sur le point d'être adoptée, la jurisprudence *Telaustria* aurait rempli son rôle et il n'y aurait pas d'inconvénient à ce qu'elle soit abandonnée.

A côté de ces considérations, il y en a une autre qui pousse à l'abandon de la jurisprudence *Telaustria*. C'est qu'à suivre le raisonnement qui la sous-tend de manière cohérente et systématique, de nombreuses opérations qui, jusqu'ici, ne devaient pas être précédées d'une mise en concurrence, devraient l'être à l'avenir : ventes ou locations d'immeubles, privatisations, ... Autant de domaines dans lesquels l'action du législateur européen se trouverait entravée par des règles de droit primaire, somme toute, assez vagues et imprécisément articulées. La situation se trouverait encore compliquée par la faculté qu'aurait la Commission - en application de la jurisprudence *Ianelli* - d'autoriser à titre d'aide d'Etat des opérations ne répondant pas aux principes de mise en concurrence du droit primaire, si le fonctionnement de l'aide nécessite qu'il en soit fait abstraction.

740. Les exigences du droit primaire et le manque d'uniformité de l'exigence de mise en concurrence dans les divers domaines couverts par le droit dérivé : un essai d'explication.- Nous avons pu constater que dans certains domaines (marché intérieur du gaz et de l'électricité, transports publics de voyageurs par chemin de fer, contingents tarifaires, gestion d'infrastructures ferroviaires ...), le droit dérivé paraît faire abstraction de l'exigence de mise en concurrence, alors qu'à appliquer rigoureusement la jurisprudence *Telaustria*, une mise en concurrence s'imposerait.

La Cour, va-t-elle donc, si l'occasion se présente, passer outre le droit dérivé, le déclarer contraire au droit primaire et imposer des mises en concurrence dans ces domaines ? A vrai dire, il paraît assez peu probable que la Cour adopte cette attitude.

La quatrième solution indiquée au numéro précédent serait une solution intermédiaire permettant d'éviter à la fois un affaiblissement excessif du droit primaire et un affrontement *politiquement* impossible. Cette approche reconnaît un large pouvoir d'appréciation au législateur, combiné à un contrôle de conformité souple. Un arrêt de la Cour du 12 juillet 2012 rendu en rapport avec la législation européenne en matière de semences de légumes fournit une bonne illustration de cette approche³⁰²⁴. La Cour y vérifie la conformité de la directive 2002/55/CE concernant la commercialisation des semences de légumes au principe de proportionnalité, au principe d'égalité de traitement et à la libre circulation des marchandises. Alors que l'avocat général avait conclu à une violation de ces principes par le législateur européen, la Cour, se contentant d'un contrôle très relâché, vient à la conclusion qu'il n'existe aucun élément de nature à affecter la validité de cette directive. Sans que la Cour ait jamais expressément indiqué que le contrôle de conformité au droit dérivé par rapport au droit primaire serait soumis à des critères moins stricts que celui du droit national, tel paraît bien être le cas³⁰²⁵. Ainsi, la plus grande légitimité du droit dérivé, hiérarchiquement supérieur aux

³⁰²⁴ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, Association Kokopelli, C-59/11.

³⁰²⁵ Voir notamment à cet égard, les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen du 16 avril 2013 dans les affaires C-105/12, C-106/12 et C-107/12 ; cf. également K. MORTELMANS, « The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market », *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1303 et s.

droits nationaux, paraît justifier un contrôle de conformité moins strict par rapport au droit primaire. Il est possible d'y voir, si l'on veut, une espèce de « procéduralisation », l'accomplissement de la procédure législative justifiant que le contrôle substantiel soit réduit, la norme de droit dérivé en question en venant à bénéficier d'une sorte de présomption de conformité³⁰²⁶.

Ainsi, l'articulation précise des règles et des procédures revient en définitive au législateur de l'Union. A cet égard, la Cour s'impose une retenue certaine et évite de s'immiscer. En cas de besoin, elle dispose cependant des moyens d'intervenir en recourant à un nombre de principes assez souples et modulables. Les problèmes qui se posent ne sont-ils pas d'ailleurs trop complexes pour se prêter à des solutions ou des procédures uniques³⁰²⁷. En fin de compte, imposer aux pouvoirs adjudicateurs, sur le fondement du droit primaire, de strictement procéder à des mises en concurrence en fonction de critères liés à l'objet de l'opération seraient une exigence excessive contraire aux réalités. Ainsi, dans certains domaines, le droit dérivé impose d'autres principes que ceux du droit primaire de la mise en concurrence développé par la jurisprudence dominante. De même, l'évolution du droit dérivé des marchés publics emprunte d'autres voies.

741. Des directives « marchés publics » complexes et envahissantes ne répondant pas à l'objectif d'efficacité des dépenses publiques.- Des pratiques déloyales ou inefficaces lors des achats publics mettent en péril le bon usage des fonds publics. D'où la nécessité de règles encadrant les processus d'acquisition. Plus il y a lieu de craindre des dérives, plus ces règles devraient être strictes³⁰²⁸. Si la probabilité d'agissements déviants est faible, les règles peuvent être souples et accorder davantage de pouvoir d'appréciation aux pouvoirs adjudicateurs.

A cet égard, des études révèlent de forts contrastes entre les Etats membres. Ainsi, la Suède fait figure de modèle, alors que dans certains autres Etats membres, la situation laisse fortement à désirer³⁰²⁹. Dès lors, l'objectif d'atteindre un maximum d'efficacité dans les dépenses publiques voudrait que les Etats membres puissent choisir les règles les mieux adaptées à leur contexte national. On objectera peut-être que si une plus grande latitude était laissée aux Etats où le favoritisme et les mauvaises pratiques sont à l'ordre du jour, la situation risquerait d'y être encore pire. Certes, ce risque existe. Inversement, un Etat qui connaît un faible taux de corruption pourrait le cas échéant adopter une législation trop rigide. Il nous semble cependant qu'il faille plutôt partir du principe que le législateur national est le plus à même de choisir, dans les limites tracées par le droit primaire, les règles de passation les mieux adaptées à sa situation. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité nous paraissent imposer cette solution. Contraindre l'ensemble des Etats membres à des règles excessivement formalistes, leur imposant des charges administratives élevées, au motif que les conditions prévalant dans certains Etats le requièrent, serait disproportionnée³⁰³⁰. Il convient d'ailleurs de ne pas perdre de vue que la Commission dispose de la possibilité d'agir en manquement si elle vient à constater qu'un Etat manque aux principes du droit primaire.

Le droit de l'Union, de par sa rigidité, tient insuffisamment compte de ce qui précède. Tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux Etats membres, les directives « marchés public », beaucoup trop complexes, limitent très fortement - à notre avis, bien outre mesure - la liberté d'action des Etats membres. Visant l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, elles tiennent insuffisamment compte de l'objectif d'efficacité des dépenses publiques ou, suivant l'expression anglaise, celui de « valeur pour monnaie » (« value for money »).

³⁰²⁶ Voir en faveur d'une présomption de conformité également les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen du 16 avril 2013 dans les affaires jointes C-105/12, C-106/12 et C-107/12.

³⁰²⁷ Cf. en ce sens également, N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2^e édition, p. 207.

³⁰²⁸ Voir à ce sujet également, F. NEUMAYR, « Value for Money v. Equal Treatment : The Relationship between the Seemingly Overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment », *Public Procurement Law Review*, 2002, pp. 215 et s., p. 219.

³⁰²⁹ Voir par exemple, S. HÖHLER, « In Griechenland gedeiht die Korruption », *Handesblatt*, 05.04.2012, p. 23.

³⁰³⁰ Voir également dans le sens que nous proposons ici, S. ARROWSMITH, « Modernizing the European Union's public procurement regime : A blueprint for real simplicity and flexibility », *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 71 et s., p. 72 en particulier.

742.- Procédures de marché public et justice procédurale imparfaite.- La réglementation des aides d'Etat conduit le cas échéant à remettre en question un résultat peu satisfaisant d'une procédure de mise en concurrence. En effet, il convient d'appliquer le critère de l'investisseur privé pour apprécier si un contrat conclu par un pouvoir adjudicateur renferme des éléments d'aide d'Etat, à chaque fois que des ressources d'Etat sont mises en œuvre. Ce critère conduit à interdire notamment des conditions ayant trait au maintien de l'emploi, à des activités sociales ou à la protection de l'environnement qu'un particulier, placé dans la même situation que le pouvoir public concerné, n'accepterait pas. Ainsi, le critère de l'investisseur privé recouvre en substance le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse suivant des critères d'attribution liés à l'objet du contrat. Il convient cependant de remarquer une différence importante. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse intervient dans une procédure qui peut conduire à ce qu'en définitive, l'offre retenue ne réponde pas au critère de l'investisseur privé. Une fois que les exigences procédurales (publicité, description claire de l'objet du marché et des critères d'attribution, absence d'exigences discriminatoires ou disproportionnées, ...) ont été respectées, le droit des marchés publics ne s'intéresse en principe pas à savoir si le critère de l'investisseur privé a été respecté, c'est-à-dire à la question si l'opération répond à des conditions de marché normales. Ainsi, certains soumissionnaires peuvent, par un cas de force majeure, se trouver empêchés de déposer leur offre dans les délais (accident, coupure d'électricité, ...). Il peut ainsi arriver que la meilleure offre déposée avec seulement quelques minutes de retard doive être éliminée. C'est pourquoi, les procédures de marché public sont des exemples de *justice procédurale imparfaite* au sens ou l'entend J. Rawls³⁰³¹. Toutefois, le droit européen des marchés publics n'impose pas d'adjuger un marché, si les offres reçues ne sont pas suffisamment avantageuses, hypothèse que d'ailleurs l'article 30 de directive « marchés publics » générale 2004/18/CE paraît envisager³⁰³². C'est ce qui fait que les exigences du droit des marchés publics et de la réglementation des aides d'Etat ne sont pas inconciliables

La réglementation des aides d'Etat qui s'applique cumulativement avec le droit des marchés publics introduit une exigence d'efficacité qui vient s'ajouter aux exigences de nature plutôt procédurale du droit des marchés publics.

Cela peut être ressenti comme gênant par le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire. Par le pouvoir adjudicateur, parce qu'il doit faire preuve d'esprit critique et confronter le résultat de la mise en

³⁰³¹ J. RAWLS, *A theory of justice*, Bristol, J.W. Arrowsmith Ltd, 1980 (réédition), p. 86 : « The characteristic mark of imperfect procedural justice is that while there is an independent criterion for the correct outcome, there is no feasible procedure which is sure to lead to it.

By contrast, pure procedural justice obtains when there is no independent criterion for the right result: instead there is a correct or fair procedure such that the outcome is likewise correct or fair, whatever it is, provided that the procedure has been properly followed. This situation is illustrated by gambling. If a number of persons engage in a series of fair bets, the distribution of cash after the last bet is fair, or at least not unfair, whatever this distribution is ».

L'exigence de critères d'attribution a pour corollaire que tous les concurrents doivent être traités sur un pied d'égalité et vice versa. En effet, ce n'est qu'à condition que tous soient traités de façon égale qu'il sera possible de désigner celui dont l'offre satisfait le mieux les critères d'attribution. Il en est ainsi dans toutes les compétitions. Si lors d'une course certains étaient autorisés de partir plus tôt ou de se positionner devant les autres, cette rupture de l'égalité aurait pour conséquence que l'issue de la compétition se trouverait faussée. D'autres règles sont moins évidentes et peuvent conduire à l'élimination d'un concurrent. Il se peut que le concurrent éliminé soit justement le coureur le plus rapide.

Il est facile de trouver d'autres exemples. Ainsi, dans certaines disciplines une équipe peut remporter le titre de champion alors qu'à un stade précédent de la compétition elle a été battue par une autre équipe, éliminée entre-temps en raison de défaites successives ultérieures. Il se peut que certains sportifs soient exclus d'une compétition à titre de sanction en raison de manquements antérieurs. Un cas de force majeure peut empêcher un athlète de concourir ou le forcer à l'abandon. Fondamentalement cependant, le processus de sélection est conçu pour que le meilleur sorte comme vainqueur, même si cela ne peut être garanti dans tous les cas.

Il en est de même des procédures d'attribution des marchés publics et les concessions.

³⁰³² Voir les articles 30, paragraphe 1^{er}, a), et 31, 1), a) de la directive « marchés publics » 2004/18/CE ; cf. également les nos 427 et 561 ci-dessus.

concurrence au critère de l'investisseur privé³⁰³³. Par l'adjudicataire, parce que celui-ci se trouve exposé au risque de devoir rembourser une partie des sommes perçues, si l'opération était ultérieurement considérée comme renfermant des éléments d'aide d'Etat.

743.- L'approche de l'école de la *procéduralisation du droit*.- Certains préconisent une approche simplificatrice, d'après laquelle, l'accomplissement d'une procédure de marché public impliquerait une présomption irréfragable d'absence d'aide d'Etat, position défendue notamment par M. Pöcker³⁰³⁴. En même temps, cet auteur propose de modifier le quatrième critère *Altmark* en y supprimant la possibilité de procéder à une analyse des coûts au lieu d'une procédure de marché public. Ce faisant, l'auteur perd de vue que les critères *Altmark* doivent pouvoir s'appliquer également à des services internes ou à des entités *Teckal* qui remplissent des missions de service public³⁰³⁵. Voilà pourquoi, l'option laissée par le quatrième critère est indispensable. D'autre part, M. Pöcker omet de prendre en considération l'éventualité de l'inefficacité d'une procédure de marché public³⁰³⁶. Enfin, il passe sous silence l'importance du critère de l'investisseur privé dans la pratique de la Commission en matière d'aides d'Etat.

L'arrêt *Altmark* devient ainsi pour M. Pöcker l'occasion de promouvoir les thèses de l'école de la *procéduralisation du droit*.

De quoi s'agit-il ? Il importe de donner quelques explications, car les thèses de ce courant sont mal connues. Elles ne sont d'ailleurs pas uniformes³⁰³⁷, ni - qu'il nous soit permis de l'exprimer - particulièrement claires³⁰³⁸. Ce courant entend « recentrer » la théorie du droit³⁰³⁹ et en arriver « à un nouvel ordre juridique d'une société qui s'auto-organise »³⁰⁴⁰.

Voici quelques unes de ses thèses :

- « La rationalité pratique, de substantielle doit se faire procédurale, et, renonçant à désigner elle-même le juste, s'attacher pleinement, mais exclusivement, à édicter les règles d'une libre discussion de ces questions entre les personnes concernées »³⁰⁴¹.
- « La validité d'une proposition normative n'est garantie que par son acceptabilité en connaissance de cause par tous les membres de la communauté »³⁰⁴².
- « Dans le paradigme procédural, la distinction entre l'élaboration et l'application s'estompe et le droit se déformalise. Chacun des acteurs de la vie sociale, privée ou publique (y compris l'Etat lui-même), se voit contraint en permanence de s'investir dans des procédures d'argumentation et de négociation afin d'établir ou d'aménager, de manière provisoire, des conventions qui définissent les modalités normatives

³⁰³³ Cf. en ce sens également, G. KARYDIS, « Le principe de l'opérateur privé en économie de marché », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, pp. 389 à 413, p. 411.

³⁰³⁴ M. PÖCKER, « Der EuGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, pp. 167 et s.

³⁰³⁵ Cf. ci-dessus, le no 586.

³⁰³⁶ A ce sujet, les nos 557 et s.

³⁰³⁷ Cf. En ce sens d'ailleurs, B. FRYDMAN, « Procéduralisation et indécidabilité », *Revue internationale de Sémiotique Juridique*, 1996, Vol. XI, no 27, pp. 329 et s., p. 335, lui-même défenseur de ce courant.

³⁰³⁸ J. HABERMAS auquel il est souvent fait référence comme étant à l'origine de ce courant de la pensée juridique, ne le concède-t-il pas d'ailleurs lui-même : « Jusqu'ici, le paradigme juridique procédural, censé conduire hors de l'impasse du modèle de l'Etat providence, présente des contours imprécis » [notre traduction] (*Faktizität und Geltung - Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5^e édition, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1997, p. 493).

³⁰³⁹ En ce sens, B. FRYDMAN, « Procéduralisation et indécidabilité », *Revue internationale de Sémiotique Juridique*, 1996, Vol. XI, no 27, p. 335.

³⁰⁴⁰ Cf. en ce sens, K.-H. LADEUR, « Proceduralization and its Use in Post-Modern Legal Theory », *EUI (European University Institute, Florence) Working Paper Law No 96/5* (1996).

³⁰⁴¹ B. FRYDMAN, « Procéduralisation et indécidabilité », *Revue internationale de Sémiotique Juridique*, 1996, Vol. XI, no 27, pp. 329 et s., p. 330.

³⁰⁴² B. FRYDMAN, « Procéduralisation et indécidabilité », *Revue internationale de Sémiotique Juridique*, 1996, Vol. XI, no 27, pp. 329 et s., p. 331.

d'une coopération sociale, elle-même indécidable et soumise sans cesse à réinterprétation ou révision »³⁰⁴³.

- « Dans le paradigme du droit procédural, le rôle du juge est appelé à se transformer considérablement. Il n'est plus au premier chef, chargé de trancher le conflit sur la base de son autorité (décisionnisme) ou de sa science, mais doit avant tout engager les parties à collaborer pour arriver elles-mêmes à un règlement satisfaisant, tout en arbitrant les débats afin de garantir le bon déroulement du processus de délibération »³⁰⁴⁴.

De telles propositions, mises en œuvre de façon systématique, conduiraient à une déconstruction du droit. Un retrait pareil du pouvoir étatique risquerait, ainsi que cela l'a été remarqué à juste titre, de conduire à une nouvelle *féodalisation* des rapports sociaux que l'on peut déjà constater dans certains domaines³⁰⁴⁵. Il en résulterait un nouveau type de rapports qui, sauf à vouloir contredire les enseignements de l'histoire du droit, engendrerait à son tour des normes matérielles³⁰⁴⁶. En vérité, la réalité est trop complexe pour pouvoir être appréhendée par une grille de lecture unique. Ce n'est pas parce que l'on peut constater une multiplication de procédures dont certaines (procédures de consultation, renforcement de la protection juridictionnelle, ...) paraissent correspondre peu ou prou aux prémisses retenues par la doctrine de la procéduralisation qu'il y aurait lieu d'abandonner la conception traditionnelle du droit. Il s'agirait là d'une vision utopique, lourde de conséquences, introduisant une insécurité fondamentale et conduisant à de nouveaux rapports de domination.

La multiplication des procédures est incontestable³⁰⁴⁷. Pourtant s'agit-il toujours de procédures conformes à la théorie discursive de J. Habermas dont se réclament les tenants de l'école procédurale du droit ? Nullement, et c'est là l'une des nombreuses critiques que l'on peut adresser aux adeptes de cette école. Ainsi, contrairement à ce qu'affirme M. Pöcker³⁰⁴⁸, les procédures de marché public, ne sont pas un exemple de « procéduralisation » dans le sens que l'école de la procéduralisation du droit prête à cette expression. En effet, l'objet et les caractéristiques du marché ou de la concession sont définis par le pouvoir adjudicateur. De même, en principe, les futurs utilisateurs d'infrastructures n'interviennent pas lors des procédures. Ainsi, la logique « procédurale » que promeut l'école de la procéduralisation du droit fait défaut aux procédures de passation des marchés publics³⁰⁴⁹. Certaines procédures, tout à l'opposé de la « logique procédurale », créent des barrières et viennent consolider des situations. Ne citons que le cas de brevets ou de certificats d'obtention végétale ou l'interdiction de commercialiser des semences de variétés qui ne sont pas inscrites dans un catalogue des variétés³⁰⁵⁰). De pareilles procédures ne relèvent pas non plus d'une logique de communication débarrassée de toute norme substantielle. D'autres procédures, en principe conformes à l'esprit de l'école de la procéduralisation du droit, sont détournées de leur fin. Ainsi, lors de la négociation d'une convention collective, il arrive que les

³⁰⁴³ B. FRYDMAN, « Procéduralisation et indécidabilité », *Revue internationale de Sémiotique Juridique*, 1996, Vol. XI, no 27, pp. 329 et s., p. 335.

³⁰⁴⁴ B. FRYDMAN, « Procéduralisation et indécidabilité », *Revue internationale de Sémiotique Juridique*, 1996, Vol. XI, no 27, pp. 329 et s., p. 334.

³⁰⁴⁵ Voir en ce sens, A. SUPLOT, « The public-private relation in the context of today's refeudalization », *International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 129 et s., qui parle notamment de « privatisation des normes légales » (*privatization of legal rules*) (p. 134).

³⁰⁴⁶ Voir d'ailleurs J. CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, pp. 42 et 43 : « (...) il convient d'entendre ceux qui, dans l'Antiquité, tel Ovide, ont exalté l'âge d'or, à reconquérir, comme l'heure d'innocence où l'homme *sine lege fidem rectumque colebat* (36). *Rectum sine lege*, ce peut être une définition du droit naturel (à moins que ce ne soit celle du jugement d'équité sans règle préexistante). Mais il est plus vraisemblable de comprendre par là - ne serait-ce que parce qu'il faut un degré de plus d'irréalité et de lyrisme - que chaque individu portait alors en lui-même sa propre justice, ce qui est l'exacte négation de tout droit, fût-il naturel - si le droit doit se définir dans et par la société (37). C'est du non-droit que nous venons ; c'est vers son retour que notre attente est dressée. (...) A voir les esprits forts se réunir aux autres pour mettre dans le non-droit leurs espérances messianiques, plus d'un sera tenté de crier Noël ! ».

³⁰⁴⁷ Voir en ce sens également, A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Editions du Seuil, 2005, p. 198.

³⁰⁴⁸ M. PÖCKER, « Der EuGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung », 2007, pp. 167 et s., p. 169.

³⁰⁴⁹ Voir en ce sens également F. WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 7 et 8 et pp. 694 et 695 ; voir également, plutôt dans le sens que nous indiquons, F. EKARDT, *Information, Partizipation, Rechtsschutz - Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union*, Münster, LIT Verlag Münster, 2004, p. 23.

³⁰⁵⁰ Voir quant à l'exigence d'une inscription au catalogue commun ou au catalogue national d'un Etat membre des variétés l'article 3. de la directive 2002/55/CE du Conseil du 13 juin 2002, telle que modifiée par la suite (JO L193 du 20 juillet 2002, pp. 33 et s.).

représentants des employeurs proposent certaines clauses qui, bien qu'elles leur soient objectivement défavorables, créent des barrières à l'entrée pour des concurrents potentiels.

La réglementation des aides d'Etat pose une exigence essentiellement normative, celle de l'interdiction d'avantages accordés à certaines entreprises ou à certains secteurs économiques. Vu les explications qui précèdent, on comprend que pour l'école de la procéduralisation du droit dont fait partie M. Pöcker, une telle interdiction, qui ne répond pas à la vision *procédurale* du droit qu'elle défend, n'a pas lieu d'être. Dès lors, cet auteur propose de remplacer la norme matérielle (interdiction d'avantages) par une règle procédurale (l'accomplissement d'une procédure de marché public). A l'appui de cette solution, l'auteur invoque la théorie de la procéduralisation, ce qui revient à une approche idéologique, plutôt que juridique³⁰⁵¹. En même temps, faisant preuve d'une vision réductrice, l'auteur verse dans l'erreur lorsqu'il explique que le résultat d'une procédure de marché public conduira nécessairement à l'absence d'aide d'Etat³⁰⁵², tout comme il manque de remarquer l'utilité d'une analyse des coûts pour les services d'intérêt économique général prestés par des pouvoirs publics en régie ou par une entité *Teckal*.

744.- Autres acceptions du terme « procéduralisation ».- Au sens de l'école de la procéduralisation du droit - ainsi que nous venons de le voir - le concept de procédure désigne un processus qui n'est pas au service d'une norme substantielle et dont l'issue est ouverte.

Bien souvent, l'expression « procéduralisation » désigne simplement la multiplication de procédures quelles qu'elles soient dans des domaines variés³⁰⁵³.

Lorsqu'il est fait référence à la « procéduralisation » des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, l'on vise d'ordinaire la juxtaposition d'exigences procédurales à des droits substantiels conventionnels, afin de garantir la jouissance effective de ces droits³⁰⁵⁴. Il arrive que le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme porte essentiellement sur la qualité formelle du processus qui a conduit à la mesure critiquée³⁰⁵⁵. Plutôt que d'une juxtaposition d'exigences procédurales, le contrôle du respect de la substance du droit reconnu par la Convention se trouve alors remplacé par celui du respect d'exigences procédurales. Parfois, c'est en ce sens, plus étroit que le terme « procéduralisation » est utilisé³⁰⁵⁶. Pour expliquer ce type de phénomène certains font référence à une théorie dite « de la substitution »³⁰⁵⁷.

Le droit des marchés publics participe de la procéduralisation à la fois dans les deux sens que nous venons d'indiquer à l'alinéa précédent. En effet, à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services sont juxtaposées des exigences de publicité et de procédure destinées à rendre plus effectives ces libertés. Ainsi, les pouvoirs publics sont tenus de faciliter l'exercice de la liberté des entreprises d'offrir leurs produits et services³⁰⁵⁸. En revanche, cette liberté est encadrée par des exigences procédurales. En dehors de ces procédures, l'accès aux marchés et aux concessions, du moins à ceux présentant un intérêt transfrontalier, est fermé.

³⁰⁵¹ Voir en ce sens, B. FRYDMAN, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans l'action économique*, 2000, éd. du C.N.R.S., pp 1 et s., p. 2.

³⁰⁵² Voir à ce sujet, les nos 559 et s. ci-dessus.

³⁰⁵³ Voir pour l'usage du terme en ce sens, S. HIRSCHBERGER, *Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht: Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 51.

³⁰⁵⁴ Voir, par exemple, S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, no 430 ; voir également quant aux obligations procédurales associées aux droits substantiels garantie par la Convention européenne des droits de l'Homme, J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'homme », Conseil de l'Europe (éditeur), 2006 ([www.coe.int/t/dgi/publications/hrhanbooks/HRHAND-07/\(2006\)_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhanbooks/HRHAND-07/(2006)_fr.pdf)).

³⁰⁵⁵ Voir en ce sens, S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, no 368.

³⁰⁵⁶ Voir pour un emploi avec cette signification, S. HIRSCHBERGER, *Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht: Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 56.

³⁰⁵⁷ S. HIRSCHBERGER, *Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht: Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 31.

³⁰⁵⁸ Les procédures de marchés publics sont ainsi désigné comme une *procéduralisation complémentaire* par S. HIRSCHBERGER, *Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht: Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 53.

Une évolution similaire s'observe pour les régimes d'autorisation administrative³⁰⁵⁹. En ce domaine, l'élément d'adjonction de garanties procédurales nous paraît prévaloir sur l'effet de substitution. En tout premier lieu, en effet, l'introduction même du régime d'autorisation doit être justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général ou un autre motif permettant de déroger aux libertés fondamentales.

Si une norme peut revêtir à la fois des aspects procéduraux et matériels, une procédure peut également comporter des éléments de droit matériel. Ainsi, lors d'une procédure d'attribution d'un marché public de travaux, il est interdit de faire figurer dans le cahier des charges des clauses contraires à la libre circulation des marchandises.

Dans le domaine des aides d'Etat, la Commission semble parfois se contenter d'exigences purement procédurales, ainsi lorsqu'elle présume l'absence d'éléments d'aide d'Etat lors de certaines ventes de terrains et de bâtiments appartenant à des pouvoirs publics³⁰⁶⁰, ou encore, dans une certaine mesure, en cas de partenariats publics-privés³⁰⁶¹. Pour d'autres opérations, en revanche, comme les privatisations d'entreprises, une mise en concurrence, même conforme en tous points aux recommandations de la Commission, ne protège d'une façon moins absolue du reproche d'aide d'Etat³⁰⁶². Dans ces cas, les recommandations de la Commissions s'ajoutent à la règle matérielle de l'interdiction sans s'y substituer.

La jurisprudence *Altmark*³⁰⁶³ relève d'un phénomène de « procéduralisation » inverse à celui signalé ci-dessus pour les ventes d'immeubles et de bâtiments appartenant à des pouvoirs publics : si les conditions formelles de cet arrêt ne sont pas remplies, les compensations de service public versées au prestataire du service public sont considérées comme des aides d'Etat.

745. L'approche de la Commission en matière d'aides.- En défendant une notion large des aides d'Etat, la Commission se réserve de contrôler un maximum d'opérations. Dans ses propositions de directive en matière de marchés publics et de concessions de décembre 2011, la Commission se ménageait de larges pouvoirs de contrôle ainsi que de substantielles compétences en matière de marchés publics électroniques. Par divers documents, nommés communications interprétatives, encadrements, lignes directrices ou autrement encore, la Commission se porte au-devant de la jurisprudence, influençant par là-même son évolution.

Ainsi, une conception large de la notion d'aide d'Etat, étendue à des investissements publics dans certaines infrastructures publiques confère à la Commission un pouvoir de contrôle sur ces investissements. Qualifié d'aide, un investissement ne pourra être réalisé que s'il est autorisé par la Commission, conformément à l'article 107, paragraphe 3, TFUE. De cette façon, des décisions relevant traditionnellement de la compétence exclusive des Etats se trouvent placées sous la tutelle de la Commission. Le cas échéant, la Commission n'autorisera un investissement qualifié d'aide qu'à la condition qu'une voire plusieurs mises en concurrence aient lieu³⁰⁶⁴.

L'une des idées sous-jacentes à cette approche paraît être que la légitimité d'une infrastructure serait fonction de la disposition des futurs utilisateurs à en régler le coût. Ainsi, dans un article récent, des fonctionnaires de la Commission écrivent :

« The option to remedy distortions of competition by requesting downstream users of infrastructure to repay the investment cost is equivalent to shifting the responsibility of deciding to invest from the State to the users »³⁰⁶⁵.

Or, est-ce admissible ? Oui, selon ces auteurs, car - continuent-ils - « if ill-advised governments decide to invest in infrastructure that is not necessary, thus generating over-capacity, it should not be the burden of whoever tries to then operate or use this excess capacity to pay for the State's mistakes by being obliged to fully cover the cost of an investment that should not have been built in the first

³⁰⁵⁹ Voir ci-dessus, nos 474 et s.

³⁰⁶⁰ Cf. à ce sujet, ci-dessus, nos 564 et s.

³⁰⁶¹ Voir ci-dessus, le no 580.

³⁰⁶² Voir à ce sujet les nos 573 et s.

³⁰⁶³ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, points 87 et s.

³⁰⁶⁴ Voir en ce sens l'article publié par deux fonctionnaires de la Commission, J. RAPP et T. KLEINER, « Infrastructure Financing : the new Frontier in the application of State Aid Rules », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 1 et s.

³⁰⁶⁵ *Ibidem*, p. 14.

place »³⁰⁶⁶. Aussi, selon ces auteurs, il appartiendrait à la Commission d'intervenir déjà au niveau de l'investissement lui-même³⁰⁶⁷. Ce système vaudrait pour les infrastructures publiques exploitées commercialement : aéroports, stades et, le cas échéant, autoroutes exploitées par un concessionnaire, stations d'épuration même,³⁰⁶⁸.

Dans cette optique, c'est l'exploitation commerciale de l'infrastructure, par exemple, par un concessionnaire, qui peut faire considérer un investissement public comme une aide d'Etat. Cette approche a été confirmée par la Cour dans un arrêt du 19 décembre 2012³⁰⁶⁹. Toutefois, le critère de l'exploitation commerciale de l'infrastructure paraît peu pertinent. De fait, toute infrastructure publique est susceptible d'exploitation commerciale, même - l'exemple en France du partenariat public-privé pour la perception de l'impôt dit « écotaxe »³⁰⁷⁰ le montre - des infrastructures servant à la perception d'un impôt. Or, - tel est notre position - l'investissement public en des infrastructures qui ne sont pas produites par le marché, ne relève en principe pas d'une activité d'entreprise. L'exploitation commerciale de l'infrastructure n'y change rien. Cette exploitation seule constituera une activité d'entreprise. C'est seulement en faveur de l'exploitant commercial de l'infrastructure qu'il pourrait y avoir une aide d'Etat.

Considérer que le marché devrait décider de la pertinence d'un investissement public nous semble d'ailleurs renverser un principe démocratique fondamental : le choix de l'affectation des fonds publics, c'est-à-dire, en définitive de l'impôt, incombe aux institutions légitimement instituées suivant des principes démocratiques et non au « marché ».

Toujours est-il que la tendance actuelle est plutôt de considérer que l'exploitation d'une infrastructure suivant un mode commercial (par exemple, en vertu d'une concession prenant la forme d'un partenariat public-privé) peut avoir pour effet de faire considérer comme des aides d'Etat l'investissement en d'autres infrastructures du même type, celles-ci nécessitant à leur tour, pour être autorisées, une exploitation de type commercial au moindre coût, ce qui pourrait, de fait, imposer une gestion privée, précédée d'une mise en concurrence.

Ainsi, à suivre cette conception large de la notion d'aide d'Etat, le mode de gestion privé d'infrastructures publiques développe une dynamique propre, encouragée par la Commission, qui a jusqu'ici toujours été favorable à ce mode de gestion et, en particulier, aux partenariats public-privé.

L'existence d'une entreprise, condition *sine qua non* de toute aide d'Etat, revêt à cet égard une importance capitale. Cela est vrai non seulement pour la création d'infrastructures publiques, mais également pour l'octroi de compensations de service public.

Pour échapper à la qualification d'aide, la quatrième condition *Altmark* requiert que les compensations de service public soient déterminées selon le critère de l'entreprise moyenne bien gérée, sinon par mise en concurrence³⁰⁷¹. S'il n'en est pas ainsi, la Commission se réserve de contrôler la compatibilité de l'aide avec les conditions de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. A cet égard, la Commission pourrait imposer certaines règles d'efficacité, ce qu'elle a d'ailleurs commencé à faire dans le dernier « paquet SIEG », dit *paquet Almunia*. La Commission estime - nous avons vu que ce point n'est pas clair - que l'article 106, paragraphe 3, TFUE lui confère le pouvoir de préciser la portée de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

Ce qui précède ne vaut qu'à la condition que le service en question soit considéré comme une entreprise. A cet égard, il est indifférent si son mode d'exploitation est privé, public - en régie ou par une société « in-house » - ou mixte public-privé. Ce qui importe est que l'activité consiste à prester des services ou à offrir des biens sur un *marché*. Ainsi, le financement public de services opérant en régie sur un marché - à noter qu'il n'est pas évident quand on est en présence d'un *marché* - représente une aide d'Etat, à moins qu'il ne réponde aux quatre critères *Altmark*, dont celui de l'entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée en moyens. Cette dernière condition n'est sans doute remplie que rarement pour des services publics prestés en régie. Cela n'empêche pas l'aide d'être

³⁰⁶⁶ Ibidem, p. 14.

³⁰⁶⁷ Ibidem, p. 14.

³⁰⁶⁸ Ibidem, p. 4.

³⁰⁶⁹ Arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, C-288/11 P (voir au sujet de cet arrêt le no 589).

³⁰⁷⁰ Cf. au sujet de cet exemple, notamment l'article de S. LAURENT, « Pourquoi le contrat avec Ecomouv' fait-il si tardivement polémique », *Le Monde*, 7 novembre 2013, p. 8.

³⁰⁷¹ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, point 93.

considérée comme compatible avec l'article 106, paragraphe 2, TFUE, aux conditions indiquées par le *paquet Almunia* et donc d'être régulière.

746. Une dichotomie frappante.- La rigueur du contrôle exercée sur certaines mesures en vertu de la réglementation des aides d'Etat et la sévérité des exigences du droit primaire de la mise en concurrence contrastent singulièrement avec l'apparente absence de contrôle et de sanction dans certains domaines.

Ainsi, la durée de certains partenariats publics-privés et le cumul dans un contrat unique de prestations de nature très différentes devraient normalement susciter des réserves du point de vue tant de l'interdiction des aides d'Etat que du droit primaire de la mise en concurrence. Or, tel n'a pas été le cas jusqu'ici.

La Banque centrale européenne, tenue en principe au respect du principe d'égalité de traitement, accorde de gigantesques facilités de financements aux établissements de crédits à des taux d'intérêt très nettement en-dessous du marché³⁰⁷². Ni les particuliers, ni d'autres opérateurs économiques n'ont accès à ces sources de financement. Effectuées par un Etat membre, de telles opérations se heurteraient à l'interdiction des aides d'Etat mais également, à l'appliquer de manière cohérente, à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire.

³⁰⁷² Couramment qualifiées de « largesses » (cf. en ce sens, M. CHARREL, « Les marchés pressent la BCE d'agir contre l'euro fort et le risque de déflation », *Le Monde*, 7 novembre 2013, p. 6).

RECAPITULATIF DES PRINCIPALES THESES DEGAGEES PAR LE PRESENT TRAVAIL

747. Au terme de nos réflexions, il nous paraît indiqué de résumer les principales thèses que le long examen de l'obligation de mise en concurrence et de son champ d'application nous a permis de dégager :

1. Fondamentalement, le droit primaire de la mise en concurrence et les directives « marchés publics » s'adressent aux mêmes personnes³⁰⁷³. En principe, toutes les entités faisant partie de l'Etat au sens fonctionnel du terme sont visées. En droit européen, la notion d'Etat a un contenu fonctionnel. En règle générale, la forme juridique des entités est inopérante.
2. Traditionnellement, dans les domaines où s'applique seulement le droit primaire, seuls les nationaux d'autres Etats membres peuvent se prévaloir de la libre prestation des services et de la liberté d'établissement³⁰⁷⁴. D'où d'éventuelles discriminations dites « à rebours » envers les nationaux de l'Etat membre dont émanent les mesures en cause. Alors même que le droit primaire de la mise en concurrence tire son origine de la libre circulation des services et de la liberté d'établissement, le respect - envers tous - du principe d'égalité y est de rigueur suivant la *jurisprudence dominante*³⁰⁷⁵ de la Cour. Il n'y a donc plus de place pour des discriminations à rebours en cette matière³⁰⁷⁶. Avant, seule la libre circulation des marchandises ne générerait pas de discriminations « à rebours »³⁰⁷⁷.
3. La Cour rattache l'obligation de mise en concurrence du droit primaire aux articles 49 et 56 TFUE (libre prestation des services et liberté d'établissement)³⁰⁷⁸. Le fondement théorique s'en est révélé fragile³⁰⁷⁹. D'une part, il paraît assez théorique de considérer que le défaut de mise en concurrence *joue principalement au détriment des entreprises situées dans d'autres Etats membres*³⁰⁸⁰. Si tel était le fondement de l'exigence de mise en concurrence, il en résulterait une incohérence manifeste. En effet, dans ce cas, un pouvoir adjudicateur pourrait, sans violer le droit primaire de la mise en concurrence, attribuer sans publicité préalable un marché public à une entreprise établie dans un autre Etat membre. D'autre part, c'est reprocher une *abstention* aux pouvoirs adjudicateurs que de considérer l'absence de mise en concurrence comme une *entrave* à la libre prestation des services ou à la liberté d'établissement. Or, traditionnellement, la libre prestation des services et la liberté d'établissement n'engendrent pas d'obligation d'*agir* dans un sens déterminé, mais uniquement l'interdiction de certaines mesures³⁰⁸¹. A cela, il s'ajoute qu'*a priori* aucun opérateur économique ne dispose d'un droit acquis de contracter avec les pouvoirs publics³⁰⁸². Ces derniers sont libres de pourvoir à leurs besoins par leurs propres moyens. Aussi, il est difficile de voir en quoi, en l'absence de mise en concurrence, il serait porté atteinte à *une liberté*.

³⁰⁷³ Cf. les nos 508 et s.

³⁰⁷⁴ Cf. le no 388.

³⁰⁷⁵ Voir le no 345, *in fine*, pour l'explication de cette expression.

³⁰⁷⁶ Cf. notamment le no 373.

³⁰⁷⁷ Cf. le no 388.

³⁰⁷⁸ Cf. les nos 341 et 345.

³⁰⁷⁹ Voir les nos 367 et s. et, en particulier, le no 386.

³⁰⁸⁰ Voir en ce sens, en particulier, l'arrêt de la Cour du 21 juillet 2005 (Grande chambre), Coname, C-231/03, point 19. Voir à ce sujet notamment le no 369.

³⁰⁸¹ Sauf à engendrer l'obligation de protéger les bénéficiaires des libertés d'entraves de tiers (voir les arrêts de la Cour du 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, C-112/00 et du 9 décembre 1997, Commission/France, C-265/95). Voir en ce sens également, S. HIRSCHBERGER, *Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht: Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010.

³⁰⁸² Cf. à cet égard le no 372.

4. Vu ces incohérences, nous préférons considérer que la libre prestation des services et la liberté d'établissement ne sont en cause qu'à condition qu'une mise en concurrence s'impose en vertu du droit national³⁰⁸³. C'est alors que les entreprises peuvent en principe se prévaloir d'un droit de participer à la procédure d'attribution en question. En priver celles des autres Etats membres équivaldrait à une discrimination en fonction de la nationalité. Les traiter de façon inégalitaire, une fois qu'elles ont été admises à participer, constituerait une entrave à la libre prestation des services ou à la liberté d'établissement. Dans ce système, des discriminations à rebours envers des entreprises nationales peuvent subsister. Libre aux Etats membres de les supprimer par des dispositions appropriées.
5. En raison des obligations qu'il impose aux Etats signataires (transposition des dispositions qu'il contient dans les droits nationaux et exigence de recours rapides et efficaces), l'Accord sur les marchés publics est susceptible de produire des effets directs dans l'ordre juridique de l'Union³⁰⁸⁴. Il serait d'autre part difficile de nier qu'en adoptant les directives « marchés publics », le législateur de l'Union a voulu donner suite aux obligations que l'Union a assumées dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics. Conformément à la jurisprudence dans d'autres domaines³⁰⁸⁵, il s'ensuit qu'un contrôle de conformité des directives « marchés publics » par rapport à l'Accord sur les marchés publics devrait être possible. Les entreprises de tous les Etats signataires, y compris celles de l'Union, peuvent se prévaloir des effets directs de l'Accord sur les marchés publics³⁰⁸⁶.
6. En plusieurs points, les directives « marchés publics » ne sont pas conformes à l'Accord sur les marchés publics³⁰⁸⁷. Ainsi, contrairement aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, l'Accord sur les marchés publics s'applique aux concessions de services. De même – il s'agit d'un autre exemple – l'exception de la directive 2004/17/CE en faveur de marchés passés pour des activités sectorielles directement exposées à la concurrence sur des marchés auxquels l'accès est libre y fait défaut. Un certain nombre de divergences disparaîtront avec le protocole adopté en 2012, non encore entré en vigueur, amendant l'Accord sur les marchés publics³⁰⁸⁸. D'autres subsisteront.
7. A l'appliquer de façon cohérente et systématique, le raisonnement qui sous-tend l'exigence de mise en concurrence du droit primaire, conduit à imposer la mise en concurrence de nombreuses opérations qui, aujourd'hui, échappent à une mise en concurrence obligatoire³⁰⁸⁹. Il en irait ainsi, par exemple, de certaines transactions portant sur des immeubles ou des parts de sociétés³⁰⁹⁰.
8. D'après la théorie de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, un marché n'est soumis à une mise en concurrence obligatoire que s'il présente individuellement – donc à lui seul – un intérêt transfrontalier³⁰⁹¹. Cependant, tout comme l'attribution directe de marchés importants, l'absence systématique de mise en concurrence de marchés de faible envergure peut, « décourager » certaines entreprises de s'établir dans l'Etat membre considéré. Dès lors, en tant que condition d'application de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire, l'exigence d'un intérêt transfrontalier individuel des marchés paraît inappropriée³⁰⁹².

³⁰⁸³ Cf. les nos 386 et 387.

³⁰⁸⁴ Cf. les nos 293 et s.

³⁰⁸⁵ Cf. les nos 293 et s.

³⁰⁸⁶ Cf. le no 295.

³⁰⁸⁷ Cf. les nos 287, 290, 292, 293, 295 et 301.

³⁰⁸⁸ Cf. les nos 287, 290 et 292.

³⁰⁸⁹ Cf. les nos 473 et s.

³⁰⁹⁰ Cf. les nos 489 à 498.

³⁰⁹¹ Cf. les nos 342 et 343.

³⁰⁹² Cf. le no 504.

9. Le principe d'égalité de traitement s'applique aux régimes d'autorisations limitées en nombre et aux régimes d'autorisation unique³⁰⁹³. Pour autant, cela ne signifie pas que l'octroi de ces autorisations doit nécessairement être précédé d'une mise en concurrence, contrairement à ce que la Cour a considéré dans divers arrêts concernant des agréments en matière de jeux de hasard³⁰⁹⁴.
10. Les directives « marchés publics », l'obligation de mise en concurrence du droit primaire et la réglementation relative aux aides d'Etat s'appliquent cumulativement³⁰⁹⁵. Le *critère de l'investisseur privé en économie de marché* du droit des aides d'Etat conduit à une exigence d'efficacité des marchés publics³⁰⁹⁶.
11. Par définition, les aides d'Etat comportent un avantage pour les entreprises qui en sont les bénéficiaires³⁰⁹⁷. Il en est également ainsi des aides que la Commission autorise en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE³⁰⁹⁸. Vu le très large champ d'application que la jurisprudence réserve à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, les mesures d'aide donnent en règle générale lieu à des entraves à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services³⁰⁹⁹. Partant, au risque de rendre l'article 107, paragraphe 3, TFUE inutile, la constatation qu'une mesure d'aide contrevient aux libertés de circulation ne devrait pas empêcher la Commission de la déclarer compatible avec le marché intérieur. En particulier, il devrait en être ainsi pour l'autorisation d'une aide consistant en l'attribution d'un marché public soumis au droit primaire. Cette solution paraît cependant exclue pour les marchés tombant sous le régime des directives « marchés publics »³¹⁰⁰.
12. La Commission défend une conception large de la notion *d'avantage* au sens du droit des aides d'Etat³¹⁰¹. Cela la conduit à considérer certains subsides en faveur de mesures de protection de l'environnement comme des aides d'Etat, alors qu'il est difficile d'y voir un quelconque avantage³¹⁰². La Commission entend exercer sur ces mesures le contrôle prévu par la réglementation des aides d'Etat. A cette occasion, elle subordonne son accord à l'organisation d'une procédure de la mise en concurrence en vue de la désignation des projets à subventionner.
13. Une approche large de la notion d'*entreprise* conduit à considérer comme des aides d'Etat les investissements pour la réalisation de certaines infrastructures publiques, s'ils ne répondent pas au *critère de l'investisseur privé en économie de marché*³¹⁰³. La Commission subordonne son accord avec ces investissements à la tenue de mises en concurrence. Il en est ainsi notamment pour des investissements dans des réseaux de communication à bande large³¹⁰⁴.
14. De par l'autonomie juridictionnelle des Etats membres, la force contraignante du droit primaire de la mise en concurrence n'est pas uniforme³¹⁰⁵. Vu le champ très large que les directives « recours » laissent à l'autonomie des Etats, il en est de même dans le champ d'application des directives « marchés publics ». Les directives « recours » posent certes quelques exigences au-delà du principe de protection juridictionnelle du droit primaire. Elles

³⁰⁹³ Cf. le no 481.

³⁰⁹⁴ Cf. le no 480.

³⁰⁹⁵ Voir en particulier les nos 547 et s. et 553 et s.

³⁰⁹⁶ Voir en particulier les nos 559 et s.

³⁰⁹⁷ Cf. notamment le no 551.

³⁰⁹⁸ Cf. les nos 582 et s.

³⁰⁹⁹ Cf. le no 530.

³¹⁰⁰ Cf. le no 530.

³¹⁰¹ Cf. les nos 589, 590, 591, 592, 593, ainsi que le no 586.

³¹⁰² Cf. les nos 589 et 590.

³¹⁰³ Cf. le no 593.

³¹⁰⁴ Cf. les nos 591 et 592.

³¹⁰⁵ Cf. le no 44.

sont cependant très loin d'uniformiser les voies de recours internes en matière de marchés publics³¹⁰⁶.

15. Le système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre fait appel à des enchères pour l'attribution des autorisations d'émettre des gaz à effet de serre³¹⁰⁷. Dans un premier temps, il le fait de façon limitée. Ces autorisations, appelées quotas, sont librement cessibles³¹⁰⁸. Ainsi, une réattribution de quotas en fonction de mécanismes de marché est rendue possible. Il en résulte une mise en concurrence de type privé. Nous avons mis en évidence que le système mis en place comporte des incohérences majeures³¹⁰⁹. Ainsi, la date tardive fixée pour la restitution des quotas correspondant aux émissions donne lieu, pendant quelques années, à un surplus de quotas par rapport aux émissions maximales prévues par le système. D'autre part, pour des quantités de gaz équivalentes, émises au même moment, le prix à régler n'est pas nécessairement identique. Les différences de prix étant dues à des mécanismes de marchés aléatoires, il se pose un problème d'égalité de traitement. Le système paraît en définitive peu apte à atteindre l'objectif de réduire les émissions au moindre coût pour l'économie.
16. La désignation de prestataires de service universel en matière postale suppose la détermination des modalités de calcul du coût net à compenser, de même que la fixation de critères d'attribution pertinents. Ces opérations se heurtent à de graves difficultés³¹¹⁰. La situation est similaire dans d'autres domaines, comme le transport³¹¹¹ ou les communications électroniques³¹¹², ou encore lors du choix de certains gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution de gaz naturel ou d'électricité³¹¹³. Dans ce dernier cas, la fixation des tarifs *a posteriori*, par l'autorité de régulation, laisse les candidats gestionnaires dans l'ignorance d'une donnée fondamentale³¹¹⁴.
17. Les réglementations concernant le marché intérieur d'électricité et le marché intérieur du gaz naturel placent les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution dans des situations similaires à celles de concessionnaires de services ou de travaux³¹¹⁵. Pourtant, dans certains cas, les règles à la base de ces régimes excluent des mises en concurrence conformes au droit primaire. Les réseaux étant en principe librement cessibles, c'est le marché qui désigne les exploitants de réseaux, ce qui ne concorde pas avec le droit primaire de la mise en concurrence développé par la Cour (exigence de publicité, critères d'attribution liés à l'objet du marché, ...) ³¹¹⁶. D'autre part, il ne paraît guère compatible avec les principes du droit primaire de la mise en concurrence que les travaux de développement des réseaux incombent de droit aux gestionnaires de réseaux³¹¹⁷.
18. A partir du moment où une matière est réglementée par le droit dérivé, elle entre dans le domaine d'application du droit européen³¹¹⁸. Il s'ensuit que le principe d'égalité de traitement s'y applique. A chaque fois qu'une matière faisant partie du champ d'application du droit européen prévoit l'attribution d'avantages, les règles du droit primaire de la mise en

³¹⁰⁶ Cf. en particulier les nos 36 et s.

³¹⁰⁷ Cf. les nos 611 et s.

³¹⁰⁸ Cf. le no 617, de même que les nos 609 et 610.

³¹⁰⁹ Voir les nos 628 et 629.

³¹¹⁰ Voir les nos 637 et 638.

³¹¹¹ Cf. le no 704.

³¹¹² Cf. le no 715.

³¹¹³ Cf. les nos 661, 667 et 669.

³¹¹⁴ Cf. le no 661.

³¹¹⁵ Cf. les nos 654 et 667.

³¹¹⁶ Cf. les nos 654 à 656, 664 et 667.

³¹¹⁷ Cf. les nos 657, 664 et 667.

³¹¹⁸ Cf. les nos 365 et 388.

concurrence ont vocation à s'appliquer³¹¹⁹. C'est qu'en effet, la *jurisprudence dominante*³¹²⁰ les considère comme un corollaire du principe d'égalité de traitement³¹²¹.

19. Le droit primaire s'applique dans le domaine d'application du droit dérivé de la mise en concurrence, alors même que le droit dérivé comporterait des réglementations exhaustives³¹²². En dépit de certains arrêts ambigus de la Cour, la doctrine de la primauté du droit dérivé défendue par certains avocats généraux ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence de la Cour.
20. Le contrôle de la conformité du droit dérivé par rapport au droit primaire est cependant moins strict que le contrôle de conformité du droit national au droit primaire³¹²³. La Cour reconnaît au législateur européen une grande latitude pour l'organisation du marché intérieur³¹²⁴ et paraît admettre tacitement une sorte de présomption de conformité du droit dérivé au droit primaire³¹²⁵. C'est pourquoi, il est peu probable que la Cour remette en question des régimes de droit dérivé qui s'accordent mal avec les principes de mise en concurrence qu'elle a dégagés du droit primaire. Aussi, le législateur européen peut, sans trop de risques juridiques, retenir des solutions divergeant des principes imposés par la Cour dans le domaine du droit primaire seul.

³¹¹⁹ Cf. le no 388.

³¹²⁰ Voir le no 345, *in fine*, pour l'explication de cette expression.

³¹²¹ Cf. les nos 345, 353 et s. et 373.

³¹²² Cf. en particulier les nos 462 et s.

³¹²³ Cf. les nos 464 et s., 629, 734 et 740.

³¹²⁴ Voir, par exemple, les nos 629 et 724.

³¹²⁵ Cf. le no 740.

Index des arrêts et des ordonnances des juridictions européennes cités dans le texte

1964 à 1979

1. Arrêt de la Cour du 18 février 1964, Rotterdam et Puttershoek, 73-63 et 74-63
2. Arrêt de la Cour du 13 février 1969, Wilhelm, affaire 14-68
3. Arrêt de la Cour du 14 juillet 1971, Dazzan
4. Arrêt de la Cour du 27 mars 1974, BRT/SABAM, C-127/73
5. Arrêt de la Cour du 21 juin 1974, Reyners, affaire 2-74
6. Arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, Italie/Commission, 173/73
7. Arrêt de la Cour du 11 juillet 1974, Dassonville, 8-74
8. Arrêt de la Cour du 12 décembre 1974, Walrave et Koch, 36/74
9. Arrêt de la Cour du 7 décembre 1976, Pelligrini, affaire 23-76
10. Arrêt de la Cour du 16 décembre 1976, 33-76, Rewe
11. Arrêt de la Cour du 16 décembre 1976, 45-76, Comet
12. Arrêt de la Cour du 22 mars 1977, Iannelli, 74/76
13. Arrêt de la Cour du 5 octobre 1977, Tedeschi, affaire 5-77
14. Arrêt de la Cour du 29 juin 1978, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV, affaire 77/77
15. Arrêt de la Cour du 7 février 1979, Auer, affaire 136/78
16. Arrêt de la Cour du 8 novembre 1979, Denkavit, 251/78

1980 - 1989

17. Arrêt de la Cour du 21 mai 1980, Commission/Italie, 73/79
18. Arrêt de la Cour du 17 septembre 1980, Philipp Morris Holland, affaire 730/79
19. Arrêt de la Cour du 6 juillet 1982, France/Commission
20. Arrêt de la Cour du 16 octobre 1982, Kupferberg, C-104/81
21. Arrêt de la Cour du 2 mars 1983, GVL, affaire 7/82
22. l'arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, 322/81
23. Arrêt de la Cour du 30 novembre 1983, Leendert van Bennekom, affaire 227/82
24. Arrêt de la Cour du 29 février 1984, Rewe Zentral AG, affaire 37/83
25. Arrêt de la Cour du 20 mars 1984, Allemagne/Commission, affaire 84/92
26. Arrêt de la Cour du 10 juillet 1984, Campus Oil, 72/83
27. Arrêt de la Cour du 30 janvier 1985, France/Commission, 290/83
28. Arrêt de la Cour du 7 mai 1985, Commission/France, 18/84
29. Arrêt de la Cour du 9 mai 1985, Commission/France, 21/84
30. Arrêt de la Cour du 22 mai 1985, Parlement /Conseil, 13/83
31. Arrêt de la Cour du 18 juin 1985, Steinhäuser/Ville de Biarritz, C-197/84
32. Arrêt de la Cour du 3 octobre 1985, CBEM, 311/84
33. Arrêt de la Cour du 15 mai 1986, Johnston, affaire 222/84
34. Arrêt de la Cour du 5 juin 1986, Commission/Italie, 103/84
35. Arrêt de la Cour du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, affaire 40/85
36. Arrêt de la Cour du 25 novembre 1986, Forest, affaire 148/85
37. Arrêt de la Cour du 18 février 1987, Mathot, affaire 98/86
38. Arrêt de la Cour du 24 février 1987, Deufil/Commission, 510/85
39. Arrêt de la Cour du 17 mars 1987, Mannesmann-Röhrenwerke AG, affaire 333/85
40. Arrêt de la Cour du 16 juin 1987, Commission/Italie, affaire 118/85
41. Arrêt de la Cour du 9 juillet 1987, CEI, 27/86, 28/86 et 29/86
42. Arrêt de la Cour du 29 septembre 1987, De Boer Berizen, affaire 81/86
43. Arrêt de la Cour du 14 octobre 1987, Allemagne/Commission, C-848/84

44. Arrêt de la Cour du 22 octobre 1987, Foto-Frost, C-314/85
45. Arrêt de la Cour du 2 février 1988, Van Kooy/Commission, affaires 67/85, 68/85 et 70/85
46. Arrêt de la Cour du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, C-352/85
47. Arrêt de la Cour du 30 juin 1988, Commission/Grèce, affaire 226/87
48. Arrêt de la Cour du 13 juillet 1988, France/Commission, affaire 102/87
49. Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87
50. Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Moormann, 190/87
51. Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, Bentjes, affaire 31/87
52. Arrêt de la Cour du 22 septembre 1988, Commission / Irlande, affaire 45/87
53. Arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, Lenoir, affaire 313/86
54. Arrêt de la Cour du 2 février 1989, Cowan, affaire 186/87
55. Arrêt de la Cour du 11 et 3 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen, 66/89
56. Arrêt de la Cour du 30 mai 1989, Commission/Grèce, affaire 305/87
57. Arrêt de la Cour du 22 juin 1989, Fratelli Constanzo, affaire 103/88
58. Arrêt de la Cour du 19 octobre 1989, Hoesch, affaire 142/88
59. Arrêt de la Cour du 23 novembre 1989, Parfümerie-Fabrik 4711, C-150/88
60. Arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88

1990 - 1999

61. Arrêt de la Cour du 21 février 1990, Wuidart, C-267/88 à C-285/88
62. Arrêt de la Cour du 7 mars 1990, Krantz, C-69/88
63. Arrêt de la Cour du 20 mars 1990, Du Pont de Nemours, C-21/88
64. Arrêt de la Cour du 21 mars 1990, Belgique/Commission, C-142/87
65. Arrêt de la Cour du 27 mars 1990, Cricket St. Thomas, C-372/88
66. Arrêt de la Cour du 14 juin 1990, Weiser, C-37/89
67. Arrêt du Tribunal du 22 juin 1990, Marcopoulos, T-32/89 et 39/89
68. Arrêt de la Cour du 12 juillet 1990, Foster, C-188/89
69. Arrêt de la Cour du 19 mars 1991, France /Commission, C-202/88
70. Arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-305/89
71. Arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-303/88
72. Arrêt de la Cour de Justice du 7 mai 1991, Nakajima, C-69/89
73. Arrêt de la Cour du 11 juin 1991, Commission/parlement Européen, C-300/89
74. Arrêt de la Cour du 18 juin 1991, Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT), C-260/89
75. Arrêt de la Cour du 18 juin 1991, ERT, C-260/89
76. Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO, C-62/86
77. Arrêt de la Cour du 11 juillet 1991, Commission/Portugal, C-247/89
78. Arrêt de la Cour du 25 juillet 1991, Säger, C-76/90
79. Arrêt de la Cour du 7 novembre 1991, Pinaud Wieger, C-17/90
80. Arrêt de la Cour du 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90, Francovich
81. Arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, FNCEP
82. Arrêt de la Cour du 26 février 1992, Raulin, C-357/89
83. Arrêt de la Cour du 22 juin 1992, Stoerebelt, C-243/89
84. Arrêt de la Cour du 30 juin 1992, Italie / Commission, C-47/91
85. Arrêt de la Cour du 7 juillet 1992, Parlement européen/Conseil des Communautés européennes, affaire C-295/90
86. Arrêt de la Cour du 21 octobre 1992, Jägerskiöld et Gustaffsson, C-97/98
87. Arrêt de la Cour du 27 octobre 1992, Commission/Allemagne, C-74/91
88. Arrêt de la Cour du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg, C-111/91
89. Arrêt de la Cour du 17 mars 1993, Sloman Neptun, C-72/91 et C-73/91
90. Arrêt de la Cour du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91

91. Arrêt de la Cour du 22 juin 1993, Commission/Danemark, (« Storebaelt »), C-243/89
92. Arrêt de la Cour du 2 août 1993, Commission/Italie, C-107/92
93. Arrêt du 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage, C-37/92
94. Arrêt du 20 octobre 1993, Collins, C-92/92 et C-326/92
95. Arrêt de la Cour du 17 novembre 1993, Commission/Espagne, C-71/92
96. Arrêt de la Cour du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92
97. Arrêt de la Cour du 9 mars 1994, Textilwerke Deggendorf, C-188/92
98. Arrêt de la Cour du 15 mars 1994, Banco Exterior de España, C-387/92
99. Arrêt de la Cour du 24 mars 1994, Schindler, C-275/92
100. Arrêt de la Cour du 14 avril 1994, Ballast Nedam Groep
101. Arrêt de la Cour du 19 avril 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92
102. Arrêt de la Cour du 22 avril 1994, Commission/Belgique, C-87/94
103. Arrêt de la Cour du 26 avril 1994, Commission/Italie, C-272/91
104. Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, C-393/92, Almelo/Energiebedrijf Ijsselmij
105. Arrêt de la Cour du 14 juillet 1994, Peralta, C-379/92
106. Arrêt de la Cour du 9 août 1994, Lancry, C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93 et C-411/93
107. Arrêt de la Cour du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, C-278/92, C-279/92 et C-280/92
108. Arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93
109. Arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Centre d'insémination Crespelle, C-323/93
110. Arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak, T-83/91
111. Arrêt de la Cour du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas (UNIX), C-359/93
112. Arrêt de la Cour du 6 avril 1995, RIE et ITP, C-241/91 P et C-242/91 P
113. Arrêt de la Cour du 4 mai 1995, Commission/Grèce, C-79/94
114. Arrêt de la Cour du 10 mai 1995, Alpine Investments, C-384/93
115. Arrêt de la Cour du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94
116. Arrêt du Tribunal du 13 juillet 1995, K/Commission, T-176/94
117. Arrêt de la Cour du 11 août 1995, Commission/Allemagne, C-433/93
118. Arrêt de la Cour du 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94
119. Arrêt de la Cour du 14 décembre 1995, Peterbroeck, C-312/93
120. Arrêt de la Cour du 15 décembre 1995, Bosman, C-415/93
121. Arrêt de la Cour du 29 février 1996, Belgique/Commission, C-56/93
122. Arrêt de la Cour du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur - Factortame, C-46/93 et C-48/93,
123. Arrêt de la Cour du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94
124. Arrêt de la Cour du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94
125. Arrêt de la Cour du 20 juin 1996, Semeraro, C-418/93
126. Arrêt de la Cour du 2 juillet 1996, Commission/Grèce, C-290/94
127. Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI, C-39/94
128. Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, Bristol-Myers Squibb
129. Arrêt de la Cour du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne, C-61/94
130. Arrêt du Tribunal du 8 octobre 1996, Compagnie Maritime belge transports S.A., T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93
131. Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France, T-358/94
132. Arrêt de la Cour de Justice du 20 février 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter e.V. /Commission, C-107/95 P
133. Arrêt du Tribunal du 27 février 1997, FFSA e.a./Commission, T-106/95
134. Arrêt de la Cour du 15 avril 1997, The Irish Farmers Association, C-22/94
135. Arrêt de la Cour du 7 mai 1997, Pistre, C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94
136. Arrêt de la Cour du 29 mai 1997, Kremzow, C-299/95
137. Arrêt de la Cour du 23 octobre 1997, Commission/Royaume des Pays-Bas, C-157/94

138. Arrêt de la Cour du 23 octobre 1997, Commission/Italie, C-158/94
139. Arrêt de la Cour du 18 décembre 1997, Ballast Nedam Groep, C-5/97
140. Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria., C-44/96
141. Arrêt de la Cour du 10 mars 1998, T. Port GmbH & Co, C-364/95 et C-365/95
142. Arrêt de la Cour du 19 mars 1998, Compassion in World Farming, C-1/96
143. Arrêt de la Cour du 16 juin 1998, A. Racke GmbH & Co/ Hauptzollamt Mainz, C-162/96
144. Arrêt de la Cour du 18 juin 1998, Corsica Ferries, C-266/96
145. Arrêt de la Cour du 17 septembre 1998, Commission/Belgique, C-323/96
146. Arrêt de la Cour du 24 septembre 1998, Walter Tögel, C-76/97
147. Arrêt de la Cour du 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96
148. Arrêt de la Cour du 19 novembre 1998, Société financière d'investissement (SFI), C-85/97
149. Arrêt de la Cour du 19 novembre 1998, Royaume-Uni/Commission, C-150/94
150. Arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97
151. Arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Commission/Belgique, C-323/96
152. Arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96
153. Arrêt du Tribunal du 17 décembre 1998, Embassy Limousines & Services, T-203/96
154. Arrêt du Tribunal du 21 janvier 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, T-129/95, T-2/96 et T-97/96
155. Arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, BAI/Commission, T-14/96
156. Arrêt de la Cour du 4 mars 1999, Hospital Ingenieure, C-258/97
157. Arrêt du Tribunal du 11 mars 1999, Siderúrgica Aristrain Madrid, T-156/94
158. Arrêt de la Cour du 16 mars 1999, Trummer et Mayer, C-222/97
159. Arrêt du Tribunal du 14 avril 1999, CAS Succhi di Frutta, T-191/96 et T-106/97
160. Arrêt de la Cour du 1^{er} juin 1999, Konle, C-302/97
161. Arrêt de la Cour du 8 juin 1999, Meeusen, C-337/97
162. Arrêt de la Cour du 9 septembre 1999, RLSAN, C-108/98
163. Arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Fracasso et Leitschutz, C-27/98
164. Arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Commission/Espagne, C-414/97
165. Arrêt de la Cour du 16 septembre 1999, Metalmeccanica Fracasso, C-27/98
166. Arrêt de la Cour, 21 septembre 1999, BASF, C-44/98
167. Arrêt de la Cour du 21 septembre 1999, Läära, C-124/97
168. Arrêt du Tribunal de première instance du 14 octobre 1999, CAS Succhi di Frutta, T-191/96 et T-106/97
169. Arrêt de la Cour du 21 octobre 1999, Jägerskiöld/Gustafsson
170. Arrêt de la Cour du 26 octobre 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97
171. Arrêt de la Cour du 26 novembre 1999, Sirdar, C-273/97
172. Arrêt de la Cour du 28 octobre 1999, Alcatel Austria, C-81/98
173. Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98
174. Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia A/S, C- 275/98
175. Arrêt du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96
176. Arrêt de la Cour du 2 décembre 1999, Holst Italia, C-176/98

2000 - 2005

177. Arrêt de la Cour du 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98
178. Arrêt de la Cour du 13 janvier 2000, TK-Heimdienst, C-254/98
179. Ordonnance de la Cour du 4 février 2000, Emesa Sugar, C-17/98
180. Arrêt de la Cour du 11 avril 2000, Deliège, C-191/97
181. Arrêt de la Cour du 6 juin 2000, Angonese, C-281/98
182. Arrêt de la Cour du 13 juin 2000, Portugal/Commission, C-204/97
183. Arrêt de la Cour du 27 juin 2000, Commission/Portugal, C-404/97

184. Arrêt de la Cour du 4 juillet 2000, Bergaderm, C-352/98 P
185. Arrêt de la Cour du 18 juillet 2000, Meca-Medina, C-519/04 P
186. Arrêt de la Cour du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission, C-156/98
187. Arrêt de la Cour du 26 septembre 2000, Commission/France (« Nord-Pas-De-Calais »), C-225/98
188. Arrêt de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98
189. Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98
190. Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98
191. Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement européen, C-376/98
192. Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98
193. Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz, C-94/99
194. Arrêt du 12 décembre 2000 Aéroport de Paris / Commission, T-128/98
195. Arrêt du 14 décembre 2000, Christian Dior, C-300/98 et C-392/98
196. Arrêt de la Cour du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99
197. Arrêt de la Cour du 20 février 2001, ANALIR, C-305/99
198. Arrêt de la Cour du 20 février 2001, Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir), C-205/99
199. Arrêt de la Cour du 13 mars 2001 Preussen Elektra, C-379/08
200. Arrêt de la Cour du 29 mars 2001, Portugal/Commission, C-163/99
201. Arrêt de la Cour du 10 mai 2001, Agora, C-223/99 et C-260/99
202. Arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti, C-399/98
203. Arrêt de la Cour du 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd, C-19/00
204. Arrêt de la Cour du 25 octobre 2001, Firma Ambulanz Glöckner, C-475/99
205. Arrêt de la Cour du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline GmbH, C-143/99
206. Arrêt de la Cour du 22 novembre 2001, Ferring, C-53/00
207. Ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-243/00
208. Arrêt du 13 décembre 2001, Daimler Chrysler, C-324/99
209. Arrêt de la Cour du 15 janvier 2002, Commission/Italie, C-439/99
210. Arrêt du Tribunal de première instance du 6 mars 2002, Territorio Histórico de Álava, T-127/99 et T-148/99
211. Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission (Stardust Marine), C-482/99
212. Ordonnance de la Cour du 30 mai 2002, Buchhändler Vereinigung, C-358/00
213. Arrêt de la Cour du 4 juin 2002, Commission/Belgique, C-503/99
214. Arrêt du 4 juin 2002, Commission/France, C-483/99
215. Arrêt de la Cour du 4 juin 2002, Commission/Portugal, C-367/98
216. Arrêt de la Cour du 18 juin 2002, Hospital Ingenieure (HI), C-92/00
217. Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2002, HAMSA/Commission T-152/99
218. Arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, Pequeños Agricultores, C-50/00P
219. Arrêt du 17 septembre 2002, Concordia Bus, C-513/99
220. Arrêt du Tribunal du 27 septembre 2002, Tideland Signal/Commission, T-211/02
221. Arrêt de la Cour du 24 octobre 2002, Linhart, C-99/01
222. Arrêt de la Cour du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, C-82/01 P
223. Arrêt de la Cour du 14 novembre 2002, Félix Swoboda, C-411/00
224. Arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Caballero, C-442/00
225. Arrêt de la Cour du 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99
226. Arrêt de la cour du 28 janvier 2003, Gröditz, C-334/99
227. Arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99
228. Arrêt de la Cour du 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00
229. Arrêt du Tribunal du 4 mars 2003, FENIN, T-319/99
230. Arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, West LB, T-228/99 et T-233/99

231. Arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale, T-228/99 et T-233/99
232. Arrêt de la Cour du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01
233. Arrêt de la Cour du 8 mai 2003, Espagne/Commission, C-349/97
234. Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 8 mai 2003, SIM 2, C-328/99 et C-399/00
235. Arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Müller-Fauré, C-385/99
236. Arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Espagne, C-463/00
237. Arrêt de la Cour du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni, C-98/01
238. Arrêt de la Cour du 15 mai 2003, Commission/Espagne, C-214/00
239. Arrêt de la Cour du 20 mai 2003, Rechnungshof/Österreichischer Rundfunk, C-465/00, C-138/01 et C-139/01
240. Arrêt de la Cour du 22 mai 2003, Korhonen, C-18/01
241. Arrêt de la Cour du 19 juin 2003, GAT, C-315/01
242. Arrêt de la Cour du 10 juillet 2003, Booker Aquaculture Ltd, C-64/00
243. Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, C-280/00
244. Arrêt du Tribunal du 5 août 2003, P & O European Ferries (Vizcaya), T-116/01 et T-118/01, 117 et 118
245. Arrêt de la Cour du 9 septembre 2003, Rinke, C-25/02
246. Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Fiocchi Munizioni/Commission, T-26/01
247. Arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, Anker, C-47/02
248. Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line, T-212/98 à T-214/98
249. Arrêt du 16 octobre 2003, Commission/Belgique, C-252/01
250. Arrêt de la Cour du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, C-283/00
251. Arrêt de la Cour du 21 octobre 2003, Belgique/Van Calster, C-261/01 et C-262/01
252. Arrêt de la Cour du 20 novembre 2003, GEMO, C-126/01
253. Arrêt de la Cour du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01
254. Arrêt de la Cour du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01
255. Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways, T-219/99
256. Arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, Thermenhotel Stoiser, T-158/99
257. Arrêt de la Cour du 16 mars 2004, AOK Bundesverband, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01
258. Arrêt de la Cour du 18 mars 2004, Siemens, C-314/01
259. Arrêt de la Cour du 1^{er} avril 2004, Commission/Jégo-Quééré, C-263/02 P
260. Arrêt de la Cour du 24 juin 2004, Commission/Autriche, C-212/02
261. Arrêt de la Cour du 29 avril 2004, Commission/Succhi di Frutta, C-496/99 P
262. Arrêt de la Cour du 29 avril 2004, IMS, C-418/01
263. Arrêt de la Cour du 9 septembre 2004, Carbonati Apuani Srl, C-72/03
264. Arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02
265. Arrêt du Tribunal du 16 septembre 2004, Valmont, T-274/01
266. Arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, Commission/France, C-340/02
267. Arrêt de la Cour du 21 octobre 2004, Commission/Grèce, C-288/02
268. Ordonnance du Président du Tribunal du 10 novembre 2004, European Dynamics/Commission, T-303/04 R
269. Arrêt de la Cour du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne, C-126/03
270. Arrêt du Tribunal du 1^{er} décembre 2004, Kronofrance, T-27/02
271. Arrêt de la Cour du 14 décembre 2004, Radlberger Getränkegesellschaft, C-309/02
272. Arrêt de la Cour du 14 décembre 2004 (grande chambre), Swedish match, C-210/03
273. Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03
274. Arrêt de la Cour du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03
275. Arrêt de la Cour du 1^{er} mars 2005 (grande chambre), Léon Van Parys, C-377/02
276. Arrêt de la Cour du 23 mars 2005, Fabricom, C-21/03

- 277. Arrêt de la Cour du 25 mai 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach, C-297/03
- 278. Arrêt de la Cour du 2 juin 2005, Commission/Grèce, C-394/02
- 279. Arrêt du 2 juin 2005, Umwelt- und Ingenieurtechnik Dresden/Commission, T-125/05
- 280. Arrêt du Tribunal du 15 juin 2005, Fred Olsen, T-17/02
- 281. Arrêt de la Cour du 30 juin 2005, Assedranini Srl, C-295/03 P, points 80, 94 et 95
- 282. Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03
- 283. Arrêt de la Cour du 30 juin 2005, Alessandrini, C-295/03 P
- 284. Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03
- 285. Arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, Commission/France, C-264/03
- 286. Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Italie, C-187/04 et C-188/04
- 287. Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Contse, C-234/03
- 288. Arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03
- 289. Arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04
- 290. Arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, Fennin/Commission, C-205/03 P
- 291. Arrêt de la Cour du 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04
- 292. Arrêt de la Cour, du 24 novembre 2005, ATI et Viaggi di Maio, C-331/04
- 293. Arrêt de la Cour du 24 novembre 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio, C-331/04
- 294. Arrêt de la Cour du 15 décembre 2005, Unicredito Italiano, C-148/04

2006 - 2013

- 295. Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04
- 296. Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Finenze, C-222/04
- 297. Arrêt de la Cour du 9 mars 2006, Commission/Espagne, C-323/03
- 298. Arrêt de la Cour du 23 mars 2006, Enirisorse, C-237/04
- 299. Arrêt de la Cour du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03
- 300. Arrêt de la Cour du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04
- 301. Arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Cabotermo et Consorzio Alisei, C-340/04
- 302. Arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Ufex e.a., T-613/97
- 303. Arrêt de la Cour du 11 juillet 2006, Sonia Chacón Navas, C-13/05
- 304. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 11 juillet 2006, FENIN, C-205/03 P
- 305. Arrêt de la Cour du 28 septembre 2006, Commission/Royaume-Uni, C-282/04 et C-283/04
- 306. Arrêt de la Cour du 28 septembre 2006, Commission/Pays-Bas, C-282/04 et C-283/04
- 307. Arrêt de la Cour du 4 octobre 2006, Tillak, T-193/04
- 308. Arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Jean Auroux e.a., C-220/05
- 309. Arrêt de la Cour du 25 janvier 2007, Festersen, C-370/05
- 310. Arrêt de la Cour du 25 janvier 2007, Dalmine, C-407/04 P
- 311. Arrêt de la Cour du 6 mars 2007 (grande chambre), Platanica, C-338/04, C-359/04 et C-360/04
- 312. Arrêt de la Cour du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05
- 313. Arrêt de la Cour du 15 mars 2007, British Airways, C-95/04 P
- 314. Arrêt de la Cour du 17 avril 2007, A.G.M.-COS.MET, C-470/03
- 315. Arrêt de la Cour du 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05
- 316. Arrêt de la Cour du 19 avril 2007, Velvet & Steel Immobilien, C-455/05
- 317. Arrêt de la Cour du 14 juin 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05
- 318. Arrêt de la Cour du 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophones, C-305/05
- 319. Arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, Commission/Italie, C-382/05
- 320. Arrêt de la Cour du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04
- 321. Arrêt de la Cour du 11 septembre 2007, Merck, C-431/05

322. Arrêt de la Cour du 11 septembre 2007, Commission/Allemagne, C-318/05
323. Arrêt de la Cour du 13 septembre 2007, Commission/Italie, C-260/04
324. Arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007, Microsoft, T-201/04
325. Arrêt de la Cour du 27 septembre 2007, Ikea Wholesale, C-351/04
326. Arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, Commission/Allemagne, C-112/05
327. Arrêt du Tribunal du 7 novembre 2007, Allemagne/Commission, T-374/04
328. Arrêt de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03
329. Arrêt de la Cour du 29 novembre 2007, Commission/Italie, C-119/06
330. Arrêt du 29 novembre 2007, Commission/Allemagne, C-404/05
331. Arrêt de la Cour du 6 décembre 2007, Federconsumatori, C-463/04 et C-464/04
332. Arrêt de la Cour du 11 décembre 2007 (Grande chambre), International Transport Workers' Federation, C-438/05
333. Arrêt de la Cour du 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation, C-438/05
334. Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Rundfunkanstalten, C-337/06
335. Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, Bayerischer Rundfunk, C-337/06
336. Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Frigerio Luigi, C-357/06
337. Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Jundt, C-281/06
338. Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06
339. Arrêt de la Cour du 17 janvier 2008, Viamex, C-37/06 et C-58/06
340. Arrêt de la Cour du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06
341. Arrêt du 31 janvier 2008, Centro Europa 7 Srl, C-380/05
342. Arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA, T-289/03
343. Arrêt de la Cour du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04
344. Arrêt de la Cour du 6 mars 2008, Commission/Espagne, C-196/07
345. Arrêt de la Cour du 1^{er} avril 2008, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon/Gouvernement flamand, C-212/06
346. Arrêt de la Cour du 3 avril 2008, Commission/Espagne, C-444/06
347. Arrêt de la cour du 8 avril 2008 (grande chambre), Commission/Italie, C-337/05
348. Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06
349. Ordonnance de la Cour du 10 avril 2008, Termoraggi SpA, C-323/07
350. Arrêt de la Cour du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06
351. Arrêt de la Cour du 15 avril 2008, Impact, C-268/06
352. Arrêt de la Cour du 15 avril 2008, Nuova Agricast, C-390/06
353. Arrêt de la Cour 15 avril 2008, Nuova Agricast, C-390/06, point 68
354. Arrêt du 15 avril 2008 (grande chambre), Nuova Agrigast, C-390/06
355. Arrêt de la Cour du 15 mai 2008, SECAP, C-147/06 et C-148/06
356. Arrêt de la Cour du 3 juin 2008, Interanko, C-308/06
357. Arrêt de la Cour du 5 juin 2008, Industria Carmi Ovine, C-534/06
358. Ordonnance de la Cour du 19 juin 2008, Kurt, C-104/08
359. Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06
360. Arrêt de la Cour du 19 juin 2008, Commission/France, C-220/07
361. Arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC/Commission, T-442/03
362. Arrêt de la Cour du 1^{er} juillet 2008, MOTOE, C-49/07
363. Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/Italie, C-371/05
364. Arrêt du 17 juillet 2008, ASM Brescia, C-347/06
365. Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/France, C-389/05
366. Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Essent Netwerk Noord, C-206/06
367. Arrêt de la Cour du 9 septembre 2008, FIAMM, C-120/06P et C-121/06P
368. Arrêt de la Cour du 11 septembre 2008, Kronofrance, C-75/05 P et C-80/05 P

- 369.** Arrêt de la Cour du 11 septembre 2008, Commission/Allemagne, C-141/07
- 370.** Arrêt de la Cour du 23 septembre 2008 (grande chambre), Bartsch, C-427/06
- 371.** Arrêt du Tribunal du 24 septembre 2008, Kahla/Thüringen Porzellan GmbH, T-20/03
- 372.** Arrêt de la Cour du 2 octobre 2008, C-157/06, Commission/Italie
- 373.** Arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07
- 374.** Arrêts de la Cour du 4 décembre 2008, Jobra, C-330/07
- 375.** Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008 (grande chambre), Société Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07
- 376.** Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008 (grande chambre), Michaniki AE, C-213/07
- 377.** Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2008, Ryanair, T-196/04
- 378.** Arrêt du Tribunal du 14 janvier 2009, Kronopoly, T-162/06
- 379.** Arrêt de la Cour du 28 janvier 2009, Centro Studi Antonio Manieri/Conseil de l'Union, T-125/06
- 380.** Arrêt de la Cour du 10 février 2009, Commission/Italie, C-110/05
- 381.** Arrêt du Tribunal du 10 février 2009, Deutsche Post, T-388/03
- 382.** Arrêt de la Cour du 17 février 2009, Elgafaji, C-465/07
- 383.** Arrêt de la Cour du 10 mars 2009, Hartlauer, C-169/07
- 384.** Arrêt du Tribunal du 11 mars 2009, Télévision Française 1 SA (TF1), T-354/05
- 385.** Arrêt de la Cour du 24 mars 2009 (grande chambre), Danske Slagterier, C-445/06
- 386.** Arrêt de la Cour du 2 avril 2009, France Télécom, C-202/07 P
- 387.** Arrêt de la Cour du 23 avril 2009, Commission/Belgique, C-292/07
- 388.** Arrêt de la Cour du 4 juin 2009, Commission/Grèce, C-250/07
- 389.** Arrêt de la Cour du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, C-480/06
- 390.** Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns GbR, C-300/07
- 391.** Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, Nijemeisland, C-170/08
- 392.** Arrêt de la Cour du 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, C-42/07
- 393.** Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2009, Commission/Clearstream, T-301/04
- 394.** Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07
- 395.** Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, WAZV Gotha/Eurawasser, C-206/08
- 396.** Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08
- 397.** Arrêt de la Cour du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08
- 398.** Arrêt de la Cour du 22 octobre 2009, Commission/Portugal, C- 438/08
- 399.** Arrêt de la Cour du 29 octobre 2009, Commission/Allemagne (Kölnmesse), C- 536/07
- 400.** Arrêt de la Cour du 12 novembre 2009, Commission/Grèce, C-199/07
- 401.** Arrêt de la Cour du 10 décembre 2009, Commission/France, C-299/08
- 402.** Arrêt du Tribunal (3^e chambre), du 15 décembre 2009, T-156/04
- 403.** Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, EDF, T-156/04
- 404.** Arrêt du Tribunal (3^e chambre) du 15 décembre 2009, Electricité de France, T-156/04
- 405.** Arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, CONISMA, C-305/08
- 406.** Arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, Serrantoni, c-376/08
- 407.** Arrêt de la Cour du 23 décembre 2009, Commission/Irlande, C-455/08
- 408.** Arrêt de la Cour du 19 janvier 2010, Küçükdeveci, C-555/07
- 409.** Arrêt de la Cour du 28 janvier 2010, Uniplex, C-406/08
- 410.** Arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, Arcelor SA c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, T-16/04
- 411.** Arrêt du Tribunal du 2 mars 2010, Europaiki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA), T-70/05
- 412.** Arrêt du Tribunal du 3 mars 2010, Bundesverband deutscher Banken eV, T-163/05
- 413.** Arrêt de la Cour du 9 mars 2010, Raffinerie Mediterranee, C-379/08 et C-380/08
- 414.** Arrêt de la Cour du 11 mars 2010, Attanasio Group Srl, C-384/08

415. Arrêt de la Cour du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08
416. Arrêt de la Cour du 13 avril 2010, Wall AG, C-91/08
417. Arrêt de la Cour du 22 avril 2010, Commission/Espagne, C-423/07
418. Arrêt de la Cour du 29 avril 2010, Commission/Allemagne, C-160/08
419. Arrêt de la Cour du 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 et C-149/08
420. Arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, Allemagne/Commission, T-258/06
421. Ordonnance du Tribunal du 21 mai 2010, ICO Services/Parlement et Conseil, T-441/08
422. Arrêt de la Cour du 1^{er} juin 2010, Pérez et Gómez, C-570/07 et C-571/07
423. Arrêt de la Cour du 3 juin 2010, Sporting Exchange, C-203/08
424. Arrêt de la Cour du 3 juin 2010, Ladbrokes Betting & Gaming, C-258/08
425. Arrêt de la Cour du 10 juin 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09
426. Arrêt du Tribunal du 15 juin 2010, Mediaset/Commission, T-177/07
427. Arrêt du Tribunal du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca c/ Commission, T-321/05
428. Arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, Sjöberg et Gerdin, C-447/08 et C-448/08
429. Arrêt du Tribunal du 8 juillet 2010, Freistaat Sachsen, T-396/08
430. Arrêt de la Cour du 15 juillet 2010, Commission/Allemagne, C-271/08
431. Arrêt de la Cour du 15 juillet 2010, Bâtiments et Ponts Construction SA, C- 74/09
432. Arrêt de la Cour du 29 juillet 2010, Commission/Autriche, C-189/09
433. Arrêt de la Cour du 2 septembre 2010, Commission/Scott SA, affaire C-290/07 P
434. Arrêt de la Cour du 8 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08
435. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 septembre 2010, Stoß, C-316/07
436. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 septembre 2010, Winner Wetten, C-409/06
437. Arrêt de la Cour du 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, C-64/08
438. Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, British Aggregates Association, T-359/04
439. Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2010, Grèce/Commission, T-415/05, T-416/05 et T-423/05
440. Arrêt de la Cour du 30 septembre 2010, Stadt Graz, C-314/09
441. Arrêt de la Cour du 6 octobre 2010, Commission/Belgique, C-222/08
442. Arrêt de la Cour du 7 octobre 2010, Commission/Portugal, C-154/09
443. Arrêt de la Cour du 21 octobre 2010, Symvoulío Apochetefseos Lefkosias, C-570/08
444. l'ordonnance de la Cour du 12 novembre 2010, Krasimir Asparuhov Estov, C-339/10
445. Arrêt de la Cour du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09
446. Arrêt du Tribunal du 7 décembre 2010, Frucona Kosice, T-11/07
447. Arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw, C-568/08
448. Arrêt de la Cour du 16 décembre 2010, Seydaland vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09
449. Arrêt de la Cour du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabow, C-568/08
450. Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09
451. Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Tankreederei I, C-287/10
452. Arrêt de la Cour du 22 décembre 2010, Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH, C-338/09, C-338/09
453. Arrêt de la Cour du 17 février 2011, Commission/Chypre, C-251/09
454. Arrêt de la Cour du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09
455. Arrêt du Tribunal du 3 mars 2011, Bundesverband deutscher Banken, T-163/05
456. Arrêt de la Cour du 8 mars 2011, Lesoochránárske zoskupenie VLK, C-240/09
457. Arrêt de la Cour du 10 mars 2011, Stadler, C-274/09
458. Arrêt de la Cour du 11 mars 2011, Test-achats, C-236/09
459. Arrêt du 13 mars 2011, PreussenElektra, C-379/98
460. Arrêt de la Cour du 17 mars 2011, Strong Segurança, C-95/10
461. Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011, Freistaat Sachsen, T-443/08 et T-455/08
462. Arrêt de la Cour du 17 mai 2011, Buczeck Automotive/Commission, T-1/08
463. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Belgique, C-47/08

464. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/France, C-50/08
465. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Luxembourg, C-51/08
466. Arrêt de la cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Autriche, C-53/08
467. Arrêt de la cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Allemagne, C-54/08
468. Arrêt de la cour (grande chambre) du 24 mai 2011, Commission/Grèce, C-61/08
469. Arrêt de la Cour du 26 mai 2011, Commission/Espagne, C-306/08
470. Arrêt de la Cour du 21 juillet 2011, Euraiiki Dynamiki/Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA), C-252/10 P
471. Ordonnance du Tribunal du 6 septembre 2011, Inuit Tapriit Kanatami, T-18/10
472. Arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Paint Graphos, C-78/08 à C-80/08
473. Arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Commission / Pays-Bas, C-279/08P
474. Arrêt de la Cour du 8 septembre 2011, Ministero dell'Economia e delle Finanzia/Paint Graphos, C-78/08 à C-80/08
475. Ordonnance du Tribunal du 6 septembre 2011, Inuit Tapiriit Kanatami, T-18/10
476. Arrêt de la Cour du 13 octobre 2011, Waypoint Aviation, C-9/11
477. Arrêt de la Cour du 10 novembre 2011, Norma-A SIA, C-348/10
478. Arrêt de la Cour du 15 novembre 2011, Commission / Gouvernement de Gibraltar, C-106/09 P et C-107/09 P
479. Ordonnance de la Cour du 14 décembre 2011, Cozman, C-462/11
480. Arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10
481. Arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Cicala, C-482/10
482. Arrêt de la Cour du 16 février 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10
483. Arrêt de la Cour Constitutionnelle Belge du 8 mars 2012, arrêt n° 40/2012, n° de rôle 5162
484. Arrêt de la Cour du 11 mars 2012, Attanasio Group, C-384/08
485. Arrêt de la Cour du 15 mars 2012, Commission/Allemagne, C-574/10
486. Arrêt de la Cour du 29 mars 2012, SAG ELV, C-599/10
487. Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10
488. Arrêt de la Cour du 10 mai 2012, Santander, C-338/11 à C-347/11
489. Arrêt de la Cour du 12 mai 2012, Duomo Gpa, C-357/10, C-358/10 et C-359/10
490. Arrêt de la Cour du 7 juin 2012, Insinööritoimisto InsTiimi Oy, C-615/10
491. Arrêt de la Cour du 5 juillet 2012, SIAT, C-318/10
492. Arrêt du Tribunal du 10 juillet 2012, Smurfit Kappa Group, T-304/08
493. Arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, HIT, C-176/11
494. Arrêt de la Cour du 12 juillet 2012, Association Kokopelli, C-59/11
495. Arrêt de la Cour du 19 juillet 2012, Veronsaaijen, C-48/11
496. Arrêt de la Cour du 4 octobre 2012, Hristo Byankov, C-249/11
497. Arrêt du Tribunal du 10 octobre 2012, Evraiki Dynamiki/Commission, T-247/09
498. Arrêt du Tribunal du 10 octobre 2012, Sviluppo Globale, T-183/10
499. Arrêt du Tribunal du 17 octobre 2012, Evropaiki Dynamiki/Cour de justice, T-447/10
500. Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2012, Astrim, Elyo/Commission, T-216/09
501. Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2012, IDT Biologika GmbH, T-503/10
502. Arrêt de la Cour du 22 novembre 2012, M.M., C-277/11
503. Arrêt de la Cour du 27 novembre 2012, Pringle/Irlande, C-370/12
504. Arrêt de la Cour du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11
505. Arrêt de la Cour du 6 décembre 2012, AstraZeneca, C-457/10 P
506. Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2012, Evropaiki Dynamiki/Autorité Européenne de Sécurité Maritime (EFSA), T-457/07
507. Arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento/Ingegnerci della Provincia di Lecce e.a., C-159/11
508. Arrêt de la Cour du 22 décembre 2012, Yellow Cab, C-338/09
509. Arrêt du Tribunal du 15 janvier 2013, Espagne/Commission, T-54/11

- 510.** Arrêt du Tribunal du 15 janvier 2013, Concessioni Autostradali Venete - CAV SpA, T-182/10
- 511.** Arrêt de la Cour du 21 février 2013, L.N., C-46/12
- 512.** Arrêt de la Cour du 26 février 2013, Åkerberg, C-617/10
- 513.** Arrêt du Tribunal du 7 mars 2013, Pologne/Commission, T-370/11
- 514.** Arrêt de la Cour du 19 mars 2013, Bouygues, C-399/10P et C-401/10 P
- 515.** Arrêt du 20 mars 2013, Andersen, T-92/11
- 516.** Arrêt de la Cour du 21 mars 2013, Belgacom, C-375/11
- 517.** Arrêt de la Cour du 8 mai 2013, Libert, C-197/11 et C-203/11
- 518.** Arrêt du Tribunal du 4 juin 2013, Elitaliana SpA c. Eulex Kosovo, T-213/12
- 519.** Arrêt de la Cour du 13 juin 2013, Peipenbrock, C-386/10
- 520.** Arrêt de la Cour du 20 juin 2013, Conzilia Nazionale degli Ingeneri, C-352/12
- 521.** Arrêt du 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12
- 522.** Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, Commission/Pays-Bas, C-576/10
- 523.** Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, Commission/ Stichting Administratiekantoor Portielje, C-440/11 P
- 524.** Arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, P Oy, C-6/12
- 525.** Arrêt de la Cour du 12 septembre 2013, Ärztekammer Westfalen-Lippe, C-526/11
- 526.** Arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, Espagne/Commission, T-402/06
- 527.** Arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, Ecocéane, T-518/09
- 528.** Arrêt de la Cour du 19 septembre 2013, Panellinos Syndesmos Viomichanion Metapoisis Kapnou, C-373/11
- 529.** Arrêt de la Cour du 26 septembre 2013 ; France/Commission, C-115/12 P
- 530.** Arrêt de la Cour du 10 octobre 2013, Mantova A/S, C-336/12
- 531.** Arrêt du Tribunal du 15 octobre 2013, Europaïki Dynamiki, T-474/10
- 532.** Arrêt du Tribunal du 17 octobre 2013, Iberdrola, C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 et C-640/11
- 533.** Arrêt de la Cour du 17 octobre 2013, Billerud Karlsborg, C-203/12
- 534.** Arrêt de la Cour du 22 octobre 2013, Essent, C-105/12 à C-107/12
- 535.** Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Comune di Ancona, C-388/12
- 536.** Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12
- 537.** Arrêt de la Cour du 5 décembre 2013, Nordecon AS, C-561/12
- 538.** Arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, Portgás, C-425/12
- 539.** Arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, Biasci et autres, C-660/11 et C-8/12
- 540.** Arrêt de la Cour du 12 décembre 2013, SOA Nazionale Costruttori, C-327/12
- 541.** Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2013, European Dynamics Luxembourg, T-165/12
- 542.** Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2013, Total S.A., T-548/08
- 543.** Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2013, Orange, T-258/10

Bibliographie (références doctrinales dans le texte)

A

1. **J. AICHER**, « Die Ausnahmetatbestände » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008
2. **J.-F. AKANDJI-KOMBE**, « Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'homme », Conseil de l'Europe (éditeur), 2006 ([www.coe.int/t/dgi/publications/hrhanbooks/HRHAND-07/\(2006\)_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhanbooks/HRHAND-07/(2006)_fr.pdf)).
3. **C.-M. ALVES**, « Europe, Services financiers et protections de l'environnement ou quand l'ingéniosité juridique rencontre l'ingénierie financière », dans *l'Europe des Services*, éditions Pedone, 2010
4. **S. ARROWSMITH**
 - « *Methods for purchasing on-going requirements : the system of framework agreements and dynamic purchasing systems under the EC Directives and UK procurement regulations* » in S. ARROWSMITH (éditeur) *Public Procurement Regulations in the 21st Century : Reform of the UNCITRAL Mode Law on Procurement*, West, 2009
 - « *Electronic reverse auctions under the EU public procurement rules* » P.P.L.R, 2002
 - *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd, Sweet & Maxwell, Londres, 2005
 - « *The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement* », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 255 et s.
 - *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules*, Winteringham, Earls Gate Press, 1993, p. 53
 - « Modernizing the European Union's public procurement regime : A blueprint for real simplicity and flexibility », *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 71 et s.
5. **S. ARROWSMITH et P. KUNZMIK**, « *EC Regulation of Public Procurement* » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Directions* », S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009
6. **M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *ADJA*, 2011
7. **T. AX et M. SCHNEIDER**, *Rechtshandbuch Von der Investitionsentscheidung zum Zuschlag ; Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber*, *Lexxion*, Berlin, 2006

B

8. **M. BAJAN**, *Law and policy of the european gas market - competition and regulatory choices* (these), Université du Luxembourg
9. **C. BARDON et Y. SIMONNET**, « *Telaustria : quel périmètre ?* », *Droit administratif*, 2009, pp. 14 et s.
10. **R. BARENTS**, « *The internal Market unlimited : Some observations on the legal Basis of Community legislation* », *Common Market Law Review*, 1993, pp. 85 - 109
11. **H. BARTH**, *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010
12. **D. BARTHÉLEMY et J. DAVID**, « *L'agriculture européenne et les droits à produire* », dans *L'agriculture européenne et les droits à produire*, D. BARTHÉLEMY et J. DAVID, Paris, INRA, 1999, pp. 16 et s.

13. **A. BARTOSCH**
 - « Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass? », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001
 - « Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilferecht », *Wirtschaft und Wettbewerb*, 200, pp. 673 et s.
14. **L.M. BAUGHMAN**, *Auctioning of Quotas : Lots of Pain for Little Gain*, The World Economy, 1988, volume 11, pp. 397 et s.
15. **N. BEL et C. SJÖDIN**, « La nouvelle directive « Recours » 2007/66/CE en matière de marchés publics », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 643 et s.
16. **V. BERTRAND**
 - « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques » », *Journal des tribunaux - Droit européen*, 2005, pp. 11 et s.
 - « Law and Economics », une science idiote ?, *Recueil Dalloz*, 2008
17. **B. BIANCHI**, « Trente ans d'un régime temporaire. Les quotas laitiers dans le PAC : 1984 - 2014 », *Revue du Marché Commun*, 2004, pp. 655 et s.
18. **B. BISSUEL**, « La décréue des partenariats public-privé en France », *Le Monde*, 7 novembre 2013
19. **L. BOY**, « Réflexions sur le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 3031 et s.
20. **R. BOYLE**
 - « *EC public procurement rules - a purchaser reflects on the need for simplification* », *Public Procurement Law Review*, 1994
 - « *Regulated procurement - a purchaser's perspective* », *Public Procurement Law Review*, 1995
 - « *EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy : a personal response* », *Public Procurement Law Review*, 2011, NA 171 et s.
21. **S. BRACONNIER**, *Précis du droit des marchés publics*, 4^e édition, Paris Moniteur, 2012
22. **P. BRAUN**, « A Matter of Principle(s) - The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives », *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 39 et s.
23. **J. BREHME**, *Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung*, Mohr Siebeck 2010
24. **F. BRUNET et G. CANIVET**, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008
25. **R. BROEMEL**, *Strategisches Verhalten in der Regulierung; Zur Herausbildung eines Marktgewährleistungsrechts in den Netzwirtschaften*, Neue Staatswissenschaften, 13, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010
26. **J. L. BUENDIA SIERRA et J. M. PANERO RIVAS**, « *The Almunia Package : State Aid and Services of General Economic Interest* » in *Financing Services of General Economic Interest - Reform and Modernization*, E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 125 et s.
27. **M. BUNGENBERG**
 - *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme; Eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts*, Jus Publicum, Band 163, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007
 - *Das Verhältnis von WTO-, nationalem und supranationalem Recht*
28. **M. BURGI**
 - « Die künftige Bedeutung der Freiheitsgrundrechte für staatliche Verteilungsentscheidungen », in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER, R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2011

- « Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen : Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz » NZBau, 2005, pp. 610 et s.
29. **M. BURGI et F. KOCH**, « Contracts below the Thresholds and List B Services from a German Perspective », in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty ?*, R. CARANTA et DDRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 119 et s., point 5
 30. **J. BYOK**, *Das Verhandlungsverfahren; Praxishandbuch für die sichere Auftragsvergabe unter besonderer Berücksichtigung von PPP-Projekten*, Carl Heymanns, Berlin, 2006

C

31. **C. CALLIESS und M. RUFFERT** (éditeurs), *EUV/EVG; Kommentar; Das verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2007
32. **J. CARBONNIER**, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992
33. **M. CHARREL**, « Les marchés pressent la BCE d'agir contre l'euro fort et le risque de déflation », *Le Monde*, 7 novembre 2013, p. 6
34. **W. CREMER**, « Abschnitt 2. Staatliche Beihilfen » dans *EUV - EGV Kommentar*, C. CALLIESS et M. RUFFERT (éditeurs), München, C.H. Beck, 2007
35. **R. CARANTA**, « The borders of EU Public Procurement Law » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), DJØF Publishing, 2012
36. **R. CARANTA et S. TREUMER** dans la préface à *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), DJØF Publishing, 2012, pp. 335 et s.
37. **R. H. COASE** dans « The problem of social cost », in *Journal of Law and Economics*, 1960
38. **P. COENRAETS et Y. SCHNEIDER**, « Le choix des critères de sélection et d'attribution : la clef de voûte des marchés publics » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011, pp. 371 et s.
39. **P. COSSALTER**, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - E.J.A., Paris, 2007

D

40. **D. DAHLGAARD DINGEL**, « Direct Effect of the Government Procurement Agreement », *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 245 et s.
41. **J. H. DALES**, *Pollution, Property & Prices*, University of Toronto Press, 1968
42. **A. DAGEFÖRDE**, *Einführung in das Vergaberecht*, Lexxion, 2008
43. **C. DARDENNE**, *Les marchés publics européens et belges*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2009
44. *Analyse économique du droit. Principes méthodes résultats*, sous la direction de **B. DEFFAINS et E. CANGLAIS**, Bruxelles, De Boeck, 2009
45. **H. DE PAGE**, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brunelles-Bruylant, 1953
46. **J. DERESSE et C. KACZMAREK**, « Regards sur le principe de l'investisseur privé en économie de marché », *Journal de droit européen*, 2011, pp. 64 et s.
47. **O. DE SCHUTTER**, « Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif », *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2006
48. **A. DIAKOSAVAS**, *L'accord sur l'agriculture du cycle d'Uruguay. Une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE*, 2001

49. **H. DIEHL**, *Völkerrechtliche Beschaffungsabkommen: Inhalt und Wirkung im Gemeinschaftsrecht*, Publications Universitaires Européennes, Série II, Droit, vol. 4762, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009
50. **M. DISCHENDORFER** et **M. STEMPKONSKI**, « The Interplay Between the E.C. Rules on Public Procurement and State Aid », *Public Procurement Law Review*, 2002, NA 47 et s.
51. **N. DITTMER**, *Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers - Aus der Perspektive einer funktionsfähigen Markt- und Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2008
52. **M. DONY**, avec la collaboration de F. RENARD et C. SMITS, *Contrôle des aides d'Etat*, 3e éd., coll. Commentaire J. Mégret, Bruxelles, éd. ULB, 2007
53. **M. DREHER** et **K. STOCKMANN**, *Kartellvergaberecht; Auszug aus: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2008
54. **J.-D. DREYFUS**, « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique » in *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, pp. 9 et s.
55. **C. DUBOIS** et **S. ENGELEN**, « L'attribution et les contentieux des marchés publics communautaires », *Journal de droit européen*, 2010, pp. 1 et s.
56. **A. L. DURVIAUX**
- *Logique de marché et marché public en droit communautaire ; Analyse critique d'un système*, Larcier, Bruxelles, 2006
 - « Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics », in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, Kluwer, 2008
 - « La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire » in *Chronique des marchés publics*, 2010 - 2011, Constant De Koninck en EPB, 2011, pp. 725 et s.
 - « Droit européen des marchés publics et autres contrats publics », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, pp. 423 et s.
57. **A. L. DURVIAUX** et **T. DELVAUX**
- « La relation « in house » en droit européen : état de la question », *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012
 - « De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics », *Journal des Tribunaux*, 2011, pp. 429 et s.

E

58. **E.-D. EBERT**, *Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren*, Bundesanzeiger, Köln, 2005
59. **A. EGGER**,
- « Vergabeverfahren außerhalb der Vergabe öffentlicher Aufträge » in *Kompendium des Vergaberechts*, MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008
 - *Europäisches Vergaberecht*, NOMOS, Baden-Baden, 2008
60. **F. EKARDT**, *Information, Partizipation, Rechtsschutz - Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union*, Münster, LIT Verlag Münster, 2004
61. **P. ELEFThERIADIS**, « Planning Agreements as Public Contracts under the EU Procurement Rules », *Public Procurement Law Review*, 2011, pp. 43 et s.
62. **G. ERVYN**
- « La notion de marché public de travaux suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011
 - « Le droit d'exploiter ou quand le marché public devient concession », in *Chronique des Marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 233 et s.

- 63. R. ERGEC**
- *Droit public de l'économie en ce compris le patrimoine public*, Luxembourg, 2011
 - « Une technique contestée de la présence des pouvoirs publics dans les entreprises : la *golden share* ou l'« action spécifique », *Journal des Tribunaux - Luxembourg*, 2009, pp. 82 et s.
- 64. A. EYO**, « Electronic auctions in European Union procurement : Reflections on auction rules from the United Kingdom », *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 1 et s.

F

- 65. M. FALLON et D. MARTIN**, « *Dessine-moi une discrimination* », *Journal de droit européen*, 2010, p. 166 et s.
- 66. J. FERNANDEZ-MARTIN**, *EC public Procurement Rules. A critical Analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1996
- 67. M.-A. FLAMME**, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Tome premier, « Théorie générale des contrats de l'administration ; conclusion des marchés public », Bruylant, Bruxelles, 1969
- 68. M.-A. FLAMME et P. FLAMME**, « Le droit européen des commandes publiques : après leur réglementation, voici les recours », *Journal des Tribunaux*, 1990
- 69. M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME**, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 5e édition, 1986
- 70. M-A FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, C. DARDENNE**, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1A, Sixième édition, La confédération nationale de la construction a.s.b.l., Bruxelles, 1996 - 1997
- 71. P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE**
- *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation de la commande publique*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2009
 - *Les marchés publics européens et belges*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2009
- 72. W. FRENZ**
- *Handbuch Europa*, Band 1 - Europäische Grundfreiheiten, 2e éd., Berlin - Heidelberg, 2012
 - *Handbuch Europarecht*, Band 3, « Beihilfe- und Vergaberecht », Springer, Berlin Heidelberg, 2007
 - *Handbuch Europarecht*, Band 5, « Wirkungen und Rechtsschutz », Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2010
 - *Emissions - handelsrecht - Kommentar zu TEHG, und ZuV 2020*, 3e éd., Springer Verlag, 2012
 - « Grundrechte und Vergaberecht », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, pp. 748 et s.
 - « Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen? », *Die öffentliche Verwaltung*, 2002
 - « Goldene Aktien nach der 3. Portugal-Entscheidung », *Europäisches Wirtschaft -und Steuerrecht*, 2001, pp. 125 et s., III
 - « Aktuelle europarechtlichen Grenzen des Vergaberechts », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 609 et s.
 - Die gemeinsame Fischereipolitik, *Agrar -und Umweltrecht*, 2011
- 73. M.-A. FRISON-ROCHE**, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 610 et s.
- 74. B. FRYDMAN**
- « Le droit, de la modernité à la post modernité », *Réseaux*, 2000
 - « Les nouveaux rapports entre droit et économie : qui n'est pas juridique mais idéologique trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans l'action économique*, 2000, éd. du C.N.R.S., pp. 1 et s.

- « Procéduralisation et indécidabilité », *Revue internationale de Sémiotique Juridique*, 1996, Vol. XI, no 27, pp. 329 et s.

G

75. **A. GEORGOPOULOS**, « Revisiting Offset Practices in European Defense Procurement : The European Agency's Code of Conduct on Offers », *Public Procurement Law Review*, 2011, pp. 29 et s.
76. **E. GILLET et C. DUBOIS**
- « Le financement des infrastructures publiques au regard des règles SEC 95 », in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck, 2011-2012, pp. 801 et s.
 - « La gouvernance des PPP : une illustration à partir des projets d'infrastructure » in *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, pp. 335 et s.
77. **C. GINTER, N. PARRREST, M. A. SIMOVART**, « Access to the Content of Public Procurement Contracts : the Case for a General EU - law Duty of Disclosure », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 156 et s.
78. **K. GREB et S. STENZEL**, « *Freistellung vom Vergaberecht bei konventioneller Stromerzeugung. Eine Analyse der kommissionsentscheidung vom 24.04.2012* », *Vergaberecht*, 2013
79. **P. GREEN**
- « The Utilities Directive 93/38 : The Extent to which it applies to Contracting Entities », *Public Procurement Law Review*, 1995
 - « The Utilities Directive 93/38 : The Entent to which it applies to Contracting Entities », *Public Procurement Law Review*, 1994, pp. 173 et s.
80. **N. GRIEM et J. MOSTERS**, in *Brennpunkte des öffentlichen Personenverkehrs vor dem Hintergrund der neuen EG-Personenverkehrsverordnung*, Nr.1370/2007, H. PÜNDER et H.-J. PRIEB (éditeurs), Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010
81. **D. GRISAY**, « La Cour de justice face aux contentieux des contrats conclus entre particuliers et autorités communautaires », *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2004
82. **A. GUEYE**, « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques : un dilemme récurrent ? », *Contrats et Marchés Publics*, 2009
83. **M. GUIBAL**, *Droit public des contrats et concurrence : le style européen*, *Doctrine*, no 3667, *Jurisque*, 1993

H

84. **J. HABERMAS**, *Faktizität und Geltung - Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5^e édition, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1997
85. **J.-P. HAINAUT et R. JOLIET**, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1963
86. **J.-Y. HENCKES**, *Précis de droit des marchés publics*, Edition 2010, Legitech, Bertrange (LU), 2010
87. **B. HEUNINCKX**
- « The EU defence and Security Procurement Directive : Trick or Treat ? », *Public Procurement Law Review*, 2011, pp. 9 et s.
 - « Applicable Law to the Procurement of International Organisations in the European Union », *Public Procurement Law Review*, 2011, 4, pp. 103 et s.
88. **J. HILLGER**, « The Award of a Public Contract as State Aid within the meaning of Article 87 (1) EC », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 109 et s.
89. **K. HILLEBRECHT**, *Das Eigenvergaberecht der Europäischen Union*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2013
90. **S. HIRSCHBERGER**

- *Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht: Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010
 - *Das Eigenvergaberecht der Europäische Union*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2013
91. **B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS**, «The WTO's Agreement on Government Procurement : Expanding Disciplines, Declining Membership ? », *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 63 et s.
92. **S. HÖHLER**, « In Griechenland gedeiht die Korruption », *Handesblatt*, 05. - 09.2012
93. **L. HORN**, « Sachbereichsspezifische Verfahren, insbesondere Baukonzessionen » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008
94. **F. HUERKAMP**, *Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe*, Jus Internationale et Europaeum, 37, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010

I - J

95. **J.H. JACKSON**, *The jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000
96. **A. JOHNSTON et G. BLOCK**, *EU Energy Law*, Oxford University Press, 2012
97. **C. JUNG**, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, C. CALLIESS et M. KUFFERT (éditeurs), 2^e édition, Neuwied und Kriftel, Luchterbrand, 2002
98. **C. JUNG** dans CALLIESS - RUFFERT, *EUV/EGV*, « Das Verfassungsrecht der europäischen Union mit europäischer Grundrechtecharta », C.H. Beck, 2007

K - L

99. **H. KAELBLE**, « Verhältnis zum EG-Beihilfenrecht » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Bundesanzeiger Verlag, 2008
100. **G. KARYDIS**, « Le principe de l'opérateur économique privé », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, pp. 389 et s.
101. **H. Kelsen**, *Théorie pure du droit*, Bruylant - L.G.D.J, traduction par C. Essenmann de la 2^e édition
102. **W. KILIAN**, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2008
103. **T. KINGREEN**, *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Beck, 2007
104. **M. KLASSE**, « *The Impact of Altmark : The European Commission Case Law Response, in Financing Services of General Economic Interest - Reform and Modernisation* », E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN, The Hague, Asser Press, 2013
105. **M. KNAUF**, *Effektiver Vergaberechtsschutz - europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen*, « Kompendium des Vergaberechts - systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts », Bundesanzeiger Verlag, 2008
106. **J. KNIBBE**, « *Commission v Italy (Case C-412 :04) : Classification of Mixed Works : Services Contracts, the Treatment of Below Threshold Contracts and Rules on Aggregations of Works* », *Public Procurement Law Review*, 2008, NA 135 et s.
107. **T. KOTSONIS**, « *Commission v Netherlands (C-368/10) : Environmental and fair trade considerations in the context of a contract award procedure* », *Public Procurement Law Review*, 2012, NA 234 et s.
108. **W. KREMER**, *EUV-EG Kommentar*, Beck, 2007
109. **M. KRÜGNER**, « *The Principle Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions* », *Public Procurement Law Review*, 2003, pp. 181 et s.

110. **F. KÜBLER**, « Effizienz als Rechtsprinzip - Überlegungen zum Rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente, in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70 Geburtstag*, J. BAUR, HOPT, MAILÄNDER (éditeurs), 1990, pp. 685 et s.
111. **G. KUNNERT**, *WTO-Vergaberecht*, 1^{re} édi., Baden-Baden, Nomos, 1998
112. **K.-H. LADEUR**, « Proceduralization and its Use in Post-Modern Legal Theory », EUI (European University Institute, Florence) Working Paper Law No 96/5 (1996)
113. **S. LAURENT**, « Pourquoi le contrat avec Ecomouv' fait-il si tardivement polémique », *Le Monde*, 7 novembre 2013, p. 8
114. **G. LAWRENCE**, « Milk Superlevy. The Community System », in *Milk Quotas Law and Practice*, Papers from the J.C.E.L. Conference June 1989, pp. 1 et s.
115. **K. LENAERTS**, « The EU Chartes of fundamental rights : scope of application and methods of interpretation », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengazzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 107 et s.
116. **F. LICHÈRE**, « Public Procurement Contracts below EU Thresholds and Annexe II B Services in France » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, DJØF Publishing, 2012, pp. 97 et s.
117. **R. LIPKA**, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren zur Einordnung staatlicher Aufträge als Beihilfen und zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der Konkurrenten*, Nomos, Baden-Baden, 2005
118. **F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX**, « Feu le seuil de 20 000 € », *Contrats et Marchés publics*, no 3, mars 2010, repère 3
119. **N. LUHMANN**, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 2^e édition

M - N

120. **R. W. MC GEE et W. E. BLOCK**, « Pollution trading permits as a form of market socialism and the search for a real market solution to environmental pollution », in *Fordham Environmental Law Review*, 1994
121. **E. MACKAAY**, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste », *Revue Jurassienne de Jurisprudence*, 1987, pp. 419 et s.
122. **P. MANIN**, « A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question l'impossibilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, pp. 399 et s.
123. **M. MARTINI**, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung ; Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen Verwaltung des Mangels, Jus Publicum*, Band 176, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008
124. **F. MARX**, « Freiheitsgrundrechte des GG, Grundfreiheiten der EU und mitgliedstaatliche Einkaufsregeln » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags - und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Booberg Verlag, 2011, pp. 81 et s.
125. **A. MATTERA**, *Le marché unique européen; ses règles, son fonctionnement*, E.J.A. Jupiter, 1988
126. **D. MIDDELSCHULTE**, *Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilferechts*, Publications Universitaires Européennes, Série II, Droit, vol. 3853, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004
127. **F. MOISES et V. BERTRAND**, « Observations sous l'arrêt du Conseil d'Etat belge du 19 juin 2009 », *Journal des Tribunaux*, 2009
128. **C. MONGOUACHON**, *Abus de position dominante et secteur public - L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2012

129. **K. MORTELMANS**, « The relationship between the Market Law Review », 2002, pp. 1303 et s.
130. **H. MÜHLENKAMP**, *Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership (PPP) ?* dans « Chancen und Risiken von PPP - Eine Betrachtung aus ökonomischer und juristischer Perspektive », Ludwig-Fröhler-Institut (Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut (DHI))
131. **M. MÜLLER-WREDE**, *Kompendium des Vergaberechts; Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, Bundesanzeiger, Köln, 2008
132. **A. E. MUNIR**, *Current EC Legal Developments - Fisherris after Factortame*, Butlerwoths, London - Dublin - Edingburgh - Munich, 1991
133. **F. NEUMAYR**, « Value or Money v. Equal Treatment. The Relationship Between the Seeming ling Overriding Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment », *Public Procurement Law Review*, 2002
134. **P. NIHOUL**
- *Les télécommunications en Europe ; Concurrence ou organisation de marché ?*, Presse universitaire de Louvain, Louvain-la-Neuve, 2004
 - « La notion de « marché public : éléments transversaux et matériels » », *Marchés publics et contrats publics*, 2011, pp. 5 et s.
 - Le principe d'égalité dans les marchés et les contrats publics » in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 497 et s.
 - « Les marchés publics et les œuvres d'art », in *L'art et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2010

O - P

135. **K. ODENDAHL**, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 651 et s.
136. **D. PACHNOU**, « Enforcement of E.C. Procurement Rules : The Standards Regenied of National Review Systems under E.C. Law in the Content of the Principle Effectiveness », *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 55 et s.
137. **G. PERROT**, *Lanos - le magazine de la conférence du jeune barreau*, 2013, p. 32
138. **P. PESCATORE**
- *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960
 - « Les travaux du « groupe juridique » dans les négociations du traité de Rome », in *Hémecht - Revue d'histoire luxembourgeoise*, 1982, no 2, pp. 145 et s.
139. **E. PIJNACKER HORDIJK**, « Are there any limits to the interpretation creativity of the European Communities? » in *Liber amicorum in honour of Sven NORBERG*, Bruxelles, Bruylant, 2006
140. **E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND, J.F. VAN NOUHUYS**, *Aanbestedingsrecht - Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e édition, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009
141. **E. PIJNACKER HORDIJK et M. MEULENBELT**, « A Bridge too Far : Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed », *Public Procurement Law Review*, 2005, 3, pp. 123 et s.
142. **J.-C. PIELON, G. BRUNEKREEFI et E. EHLERS**, « Legal and economic aspects of ownership unbundling in the EU », *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, vol. 2, pp. 96 et s.
143. **M. PÖCKER**, « Der EuGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007
144. **J. POLSTER**, *Der Rechtsrahmen für Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen*, NZBau, 11/2010, pp. 662 et s.

145. **K. POPPER**, « Das Elend des Historizismus », 4^e édition, *Mohr Siebeck*, Tübingen, 1974
146. **N. POURBAIX**
- « Droit des marchés publics et droit de la concurrence. Le yin et le yang de la commande juridique ? » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 927 et s.
 - « The future scope of application of article 346 TFEU », *Public Procurement Law Review*, 2011
147. **Richard A. POSNER**, « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », *The Journal of Legal Studies*
148. **H.-J. PRIEB**, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 3^e éd., Köln-Berlin-München, 2005
149. **H.-J. PRIESS et M. GRAF VON MERVELDT**, « The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement » in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Directions*, S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK (éditeurs), Cambridge, Cambridge University Press, 2009
150. **H. PÜNDER**
- « Völkerrechtliche Vorgaben » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Bundesanzeiger Verlag, 2008
 - « Öffentlicher Auftrag » in *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, M. MÜLLER-WREDE (éditeur), Berlin, Bundesanzeiger Verlag, 2008

Q - R

151. **G.M. RACCA**, « The Role of IT solutions in the Awards and Execution of Public Procurement below Threshold and List B Services : Overcoming E-Barriers » in *Outside the EU Procurement Directives Inside the Treaty ?*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen
152. **A. RACLET**, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, 2002
153. **J.-M. RAINAUD**, *Les marchés publics dans la Communauté économique européenne*, Revue du Marché Commun, 1972, pp. 371 et s.
154. **J. RAPP et T. KLEINER**, « Infrastructure Financing : the new Frontier in the application of State Aid Rules », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 1 et s.
155. **G. RAVARANI**, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise 2006
156. **J. RAWLS**, *A theory of justice*, Bristol, J.W. ARROWSMITH Ltd, 1980 (réédition)
157. **L. RICHER**
- *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009
 - *L'Europe des marchés publics*, Paris, LGDJ, 2009
158. **T. RONSE**, « Intégration européenne : Le principe de non-discrimination, source d'obligations de faire à charge des pouvoirs adjudicateurs » in *Chronique des Marchés Publics*, C. De Koninck, P. Flamey, P. Thiel et B. Demeulenaere (éditeurs), EBP, 2010-2011, pp. 691 et s.
159. **A. ROSAS**, « 'Implementing' EU law in the member States : Some observations on the applicability of the Charter of fundamental rights », *L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, pp. 185 et s.
160. **T.M. RUSCHE et S. SCHMIDT**, « Transport » in *Financing Services of General Economic Interest*, E. SZYCZSZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN (éditeurs), The Hague, Asser Press, 2013, pp. 217 et s.

S - T

161. **A. SAVARY**, « Les marchés publics et la Communauté économique européenne, dans « Les marchés publics et leur financement » », *Dalloz*, 1962, pp. 389 et s.
162. **N. SADELEER**, « Le système communautaire d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre : entre ambition et prudence », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 703 et s.
163. **H. SCHROEDER**, « Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV - Verordnung », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, pp. 1288 et s.
164. **O. DE SCHUTTER**, « Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif », *Journal des Tribunaux*, Droit européen, 2006, pp. 97 et s.
165. **N.C. SMITH, B.G. PAPERNIK, C.A. BOOK**, « Design-build contracting with State and local agencies », in *Design-build contracting handbook*, R.F. CUSHMAN et M.C. LOULAKIS (éditeurs), Wolters Kluwer, 2001
166. **S. SMITH**, « No obligation to Apply Specific Provisions in the Public Sector Directive to Contracts for Annex II B Services : Strong Segurança SA v Município de Sintra (C-95/10) », *Public Procurement Law Review*, 2011, p. 1013
167. **M. SPITZWIESER**, *Der Emissionshandel als Instrument der Umweltpolitik, Travail de diplôme pour l'obtention du grade d'ingénieur diplômé*, Wien (Technische Universität), 2011
168. **A. STEICHEN**,
- *Précis de droit des sociétés*, 3^e édition, Luxembourg, Editions Saint-Paul, 2011
 - *Précis de finances publiques*, Luxembourg, éditions Saint-Paul, 2007
169. **M. STEINICKE**, « The Court of Justice of the European Union, public procurement and in-house contracts - a critic of Case C-480/06, Commission v. Germany » in *Europe. The New Legal Realism : Essays in Honor of Hjalte Rasmussen*, Copenhagen, DJØF, 2010
170. **S. STORR**, « Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen als Instrument staatlicher Wirtschaftspolitik » in *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht - Der verfassungsrechtlichen Rahmen der Auftrags - und Konzessionsvergabe*, M. BUNGENBERG, P.M. HUBER et R. STREINZ (éditeurs), Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2011, pp. 43 et s.
171. **A. SUPIOT**
- « The public-private relation in the context of today's refeudalization », *International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 129 et s.
 - *Homojuridicus*, Editions du Seuil, 2005
172. **M. THEWES**
- « Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics », *Journal des Tribunaux Luxembourg*, 2011, pp. 85 et s.
 - « Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois », *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2009
 - Observations sur l'arrêt de la Cour administrative du Luxembourg du 6 décembre 2011, *Journal des Tribunaux Luxembourgeois*, 2011, p. 29
173. **P. THIEL**, *Mémento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2012
174. **P. TREPTE**
- *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, 2004
 - *Public Procurement in the EU. A practitioner's guide*, 2^e édition, Oxford University Press, 2007
 - « Telecommunications « public » undertakings and procurement obligations », in *1992 and ECC / U.S. competition and trade law (annual proceedings of the Fordham corporate law institute)*, B. Hawk (éditeurs), Ardsley-on-Hudson, New York, 1990, pp. 313 et s.

- 175. S. TREUMER,**
- « Cross border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level » in *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty*, R. CARANTA et D. DRAGOS (éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2012, pp. 335 et s.
 - « Regulation of contract changes leading tva duty to retender the contract : The European Commission's proposals of December 2011, *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 153 et s.
- 176. S. TREUMER et E. WERLAUFF,** « The leverage Principle : Secondary Law as a Lever for the Development of Primary Community Law, *European Law Review*, 2003, pp. 124 et s.
- 177. S. TROELS POULSEN,** « The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law », *Public Procurement Law Review*, 2012
- 178. M. TRYBUS**
- « Procurement for the Armed Forces », *E. L. Rev.*, 2002, pp. 709 et s.
 - « The Hidden Remedies Directive : Review and Remedies Under the EU Defense and Security Procurement Directive », *Public Procurement Law Review*, 2013, pp. 135 et s.

U - V

- 179. A. VANDEPOORTER,** « Mise en concurrence et cession domaniale complexe », *Contrats publics*, 2012, pp. 60 et s.
- 180. T. VAN DER VIJVER,** « Article 102 TFUE : How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of prima facie Dominance Abuses », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, pp. 121 et s.
- 181. S. VAN DROOGENBROECK,** *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001
- 182. S. VAN GARSSE,** *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Kenre, 2006
- 183. P. VAN OMMESLAGUE,** *Droit des obligations*, t.I, Bruxelles, Bruylant, 2010
- 184. H. VEDDER et M. HOLWERDA,** « *The European Court's Jurisprudence After Altamrk ; Evolution or Devolution ?* » in *Financing Services of General Economic Interest - Reform and Modernization*, E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DEN GRONDEN, Asser Press, The Hague, 2013, pp. 53 et s.
- 185. S. VERLINDEN,** « E-procurement : Tussen droom en daad ... » in *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck en EBP, 2011-2012, pp. 633 et s.
- 186. J. VONDUNG,** *Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, *Jus Internationale et Europaeum*, 64, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012
- 187. F. A. VON HAYECK,** *Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung*, contribution à la conférence Mont Pèlerin Society à Tokyo des 5 au 10 septembre 1966, no 55, dans « Hayeck Lesebuch », Mohr Siebeck 2010, édité par Viktor J. Vanberg

W - X - Y - Z

- 188. K. WAUTERS et K. MAN,** « Samenwerking tussen overheden de wetgeving overheidsopdrachten : ziekenhuizen en universiteiten » in *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, Constant De Koninck en EBP, 2011, pp. 399 et s.
- 189. L. WEITZEL,** « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression », *L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommages à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, pp. 225 et s.

- 190. H. WENDT**, *Kapazitätsengpässe beim Netzzugang; Engpassmanagement, Ausbaupflichten und Engpassvermeidungsanreize im Energie-, Eisenbahn- und Telekommunikationsrecht*, Studien zum Regulierungsrecht, 4, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012
- 191. J. WIGGEN**
- « Public procurement rules and cooperation between sector entities : the limits of the in-house doctrine under EU procurement law », *Public Procurement Law Review*, 2011, pp. 157 et s.
 - « Public procurement law and public - public co-operation : Reduced flexibility but greater legal certainty ahead ? The Commission's Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive », *Public Procurement Law Review*, 2012, NA 235 et s.
- 192. O.E. WILLIAMSON**, « Franchise Bidding for Natural Monopolies - in General and with respect to CATV », *The Bell Journal of Economics*, 1976, pp. 73 à 104
- 193. M. WOLF**, « Ausschreibungspflichten bei der Selbstvornahme und interkommunaler Zusammenarbeit. Effektiver Wettbewerbsschutz durch ein funktionales Vergaberecht », *VergabeR*, 2011
- 194. F. WOLLENSCHLÄGER**, *Verteilungsverfahren die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Jus Publicum, Band 196, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010
- 195. L. ZEVENOU**, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ, 2012

INDEX ALPHABETIQUE

A

- **Abandon d'une procédure d'attribution** no 405
- **Abus de position dominante** XII. (Introduction), nos 374, 378 et s., 386, 639
- **Accord-cadre** nos 33, 34, 84 et s., 140 et s., 176, 277
- **Accord sur les marchés publics** nos 76, 104, 286 et s., 425, 747 (5. et 6.)
 - Champ d'application no 287
 - Effets dans l'ordre juridique de l'Union nos 293 et s.
- **Accords internationaux** nos 56, 76, 286 et s., 302 et s.
- **Acte unique européen** no 331
- **Action spécifique (*golden share*)** no 493 en note
- **Activité économique** Voy. *Entreprise*
- **Activités extractives** no 596
- **Activités sectorielles** Voy. *Marchés publics sectoriels*
- **Aéroport** nos 2, 707, 720, 721.- Voy. également *Aide d'Etat*
- **Aide d'Etat**
 - Généralités II. (Introduction), XII (Introduction), 385, 521 et s., 738, 743, 745,
 - Aéroports nos 583, 593 en note
 - Appel d'offres inconditionnel nos 527, 566 et 567, 575 et s.
 - Application conjointe avec le droit des marchés publics nos 522 et s.
 - Affectation du commerce entre Etats membres no 551
 - Avantage nos 551, 552, 553 et s., 590, 592, 747 (12.)
 - Charge de la preuve nos 545, 546, 558
 - Création d'entreprises et investissements dans des entreprises no 571
 - Critères *Altmark* nos 456 en note, 586, 592, 661 en note, 701
 - Critère de l'investisseur privé nos 527, 544, 553 et s., 565, 577, 585, 747 (10. et 13.)
 - Compensations d'obligation de service public nos 456, 582, 586, 701 et s.
 - Compatibilité avec le marché intérieur nos 318, 507, 522 et s., 531, 543, 572, 582 et s., 592, 593, 747 (11.)
 - Distorsion de la concurrence nos 530, 537, 551
 - Efficacité de la dépense publique nos 559 et s., 738, 747 (10.)- Voy. aussi *Efficacité* sous la rubrique *Marchés publics*.
 - Imputabilité nos 535, 536, 551
 - Lignes directrices et encadrements nos 456, 582 et s., 745
 - Mise en balance nos 582, 588
 - Présomption d'absence d'aide nos 557 et s., 568
 - Proportionnalité de l'aide nos 582, 585, 590
 - Recherche et développement no 584
 - Réseaux de communication à haut débit no 592
 - Ressources d'Etat nos 243, 519, 533, 534, 552
 - Restitution nos 563, 579, 742
 - Sélectivité nos 540, 551

- Vente d'immeubles nos 564 et s.
- **Altmark** Voy. *Aide d'Etat*
- **Analyse économique du droit** no 639
- **Assistance en escale** no 707
- **Art** nos 428, 430, 431
- **Autobus** nos 264, 476 en note, 676, 680
- **Autorisation** Voy. *Régime d'autorisation administrative*
- **Autorisation d'atterrissage** Voy. *Créneaux horaires*
- **Autorisation d'émettre des gaz à effet de serre** Voy. *Quotas*
- **Autorité de régulation nationale** nos 638, 639 en note, 649, 650, 651, 668
- **Autorité publique** nos 449 et s.
- **Autoroute** nos 270, 395
- **Avantage fiscal** II. (Introduction), no 552
- **Avis d'attribution** Voy. *Publicité*
- **Avis de marché** Voy. *Publicité*
- **Avis de préinformation** Voy. *Publicité*

B

- **Banque européenne d'investissement** no 193
- **Banque centrale Européenne** nos 732 et s., 746
- **Bibliothèque** no 379
- **Bourse** nos 442
- **Bourse d'études** no 214

C

- **Café** no 528
- **Cahier des charges** nos 403
- **Carburant** Voy. *Pétrole*
- **Centrale d'achats** nos 119, 178
- **Centrale hydroélectrique** no 596, 664 en note
- **Centre de relaxation** no 593
- **Certificats de biodiversité** no 605
- **Changement climatique** Voy. *Quotas d'émission de gaz à effet de serre*
- **Chauffage urbain** no 207
- **Chemin de fer** nos 682, 691.- Voy. également *Réseau ferroviaire*
- **Circonstances objectives** no 458, 477 en note
- **Cirque** no 598
- **Cocontractant du pouvoir adjudicateur** nos 83, 236
- **Coentreprise** Voy. *Entreprise liée*
- **Collaboration entre pouvoirs adjudicateurs** nos 218 et s., 233, 309.- Voy. également *Transfert de compétences*
- **Collectivités territoriales** Voy. *Pouvoir adjudicateur*
- **Communications électroniques**
 - Appels à candidature dans le domaine des communications électroniques
nos 713 et s.

- Attribution de radiofréquences no 714
- Désignation de prestataires de service universel no 715, 747 (16)
- Propriété de réseaux no 716
- **Compensations d'obligations de service public** Voy. *Aide d'Etat*
- **Compétence (législateur européen)** nos 189, 190, 232
- **Conception et exécution** nos 139, 247, 250
- **Concession**
 - Généralités II. (Introduction), nos 3, 65, 88, 128, 159, 242, 270, 311 et s., 389, 395, 462, 473, 475, 479, 480, 481, 592, 593, 634, 635, 654, 680, 681, 682, 697, 747 (17.)
 - Concession mixtes nos 263, 659
 - Communication interprétative nos 333 et 334
 - Durée no 481
 - - de fournitures no 272
 - - de services nos 28, 65, 128, 258 et s., 264, 265,
 - Concession de pharmacie II. (Introduction)
 - Risque d'exploitation nos 258, 270, 312
 - - de travaux nos 2, 17, 20, 21, 26, 266 et s.
- **Concessions de pêche transférables** no 712
- **Concession domaniale** II. (Introduction), no 499
- **Concours** nos 2, 160, 273 et s., 444, 501
- **Constitution de sociétés avec des partenaires privés** no 503
- **Contingents de production de féculé de pomme de terre** no 711
- **Contingents tarifaires (attribution de)** no 723
- **Contrat**
 - à titre onéreux nos 12, 22, 127, 240 et 241
 - conclu *intuitu personae* nos 413 et s.
- **Contrat de service public** Voy. *Services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route*
- **Contrat de travail** nos 422, 506
- **Contrats de recherche et de développement** nos 422, 434 et s.- Voy. aussi *Recherche et développement*
- **Convention européenne des droits de l'Homme** nos 377, 744
- **Cotisations** no 214
- **Créneaux horaires** II. (Introduction), no 720
- **Critères**
 - - d'attribution nos 14, 72, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 410, 637, 638
 - - non liés à l'objet du marché nos 526 et s.
 - Pondération nos 118, 322
 - - de sélection nos 14, 129, 399, 410, 481, 637, 638
- **Critères d'évaluation** Voy. *Critères d'attribution*
- **Critère de l'investisseur privé** Voy. *Aide d'Etat*
- **Critères Altmark** Voy. *Aide d'Etat*
- **Curriculum vitae** no 418

D

- **Défense et sécurité** Voy. *Marchés publics*
- **Dématérialisation des marchés publics** Voy. *Marchés publics électroniques (Marchés publics)*
- *Design & Build* Voy. *Conception et exécution*
- **Dialogue compétitif** Voy. *Procédures*
- **Discriminations à rebours** nos 387, 388, 594, 598, 747 (2. et 4.)
- **Discrimination en raison de la nationalité** Voy. Principe de non discrimination en raison de la nationalité
- **Dommages-intérêts** Voy. *Protection juridictionnelle*
- **Droit de plantation de vignes** no 710
- **Droit primaire des marchés publics** Voy. *Obligation de mise en concurrence*
- **Droits fondamentaux** nos 374, 376, 467, 724
- **Droits spéciaux ou exclusifs** nos 22, 80, 200, 235, 454, 476, 483
- **Durée** Voy. *Marchés publics ; Services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route*

E

- **Eboulement** no 447
- **Ecole** no 593 (Voy. également *Enseignement*)
- **École de Chicago** no 639 en note
- **Ecole de la procéduralisation de droit** no 743
- **Effet de levier** XIII. (Introduction)
- **Effet direct** nos 293, 294 et s.
- **Efficacité de la dépense publique** Voy. *Marchés publics*
- **Electricité** Voy. *Marché intérieur de l'électricité*
- **Gaz** Voy. *Marché intérieur du gaz naturel*
- **Emplois publics** II. (Introduction)
- **Enchères électroniques** nos 110 et s., 146, 177
- **Enseignement** no 456 (Voy. également *Ecole*)
- **Entente** Voy. *Abus de position dominante*
- **Entités adjudicatrices** nos 49, 192, 196, 633, 658, 670
- **Entité Teckal** Voy. *Exception Teckal*
- **Entrave** nos 370 et s., 387, 389, 747 (3.)
- **Entreprise**
 - Droits spéciaux ou exclusifs nos 22, 80, 200, 235
 - Notion no 378, 747 (13.)
- **Entreprise liée** nos 75, 81, 309
- **Entreprises publiques** nos 199, 496
- **Etat (fonctions étatiques)** nos 2, 80, 196, 223, 508 et s., 593, 747 (1.)
- **Exceptions à la mise en concurrence** nos 412 et s.
 - Exceptions résultant du traité FUE nos 152, 218 et s., 233, 234, 235, 283, 449 et s., 452 et s., 458, 412

- Exclusions et exceptions à l'application des directives « marchés publics »
nos 17, 22, 25, 26, 64, 74, 123, 128, 154,
155, 235, 284, 285, 413 et s., 419 et s.

Application de certaines de ces exceptions aux marchés et aux concessions
soumis à la seule obligation de mise en concurrence du droit primaire nos
284, 419

Achats à des conditions particulièrement avantageuses en cas de
cessation d'activités ou auprès de curateurs ou de liquidateurs no 443

Absence d'offre appropriée no 427

Achats de programmes destinés à la diffusion no 422
par des organismes de radiodiffusion

Achats dans une bourse de matière de matières premières no 442

Attribution au lauréat d'un concours no 444

Contrats d'emploi no 422

Contrats de recherche et de développement no 422

Droits d'exclusivité nos 428 et s.

Livraisons complémentaires nos 439 et s.

Produits fabriqués à des fins de recherche, d'expérimentation nos 434 et s.
d'étude ou de développement

Raisons artistiques nos 428 et s.

Raisons techniques nos 428 et s.

Répétition de travaux ou de services complémentaires no 448

Services d'arbitrage et de conciliation no 422

Travaux ou services complémentaires no 447

Urgence impérieuse nos 432, 433

*Voy. aussi Activités directement exposées à la concurrence dans la sous-rubrique
Marchés publics sectoriels de la rubrique Marchés publics ; Autorité publique ;
Coentreprise ; Concession de services sous la rubrique Concession ; Distinction
entre services prioritaires et services non prioritaires dans la sous-rubrique
Services de la rubrique Marchés publics ; Entreprise liée ; Exception Teckal ;
Marchés mixtes sous la rubrique Marchés publics ; Motifs impérieux d'intérêt
général ; Procédure spéciale d'attribution ; Service d'intérêt économique général ;
Seuils.*

- **Exception d'illégalité** nos 459, 464
- **Exception in-house** *Voy. Exception Teckal*
- **Exception Teckal** nos 81, 218 et s., 309, 482, 485, 511, 514, 515, 516, 684 et s.,
543, 677, 688, 725, 739
 - Condition liée à l'activité nos 228 et s., 739
 - Contrôle nos 222 et s.
- **Exception de quasi-régie** *Voy. Entité Teckal*
- **Evaluation** *Voy. Critères d'attribution*

F

- **Fécule de pomme de terre** *Voy. Contingents de production de fécule de pomme
de terre*
- **Féodalisation** nos 649 en note, 656 en note,
- **Fonctions étatiques** *Voy. Etat*
- **Foire** II. (Introduction), 207, 598

G

- **GATT** nos 24, 298, 303, 724

H

- **Hiérarchie des normes** nos 40, 102 et s., 145, 232, 296, 301, 340, 386, 409, 459 et s., 570, 697, 747 (19. et 20.)
- **Hôpital** VI. (Introduction), nos 379, 605
- **Hôtel** no 552
- **Huissier de justice** nos 451, 596
- **Hydrocarbures** (autorisations de prospecter, d'exploiter ou d'extraire) nos 600 et s.
- **Hydrocarbures** (prospection) nos 2, 53
- **Immeubles**
 - Acquisition nos 420, 497
 - Bail nos 249, 420, 499, 500
 - Cession nos 386, 489 et s., 564 et s.
- **Intérêt économique direct** nos 240 et 241.- Voy. aussi *Contrat à titre onéreux*

I

- **Infrastructures sportives** no 593
- **Insécurité juridique** no 339, 340, 386, 735
- **Institutions européennes** nos 724 et s. – Voy. aussi *Marchés passés par les institutions européennes ; Banque centrale européenne ; Banque européenne d'investissement.*
- **Intérêt transfrontalier** nos 39, 191, 253, 275, 328, 342, 343 et 344, 386, 462, 504, 538, 543, 594, 597, 724, 747 (8.)
- **Interprétation**
 - Généralités X. (Introduction), nos 185 et s., 232, 241
 - - fonctionnelle nos 185, 186, 187, 188
 - - téléologique nos 185, 187
 - Travaux préparatoires X. (Introduction)
- **Intuitus personae** Voy. *Contrat*
- **Invocabilité** no 979 en note

J

- **Jeux de hasard** nos 37, 407, 451, 479, 480, 481
- **Jurisprudence dominante** nos 341, 345, 362, 373, 388, 389, 724, 747 (2. et 18.)
- **Justice procédurale imparfaite** no 742
- **Liberté professionnelle et droit de travailler** no 376

L

- **Liberté d'établissement** nos 4, 5, 367, 368, 370, 372, 373, 374, 386, 387, 476, 481, 495, 499, 502, 507, 522 et s., 529, 590, 636, 688, 747 (2., 3., 4., 11.)
- **Libertés de circulation** Voy. *Libertés fondamentales*
- **Libertés fondamentales** nos 341, 342, 369, 370, 372, 373, 374, 386, 481, 498, 522, 524, 636, 747 (11.)
- **Libre circulation des capitaux** nos 374, 375, 492 et s., 497
- **Libre circulation des marchandises** nos 371, 374, 375, 395, 524, 747 (2.)
- **Libre circulation des travailleurs** nos 374
- **Libre prestation des services** nos 4, 5, 6, 367, 368, 386, 387, 389, 476, 502, 507, 529, 590, 636, 688, 747 (2., 3., 4., 11.)
- **Lignes directrices et encadrements** Voy. *Aide d'Etat*
- **Logements sociaux** nos 18, 470, 471

M

- **Mandat** nos 238, 518
- **Marchés extérieurs** Voy. Marchés de l'administration de l'Union
- **Marché intérieur d'électricité** nos 594, 639 et s., 747 (16. et 17.)
 - Cessibilité des réseaux de transport nos 655 et 656
 - Désignation d'un fournisseur de dernier recours no 648
 - Droit de propriété no 654
 - Gestionnaire de réseau indépendant (ISO) nos 639, 659
 - Gestionnaire de réseau de distribution (DSO) no 639
 - Independent transmission operator (ITO) no 639
 - Mise en concurrence en vue de la désignation d'un gestionnaire de réseau
nos 659, 662 et s.,
747 (16.)
 - Procédure d'appel d'offres nos 640 et s., 649 et s.
 - Procédure d'autorisation pour nouvelles capacités no 652
 - Propriétaire d'un réseau de transport nos 653 et s., 747 (17.)
 - Travaux d'extension de réseaux nos 649 et s., 657,
- **Marché intérieur du gaz naturel** nos 594, 665 et s., 747 (16. et 17.)
- **Marché intérieur des services postaux** Voy. *Services postaux*
- **Marchés privés subventionnés** no 505
- **Marchés publics (directives)**
 - Généralités XIII. (Introduction), nos 2, nos 79 et s., 119 et s., 151 et s., 185 et s., nos 189 et s., 339, 340, 736 et s.
 - Calcul du coût du cycle de vie no 318, 737
 - Champ d'application *ratione valoris* Voy. *Seuils*
 - Champ d'application *ratione temporis* no 282
 - Conditions d'exécution no 529
 - Contrat nos 238 et s.
 - à titre onéreux nos 12, 22, 127, 240

- Lien économique direct no 240
- écrit no 239
- Objet nos 2, 89, 246, 650, 659, 662
- Défense et sécurité nos 35, nos 151 et s.
- Division en lots nos 248, 277, 278, 279, 281, 318, 737
- Durée nos 407, 481, 746
- Efficacité nos 340 en note, 385, 559 et s., 736, 737, 738, 747 (10.)
- Exclusions à l'application des directives et exceptions à la mise en concurrence
Voy. la rubrique principale *Exceptions à la mise en concurrence*
- Evolution historique des directives nos 1 et s.
- - de Fournitures nos 6, 22, 24, 25, 53, 69 et s., 126, 251, 279
- Interprétation nos 185 et s.
- Locations nos 22, 25, 279
- Marchés mixtes nos 93 et s., 179, 254, 255, 256, 257
- Marchés publics électroniques nos 318, 319 et s.
- Marchés déclarés secrets ou dont l'exécution s'accompagne de mesures particulières de sécurité nos 154 et 155
- Modifications no 406
- Pouvoirs adjudicateurs Voy. *Pouvoirs adjudicateurs*
- Procédures Voy. la rubrique principale *Procédures*
- Présomption d'absence d'aide ? nos 521, 557 et s., 564 et s., 743
- - sectoriels nos 2, 32, 34, 48 et s., 73 et s., 77, 79 et s., 633, 634, 635, 650, 658, 670
- Activité directement exposée à la concurrence nos 53, 81, 82, 469, 520
- Activités sectorielles nos 2, no 48 en note, 50, 51, 90, 91, 92, 469, 520
- Quid des activités suivantes ?
- Ferries côtiers ou fluviaux nos 2, 48 en note
- Transports aériens nos 2, 48 en note
- Services d'autobus nos 2 et 48 en note
- Services de transport au public par l'exploitation de réseaux nos 2 et 48 en note
- Transports maritimes nos 2, 48 en note
- - de services nos 53, 57 et s., 128, 252 (notion), 280, 281, 285
- Distinction entre services prioritaires et services non prioritaires
nos 2 en note 62, 124, 167, 253, 280, 285, 318
- Services prioritaires nos 63, 416, 417
- Services sociaux et autres services spécifiques no 318
- - de travaux
- Généralités nos 8 et s., 23, 26, 68, 83, 128, 247 et s.
- Notion nos 11, 247 et s. ,
- Notion d'ouvrage no 248
- Seuils nos 277, 278
- **Marge d'appréciation** nos 29, 465, 530, 724, 747 (20.)
- **Marchés de l'administration de l'Union** nos 418, 619, 724 et s.
 - Procédure conjointe de passation de marché nos 619, 726
- **Mécénat** no 502
- **Métro** no 680, 681, 691
 - Métro londonien no 580

- **Mise en œuvre du droit de l'Union** nos 365, 366, 388
- **Motifs impérieux d'intérêt général** nos 386, 458, 477, 478, 481, 724
- **Motivation** nos 37, 376, 725
- **Musée** no 430

N

- **Négociations** no 404 (Voy. également *Procédure négociée*)
- **Notaire** II. (Introduction), nos 451, 596

O

- **Obligation de mise en concurrence du droit primaire** nos 44, nos 328 et s., 636, 747 (2., 3., 4., 7., 8., 9., 17., 18., 19., 20.)
- - Définition de l'expression « mise en concurrence » au sens du présent travail
I. (introduction)
 - Appréciation critique nos 364 et s., 386, 387, 747 (3.)
 - Champ d'application personnel nos 2, 82, 508 et s., 549, 747 (1.)
 - Champ d'application matériel nos 2, 473 et s., 521 et s., 549, 747 (7., 9. et 17.)
 - Contenu nos 339, 389 et s., 481
 - Durée des contrats no 407, 746
 - Exceptions à la mise en concurrence Voy. la rubrique principale *Exceptions à la mise en concurrence*
 - Fondements nos 341 et s., 345 et s., 747 (3.)
 - Intérêt transfrontalier Voy. *Intérêt transfrontalier*
 - Principe de transparence nos 332, 390, 393, 408, 454
- **Obligation de transparence** Voy. *Obligation de mise en concurrence*
- **Offre économiquement la plus avantageuse** nos 72, 396
- **Offres inappropriées** no 427
- **Offre tardive** no 401
- **OMC (Organisation mondiale du commerce)** nos 298, 299 ; Voy. aussi *Accord sur les marchés publics*
- **Opérateur économique (définition)** no 236
- **Opérateur interne**
Voy. *Services publics de transports de voyageurs par route et par chemin de fer ; Exception Teckal*
- **Ordre public** Voy. *Motifs impérieux d'intérêt général*
- **Organisme de droit public** Voy. *Pouvoir adjudicateur*

P

- **Parking public** no 264

- **Partenariats public-privé** nos 484 et s., 580, 688, 744, 745, 746
 - **Partenariats public-privé institutionnalisés** nos 484 et s., 688
 - ***Patere legem quam ipse fecisti*** nos 400, 401, 403, 582, 724
 - **Participations** (Voy. également *Privatisation d'entreprises*)
 - Acquisition no 498, 552
 - Cession nos 386, 489 et s., 552
 - **Pays et territoires d'outre-mer** VII. (Introduction)
 - **Personnalité juridique** nos 202, 209, 509, 520
 - **Pétrole** no 383, 456 (Voy. également *Hydrocarbures*)
 - **Pommes de terre** Voy. *Contingents de production de fécula de pomme de Terre*
 - **Pouvoir adjudicateur** nos 10, 22, 26, 49, 58, 70, 122, 192 et s.
 - Collectivités territoriales nos 49, 192, 203
 - Etat nos 49, 192, 202, 508 et s.
 - Organisme de droit public nos 49, 67, 70, 192, 198, 204 et s.
 - **Pouvoir d'appréciation** Voy. *Marge d'appréciation*
 - **Prestataire de service universel** II. (Introduction), nos 631 et s., 715
 - **Primauté** Voy. *Hiérarchie des normes*
 - **Principe d'autonomie** Voy. *Protection juridictionnelle*
 - **Principe de bonne administration** nos 373 en note, 376, 724
 - **Principe d'égalité de traitement** nos 29, 318, 330, 339, 345, 364, 365, 366, 373, 386, 387, 388, 389 et s., 446, 594, 636, 637, 724, 747 (9., 15. et 18.)
 - **Principe d'effectivité** Voir *Protection juridictionnelle*
 - **Principe d'équivalence** Voy. *Protection juridictionnelle*
 - **Principe de non-discrimination en raison de la nationalité** VII. (Introduction), nos 336, 345, 358 et s., 364, 365, 366, 368, 387, 388, 389, 408, 594, 637, 747 (3. et 4.)
 - **Principe de proportionnalité** nos 189, 310
 - **Principe de sécurité juridique** no 697.- Voy. aussi *Insécurité juridique ; Sécurité juridique.*
 - **Principe de transparence** nos 79, 318, 330, 637, 724
 - **Privatisation d'entreprises** nos 573 et s.- Voy. également *Participations*
 - **Procédures** nos 14, 22, 66, 97, 130 et s., 728
 - Concours Voy. la rubrique principale *Concours*
 - Dialogue compétitif nos 130, 132 et s., 135, 156
 - - négociée nos 130, 131, 135, 136 et s., 424, 425
 - sans avis préalable nos 56, 424, 425
 - avec publication d'un avis de marché nos 131, 135, 156, 175, 425,
 - - concurrentielle avec négociation no 318
 - - ouverte nos 67, 118, 130, 156
 - - spéciale d'attribution nos 470, 471
 - - restreinte nos 118, 130
- Voy. aussi *Accord sur les marchés publics ; Accord-cadre ; Marchés de l'administration de l'Union ; Publicité ; Services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route ; Systèmes d'acquisition dynamiques.*

- **Procéduralisation** nos 743, 744
 - **Protocole de Kyoto** no 602
 - **Protection de droits d'exclusivité** no 428
 - **Protection juridictionnelle** nos 27 et s., 481, 725, 747 (14.)
 - Délai d'attente no 33
 - Dommages-intérêts nos 29, 33, 37, 41, 42, 47
 - Effet suspensif nos 33,
 - Mécanisme correcteur no 33
 - Motivation Voy. la rubrique principale *Motivation*
 - Nullité (absence d'effets, résiliation) nos 29, 33, 38, 39, 41, 43, 408
 - Recours en référé nos 29, 37, 38
 - Principe d'autonomie procédurale nos 36, 42, 46, 408, 747 (14.)
 - Principe d'effectivité nos 36, 37, 38, 42, 45, 46, 408, 481
 - Principe d'équivalence nos 29, 36, 37, 42, 45, 46, 408
 - Responsabilité inhérente à l'ordre juridique de l'Union no 47.- Voy. aussi *Dommages-intérêts* sous la même rubrique
 - Sanctions de substitution nos 33, 37
 - **Publicité**
 - Généralités nos 40, 386, 389 et s.
 - Avis de marché nos 9, 63, 97, 172
 - Avis de marché simplifié no 117
 - Avis périodique indicatif nos 55, 105 et s., 318
 - Avis de préinformation nos 25, 26 173
 - Publicité *ex ante* volontaire no 33
 - Publicité adéquate nos 391 et s., 636
 - Système de qualifications nos 55, 98 et s.
 - Transparence *ex post* nos 108, 150
- Voy. aussi *Services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route*

Q

- **Question préjudicielle de validité** no 459
- **Quotas d'émission de gaz à effet de serre** II. (Introduction), VI. (Introduction), nos 594, 602 et s., 747 (15.)
 - Appréciation critique nos 623 et s., 747 (15.)
 - Définition du quota no 606
 - Enchères nos 612 et s.
 - Exigence quant aux enchères no 612
 - Plate-formes d'enchères nos 614, 619, 621, 622
 - Détenteurs nos 609, 616
 - Installations visées no 607
 - Idée à la base du système no 602
 - Légalité no 629
 - Obligation de restituer des quotas no 608

- Transferts no 617
- **Quotas de sucre** no 709
- **Quotas laitiers** no 708

R

- **Radiodiffusion** no 422
- **Radiofréquences (mise en concurrence)** nos 714
- **Rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques disponibles**
nos 595 et s.
- **Recherche et développement** no 584.- Voy. aussi Contrats de recherche et de développement
- **Recours** Voy. *Protection juridictionnelle*
- **Recours en annulation contre un acte d'une institution européenne** nos 301, 459, 464
- **Recours en manquement** no 19, 459
- **Redevances au profit d'organismes de radiodiffusion** no 214
- **Référé (mesures en référé)** no 29, 37, 725
- **Réforme des marchés publics** nos 308 et s., 737, 739
- **Régie** nos 209, 218, 512.- Voy. aussi *Exception Teckal*
- **Régime de la propriété (article 345 TFUE)** nos 601, 651, 654 en note, 688
- **Régime d'autorisation administrative**
 - Autorisations en général II. (Introduction), nos 3, 474 et s., 474 (9.)
 - Autorisations limitées en nombre nos 474 et s., 595 et s., 660
 - Hydrocarbures II. (Introduction), nos 600, 601
- **Réseau d'internet à haut débit** no 592
- **Remise de dette** no 552
- **Remonte-pente** no 598
- **Réseau ferroviaire** nos 594, 717 et s.
 - Attribution de sillons no 719
 - Désignation des exploitants de réseaux de chemin de fer nos 717 et 718.-
Voy. également *Chemin de fer*
- **Responsabilité inhérente au traité** Voy. *Protection juridictionnelle*
- **Ressources d'Etat** Voy. *Aide d'Etat*
- **Restriction** Voy. *Entrave*
- **Risque économique** Voy. *Concession (Risque d'exploitation)*
- **Restaurant** no 593
- **Route** nos 593, 639 (Voy. également *Autoroute*)

S

- **Salle de concert** no 593
- **Sécurité juridique** nos 38, 339, 367, 387 (Voy. également *Insécurité juridique*)
- **Semences de légumes** no 740
- **Services d'ambulance** no 451

- **Services d'arbitrage et de conciliation** no 422
- **Services d'assistance en escale** no 707
- **Services d'intérêt économique général** nos 283, 452 et s., 477, 572, 591, 593, 652, 724.- Voy. aussi *Aide d'Etat (Critères Altmark)*
- **Services mortuaires et de pompes funèbres** no 207
- **Services non économiques d'intérêt général** no 457
- **Services de conseil et de gestion** no 417
- **Services de contrôle technique** no 450
- **Services de police** no 451
- **Services postaux** nos 2, 92, 630 et s.
 - Désignation d'un prestataire de service universel no 631 et s., 747 (16.)
 - Coût net nos 635, 638
- **Services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route** I. (Introduction), nos 594, 671 et s.
 - Attribution directe nos 676, 677
 - Contrat de service public (notion) no 675
 - Durée des contrats nos 684, 698 et s.
 - Exceptions à l'obligation de mise en concurrence no 684
 - Exception in-house suivant le règlement 1370/2007 nos 675, 685 et s.
 - Marchés à prix forfaitaire no 705
 - Obligation de mise en concurrence (Publicité) nos 679 et s.
 - Obligations inspirées de la jurisprudence *Altmark* no 701 et s.
 - Période transitoire nos 692 et s.
- **Service universel** no 747 (16.).- Voy. aussi *Communications électroniques, Services postaux*
- **Seuils** nos 2, 9, 13, 20, 22, 25, 26, 56, 60, 116, 125, 169, 277 et s., 315, 728
- **Sillons (attribution de)** nos 594, 719
- **Sous-traitants** nos 161 et s.
- **Stade** no 745
- **Subventions** II. (Introduction), nos 214, 505, 507, 552, 731
- **Subventions croisées** nos 455, 512
- **Système d'acquisition dynamique** nos 33, 34, 109, 114 et s., 146, 170, 277

T

- **Tableau** no 430 en note
- **TED** no 322
- **Telaustria** nos 335 et s., 346, 384, 594, 739
- **Télécommunications** nos 2, 89, 91, 384, 520
Voy. aussi *Communications électroniques ; Activités sectorielles* dans la rubrique *Marchés publics sectoriels* sous la rubrique *Marchés publics*.
- **Théorie de la contagion (contamination)** nos 95, 209, 513, 520
- **Théorie de la substitution** no 744
- **Traité de Rome** VII. (Introduction), VIII. (Introduction), X. (Introduction), no 329
- **Tramway** nos 680, 681 en note, 682, 691
- **Transfert de compétences entre pouvoirs publics** no 234

- **Transports** nos 2, 594.- Voy. aussi *Activités sectorielles* dans la sous-rubrique *Marchés publics sectoriels* de la rubrique principale *Marchés publics ; Aéroports ; Transports publics de voyageurs par chemin de fer et par route.*

V

- **Vente de terrains et de bâtiments** Voy. *Aide d'Etat, Cession*
- **Vente en l'état futur d'achèvement** no 249

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	p. 3
A. Définition du sujet, notions générales et premier aperçu d'une matière complexe et ramifiée	p. 3
I. Terminologie.- Ce qui est visé par l'expression « obligation de mise en concurrence »	p. 3
II. La grande variété de situations pouvant donner lieu à une mise en concurrence	p. 4
III. Avantages exclusifs sans mise en concurrence.- Situations qui ne se prêtent pas à une mise en concurrence	p. 5
IV. Limitation en nombre ou fixation de conditions d'accès restrictives	p. 5
V. Situations non visées par le présent travail : la concurrence dans les choix politiques	p. 6
VI. Une nouvelle tendance : des choix politiques délégués à des mécanismes de marché	p. 6
VII. Le mutisme du droit primaire quant aux procédures d'octroi de marchés publics ou d'autres procédures de mise en concurrence	p. 7
VIII. Une évolution imprévue de la jurisprudence de la Cour	p. 8
IX. Un droit dérivé foisonnant	p. 8
X. Dans quelles mesures peut-on se reporter à l'intention des négociateurs lors des négociations du traité CEE ?	p. 8
XI. Personnes pouvant être tenues de respecter une obligation de mise en concurrence. Instrument servant à attribuer l'avantage	p. 9
XII. Les règles de concurrence applicables aux entreprises	p. 9
B. Méthode de recherche et d'analyse suivie	p. 10
1. L'évolution de l'intitulé du travail	p. 10
2. Méthode de travail suivie	p. 11
C. L'intérêt et l'originalité du sujet	p. 12
D. La structure de la thèse	p. 13

Première partie.- Les directives relatives à la passation de marchés publics	p. 15
Chapitre I^{er}.- Historique des directives relatives à la passation des marchés publics	p. 15
Introduction : l'utilité de l'examen de l'évolution historique des directive « marchés publics »	p. 15
Section 1.- Les premiers textes de droit dérivé visant les marchés publics	p. 16
§ 1^{er}.- Le « Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement », et le « Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services »	p. 16
§ 2.- La directive 64/428 du Conseil du 7 juillet 1964 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariées dans les industries extractives (classes 11 - 19 C.I.T.I.)	p. 17
§ 3.- La directive 64/429 du Conseil du 7 juillet 1964 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariées de transformation relevant des classes 23 - 40 C.I.T.I. (Industrie et artisanat)	p. 17
§ 4.- La directive 70/32/CEE de la Commission, du 17 décembre 1969, concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales de droit public	p. 18
§ 5.- La directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences et de succursales	p. 19
Section 2.- La première directive « marchés publics » de travaux : la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	p. 19
Section 3.- Textes adoptés à la suite de la directive 71/305/CEE	p. 22
§ 1^{re}.- La décision 71/306/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, instituant un comité consultatif pour les marchés publics de travaux	p. 22
§ 2.- La déclaration des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, sur les procédures à suivre en matière de concession de travaux	p. 22
§ 3.- La directive 72/277/CEE du Conseil du 26 juillet 1972 relative aux modalités et conditions de publication des avis de marchés et de concessions de travaux publics au Journal officiel des Communautés européennes	p. 23
Section 4.- La directive 77/62/CEE du Conseil du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures	p. 23

Section 5.- La directive 78/669/CEE du Conseil du 2 août 1978 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	p. 24
Section 6.- La directive 80/767/CEE du Conseil du 22 juillet 1989 adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures	p. 24
Section 7.- Directive 88/295/CEE du Conseil du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE	p. 25
Section 8.- Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	p. 26
Section 9.- La directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux	p. 28
§ 1^{re}.- La directive 89/665/CEE	p. 29
A. Procédures de passation visées	p. 29
B. Conditions minimales de protection juridictionnelle à respecter	p. 29
C. Procédure préventive	p. 31
D. L'extension ultérieure de la directive 89/665/CEE aux recours concernant des marchés de services	p. 31
§ 2.- La directive 92/13/CEE relative aux recours concernant la passation de marchés sectoriels	p. 32
§ 3.- La directive 2007/66/CE	p. 32
§ 4.- Les règles applicables aux recours prévues par la directive 2009/81/CE relative à la passation de certains marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité	p. 35
§ 5.- Appréciation - Comparaison avec la protection juridictionnelle assurée par le droit primaire en dehors du champ d'application des directives « marchés publics »	p. 36
A. Le principe de protection juridictionnelle effective (« principe d'effectivité ») et le principe d'équivalence s'appliquent également aux marchés et aux concessions conclus en dehors du champ d'application des directives « marchés publics »	p. 36
B. Pour l'essentiel, l'exigence de protection juridictionnelle en matière de marchés publics n'est pas d'une force moindre en dehors du champ d'application des directives	p. 37
C. Les Etats ont-ils, pour les marchés non soumis aux directives « marchés publics », mais présentant un intérêt transfrontalier, l'obligation de mettre fin aux contrats conclus en violation du droit primaire de la mise en concurrence et de prévoir un recours permettant d'obtenir une décision de justice qui impose d'y mettre fin ?	p. 40

D. La force contraignante de l'obligation de mise en concurrence n'est pas la même partout dans l'Union européenne	p. 44
E. Incidence de la responsabilité inhérente à l'ordre juridique de l'Union en cas de violation du droit européen	p. 45
Section 10.- La directive 90/531/CEE du Conseil du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	p. 47
§ 1^{er}.- Les personnes soumises aux dispositions de la directive : les « entités adjudicatrices »	p. 48
§ 2.- L'importance de l'objectif des marchés et les secteurs visés (activités dites « sectorielles)	p. 49
§ 3.- La directive 90/531/CEE s'appliquait aux marchés de travaux et aux marchés de fournitures, mais non aux marchés de services	p. 50
§ 4. Activités sectorielles directement composées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité	p. 50
§ 5. Procédures	p. 51
§ 6.- L'avis périodique indicatif et l'avis sur l'existence d'un système de qualifications comme moyen de mise en concurrence	p. 51
§ 7.- Dispositions diverses	p. 51
Section 11.- La directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services	p. 52
§ 1.- Pouvoirs adjudicateurs	p. 52
§ 2.- Marchés visés	p. 52
§ 3.- Seuil d'application	p. 52
§ 4.- Marchés de services en rapport avec des travaux subventionnés passés par des personnes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs	p. 52
§ 5.- Distinction entre les marchés de services prioritaires et les marchés de services non prioritaires, les premiers étant seuls soumis à une obligation de mise en concurrence d'après la directive 92/50/CEE	p. 53
§ 6.- Le moyen de mise en concurrence prescrit par la directive : la publication d'un avis de marché pour les marchés de services prioritaires dépassant le seuil d'application de la directive	p. 53
§ 7.- Exclusion	p. 54
§ 8.- Concessions de services	p. 54
§ 9.- Procédures	p. 54

Section 12.- La directive 93/4/CEE du Conseil du 8 février 1993 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	p. 54
Section 13.- La directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	p. 54
Section 14.- La directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures	p. 55
§ 1.- Définition « fonctionnelle » des « organismes de droit public »	p. 55
§ 2.- Communication des motifs du rejet d'une candidature ou d'une offre	p. 55
§ 3.- Dispositions diverses	p. 55
Section 15.- La directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	p. 56
§ 1.- Extension aux marchés de services	p. 56
§ 2.- Exclusion de certains marchés	p. 56
§ 3.- Marchés passés avec des entreprises liées	p. 56
Section 16.- La directive 97/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement - L'Accord sur les marchés publics.- Renvoi	p. 56
Section 17.- La directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	p. 57
Chapitre II.- Les directives « marchés publics » actuelles	p. 57
Section 1^{re}.- Les modifications introduites par la directive 2004/17/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux	p. 57
§ 1 ^{er} .- Champ d'application quant aux personnes	p. 57
A. Entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs - Définition modifiée de la notion de droits spéciaux ou exclusifs	p. 57
B. Marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entreprise adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise	p. 59
§ 2.- Champ d'application matériel de la directive 2004/17/CE	p. 61
A. Les marchés visés par la directive	p. 61

1.	L'importante exception en cas d'activité directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limitée	p. 61
2.	Précision apportée à la notion de marché public	p. 61
3.	Accords-cadres dans la directive 2004/17/CE	p. 62
	<i>(a) Définition</i>	p. 62
	<i>(b) Fonctionnement</i>	p. 62
	<i>(c) Utilité de la notion d'accord-cadre au sens de la directive 2004/17/CE</i>	p. 62
4.	La directive 2004/17/CE ne s'applique pas aux concessions de travaux, ni aux concessions de services	p. 63
5.	Marchés ayant pour objet l'acquisition de services de téléphonie mobile, de radiomessagerie et de télécommunication par satellite	p. 63
B.	Secteurs visés	p. 63
1.	L'exclusion du secteur des télécommunications	p. 63
2.	L'inclusion du secteur postal	p. 63
C.	Marchés mixtes : marchés conclus dans l'intérêt de plusieurs activités	p. 64
1.	<i>Position du problème</i>	p. 64
2.	<i>La solution de principe de l'article 9 de la directive 2004/17/CE</i>	p. 64
3.	<i>Contrariété avec la jurisprudence Mannesmann</i>	p. 65
4.	<i>Les autres règles de l'article 9 de la directive 2004/17/CE</i>	p. 65
§ 3.-	La transparence requise par la directive 2004/17/CE	p. 66
1.	Moyens de mise en concurrence	p. 66
	<i>(a) Avis de marché</i>	p. 66
	<i>(b) Mise en concurrence par un avis sur l'existence d'un système de qualification - Appréciation de la conformité de ce moyen de mise en concurrence au regard du droit primaire</i>	p. 66
	<i>(i) Sous le régime de la directive 2004/17/CE les systèmes de qualification peuvent être utilisés comme seul moyen de mise en concurrence</i>	p. 66
	<i>(ii) Publication d'un avis concernant la mise en place d'un système de qualification</i>	p. 66
	<i>(iii) Fonctionnement</i>	p. 67
	<i>(iv) Appréciation - Conformité avec le droit primaire de la mise en concurrence - Conformité avec l'Accord sur les marchés publics</i>	p. 67
	<i>(c) Mise en concurrence au moyen d'un avis périodique indicatif</i>	p. 68
	<i>(i) Principe</i>	p. 68
	<i>(ii) Publication de l'avis périodique indicatif</i>	p. 68
2.	Transparence ex post	p. 69
§ 4.-	Modalités électroniques de mise en concurrence dans la directive 2004/17/CE	p. 69
A.	Les enchères électroniques	p. 69

1. Cas dans lesquels une entité adjudicatrice peut avoir recours à des enchères électroniques	p. 70
2. Fonctionnement	p. 70
3. Impossibilité de recourir à d'autres modalités d'enchères comportant des offres successives dans le champ d'application des directives « marchés publics »	p. 70
B. Systèmes d'acquisition dynamiques : procédure ouverte entièrement informatisée pour des achats d'usage courant	p. 71
1. Définition	p. 71
2. Seuil	p. 72
3. Fonctionnement	p. 72
4. Appréciation	p. 73
§ 5.- Centrales d'achat	p. 73
§ 6.- Dispositions diverses	p. 74
Section 2.- La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services	p. 74
§ 1^{er}.- Pouvoirs adjudicateurs	p. 75
§ 2.- Exclusion de certains marchés en raison de l'objectif poursuivi par ces marchés - délimitation par rapport à la directive sectorielle 2004/17/CE	p. 75
§ 3.- Services prioritaires et services non prioritaires	p. 75
§ 4.- Seuils	p. 75
§ 5.- Opérations visées : marchés publics de travaux, de fournitures ou de services	p. 76
1. Remplacement des trois directives 92/50/CE (marchés publics de services), 93/36/CE (marchés publics de fournitures) et 93/37/CE (marchés publics de travaux) par une seule directive	p. 76
2. Contrat à titre onéreux	p. 76
3. Exclusion expresse des concessions de service	p. 76
§ 6.- Capacités technique, économique et financière	p. 76
§ 7.- Procédures	p. 78
A. La directive 2004/18/CE indique de façon explicite quatre modes de mise en concurrence : procédure ouverte, procédure restreinte, procédure négociée et le dialogue compétitif	p. 78
B. La procédure négociée	p. 79
C. Le dialogue compétitif	p. 80
1. Principes - Conditions	p. 80
2. Est-ce que le choix entre le dialogue compétitif et la procédure négociée est libre lorsque les conditions de chacune de ces procédures sont remplies ?	p. 81
3. Comparaison entre la procédure du dialogue compétitif et la procédure négociée	p. 82

(a) <i>Points communs</i>	p. 82
(b) <i>La différence en apparence majeure : l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de lui soumettre leurs offres finales, sans possibilité d'en modifier ultérieurement des éléments fondamentaux</i>	p. 83
(c) <i>La différence véritable : précision apportée par l'arrêt de la Cour du 23 avril 2009 (Commission/Belgique, C-292/07)</i>	p. 84
(d) <i>Conclusion</i>	p. 84
D. Les accords-cadres	p. 85
1. Accords-cadres avec un seul opérateur économique	p. 86
2. Accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques	p. 87
(a) <i>Tous les termes du marché sont fixés dans l'accord-cadre</i>	p. 87
(b) <i>Tous les termes du marché ne sont pas fixés dans l'accord-cadre</i>	p. 87
(c) <i>Conclusion</i>	p. 88
E. Systèmes d'acquisition dynamiques - Enchères électroniques	p. 89
§ 8.- Innovations diverses	p. 89
1. Délais	p. 89
2. Marchés confiés à des ateliers protégés	p. 89
3. Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certifications par des organismes de droit public ou privé (directive 2004/18/CE)	p. 89
4. Éléments de transparence après la passation des marchés	p. 90
Section 3.- Les marchés publics de sécurité et de défense	p. 90
§ 1^{re}.- Position du problème : les exceptions à l'obligation de mise en concurrence découlant de l'article 346 TFUE	p. 91
A. Portée de l'article 346 TFUE	p. 91
B. Considérations ayant motivé l'adoption d'une directive « marchés publics » spécifique dans le domaine de la défense et de la sécurité	p. 92
C. En réalité, l'article 14 de la directive 2004/18/CE permettait des exceptions en partie plus larges que l'article 296 CE	p. 93
§ 2.- Les principales particularités de la directive 2009/81/CE par rapport à la directive générale 2004/18/CE	p. 94
A. L'absence d'une disposition équivalente à l'article 14 de la directive 2004/18/CE implique une extension du champ d'application du droit dérivé des marchés publics	p. 94
B. Une mise en concurrence plus souple	p. 94
C. Le champ d'application de la directive 2009/81/CE est évidemment différent de celui de la directive 2004/18/CE	p. 95
1. Champ d'application « Ratione personae »	p. 95
2. Champ d'application ratione materiae	p. 95
3. Concession de travaux ou de services	p. 96

4. Concours en matière de services	p. 96
5. Extensions de l'obligation de mise en concurrence à des opérateurs économiques privés lors de la conclusion de contrats de sous-traitance	p. 97
(a) <i>Mise en concurrence pour la passation de contrats de sous-traitance</i>	p. 97
(i) <i>Principe</i>	p. 97
(ii) <i>Obligation de mise en concurrence à charge de l'opérateur économique, titulaire du marché principal</i>	p. 97
(iii) <i>Appréciation : l'excès de mise en concurrence nuit à la mise en concurrence</i>	p. 98
(b) <i>L'obligation d'avoir recours à des sous-traitants</i>	p. 100
(c) <i>Conclusion</i>	p. 100
6. Services prioritaires et services non prioritaires	p. 101
7. Exclusions	p. 101
8. Seuils - Ratione valoris	p. 101
D. La directive 2009/81/CE ne prévoit pas les « systèmes d'acquisition dynamiques »	p. 102
E. Dispositions diverses	p. 102
§ 3.- Les dispositions strictement identiques ou très similaires à celles de la directive 2004/18/CE	p. 102
1. Nécessité d'un avis de marché en vue de la mise en concurrence	p. 102
2. La publication d'un avis de préinformation est facultative	p. 103
3. Marchés négociés sans publication d'un avis de marché	p. 103
4. Procédure négociée aux publications d'un avis de marché	p. 103
5. Accords-cadres	p. 103
6. Enchères électroniques	p. 104
7. Centrales d'achats	p. 104
§ 4.- Marchés mixtes	p. 104
1. Principe général retenu par la Cour pour les marchés mixtes	p. 104
2. Contrat entrant partiellement dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE et en partie dans celui de la directive 2004/81/CE ou de la directive 2004/17/CE	p. 105
3. Contrat entrant pour partie dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE et ne relevant pas pour le reste ni de la directive 2004/17/CE ni de la directive 2004/18/CE	p. 105
4. Appréciation	p. 105
CHAPITRE III.- La délimitation du champ d'application des directives « marchés publics »	p. 106
Section 1 ^{re} .- Interprétation téléologique et interprétation « fonctionnelle » en vue de la délimitation du champ d'application des directives « marchés publics »	p. 106
Section 2.- Les limites de la compétence du législateur européen pour adopter des	p. 109

directives dans le domaine des marchés publics et des concessions

Section 3.- Personnes tenues au respect de l'obligation de mise en concurrence sous le régime des directives « marchés publics »	p. 113
§ 1^{re}.- Considérations générales	p. 113
A. Terminologie	p. 113
B. Considérations méthodologiques	p. 115
C. L'interprétation fonctionnelle de la notion de pouvoir adjudicateur dans la jurisprudence de la Cour	p. 117
§ 2.- Les Etats - La notion d'Etat au sens des directives « marchés publics »	p. 117
§ 3.- Les collectivités territoriales	p. 117
§ 4.- Les organismes de droit public	p. 117
A. Définition	p. 117
B. Considérations méthodologiques	p. 118
C. Examen des conditions d'existence d'un organisme de droit public	p. 118
1. Première condition que l'entité doit avoir été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial	p. 118
<i>(a) L'entité concernée doit d'abord avoir pour objectif la satisfaction d'un besoin d'intérêt général</i>	p. 119
<i>(b) Le besoin d'intérêt général en question doit avoir un caractère autre qu'industriel ou commercial</i>	p. 120
2. Deuxième condition : l'entité doit être dotée de la personnalité juridique	p. 121
3. La troisième condition : l'exigence d'une dépendance étroite vis-à-vis de l'Etat, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public	p. 123
<i>(a) La première branche de la condition alternative : une activité financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public</i>	p. 123
<i>(i) Eléments méthodologiques</i>	p. 123
<i>(ii) Eléments retenus par la Cour pour déterminer ce qui correspond à un financement public</i>	p. 124
<i>(iii) Circonstances indifférentes</i>	p. 124
<i>(iv) Exemples</i>	p. 125
<i>(v) Appréciation de ce qui précède par rapport au droit primaire</i>	p. 126
<i>(b) La deuxième branche de la condition alternative : la gestion de l'entité est soumise à un contrôle par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public</i>	p. 126
<i>(c) La troisième branche de la condition alternative : l'organe</i>	p. 126

d'administration, de direction ou de surveillance de l'entité en question est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

Section 4.- Cas dans lesquels il n'y a pas lieu de respecter les dispositions des directives « marchés publics » : accomplissement des tâches incombant aux pouvoirs adjudicateurs par leurs propres moyens et la collaboration entre pouvoirs adjudicateurs lorsque certaines conditions sont remplies p. 127

§ 1^{re}.- Les pouvoirs publics peuvent accomplir les tâches qui leur incombent par leurs propres moyens sans être obligés de faire appel à des opérateurs externes p. 127

§ 2.- Application des règles des directives en matière de marchés publics aux contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs p. 128

§ 3.- Conditions à respecter d'après la Cour lorsqu'un ou plusieurs pouvoirs publics créent une entité commune pour lui confier des marchés publics ou des concessions : les critères *Teckal* (l'exception de quasi-régie) p. 128

A. Quant à la condition que le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur l'entité à laquelle est confié le marché ou la concession doit être analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services p. 129

1. Principe p. 130

2. L'entité concernée peut revêtir la forme d'une société de capitaux p. 129

3. La condition du contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services n'est pas remplie en cas de participation privée p. 130

4. Date à laquelle la vérification doit être faite p. 130

5. Le contrôle effectué sur l'entité en question ne doit pas être individuel p. 131

6. Le contrôle ne doit pas nécessairement être direct p. 131

B. Quant à la condition que l'entité doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent p. 132

1. Justification de cette condition p. 132

2. Lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs détiennent l'entité, il est tenu compte de l'activité que celle-ci réalise avec l'ensemble de ces pouvoirs adjudicateurs p. 132

3. Il ne peut être satisfait à cette condition que si toute autre activité ne revêt qu'un caractère marginal p. 132

4. Ce qui est déterminant, c'est le chiffre d'affaires réalisé en exécution de la décision qui attribue le marché ou la concession et non la question de savoir si le chiffre d'affaires est réalisé sur le territoire de la ou des collectivités qui détiennent une participation dans l'entité en cause p. 133

C. Observations supplémentaires p. 133

§ 4.- L'exemption de procéder à une mise en concurrence en cas de collaboration entre des pouvoirs publics qui ne porte pas atteinte aux libertés de circulation (coopération dite « horizontale ») p. 136

§ 5.- Transferts de compétences entre pouvoirs publics p. 137

§ 6.- Attribution d'un marché public de services à un autre pouvoir adjudicateur disposant d'un droit exclusif	p. 138
Section 5.- Le cocontractant du pouvoir adjudicateur	p. 139
Section 6.- Le champ d'application matériel des directives « marchés publics »	p. 140
§ 1 ^{er} .- Les marchés publics sont des « contrats à titre onéreux »	p. 140
A. Définition des « marchés publics » d'après les directives en matière de marchés publics	p. 140
B. Les marchés publics sont des contrats	p. 140
C. Les directives ne visent expressément que les contrats conclus par écrit	p. 142
D. Il doit s'agir d'un contrat à titre onéreux	p. 142
E. Ne convient-il pas plutôt - à défaut d'autres éléments décisifs - d'interpréter l'exigence du caractère « onéreux » selon sa signification usuelle au moment où le législateur l'a introduit ?	p. 144
F. Les concessions sont également des contrats à titre onéreux	p. 145
G. Un contrat à titre onéreux au sens des directives marchés publics, suppose-t-il la mise en œuvre de ressources d'Etat au sens de l'article 107 TFUE (aides d'Etat) ?	p. 146
H. Ni la condition d'un contrat à titre onéreux, ni l'exigence d'un « intérêt économique direct » ne sont pertinentes pour l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire	p. 147
§ 2.- L'objet du contrat	p. 148
A. Les notions de marchés publics de « travaux », de « fournitures » ou de « services » au sens des directives marchés publics	p. 148
1. Marchés publics de « travaux »	p. 148
(a) <i>La signification du mot « travaux » dans l'expression « marchés publics de travaux »</i>	p. 148
(b) <i>La notion d'« ouvrage » dans la jurisprudence de la Cour</i>	p. 149
(c) <i>La qualification de l'opération d'après le droit national est indifférente</i>	p. 151
(d) <i>L'importance des annexes des directives indiquant les activités de travaux visées</i>	p. 151
2. Marchés publics de « fournitures »	p. 153
3. Marchés publics de « services »	p. 153
(a) <i>La définition des services au sens des directives marchés publics</i>	p. 153
(b) <i>Marchés publics de services prioritaires et marchés publics de services non prioritaires</i>	p. 154
B. Régime de passation à respecter pour les marchés mixtes	p. 155
1. Marchés mixtes comportant à la fois des travaux, des fournitures ou des services	p. 155
(a) <i>Marchés mixtes de travaux d'une part, de fournitures ou de services</i>	p. 155

<i>d'autre part</i>	
(b) <i>Marchés mixtes de fournitures et de services</i>	p. 155
2. Marchés mixtes de services « prioritaires » et de services « non prioritaires »	p. 156
3. Les conflits entre les directives 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE	p. 156
4. Marchés mixtes comportant d'une part des travaux, des fournitures ou des services et, d'autre part, un objet non visé par les directives « marchés publics »	p. 156
§ 3.- L'exclusion des concessions de services	p. 157
A. Définition de la notion de concession de services	p. 157
B. Les concessions sont-elles des marchés publics	p. 160
C. Durée des concessions	p. 160
D. Définition proposée	p. 161
E. Utilité de la notion de concession de services en l'état actuel du droit européen	p. 161
F. Concessions mixtes	p. 161
G. Exemple de concessions de services	p. 161
H. La proposition de directive du parlement et du Conseil du 20 décembre 2011 sur l'attribution de contrats de concession	p. 162
§ 4.- Les concessions de travaux sont visées par la directive 2004/18/CE, mais non par les directives 2004/17/CE et 2009/81/CE	p. 163
A. Définition des directives	p. 163
B. Jurisprudence de la Cour	p. 163
C. Définition proposée eu égard à la jurisprudence de la Cour	p. 164
D. Régime de mise en concurrence des concessions de travaux soumises à la directive « marchés publics » générale 2004/18/CE	p. 164
E. Exemple de concessions de travaux : la construction et l'exploitation d'un tronçon autoroutier	p. 164
F. La proposition de directive du Parlement et du Conseil du 20 décembre 2011 sur l'attribution de contrats de concession	p. 165
§ 5.- Concessions de fournitures	p. 165
§ 6.- Les concours dans le domaine des services	p. 165
A. Explications introductives : le régime des concours des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE	p. 165
1. Définition des concours d'après les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE	p. 165
2. Les différences entre les marchés publics et les concours	p. 165
3. Application du droit primaire aux concours présentant un intérêt transfrontalier en dessous des seuils d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE	p. 166
4. Règles prévues par les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE pour la mise en concurrence lors des concours	p. 167
Section 7.- Champ d'application des directives quant à la valeur des marchés (<i>ratione valoris</i>)	p. 168
§ 1^{re}.- Règles générales	p. 168

§ 2.- Marchés publics de travaux	p. 169
§ 3.- Marchés publics de fournitures	p. 170
§ 4.- Marchés publics de « services »	p. 170
A. Distinction entre les marchés de services prioritaires et les marchés de services non prioritaires	p. 170
B. Seuils prévus par les directives et règles de calcul de la valeur estimée	p. 170
Section 8.- Champ d'application <i>ratione temporis</i> des directives « marchés publics »	p. 171
Section 9.- Exceptions diverses à l'application des directives « marchés publics »	p. 172
§ 1 ^{er} .- Exception découlant du traité	p. 172
§ 2.- Exceptions prévues dans les directives « marchés publics »	p. 172
Section 10.- L'incidence de l'Accord sur les marchés publics sur le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence en droit européen	p. 173
§ 1 ^{re} .- Contenu de l'Accord sur les marchés publics	p. 174
A. Champ d'application quant aux entités tenues au respect des dispositions de l'accord sur les marchés publics - Divergences par rapport aux directives « marchés publics »	p. 174
B. L'accord s'applique aux marchés passés « par tout moyen contractuel »	p. 175
C. Procédures	p. 175
D. Négociations	p. 176
E. Critères de sélection et critères d'attribution	p. 176
F. Obligation de garantir la conformité des lois et règlements à l'accord	p. 177
§ 2.- Effets de l'Accord sur les marchés publics dans l'ordre juridique de l'Union européenne	p. 177
A. Interprétation des directives « marchés publics » conformément à l'Accord sur les marchés publics	p. 177
B. L'Accord sur les marchés publics a-t-il un effet direct dans l'ordre juridique de l'Union européenne ?	p. 178
1. Intérêt de la question	p. 178
2. Examen de la question	p. 179
(a) Principe	p. 179
(b) Jurisprudence de la Cour concernant le GATT ou l'OMC	p. 180
(c) Application de cette jurisprudence à l'Accord sur les marchés publics	p. 181
(d) Contrôle de la conformité des directives « marchés publics » par rapport à l'Accord sur les marchés publics en cas d'absence d'effets directs de celui-ci	p. 182
(e) De quelle manière l'invalidité d'une disposition des directives « marchés publics » retraignant le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence pourrait-elle être invoquée d'un point de vue procédural ?	p. 183

Section 11.- Autres accords internationaux	p. 183
Section 12.- Les dispositions des propositions des directives du 20 décembre 2011 tendant à la réforme du droit dérivé des marchés publics	p. 186
§ 1^{er}.- Ajouts inspirés de l'interprétation donnée par la Cour des directives « marchés publics » 2004/18/CE et 2004/17/CE dans la jurisprudence de la Cour	p. 186
§ 2.- Modifications du droit dérivé inspirés des principes de mise en concurrence que la Cour a dégagés du droit primaire	p. 187
A. Dans les propositions de directive « marchés publics »	p. 187
B. La proposition de directive concernant la passation des contrats de concession	p. 188
1. Le champ d'application du texte proposé par la Commission	p. 189
<i>(a) Le risque d'exploitation</i>	p. 189
<i>(b) Aux fins de l'application de la directive l'objectif visé par la concession est indifférent</i>	p. 189
<i>(c) Entités visées par la proposition</i>	p. 189
<i>(d) Champ d'application rationae valoris</i>	p. 190
<i>(e) Services visés</i>	p. 190
2. La mise en concurrence selon la proposition de directive « concessions »	P. 190
§ 3.- Les véritables nouveautés des propositions de directive du 20 décembre 2011	p. 190
Section 13.- Quel champ d'application pour les marchés publics électroniques dans l'Union européenne ?	p. 193
§ 1^{re}.- Les idées promues par la Commission en rapport avec l'usage de moyens électroniques	p. 193
§ 2.- Appréciation	p. 197
A. Faut-il poursuivre l'objectif d'une informatisation intégrale des procédures des « marchés publics » ?	p. 197
B. La réticence des pouvoirs adjudicateurs d'abandonner le contrôle de leurs procédures d'acquisition en échange d'une exemption de responsabilité ne serait-elle pas légitime ?	p. 198
C. En l'état actuel, les barrières nationales dans le domaine des marchés publics ne résultant pas de l'absence d'harmonisation des normes en matière de communication électronique	p. 198
D. Les marchés publics électroniques comme moyen de pousser plus loin l'harmonisation dans le domaine des marchés publics et couvrir des volets qui, jusqu'ici, ont fait l'objet de pratiques nationales variables	p. 199
E. Suite - Considérations finales	p. 199
§ 3.- Vers la mise en œuvre de ces idées sous le régime des nouvelles directives « marchés publics » ?	p. 200

Deuxième partie.- Le droit primaire de la mise en concurrence	p. 201
Chapitre I^{er}.- Introduction - L'émergence d'un droit primaire de la mise en concurrence	p. 201
Section 1^{re}. Le silence des traités	p. 201
Section 2. Le droit primaire de la mise en concurrence, un droit essentiellement prétorien	p. 202
Section 3.- L'Acte unique européen, signé à Luxembourg le 17 février 1986 et à la Haye le 28 février 1986 - Le marché intérieur - Absence d'incidence sur le droit primaire de la mise en concurrence	p. 203
Section 4.- Premières références faites par la Cour au principe de transparence en matière de marchés publics	p. 204
Section 5.- L'origine de l'obligation de mise en concurrence déduite du droit primaire	p. 205
§ 1^{er}.- La communication interprétative de la Commission d'avril 1999 sur la concession en droit communautaire	p. 205
§ 2.- Première apparition de l'obligation de mise en concurrence dans la jurisprudence de la Cour : arrêt <i>Telaustria</i>	p. 206
§ 3.- Application de la même solution aux marchés publics non soumis aux directives « marchés publics » en raison de leur valeur ou seulement partiellement soumis à ces directives (services non prioritaires)	p. 208
Chapitre II.- L'insécurité juridique du droit primaire de la mise en concurrence	p. 208
Chapitre III.- Les fondements de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire dans la jurisprudence de la Cour	p. 211
Section 1^{re}.- L'intérêt transfrontalier qu'un marché doit présenter d'après la jurisprudence dominante de la Cour pour être soumis à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire	p. 212
§ 1^{er}.- Le critère permettant d'établir le rattachement aux libertés de circulation : l'intérêt transfrontalier certain du marché ou de la concession	p. 212
§ 2.- Mise en œuvre du critère	p. 214
§ 3.- A qui incombe l'appréciation de l'intérêt transfrontalier que revêt un marché dont la valeur estimée est inférieure aux seuils d'application des directives ?	p. 215
Section 2.- Examen de la jurisprudence de la Cour concernant le fondement et le	p. 217

champ d'application de l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire	
§ 1^{er}.- Décisions dans lesquelles l'obligation de mise en concurrence du droit primaire apparaît comme étant d'application générale à l'ensemble des marchés publics	p. 216
§ 2.- Un marché public présentant un intérêt transfrontalier est soumis aux libertés fondamentales et, semble-t-il, de ce fait soumis au principe d'égalité, dont les articles 49 et 56 TFUE sont une expression spécifique	p. 221
§ 3.- Arrêts dans lesquels le droit primaire de la mise en concurrence apparaît seulement comme une conséquence de l'interdiction des discriminations en fonction de la nationalité	p. 225
§ 4.- Appréciation critique de l'exigence de mise en concurrence déduite du droit primaire en dehors du droit dérivé	p. 231
A. L'impossibilité d'appliquer les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement de manière autonome à la passation des marchés publics et des concessions en dehors du champ d'application du droit dérivé - Nécessité de recourir à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services	p. 232
1. <i>Les conditions d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement de manière autonome</i>	p. 232
2. <i>Impossibilité d'une application autonome des principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement à la passation des marchés publics et des concessions</i>	p. 233
B. A la recherche d'un fondement théorique du rattachement de l'obligation de mise en concurrence aux libertés d'établissement et de prestation des services est-il justifié ?	p. 234
1. <i>L'obligation de mise en concurrence fondée sur le principe d'égalité de traitement à travers la liberté d'établissement et la libre circulation des services</i>	p. 234
(a) <i>Discrimination en raison de la nationalité</i>	p. 235
(b) <i>Existence d'une « entrave » ?</i>	p. 237
(i) <i>Autres questions à ne confondre avec celle de savoir si l'attribution directe d'un marché présentant un intérêt transfrontalier constitue une entrave au sens des libertés fondamentales</i>	p. 238
(ii) <i>L'attribution directe d'un marché ou d'une concession constitue-t-elle une entrave au sens des libertés fondamentales ?</i>	p. 238
(c) <i>L'application du principe d'égalité de traitement à la suite de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services</i>	p. 240
2. <i>Autres règles de droit primaire susceptibles de servir de fondement à une obligation de mise en concurrence s'appuyant sur le seul droit primaire</i>	p. 242
(a) <i>La libre circulation des marchandises, la libre circulation des capitaux et la libre circulation des travailleurs</i>	p. 242
(b) <i>Les droits fondamentaux</i>	p. 242
(c) <i>Les droits garantis par la convention de sauvegarde des Droits de</i>	p. 243

<i>l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH)</i>	
(d) <i>Les articles 101 et 102 TFUE comme source d'une obligation de mise en concurrence</i>	p. 244
(i) <i>Le champ d'application personnel des articles 101 et 102 TFUE</i>	p. 244
(ii) <i>Obligation de mise en concurrence fondée sur les articles 101 et 102 TFUE ?</i>	p. 246
(e) <i>La réglementation concernant les aides d'Etat</i>	p. 250
3. <i>Conclusion : solution proposée afin d'éviter des incohérences et de préserver la sécurité juridique</i>	p. 250
4. <i>Situation lorsqu'une législation européenne est adoptée dans un domaine donné</i>	p. 252
Chapitre IV.- Le droit primaire des marchés publics suivant la jurisprudence de la Cour qui applique le principe d'égalité de traitement à tous les aspects de la passation des marchés publics et des concessions, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier	p. 254
Section 1 ^{re} .- <i>Les règles matérielles du droit primaire des marchés publics retenues par la Cour</i>	p. 254
Section 2.- <i>Observations supplémentaires concernant les critères de sélection et d'attribution</i>	p. 267
A. <i>Jurisprudence restrictive quant aux critères de sélection et d'attribution</i>	p. 267
B. <i>Observations</i>	p. 267
Chapitre V.- Les exceptions à l'obligation de mise en concurrence du droit primaire	p. 270
Section 1 ^{re} .- <i>Exceptions inévitables pour des contrats conclus « intuitu personae »</i>	p. 270
§ 1 ^{er} .- <i>Considérations générales</i>	p. 270
A. <i>Dans les contrats conclus « intuitu personae », la confiance, élément subjectif constitue un facteur décisif</i>	p. 271
B. <i>Marchés publics de services non prioritaires</i>	p. 271
C. <i>Une fixation préalable et globale des prix est souvent difficile dans les contrats intuitu personae</i>	p. 272
D. <i>Cas des marchés publics de services prioritaires dans lesquels l'aspect personnel est important</i>	p. 272
E. <i>Exemple : les services de conseil et de gestion classés parmi les services prioritaires par les directives « marchés publics »</i>	p. 273
F. <i>Manière de résoudre les difficultés signalées ci-dessus adoptée dans les marchés de l'Union</i>	p. 273
Section 2.- <i>Les exceptions prévues dans les directives marchés publics</i>	p. 275
§ 1 ^{re} .- <i>D'après le Tribunal et la Commission, les dispenses de mise en concurrence des directives « marchés publics » valent également pour les marchés qui sont seulement soumis au droit primaire</i>	p. 275

§ 2.- Exclusions prévues par l'article 16 de la directive 2004/18/CE et l'article 24 de la directive 2004/17/CE	p. 275
A. Marchés de services ayant pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles (article 16, a), de la directive 2004/18/CE ; article 24, a), de la directive 2004/17/CE ; article 13, e) de la directive 2009/81/CE)	p. 275
B. D'autres exclusions spécifiques prévues à l'article 16 de la directive 2004/18 et à l'article 24 de la directive 2004/17/CE se justifient en partie par des considérations similaires	p. 276
§ 3.- Cas dans lesquels les directives « marchés publics » permettent de recourir à des marchés négociés sans publication préalable d'un avis de marché	p. 277
A. Evolution des règles européennes relatives à la passation des marchés négociés	p. 277
1. <i>Situation au moment de l'adoption des premières directives « marchés publics »</i>	p. 277
2. <i>Situation actuelle</i>	p. 278
B. Cas prévus par les directives « marchés publics »	p. 279
1. <i>Principes</i>	p. 279
2. <i>Les différents cas prévus par les directives « marchés publics »</i>	p. 279
Section 3.- Activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique dans l'Etat membre intéressé	p. 288
Section 4.- La restriction du champ d'application de l'obligation de mise en concurrence par l'article 106, paragraphe 2, TFUE	p. 291
§ 1^{er}.- Principe	p. 291
§ 2.- Conséquences	p. 291
§ 3.- Limites	p. 292
A. La désignation même du titulaire des droits spéciaux ou exclusifs, reste soumise à l'obligation de transparence	p. 292
B. L'interdiction des subventions croisées	p. 292
C. D'une façon générale, les conditions d'existence d'un SIEG doivent être respectées	p. 293
§ 4.- Qu'en est-il des services <i>non économiques</i> d'intérêt général ?	p. 295
Section 5.- L'article 52 TFUE et le cas de motifs impérieux d'intérêt général	p. 295
Chapitre VI.- Le droit primaire de la mise en concurrence s'applique-t-il dans le champ d'application du droit dérivé ?	p. 298
Section 1^{re}.- Considérations préliminaires	p. 297

Section 2.- L'application du droit primaire dans le champ d'application des directives « marchés publics »	p. 300
§ 1^{er}.- Position du problème - Avis divergents des avocats généraux	p. 300
§ 2.- Position de la Commission	p. 301
§ 3.- Position de la Cour	p. 301
§ 4.- Tentative d'explication - Rapprochement de la position équivoque de la Cour quant à l'application du droit primaire dans le champ d'application des directives « marchés publics » avec sa jurisprudence dans d'autres domaines	p. 303
A. Rapprochement de la position de la Cour avec sa jurisprudence dans d'autres domaines	p. 303
B. Des raisons procédurales expliquent la jurisprudence de la Cour	p. 304
C. Autre explication : le large pouvoir d'appréciation du législateur européen	p. 305
D. Conclusion : le principe de primauté du droit dérivé, une illusion juridique	p. 305
§ 5.- L'action du législateur doit respecter le principe d'égalité de traitement à supposer même que le droit dérivé puisse déroger sur certains points au droit primaire - Conséquence pour l'application du droit primaire des marchés publics dans le domaine d'application des directives « marchés publics »	p. 306
§ 6.- Enjeux de la question dans le domaine des marchés publics	p. 307
Chapitre VII.- L'obligation de mise en concurrence déduite des libertés de circulation dans d'autres domaines que les marchés publics et les concessions de services	p. 311
Section 1^{re}.- La solution retenue par la Cour concernant les marchés publics et les concessions peut-elle être étendue à d'autres opérations ?	p. 311
Section 2.- Mise en concurrence dans des situations autres que les marchés publics et les concessions présentant un intérêt transfrontalier	p. 312
§ 1^{re}.- Autorisations de prester une activité de services qui ne sont accordées qu'à un nombre limité d'opérateurs économiques	p. 312
A. Situations non visées ici : autorisation d'utiliser des infrastructures résultant accessoirement d'une convention	p. 312
B. Situation considérée dans la suite : régimes d'autorisations restreignant l'accès à des activités ou l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs	p. 313
1. Conditions auxquelles des régimes d'autorisation sont admis	p. 313
2. Conditions à respecter lors de l'octroi des autorisations limitées en nombre	p. 314
(a) Obligation de mise en concurrence	p. 314
(b) Appréciation du bien-fondé de l'obligation de mise en concurrence dans les cas de régimes d'autorisation ne permettant qu'un nombre limité d'autorisations	p. 315

(c) <i>Autres conditions à respecter : critères objectifs, non discriminatoires, connus d'avance, système procédural aisément accessible, propre à garantir le traitement des demandes dans un délai raisonnable, avec objectivité et impartialité, les refus devant pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel</i>	p. 317
(d) <i>Exception à l'obligation de mise en concurrence lorsque l'activité est réservée à un opérateur public dont la gestion est soumise à une surveillance directe ou à un opérateur privé sur les activités publiques duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit</i>	p. 319
(e) <i>Droits exclusifs ou spéciaux accordés par des actes législatifs ou réglementaires</i>	p. 319
§ 2.- La mise en concurrence lors de la création de partenariats publics privés institutionnalisés (« PPPI ») : sous certaines conditions, il est permis de ne recourir qu'à une seule et même mise en concurrence pour le choix de l'associé privé de la société d'économie mixte à créer et pour l'attribution du marché ou de la concession à cette société	p. 319
A. Situations visées	p. 319
B. Position du problème	p. 320
C. La réponse de la Cour dans l'arrêt Acoset du 15 octobre 2009	p. 320
D. La communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)	p. 321
E. Suivant l'influence de l'autorité adjudicatrice sur la société à capital mixte, la procédure unique de mise en concurrence remplace non seulement une double, mais une triple procédure d'adjudication	p. 322
§ 3.- Aliénations d'immeubles et cessions de participations - L'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'y impose comme conséquence logique du raisonnement mené par la Cour dans d'autres domaines	p. 323
A. Certains arrêts de la Cour pourraient laisser entendre qu'une mise en concurrence n'est pas requise lors de cessions d'immeubles ou de participations par des pouvoirs publics	p. 323
B. Arrêt en faveur d'une mise en concurrence obligatoire en cas de cessions de participations publiques dans des sociétés : l'arrêt <i>Club Hotel Loutraki</i> du 6 mai 2010	p. 324
C. L'obligation de mise en concurrence des cessions d'immeubles et de participations, conséquence logique de la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics et de concessions non soumis aux directives « marchés publics » et de sa jurisprudence concernant la libre circulation des capitaux	p. 325
1. <i>La Jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des capitaux : la Cour a adopté une conception large de la notion de mouvements de capitaux</i>	p. 325
2. <i>La Cour a également adopté une conception large de ce qu'est une entrave à la libre circulation des capitaux</i>	p. 326
3. <i>Conséquence pour les cessions de participations et d'immeubles par les pouvoirs publics : une mise en concurrence obligatoire pour les cessions de participations par les pouvoirs publics</i>	p. 326
4. <i>La même conséquence pourrait être déduite de la liberté d'établissement pour les cessions d'immeubles et les investissements</i>	p. 327

	<i>directs</i>	
	5. <i>Qu'en est-il, si un terrain ou une participation sont cédés dans le cadre d'une activité d'entreprise exercée par les pouvoirs publics ?</i>	p. 328
§ 4.-	Acquisitions d'immeubles	p. 328
§ 5.-	Acquisition de participations par les pouvoirs publics	p. 328
§ 6.-	Locations	p. 329
	A. Locations accordées par les pouvoirs publics - Contrats d'occupation du domaine public ou concessions domaniales	p. 329
	B. Prise en location d'immeubles par les pouvoirs publics	p. 329
§ 7.-	Concours dans le domaine des services	p. 330
§ 8.-	Mécénat	p. 330
§ 9.-	Constitution de sociétés avec des partenaires privés	p. 331
§ 10.-	Marchés et concessions ne présentant pas d'intérêt transfrontalier	p. 332
§ 11.-	Marchés subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs	p. 333
§ 12.-	Les contrats de travail conclus par les pouvoirs adjudicateurs	p. 333
§ 13.-	Subventions accordées par des pouvoirs adjudicateurs	p. 335
Chapitre VIII.-	Champ d'application personnel de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire	p. 336
	Section 1 ^{re} .- La notion d'Etat au sens des traités se détermine d'après l'exercice de fonctions étatiques et non d'après la forme que prennent les institutions qui exercent ces fonctions	p. 336
	Section 2.- La Cour a également recours à une conception fonctionnelle de l'Etat aux fins du droit primaire de la mise en concurrence	p. 337
	§ 1 ^{er} .- L'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'impose aux entités et organismes relevant de l'Etat « au sens fonctionnel »	p. 337
	§ 2.- Un pouvoir adjudicateur est dispensé de mise en concurrence lorsqu'il confie un marché à une entité juridique distincte qui peut être considérée, en fonction de critères fonctionnels, comme étant intégré au pouvoir adjudicateur	p. 338
	§ 3.- Inversement, une entité faisant partie de l'Etat ou d'un pouvoir adjudicateur au sens formel, mais qui agit dans des conditions de concurrence normale et ne bénéficie pas de subventions croisées, est-elle dispensée de mise en concurrence selon le droit primaire pour les marchés qu'elle passe dans l'intérêt de ses activités ?	p. 339
	§ 4.- La jurisprudence Mannesmann, remet-elle en question la solution envisagée au § 3 ci-dessus, à savoir, que le droit primaire n'oblige pas les autorités adjudicatrices de mettre en concurrence les marchés publics qu'ils passent pour des activités directement exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité ?	p. 339

§ 5.- Autres conséquences dérivant de ce que le droit primaire s'applique selon que l'entité exerce des fonctions étatiques et non selon sa forme	p. 341
Section 3.- Comparaison entre le champ d'application <i>ratione personae</i> de l'obligation de mise en concurrence du droit primaire et celui des directives « marchés publics »	p. 341
§ 1 ^{er} .- Points communs	p. 341
§ 2.- Deux différences importantes	p. 342
Troisième partie.- La mise en concurrence dans la réglementation européenne sur les aides d'Etat	p. 344
Introduction	p. 344
Chapitre I^{er}.- L'obligation de la mise en concurrence déduite des articles 49 et 56 TFUE et la réglementation sur les aides d'Etat	p. 344
Section 1 ^{re} .- La réglementation sur les aides d'Etat restreint-elle le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence déduite des articles 49 et 56 TFUE ? Application conjointe du droit des aides d'Etat et du droit des marchés publics	p. 344
§ 1 ^{er} .- Position du problème	p. 344
§ 2.- L'arrêt <i>Iannelli</i> du 22 mars 1977	p. 345
§ 3.- Jurisprudence ultérieure de la Cour	p. 346
§ 4.- Conséquence de l'abandon de la jurisprudence <i>Iannelli</i> quant à au champ d'application de l'obligation de mise en concurrence fondée sur les articles 49 et 56 TFUE : l'obligation de mise en concurrence s'applique cumulativement avec la réglementation sur les aides d'Etat	p. 347
A. La Commission ne saurait déclarer l'attribution directe d'un marché public présentant un intérêt transfrontalier compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 3, TFUE	p. 347
B. Introduction de mécanismes destinés à avantager certains candidats ou un candidat déterminé à titre d'aide - critères d'attribution étrangers à l'objet du marché public	p. 348
1. <i>Principe</i>	p. 348
2. <i>Critères d'attribution non liés à l'objet du marché</i>	p. 349
C. Application de la même solution aux conditions d'exécution du marché	p. 351
§ 5.- L'abandon ou la jurisprudence <i>Iannelli</i> conduit en dernière analyse à des conséquences absurdes - Nécessité d'y revenir	p. 351
Section 2.- Comparaison de la réglementation concernant les aides d'Etat avec	p. 352

l'obligation de mise en concurrence selon le droit primaire

§ 1^{er}.- Les points de vue divergents des droits primaire et dérivé des marchés publics et de la réglementation concernant les aides d'Etat	p. 352
§ 2.- Avantage reçu excédant, oui ou non, ce que l'entreprise aurait pu obtenir dans des conditions normales de marché	p. 353
§ 3.- Mise en œuvre de ressources d'Etat	p. 353
A. Condition nécessaire à l'existence d'une aide d'Etat	p. 353
B. L'obligation de mise en concurrence ne suppose pas nécessairement la mise en œuvre de ressources d'Etat	p. 354
§ 4.- Mesure imputable à l'Etat	p. 354
A. Une aide d'Etat peut venir d'une personne autre que l'Etat, mais elle doit avoir été imputée à l'Etat	p. 354
B. Personnes tenues de procéder à des mises en concurrence : les Etats, les autorités publiques et les personnes qui sont sous le contrôle effectif de l'Etat ou d'autres autorités publiques	p. 356
§ 5.- Effet transfrontalier	p. 356
A. Il n'y a d'aide interdite que si les échanges entre les Etats membres sont affectés et que l'aide fausse ou menace de fausser la concurrence	p. 356
B. Pour que l'obligation de mise en concurrence du droit primaire s'applique, les effets sur les libertés fondamentales ne doivent pas être trop indirects ou trop aléatoires pour pouvoir conclure à une éventuelle violation de celles-ci	p. 357
§ 6.- L'avantage accordé ne doit pas pouvoir être quantifié ou être en numéraire	p. 358
§ 7.- Comparaison entre l'exigence du caractère sélectif de l'aide d'Etat et la sélection du soumissionnaire auquel un marché public sera attribué	p. 358
A. L'exigence de sélectivité de l'aide d'Etat	p. 358
B. Sélection du soumissionnaire auquel le marché sera attribué	p. 359
§ 8.- Un bénéficiaire potentiel d'une aide est susceptible d'accorder lui-même des aides, tout comme l'obligation de mise en concurrence peut exister à plusieurs niveaux	p. 359
§ 9.- Application différée des règles concernant les aides d'Etat et de l'obligation de mise en concurrence	p. 359
§ 10.- Le critère de l'investisseur privé pour apprécier si des mesures ne présentent pas des éléments d'aide d'Etat - L'offre économiquement la plus avantageuse comme critère d'attribution des marchés publics et des concessions	p. 360
§ 11.- Charge de la preuve quant à l'absence d'aide d'Etat - charge de la preuve que le marché a été attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse	p. 360
§ 12.- Champ d'application du critère de l'investisseur privé en matière d'aides	p. 361

d'Etat - Champ d'application de l'obligation de mise en concurrence	
A. Aides d'Etat	p. 361
B. Obligation de mise en concurrence	p. 361
Chapitre II.- Mise en concurrence afin d'éviter la qualification d'aide d'Etat	p. 361
Section 1^{re}.- Considérations générales	p. 361
§ 1^{er}.- Les conditions d'existence d'une aide d'Etat	p. 361
§ 2.- Formes variées que peuvent prendre les aides d'Etat - En particulier des marchés publics et certaines formes de concessions peuvent comprendre des éléments d'aide d'Etat	p. 363
§ 3.- L'application du critère de l'investisseur privé en économie de marché lorsque l'intervention de l'Etat revêt un caractère économique - application de ce critère aux marchés publics	p. 364
A. Cas dans lesquels le critère est appliqué	p. 364
B. Cas dans lesquels le critère n'est pas appliqué	p. 365
C. Corollaire	p. 365
D. Ce que comporte l'examen suivant le critère de l'investisseur privé	p. 365
§ 4.- Une mise en concurrence répondant à certaines conditions permet en général d'exclure la qualification d'aide d'Etat	p. 365
§ 5.- L'absence de mise en concurrence implique-t-elle une aide d'Etat ?	p. 366
§ 6.- Aide d'Etat nonobstant une mise en concurrence : l'efficacité des procédures de mise en concurrence comme exigence de l'interdiction des aides d'Etat	p. 367
A. Principe	p. 367
B. Cas dans lesquels une mise en concurrence n'aboutit pas à un résultat reflétant les conditions du marché	p. 368
1. Erreurs lors de la préparation de la procédure insuffisante	p. 368
2. Réglementation ou procédure excessivement formaliste	p. 368
3. Gestion inefficace de la procédure	p. 369
C. Conclusion : l'efficacité des procédures de mise en concurrence comme exigence de l'interdiction des aides d'Etat	p. 369
Section 2.- Opérations particulières	p. 371
§ 1^{er}.- Ventes de terrains et de bâtiments appartenant aux pouvoirs publics	p. 371
A. Une mise en concurrence n'est pas obligatoire pour éviter la qualification d'aide d'Etat	p. 371
B. Critère appliqué pour déterminer si la vente comporte des éléments d'aide d'Etat	p. 371
C. Examen prévu par la communication de la Commission du 10 juillet 1997 : présomption d'absence d'aide en cas de procédure d'offre ouverte et inconditionnelle	p. 372

1. <i>Présomption d'absence d'aide en cas de procédure d'offre ouverte et inconditionnelle ou en cas de vente à un prix supérieur ou égal à une évaluation préalable par un ou plusieurs experts indépendants</i>	p. 372
2. <i>Une procédure de mise en concurrence conforme au droit primaire des marchés publics n'implique pas nécessairement l'absence de tout élément d'aide d'Etat - L'exigence que la procédure d'offre soit inconditionnelle</i>	p. 373
3. <i>Quant à la présomption d'absence d'aide en cas d'évaluation par un ou plusieurs experts indépendants</i>	p. 373
4. <i>Appréciation</i>	p. 375
(a) <i>Critique de l'approche consistant à accorder le même poids à une évaluation indépendante qu'à une mise en concurrence</i>	p. 375
(b) <i>Compatibilité de la communication avec le droit primaire</i>	p. 375
§ 2.- Création d'entreprises et investissements dans des entreprises	p. 376
A. Principes suivis dans ce domaine	p. 376
B. Conséquence de la qualification d'aide de certains investissements : possibilité pour la Commission de réclamer une mise en concurrence dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu de l'article 107, paragraphe 3, ou de l'article 106, paragraphe 2, TFUE	p. 377
§ 3.- Privatisations d'entreprises	p. 378
A. Principes	p. 378
B. Indications fournies par la Commission dans son XXIIIe rapport sur la politique de la concurrence : les conditions auxquelles l'opération doit répondre pour être dispensée de notification	p. 378
C. Lorsqu'il n'est pas procédé à un appel d'offres ouvert, transparent, non discriminatoire, et inconditionnel ou lorsque l'opération présente par d'autres aspects un caractère suspect, elle doit être notifiée à la Commission. Pour autant, elle ne représente pas nécessairement une aide d'Etat.	p. 380
1. <i>Suspicion d'aide lorsqu'il n'a pas été procédé à un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire</i>	p. 380
2. <i>Suspicion d'aide lorsque l'appel d'offres n'est pas inconditionnel ou qu'il comprend des conditions commerciales anormales</i>	p. 382
3. <i>Secteurs « sensibles »</i>	p. 383
D. Appréciation	p. 383
§ 4.- Partenariats public - privé	p. 384
§ 5.- Les compensations d'obligations de service public	p. 385
Chapitre III.- La mise en concurrence recommandée ou exigée par la Commission afin qu'une aide puisse être déclarée compatible avec le marché intérieur	p. 386
Section 1^{re}.- Introduction : position du problème	p. 386
Section 2.- Lignes directrices et encadrements de la Commission recommandant ou imposant une mise en concurrence afin de pouvoir déclarer des aides d'Etat	p. 388

compatibles avec le marché intérieur

§ 1^{er}. Communication de la Commission contenant lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux p. 388

§ 2.- Le cas des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation p. 389

§ 3.- Les lignes directrices concernant les aides d'Etat visant à promouvoir les investissements capital-investissement dans de petites et moyennes entreprises (JOCE, C 194 du 18 août 2006, pp. 2 et s.) p. 389

§ 4.- L'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous la forme de compensation de service public p. 391

§ 5.- Les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement p. 392

A. Objet des aides visées p. 392

B. Application du « critère de la mise en balance » p. 392

C. L'aide ne peut dépasser le « coût supplémentaire net » - Conséquence : l'« aide » n'est susceptible d'être autorisée que si elle n'en constitue pas une - L'erreur de raisonnement à la base des lignes directrices p. 392

D. Incidence de la démarche adoptée sur l'obligation de mise en concurrence : une interprétation large de la notion d'aide d'Etat peut conduire à soumettre des pans entiers de l'action politique à une obligation de mise en concurrence p. 394

§ 6.- Les lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit p. 396

§ 7.- Répercussions d'une définition large de la notion d'aide d'Etat : de plus en plus de mesures étatiques sont conditionnées par des mises en concurrence imposées par la Commission p. 399

Quatrième partie.- L'obligation de mise en concurrence dans le droit dérivé autre que les directives « marchés publics » p. 403

Introduction p. 403

Chapitre I^{er}.- La procédure de sélection prévue à l'article 12 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur p. 404

Section 1^{re}.- Principe p. 404

Section 2.- Champ d'application de l'obligation de mise en concurrence prévue par la directive p. 405

§ 1^{er}.- Quant aux activités visées p. 405

§ 2.- Quant à l'envergure des activités de services visées : un intérêt transfrontalier n'est pas requis	p. 406
§ 3.- Intensité de l'obligation de mise en concurrence	p. 406
§ 4.- Résumé	p. 407
Chapitre II.- Les autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures	p. 407
Section 1^{re}.- Le régime de la directive 94/22	p. 407
Section 2.- Appréciation	p. 409
Chapitre III.- Les autorisations d'émettre des gaz à effet de serre	p. 409
Section 1^{re}.- Généralités	p. 411
§ 1^{re}.- Textes applicables	p. 411
§ 2.- Activités auxquelles s'applique le système d'échange de quotas	p. 412
§ 3.- L'extension à d'autres domaines : biodiversité, matières premières, eau	p. 412
§ 4.- La définition du quota	p. 412
§ 5.- L'autorisation pour les installations entraînant des émissions de gaz à effet de serre	p. 413
§ 6.- L'obligation de restituer des quotas	p. 413
§ 7.- Personnes susceptibles de détenir des autorisations	p. 414
Section 2.- La mise en concurrence en vue de l'obtention des quotas	p. 414
§ 1^{er}.- Mise aux enchères des quotas qui ne sont pas attribués à titre gratuit	p. 415
§ 2.- Exigences quant au système d'enchères formulées par la directive	p. 416
§ 3.- La mise en place et le fonctionnement des enchères de quotas d'émission de gaz à effet de serre	p. 417
A. Plateformes d'enchères	p. 418
B. Interdiction des opérations d'initiés et des manipulations de marché	p. 418
C. Personnes pouvant être admises à soumettre des offres lors des enchères	p. 419
§ 4.- La possibilité de transférer les quotas engendre un marché secondaire	p. 419
Section 3.- Autres mises en concurrence prévues par la législation sur les quotas d'émission de gaz à effet de serre	p. 419
§ 1^{er}.- Mise en concurrence pour la sélection d'un maximum de douze projets	p. 419

commerciaux de démonstration

§ 2.- Désignation de l'instance de surveillance des enchères : le règlement prévoit une procédure conjointe de passation de marché p. 420

§ 3.- Procédure conjointe de passation de marché pour la désignation de plates-formes d'enchère commune p. 420

§ 4.- Rémunération des plates-formes d'enchères. Le marché selon lequel un service d'enchères est confié à une plate-forme d'enchères, est-il un marché de services ou plutôt une concession de services ? p. 421

§ 5.- La désignation de plates-formes dérogatoires par les Etats membres ne participant pas à l'action commune p. 422

Section 4.- Appréciation critique du système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre comme mode de mise en concurrence p. 422

§ 1^{er}.- Observations générales p. 422

§ 2.- Le quota défini comme autorisation n'est pas à vrai dire une autorisation - Incohérences quant à la définition et quant au contrôle p. 423

§ 3.- Le système est agencé de manière telle que pendant les premières années les quotas alloués dépassent de loin la quantité de quotas devant être restituée - Incohérence quant à la raréfaction p. 424

§ 4.- Le quota, autorisation transférable accordée à des personnes qui ne sont pas dans une des situations d'émission de gaz à effet de serre visées - Le risque de spéculation p. 424

§ 5.- Le quota, création « ex nihilo » - Le risque de la spéculation p. 424

§ 6.- L'objectif visé de réduire les émissions dans des conditions « économiquement efficaces et performantes » peut-il être atteint par les mécanismes de marché mis en place ? p. 425

§ 7.- La légalité du système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre p. 428

Chapitre IV.- La mise en concurrence dans le domaine des services postaux p. 429

Section 1^{er}.- L'objet du service postal universel p. 429

Section 2.- La désignation du prestataire du service universel p. 431

Section 3.- Procédure à suivre pour la désignation du prestataire du service universel p. 431

Section 4.- La directive sectorielle 2004/17/CE est-elle vraiment applicable ? p. 433

Section 5.- Quelle que soit la qualification de l'acte par lequel le prestataire de service universel est désigné, une mise en concurrence s'impose en vertu du droit primaire p. 435

Section 6.- Une mise en concurrence est-elle cependant possible en vue de l'attribution d'un service universel en matière postale ?	p. 436
A. L'importance des critères de sélection et des critères d'attribution pour une mise en concurrence efficace	p. 436
B. La difficulté d'appliquer des critères objectifs liés à la désignation du prestataire de service universel remet en cause l'utilité d'une mise en concurrence	p. 437
Chapitre V.- L'exigence de mise en concurrence et la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité	p. 440
Section 1^{re}.- Les procédures de mise en concurrence prévues par la directive 2009/72/CE	p. 445
§ 1 ^{er} .- La « procédure d'appel d'offres »	p. 445
A. L'objet de la procédure d'appel d'offres	p. 445
B. Objectifs que peut poursuivre une procédure d'appel d'offres	p. 445
C. Condition devant être remplie avant de lancer la procédure : la procédure d'autorisation prévue à l'article 7 de la directive ne permet pas d'atteindre l'objectif visé	p. 445
D. Contrepartie revenant à l'adjudicataire	p. 446
E. Organisation, suivi et contrôle de la procédure	p. 446
F. Déroulement de la procédure	p. 446
G. La directive permet de suivre une autre procédure lorsqu'il s'agit de créer de nouvelles capacités de production ou des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande dans l'intérêt de la sécurité d'approvisionnement - Difficulté de savoir quelle autre procédure est visée par la directive	p. 447
H. Exception permise par la directive	p. 447
§ 2.- Désignation d'un fournisseur de dernier recours.- Les compensations pour des obligations de service public ou le service universel	p. 447
§ 3.- La procédure d'appels d'offres prévue à l'article 22 de la directive 2009/72/CE : l'un des moyens prévus lorsque le gestionnaire de réseau ne réalise pas les investissements prévus au plan décennal de développement	p. 449
A. Le mécanisme d'appel d'offres prévu par la directive 2009/72/CE	p. 449
B. La mise en concurrence envisagée à l'article 22 de la directive 2009/72/CE est-elle soumise aux directives « marchés publics » ?	p. 450
C. La directive ne permet pas à un Etat membre de réaliser lui-même les travaux de développement de réseau en souffrance plutôt que de laisser procéder l'autorité nationale de régulation à une procédure d'appels d'offres	p. 450
§ 4.- Procédure d'autorisation pour nouvelles capacités	p. 451
Section 2.- La gestion des réseaux de transport	p. 453
§ 1 ^{er} .- Situation du propriétaire de réseau de transport ne se trouvant dans aucune	p. 453

des situations de conflit envisagées par la directive et devant exploiter son réseau lui-même	
A. Obligations auxquelles est soumis un propriétaire de réseau de transport ne se trouvant dans aucune situation de conflit	p. 453
B. Situation comparable à celle d'un concessionnaire de services ou de travaux publics	p. 453
C. Les réseaux sont en principe librement cessibles	p. 455
D. La libre cessibilité des droits et obligations rattachées à la propriété du réseau est-elle compatible avec l'obligation de mise en concurrence que la Cour a dégagée du droit primaire ?	p. 455
§ 2.- L'absence de mise en concurrence conforme au droit primaire ou aux directives « marchés publics » pour les travaux d'extension des réseaux de transport	p. 456
§ 3.- Marchés passés par les gestionnaires de réseaux de transport	p. 457
§ 4.- Proposition par le propriétaire d'un réseau de transport d'un gestionnaire de réseau indépendant au sens de l'article 13 de la directive 2009/72/CE	p. 458
A. Nature du marché entre le propriétaire d'un réseau de transport faisant partie d'une entreprise verticalement intégrée et d'un gestionnaire de réseau indépendant (« independant system operator » (ISO)	p. 458
B. Le caractère variable et « proportionné » des tarifs de transport et de distribution de l'électricité ne rend-il pas d'une façon générale impossible une mise en concurrence conforme au droit primaire en vue de la désignation d'un gestionnaire de réseau de transport ou d'un gestionnaire de réseau de distribution ?	p. 460
Section 3.- La gestion des réseaux de distribution	p. 463
§ 1^{er}.- Cas dans lequel le législateur national a prévu que les propriétaires de réseau de distribution désignent le ou les gestionnaires de leur réseau de distribution : les propriétaires de réseaux de distribution doivent-ils procéder à des mises en concurrence lorsqu'ils désignent un ou plusieurs gestionnaires ?	p. 463
§ 2.- Exécution de certains travaux de développement de réseaux de distribution par des tiers	p. 463
Section 4.- Conclusions	p. 464
Chapitre VI.- L'obligation de mise en concurrence dans le domaine du gaz naturel	p. 466
Chapitre VII.- L'obligation de mise en concurrence des services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (le règlement (CE) no 1370/2007)	p. 469
Section 1^{re}.- Introduction	p. 469
§ 1^{er}.- Cadre général	p. 469
§ 2.- Les libertés fondamentales s'appliquent-elles au domaine des transports ?	p. 469

Section 2.- Champ d'application du règlement (CE) no 1370/2007	p. 470
§ 1 ^{er} .- Transports visés par le règlement (CE) no 1370/2007	p. 470
§ 2.- Champ d'application quant aux personnes	p. 471
§ 3.- Type d'opérations visées : Contrats et décisions unilatérales	p. 471
Section 3.- Le règlement impose des mesures de publicité même dans les cas où il considère qu'il n'y a pas lieu à une mise en concurrence	p. 471
§ 1 ^{er} .- Principe	p. 471
§ 2.- Y a-t-il également mise en concurrence en cas d'« attribution directe » ?	p. 472
§ 3.- Application des obligations de publicité de l'article 7 du règlement lorsqu'une collectivité locale décide d'exécuter elle-même le service public de transport en question	p. 472
Section 4.- L'obligation de mise en concurrence prévue à l'article 5, paragraphe 3 du règlement	p. 472
§ 1 ^{er} .- Champ d'application de l'obligation de mise en concurrence prévue à l'article 5, paragraphe 3 du règlement	p. 472
A. Concessions de services de transports publics de voyageurs par autobus ou par tramway	p. 473
B. Marchés publics et concessions de transport public de voyageurs par métro	p. 473
C. Exclusion des marchés publics et des concessions de services de transport publics de voyageurs par chemin de fer	p. 473
§ 2.- Contenu de l'obligation de mise en concurrence visée par l'article 5, paragraphe 3	p. 474
§ 3.- Exceptions à l'obligation de mise en concurrence de l'article 5, paragraphe 3, du règlement	p. 475
A. L'exception in-house suivant le règlement no 1370/2007	p. 476
1. <i>Le contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services</i>	p. 476
2. <i>Condition quant à l'activité de l'opérateur interne</i>	p. 477
3. <i>Appréciation</i>	p. 478
B. Contrats de moindre importance (article 5, paragraphe 4)	p. 479
C. Mesures d'urgence (article 5, paragraphe 5)	p. 479
D. Les contrats de service public de transport de voyageurs par chemin de fer (mais non par tramway ou par métro)	p. 480
E. Période transitoire pour la mise en concurrence prévue par l'article 5, paragraphe 3, (article 8 du règlement)	p. 480
1. <i>Durée</i>	p. 480
2. <i>Contrats visés</i>	p. 480
3. <i>La période transitoire ne vise que l'obligation de mise en concurrence</i>	p. 480
4. <i>Manière de procéder pour l'attribution des contrats pendant la période transitoire</i>	p. 481

(a) <i>Principes du règlement 1370/2007</i>	p. 481
(b) <i>Appréciation : Les dispositions transitoires du règlement sont-elles conformes aux exigences de la mise en concurrence déduites du droit primaire ?</i>	p. 482
F. Dispositions transitoires quant aux contrats en cours	p. 482
A. Contrats conclus à partir du 3 décembre 2009	p. 482
B. Contrats en cours au 3 décembre 2009, date d'entrée en vigueur du règlement	p. 483
Section 5.- Obligations inspirées de la jurisprudence <i>Altmark</i>	p. 483
A. Conditions que doivent remplir les compensations financières	p. 483
B. Comparaison avec les conditions <i>Altmark</i>	p. 484
C. L'indétermination de la compensation est difficile à concilier avec les exigences d'une mise en concurrence conforme aux exigences de la Cour	p. 485
D. Le règlement interdit-il de passer des marchés à prix forfaitaire ?	p. 485
Chapitre VIII.- Autres textes de droit dérivé prévoyant des mises en concurrence	p. 485
Section 1^{re}.- L'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de l'Union	p. 486
Section 2.- Les quotas laitiers	p. 486
Section 3.- Les quotas dans le secteur du sucre	p. 488
Section 4.- Les droits de plantation de vignes	p. 489
Section 5.- Les contingents de production de féculé de pomme de terre	p. 490
Section 6.- L'allocation des possibilités de pêche	p. 490
Section 7.- Les appels à candidatures dans le domaine des communications électroniques	p. 492
§ 1 ^{er} .- La mise en concurrence pour l'attribution de radiofréquences	p. 492
§ 2.- Désignation de prestataires de service universel	p. 493
§ 3.- Des restrictions à la propriété des réseaux peuvent placer les propriétaires d'un réseau dans une situation similaire à celle d'un concessionnaire	p. 493
Section 8.- Le réseau ferroviaire	p. 494
§ 1 ^{er} .- Absence de mécanisme de mise en concurrence pour la désignation des exploitants de réseaux de chemin de fer dans les directives européennes en matière ferroviaire	p. 494
§ 2. Attributions des sillons	p. 495
Section 9.- L'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union	p. 496

Section 10.- Les appels d'offres pour des services de transport aériens de passagers durables au départ ou à destination de certains aéroports	p. 497
Section 11.- L'attribution des contingents tarifaires	p. 498
Chapitre IX.- Marchés passés par les institutions européennes et les organismes de droit public européen	p. 500
Section 1^{re}.- Le droit primaire applicable à la passation des marchés publics de l'administration de l'Union	p. 500
Section 2.- Le droit dérivé de la mise en concurrence applicable aux institutions, organes et organismes de l'Union	p. 505
§ 1^{er}.- Textes de droit dérivé applicables et pouvoirs adjudicateurs visés	p. 505
§ 2.- Champ d'application matériel et contenu des règles	p. 506
A. Champ d'application	p. 506
B. Contenu	p. 507
§ 3.- L'extension des règles pour la passation des marchés par les institutions de l'Union aux marchés publics passés dans le cadre d'actions extérieures (« marchés extérieurs »)	p. 508
A. Champ d'application	p. 508
B. Règles spécifiques du règlement d'exécution 2434/2002 pour les marchés extérieurs	p. 509
§ 4.- Subventions à charge du budget de l'Union	p. 510
Section 3.- Marchés passés par la Banque centrale européenne	p. 510
§ 1^{er}.- Textes applicables	p. 510
§ 2.- Champ d'application et règles à suivre	p. 510
§ 3.- Opérations d'open market et de crédit visés à l'article 18 des statuts du système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne	p. 511
CONSIDERATIONS FINALES ET PERSPECTIVES D'AVENIR	p. 512
RECAPITULATIF DES PRINCIPALES THESEES DEGAGEES PAR LE PRESENT TRAVAIL	p. 525