

Droit européen des marchés et autres contrats publics

(1^{er} janvier-31 décembre 2010)

Ann Lawrence DURVIAUX

Professeur à L'Université de Liège et avocat

1. Présentation générale

La présente chronique reprend les principaux arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de l'an 2010 ainsi que d'autres sources de droit. Elle a pour objet de rendre compte des questions juridiques soulevées dans le cadre des divers contentieux portés devant la Cour de justice et dans divers actes juridiques ou politiques en matière de marchés et autres contrats publics. Sous l'angle conceptuel, le droit de l'Union a considérablement simplifié la typologie des contrats publics (1) : les marchés publics sont régis principalement par le droit dérivé (2), le droit primaire et les principes généraux tandis que les « autres » contrats publics sont régis uniquement ces dernières normes (3) et une certaine logique concurren-

(1) Singulièrement par rapport à celle que connaît le droit français, qui multiplie les formes contractuelles en droit interne, G. Eckert, *Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics*, RFDA 2006. 238.

(2) Dir. 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, JOUE L 134, p. 1-113 (secteurs spéciaux) ; dir. 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, JOUE L 134, p. 114-240 (secteurs classiques) ; dir. 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2007 modif. dir. 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE L 335, p. 31-46 (directives recours).

(3) Rappelé régulièrement par la Commission européenne dans des communications interprétatives V. not. : communication interprétative de la Commission du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (JOCE C 179, p. 2-7) et la critique de J.-D. Dreyfus, *De minimis praetor curat*, AJDA 2006. 1633.

tielle ou logique de marché (4). Cette approche binaire, nécessairement plus lisible (5), au demeurant faussement simple, n'empêche pas la fragmentation du droit et des pratiques en aval dans les États membres. Dans ce contexte, il importe donc de bien cerner les sources (I) et les catégories juridiques (II). Le droit dérivé relatif aux marchés publics régit essentiellement la passation des contrats qu'ils visent (III) sous l'angle de la sélection des entreprises (A) et du choix des offres (B) ainsi que la protection juridictionnelle organisée par les États membres pour assurer l'effectivité des règles posées (IV).

I. — LES SOURCES : DROIT PRIMAIRE, PRINCIPES GÉNÉRAUX, DROIT DÉRIVÉ ET COMMUNICATION INTERPRÉTATIVE

A. — *Le droit primaire : liberté d'établissement, libre prestation de services, activité participant à l'exercice de la l'autorité publique et les services d'intérêt économique général*

2. *Une forme juridique de société anonyme et un siège dans un Etat membre pour l'exploitation de jeux de hasard (CJUE 9 sept. 2010, Ernst Engelman, C-64/08, ACCP 2010, n° 104, p. 12-13)*

Avec l'affaire *Ernst Engelman*, la Cour de justice considère que les obligations faites aux concessionnaires de revêtir la forme juridique d'une société anonyme pour l'exploitation de jeux de hasard d'une part, et d'avoir leur siège sur le territoire national d'autre part, constituent des restrictions à la liberté d'établissement (art. 49 TFUE). Pour la première obligation, la Cour invite le juge national à apprécier ses caractères justifié et proportionné, notamment au regard de l'objectif de prévention de la fraude au détriment des consommateurs. Elle estime par contre d'emblée que la seconde condition, l'exclusion automatique des opérateurs économiques ayant leur siège dans un autre État membre, va au-delà de ce qui est nécessaire pour combattre la criminalité et est partant, non conforme au traité (6).

En ce qui concerne la limitation du nombre et de la durée (quinze ans) des concessions, la Cour a pris soin de rappeler que si la limitation du nombre des concessions est une entrave aux libertés fondamentales, un État membre peut limiter les occasions de jeu et garantir un objectif d'intérêt général reconnu par le droit de l'Union (7). De même si la limitation de la concession à quinze ans est une entrave à l'exercice des libertés garanties par le Traité, elle peut se justifier par la nécessité d'accorder au concessionnaire un délai suffisant lui permettant l'amortissement de ses investissements (8).

(4) A.L. Durviaux, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.

(5) J.-M. Peyrical, *L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions*, AJDA 2009. 965.

(6) Points 28 à 40 de l'arrêt C-64/08.

(7) Points 44 et 45 de l'arrêt C-64/08.

(8) Points 46 à 48 de l'arrêt C-64/08.

3. Un siège ou un établissement dans un Etat membre dans le cadre d'une concession de transport touristique (CJUE 22 déc. 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs*, C-338/09, non encore publié au Recueil ; concl. av. gén. Cruz Villalon, présentées le 30 sept. 2010, ACCP 2010, n° 105, p. 9)

Dans l'affaire *Yellow Cab Verkehrsbetriebs*, une juridiction autrichienne a interrogé la Cour de justice sur la compatibilité avec les libertés fondamentales de prestations de services et d'établissement, d'une réglementation nationale qui subordonne la délivrance d'une autorisation d'exploiter une ligne d'autobus au fait d'avoir un siège ou un établissement en Autriche à la date de la demande de concession et à la non-compromission de la rentabilité commerciale d'une entreprise concurrente (protection économique du concessionnaire antérieur).

La Cour de justice a jugé que l'article 49 TFUE s'oppose à une réglementation d'un Etat membre qui requiert que les opérateurs économiques qui sollicitent l'autorisation précitée et qui sont établis dans d'autres Etats membres, disposent d'un siège ou d'un autre établissement sur le territoire de cet Etat membre avant même que l'autorisation d'exploitation de cette ligne ne leur soit accordée. En revanche, selon la Cour, une exigence d'établissement, requise après l'octroi de l'autorisation et avant que son titulaire n'entame l'exploitation de la ligne d'autobus concernée, n'est pas contraire au droit européen.

Quant à l'obligation de ne pas compromettre la rentabilité commerciale du concessionnaire antérieur, la Cour l'a sans surprise jugée contraire à l'article 49 TFUE ; il s'agissait en effet d'une mesure protectionniste. L'avocat général avait abouti à la même conclusion, mais en se fondant en outre sur l'article 101 TFUE. La Cour rappelle toutefois dans son arrêt que cette disposition du traité concerne uniquement le comportement des entreprises et non « des mesures législatives ou réglementaires émanant des Etats membres », sous réserve d'une violation du devoir de coopération imposé aux Etats membres par l'article 4 UE (9).

4. L'exercice de l'autorité publique et les services d'intérêt économique général (CJUE 29 avr. 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-160/08, concl. av. gén. Trstenjak présentées le 11 févr. 2010, non encore publié au Recueil)

Des entreprises établies dans des Etats membres autres que l'Allemagne s'étaient plaintes de la passation des marchés publics (et concessions) relatifs aux services de transport sanitaire. En Allemagne, l'organisation des services de secours relève de la compétence des *Länder*.

Dans la plupart des *Länder*, la fourniture des services de secours relève d'un système dit « dual » (*duales System*), également appelé « modèle de séparation » (*Trennungsmode*ll) qui repose sur une distinction entre les services publics de secours représentant 70 % environ de l'ensemble des services de secours, et les prestations de services de secours fondées sur des autorisations correspondant à 30 % environ de l'ensemble desdits services. Les services publics de secours comprennent généralement des prestations de transport médical d'urgence et des prestations de transport sanitaire qualifié. Le transport médical d'urgence désigne l'acheminement en véhicule de secours ou en ambulance, sous contrôle

(9) Points 24 à 27 de l'arrêt C-338/09.

spécialisé, de personnes blessées ou malades en danger de mort. Le transport sanitaire qualifié correspond à l'acheminement en véhicule sanitaire, sous contrôle spécialisé, de personnes malades, blessées ou ayant besoin d'une assistance quelconque, mais dont la situation ne revêt pas un caractère d'urgence. Ces deux types de prestations sont généralement accessibles à la population 24 heures sur 24, sur l'ensemble du territoire concerné, et impliquent le plus souvent l'organisation d'un service de garde doté en permanence de personnel et de véhicules d'intervention. Si des services médicaux accompagnent parfois les services de transport, la plupart de ceux-ci sont réalisés sans l'assistance d'un médecin. Les collectivités locales responsables de l'organisation des services publics de secours concluent des contrats avec des prestataires pour l'ensemble de la population du territoire de leur ressort. La rémunération des services en cause est effectuée soit directement par le pouvoir adjudicateur, selon le modèle dit de « soumission », seul visé par le présent recours, soit par la perception d'une contrepartie financière par le contractant auprès des patients ou des caisses de maladie, selon le modèle dit de « concession ».

L'intérêt de cette affaire réside moins dans la solution finale, résultant d'une simple application du régime des services mixtes (prioritaires et non prioritaires) et d'un manque de précision de la Commission dans la conduite de la procédure en manquement que dans le système de défense choisi par la République fédérale d'Allemagne et par les Pays-Bas.

Ceux-ci ont soulevé en premier lieu l'exception de participation de l'activité concernée à l'exercice de l'autorité publique (art. 51 TFUE) en invoquant que la politique publique de prévention des risques et de protection de la santé, les services publics de transport sanitaire relevaient de cette exception car elle participerait de l'exercice de l'autorité publique impliquant la détention de « pouvoirs spéciaux » comme la planification, l'organisation et la gestion des services, l'imposition d'information et de déclaration à des tiers. Les deux Etats membres soutenaient qu'il s'agissait d'une activité régalienne.

Ils ont encore fait valoir, à titre subsidiaire, que les services de transport sanitaire relevaient de la notion de services d'intérêt économique général au sens de l'article 106, § 2, TFUE qui permet de déroger aux règles de concurrence, aux libertés fondamentale mais également aux règles sur les marchés publics.

La Cour de justice va rejeter les deux exceptions *in casu*, tout en admettant le principe de leur application potentielle.

En ce qui concerne la première exception, elle rappelle que selon une jurisprudence bien établie, la dérogation prévue auxdits articles « doit être restreinte aux activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » (10). Renvoyant aux conclusions de son avocat général (11), elle précise encore que « une telle participation implique un exercice suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition ». Elle applique ensuite ces solutions bien connues au cas d'espèce pour estimer que « la contribution à la protection de la santé publique, à laquelle tout individu peut être appelé, notamment en prêtant son assistance à une personne courant un danger vital ou

(10) Points 77 et 78 de l'arrêt C-160/08.

(11) Point 79 de l'arrêt C-160/08, renvoyant au point 58 concl. av. gén.

sanitaire, ne suffit pas pour constituer une participation à l'exercice de l'autorité publique » (12). Elle considère que l'utilisation de gyrophare, de sirène et les droits de passage prioritaire qui démontrent la prépondérance accordée par le législateur national à la santé publique sur les règles de circulation routière, ne participent pas de l'exercice de l'autorité publique ou d'un pouvoir de contrainte exorbitants du droit commun (13). N'est pas plus pertinent, la compétence d'organisation des services concernés.

En ce qui concerne la seconde exception tirée de l'article 106, § 2, TFUE, la Cour de justice le rejette au motif que la République fédérale d'Allemagne n'a pas suffisamment justifié le fait que le subventionnement croisé invoqué pour justifier l'organisation concrète des services soit compromis par l'obligation de procéder à une publication *a posteriori* (avis d'attribution), le litige ayant été progressivement réduit aux services non prioritaires.

B. — Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence

5. Restriction à la remise d'offres concurrentes (CJUE 23 déc. 2009, *Serraton* et *Consorzio stabile edili*, C-376/08, ACCP 2010, n° 96, p. 11-12)

Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, le marché se situant en-dessous des seuils européens, permettent-ils une interdiction absolue (14) pour les groupements et les entreprises le composant, de remettre des offres concurrentes à l'occasion de la passation d'un marché ? Selon la Cour de justice cette interdiction est contraire au principe de proportionnalité dans la mesure où elle instaure une présomption irréfragable de collusion de nature à fausser la concurrence (15). Elle contrarie l'objectif du droit de l'Union d'assurer la plus large participation possible aux marchés publics (16), en ce qu'elle serait susceptible de dissuader des opérateurs économiques établis dans d'autres Etats membres d'adhérer ou de créer un groupement stable pour participer plus aisément à des procédures de marchés publics (17). Cette interdiction va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime de protection de la concurrence (18).

6. L'octroi des concessions de jeux de hasard et de casino (CJUE 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08 ; CJUE 9 sept. 2010, *Ernst Engelman*, C-64/08) : au-delà du contrat, l'obligation de transparence et les actes unilatéraux

La distinction structurante dans de nombreux droit interne entre actes unilatéraux et contrats n'a pas une incidence déterminante en droit de l'Union lorsqu'il s'agit d'apprécier l'étendue du principe de transparence.

(12) Point 80 de l'arrêt C-160/08.

(13) Points 81 et 82 de l'arrêt C-160/08.

(14) Cette affaire visait la réglementation italienne. Des dispositions analogues existent dans d'autres droits internes, par exemple l'article 93 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en Belgique.

(15) Point 39 de l'arrêt C-376/08.

(16) Point 40 de l'arrêt C-376/08.

(17) Points 41 à 43 de l'arrêt C-376/08.

(18) Points 44 et 45 de l'arrêt C-376/08.

L'octroi d'un agrément conférant à un opérateur un droit exclusif pour exercer une activité économique doit respecter les exigences de la libre prestation de services (art. 56 TFUE), notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence. Tel est l'enseignement principal de l'arrêt *Sporting Exchange* (19). Cette extension du principe de l'obligation de transparence était attendue, ne serait-ce que parce qu'annoncée par la Commission européenne avec fermeté (20) et en raison de la circonstance qu'elle s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence constante de la Cour de justice relative aux autorisations unilatérales dérogeant à une liberté fondamentale (21). Il n'en reste pas moins que l'obligation de transparence est affirmée avec netteté pour la première fois par la Cour de justice.

Cet arrêt renforce le principe de transparence lors de la dévolution parfois qualifiée d'unilatérale dans certains Etats membres de concession ou autre droit de nature similaire, mais également plus largement pour toutes les autorisations de police (22), lorsque ces dernières limitent l'exercice d'une activité économique même purement privées, et sans doute, les autorisations unilatérales d'occupation du domaine public.

L'arrêt ne concerne que les activités économiques qui présentent un intérêt transfrontalier certain pour les entreprises.

Il faut encore noter que la Cour de justice a adopté, sur conclusions contraires de son avocat général, une interprétation spécifique de l'exception *in house* : lorsque le bénéficiaire du droit exclusif est 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, l'obligation de transparence est écartée (23), sans autre condition.

Le principe de concurrence qui participe de cette « logique concurrentielle » évoquée précédemment est également perceptible dans la directive dite « services » (24). Les procédures de sélection entre plusieurs candidats 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, ne comporte aucune distinction entre les autorisations unilatérales ou autorisations conventionnelles. Elles doivent offrir toutes les garanties d'impartialité et de transparence en termes de publicité adéquate de l'ouverture de la procédure et de son déroulement (25).

(19) CJUE 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, Contrats et marchés publics, 2010. comm. 422 ; ACCP 2010, n° 102, p. 13 ; concl. av. gén. Y. Bot, présentées le 17 déc. 2009, ACCP 2010, n° 96, p. 13-14.

(20) Not. dans la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JOCE 2000, C 121, p. 2-13.

(21) F. Llorrens, P. Solers-Couteaux, L'extension de l'obligation de mise en concurrence aux actes unilatéraux, Contrats et marchés publics, 2010. Repère 11.

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*

(24) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376, p. 36-68 (qui devait être transposée pour le 28 déc. 2009).

(25) Art. 12 de la directive services. V. sur ce point, J.-D. Dreyfus, La soumission des conventions d'occupation du domaine public aux règles du Traité de Rome, AJDA 2008. 2172.

Avec l'affaire *Engelman* (26), la Cour de justice va confirmer l'arrêt *Sporting Exchange* : les principes d'égalité de traitement et de non discrimination et son corolaire, l'obligation de transparence, s'imposent aux pouvoirs publics quel que soit le mode de sélection des opérateurs économiques. Ces principes prohibent l'octroi, en dehors de toute mise en concurrence, de concessions d'exploitations d'établissements de jeux de hasard (27).

7. Les services non prioritaires (CJUE 18 nov. 2010, *Commission c/ Irlande*, C-226/09, ACCP 2011, n° 106, p. 9-10)

Dans cette affaire la Commission reprochait à l'Irlande d'avoir violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en attribuant une pondération aux critères d'attribution d'un marché public de service d'interprétation et de traduction, services relevant de l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, après la date limite de remise des offres et en modifiant cette pondération après une première analyse de offres.

Après avoir rappelé que les services non prioritaires (annexe IIB de la directive 2004/18/CE) n'étaient régis que par des dispositions relatives aux spécifications techniques et relatives à une mesure de publicité *a posteriori* (avis d'attribution), la Cour de justice précise que leur passation demeure régie par les règles fondamentales du droit de l'Union, et notamment les principes généraux découlant des Traités, lorsque les marchés présentent un intérêt transfrontalier (28). Par conséquent, il ne peut être reproché à l'Irlande de ne pas avoir respecté l'obligation de pondération des critères d'attribution prévue par l'article 53 de la directive 2004/18/CE qui ne vise pas les services non prioritaires (29).

Par contre, les principes d'égalité de traitement entre soumissionnaire et de transparence prohibent toute modification des critères d'attribution au cours d'une procédure d'attribution (30), sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la dite modification a effectivement eu un effet discriminatoire réel, le seul effet potentiellement discriminatoire étant jugé suffisant.

8. Les modifications substantielles aux dispositions essentielles d'un contrat de concession (CJUE 13 avr. 2010, *Wall*, C-91/08, M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, Chron. de jurisprudence communautaire, AJDA 2010. 946)

La Cour de justice s'était déjà prononcée sur la question des modifications substantielles aux dispositions essentielles dans le cadre de la passation des mar-

(26) CJUE 9 sept. 2010, *Ernst Engelman*, C-64/08.

(27) Points 49 à 58 de l'arrêt *Ernst Engelman* (C-64/08). V., en matière d'organisation des paris : CJUE 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, C-409/06 dans lequel la CJUE va estimer « qu'en raison de la primauté du droit de l'Union directement applicable, une réglementation nationale relative à un monopole public sur les paris sur les compétitions sportives qui, selon les constatations opérées par une juridiction nationale, comporte des restrictions incompatibles avec la liberté d'établissement et la libre prestation des services, faute pour lesdites restrictions de contribuer à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique, ne peut continuer à s'appliquer pendant une période transitoire ».

(28) Points 24 à 32 de l'arrêt C-226/09.

(29) Points 40 à 43 de l'arrêt C-226/09.

(30) Points 56 à 66 de l'arrêt C-226/09.

chés publics (31). La volonté d'un concessionnaire de changer de sous-traitant juste après l'attribution d'une concession de service relative à l'exploitation, la maintenance, l'entretien et le nettoyage de onze toilettes publiques urbaines de la ville de Francfort a suscité une question préjudicielle qui a permis à la Cour de préciser l'obligation de mise en concurrence. Sans grande surprise, elle va étendre la solution admise pour les marchés publics aux concessions de services en des termes similaires : « des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certains 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, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat » (32). Une modification est essentielle, 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 » (33). Un changement de sous-traitant, même prévu par le contrat, peut constituer une telle modification si le recours à celui-ci, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, a été un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient au juge du fond d'apprécier.

C. — *Libre prestation des services de transports maritime*

9. *L'application ratione temporis de l'acquis de l'Union à l'Union à l'attribution d'un contrat de service public* (CJUE 28 oct. 2010, *Commission c/ Malte*, C-508/08, non encore publié au Recueil ; concl. av. gén. E. Sharpston présentées le 1^{er} juill. 2010, ACCP 2010, n° 103, p. 8)

La Commission européenne reprochait à la République de Malte, d'avoir signé peu avant son adhésion à l'Union européenne, un contrat exclusif de service public avec une compagnie de navigation (entreprise GCCL), en violation du règlement n° 3577/92 sur la libre prestation des services de transports maritime. L'article 1^{er}, § 1, de ce règlement dispose qu'« A partir du 1^{er} janvier 1993, la libre prestation des services de transport maritime à l'intérieur d'un Etat membre (cabotage maritime) s'applique aux armateurs communautaires exploitant des navires immatriculés dans un Etat membre et battant pavillon de cet Etat membre, sous réserve que ces navires remplissent toutes les conditions requises pour être admis au cabotage dans cet Etat membre, y compris les navires immatriculés dans le registre Euros dès que ce registre aura été approuvé par le Conseil ». L'article 4, § 1, de ce même règlement dispose quant à lui que : « Un Etat membre peut conclure des contrats de service public avec des compagnies de navigation qui participent à des services réguliers à destination et en provenance d'îles ainsi qu'entre des îles ou leur imposer des obligations de service public en tant que condition à la prestation de services de cabotage. Lorsqu'un

(31) CJUE 5 oct. 2000, *Commission c/ France*, C-337/08, Rec. I-8377 ; CJUE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. I-4401 ; AJDA 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus.

(32) Point 37 de l'arrêt C-91/08.

(33) Point 38 de l'arrêt C-91/08.

Etat membre conclut des contrats de service public ou impose des obligations de service public, il le fait sur une base non discriminatoire à l'égard de tous les armateurs communautaires ». La Cour de justice a suivi les conclusions de son avocat général (34) et rejeté le recours de la Commission pour le simple motif que l'attribution du contrat a eu lieu à une époque où l'Etat membre n'était pas encore lié par les traités ni, par conséquence, par le règlement litigieux.

D. — Les communications interprétatives

10. Condition de recevabilité du recours en annulation à l'encontre d'une communication interprétative (Trib. UE 20 mai 2010, *Allemagne c/ Commission*, T-258/06, ACCP 2010, n° 101, p. 13-14)

L'Allemagne, soutenue par le Parlement européen et d'autres Etats membres, a introduit un recours devant le Tribunal, visant l'annulation de la communication interprétative de la Commission européenne du 26 juin 2006 relative au droit applicable aux marchés publics qui n'entrent pas dans le champ d'application des directives « marchés publics » ; elle soutenait que la communication précitée imposait une nouvelle obligation de publicité *ex ante* pour les marchés inférieurs aux seuils d'application des directives marchés publics, obligation non prévue par le droit existant. De manière très critiquable, le Tribunal se fonde sur une jurisprudence de la Cour de justice postérieure à la publication de la communication interprétative (35) pour déduire du principe de transparence, une obligation de « publicité avant l'attribution du marché » pour les marchés qui restent cependant sous les seuils européens pour autant qu'ils présentent un « intérêt transfrontalier certain » (36). Il estime également que l'obligation de description non discriminatoire de l'objet du marché découlait déjà de l'ordonnance *Vestergaard* (37) et que l'exigence de délai approprié résultait des principes de libre prestation de services et de non-discrimination dont l'objectif était d'exclure tout risque de préférence d'un candidat national. Globalement, le Tribunal estime que les précisions apportées par la communication interprétative servent le respect des principes généraux et le principe de transparence, regardant avec bienveillance les analogies, pourtant créatrices selon nous, faites par la Commission. Le Tribunal considère finalement le recours comme irrecevable au motif que la communication litigieuse ne produit pas d'effets juridiques obligatoires affectant la situation juridique de l'Allemagne et des autres parties intervenantes.

(34) Concl. av. gén. Sharpston (C-508/08), présentées le 1^{er} juill. 2010, ACCP 2010, n° 103, p. 8.

(35) CJCE 4 juin 2007, *Medipac – Kazantzidis*, C-6/05, Rec. I-4557 ; CJCE 13 nov. 2007, *Commission c/ Irlande*, C-507/03, Rec. I-9777 ; CJCE 21 févr. 2008, *Commission c/ Italie*, C-412/04, Rec. I-619).

(36) Point 80 de l'arrêt T-258/06. En vertu de la jurisprudence *Secap* (CJCE 15 mai 2008, *SE-CAP et Santorso*, C-147/06 et C-148/06, Rec. I-3565), les Etats membres peuvent établir, par voie de réglementation, des critères objectifs indiquant, par voie de réglementation, des critères objectifs indiquant l'existence d'un intérêt transfrontalier certain.

(37) CJCE (ord), 3 déc. 2001, *Vestergaard*, C-59/00, Rec. I-9507.

II. – LES MARCHÉS PUBLICS ET LES AUTRES CONTRATS PUBLICS : PRÉCISIONS RELATIVES AUX DÉFINITIONS

A. – *Les marchés publics*

11. *Présentation*

Les marchés publics européens peuvent, par définition, comporter des objets mixtes (ou multiples) décrits de manière fonctionnelle (conception, réalisation, maintenance) relevant de la pratique des contrats globaux bien connue en droit international et dans divers droits internes. Ils peuvent, en outre, porter sur des prestations différentes (travaux, fournitures et services). Enfin, ils peuvent comporter différentes formes de contrats (si l'on se réfère à des figures juridiques bien connues dans tous les systèmes juridiques des Etats membres) ; vente simple, vente conditionnée, vente à l'état futur d'achèvement, contrat d'entreprise, contrat d'échange – étant entendu que les qualifications de droit interne ne sont pas pertinentes au regard du droit de l'Union.

La difficulté en droit des marchés publics réside dans le choix du régime applicable lorsque les contrats ont des objets multiples (achat d'un bien et prestation de service, par exemple) ou portent sur plusieurs catégories de prestations (travaux, fournitures et services).

Le même type de questionnement existe en droit de l'Union lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence judiciaire en matière civile et commerciale (38) en matière contractuelle ; en identifiant le lieu d'exécution de l'obligation, la Cour de justice a déjà précisé des critères de distinction entre la « vente de marchandise » et la « fourniture de services » (39).

Pour le reste, la définition des marchés publics en droit de l'Union suppose l'identification d'une partie qui commande la prestation (pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice, entreprise publique) et d'une partie qui exécute la prestation (entrepreneur, fournisseur, prestataire de services ou, de manière synthétique, l'opérateur économique, expression apparue dans la directive 2004/18/CE).

(38) Règl. (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L 12, p. 1-23 (rectificatif, JOCE 2001 L 307, p. 28).

(39) CJUE 25 févr. 2010, C-381/08, *Car Trim*, NiPR, 2010. 320. La Cour a dit pour droit que : l'article 5, point 1, sous b), du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que les contrats dont l'objet est la livraison de marchandises à fabriquer ou à produire, alors même que l'acheteur a formulé certaines exigences concernant l'obtention, la transformation et la livraison des marchandises, sans que les matériaux aient été fournis par celui-ci, et que le fournisseur est responsable de la qualité et de la conformité au contrat de la marchandise, doivent être qualifiés de « vente de marchandises » au sens de l'article 5, point 1, sous b), premier tiret, de ce règlement. L'article 5, point 1, sous b), premier tiret, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que, en cas de vente à distance, le lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées en vertu du contrat doit être déterminé sur la base des dispositions de ce contrat. S'il est impossible de déterminer le lieu de livraison sur cette base, sans se référer au droit matériel applicable au contrat, ce lieu est celui de la remise matérielle des marchandises par laquelle l'acheteur a acquis ou aurait dû acquérir le pouvoir de disposer effectivement de ces marchandises à la destination finale de l'opération de vente.

– Généralités

12. La notion d'opérateur économique (CJUE 23 déc. 2009, *CoNISMa*, C-305/08, ACCP 2010, n° 96, p. 11)

La Cour de justice a eu l'occasion de préciser que la notion d'opérateur économique au sens de l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE se rattachait à la capacité du candidat à assurer l'exécution du marché, directement ou par voie de sous-traitance. Elle n'est pas liée au statut de droit privé ou de droit public de l'entité, ni à sa présence sur le marché, ni même à son mode de financement (40). Un groupement d'universités et d'administrations publiques, qui ne poursuit pas principalement un but lucratif, ne dispose pas d'une structure organisationnelle d'une entreprise et n'assure pas une présence régulière sur le marché peut ainsi être qualifié d'opérateur économique.

Cette solution, s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux relations *in house* en droit des marchés publics. Dans une certaine mesure, elle rejoint également la notion d'entreprise ainsi qu'une certaine interprétation du principe de neutralité, en droit de l'Union.

– Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services : questions spéciales

13. La vente d'un terrain et la notion de marché public de travaux (CJUE 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, ACCP 2010, n° 99, p. 11-12 ; M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Chron. de jurisprudence communautaire*, AJDA 2010. 947-948)

La définition du marché public de travaux dans le droit dérivé comporte tous les éléments permettant une interprétation extensive. Il s'agit d'un contrat écrit conclu à titre onéreux qui peut avoir pour objet, soit de confier la réalisation de travaux, soit de confier la conception et la réalisation de travaux, soit encore « de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant à des besoins précisés par un pouvoir adjudicateur » (41). Cette dernière expression est redoutable d'imprécision, tout comme l'est la compréhension de l'onérosité de la relation contractuelle.

Le caractère onéreux du contrat est la contrepartie offerte au cocontractant en raison de la réalisation des travaux (42) (ou de l'ouvrage). Il peut s'agir d'un prix, de la renonciation dans le chef du pouvoir adjudicateur à percevoir une recette à charge de l'entrepreneur (43) ou de recettes provenant de tiers, l'ensemble de toutes les contreparties servant à déterminer si le seuil européen est atteint (44).

(40) Points 37 à 42 de l'arrêt C-305/08.

(41) Cf. not. art. 1.2 (a) et (b) dir. 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, JOUE L 134, p. 114-240.

(42) CJCE 18 janv. 2007, *Auroux e.a.*, C-220/05, Rec. I-385 ; AJDA 2007. 409, note E. Fatôme et L. Richer ; AJDA 2007. 1124, chron. M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert.

(43) CJCE 12 juill. 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, C-399/98, Rec. I-5409 ; AJDA 2001. 941, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; D. 2001. IR. 2871.

(44) CJCE 18 janv. 2007, *Auroux e.a.*, C-220/05 (point 57).

Par ailleurs, le droit dérivé ne dit pas comment les besoins doivent être précisés par le pouvoir adjudicateur. Faut-il qu'il y ait une commande (pris dans son sens commun) du pouvoir adjudicateur (45) ? Exige-t-on une initiative du pouvoir adjudicateur ? Les besoins doivent-ils être précisés dans le contrat ? Peuvent-ils l'être dans d'autres actes juridiques comme des autorisations unilatérales en matière d'urbanisme, d'aménagement du territoire ou d'implantations commerciales ? Si la concession de travaux est un marché public, comment concevoir le droit d'exploitation dans une opération immobilière ? Peut-on en rester à la conception de l'exploitation retenue par la Cour de justice en matière de TVA, selon laquelle sont concernées « toutes les opérations [...] qui visent à retirer du bien en question des recettes ayant un caractère de permanence » (46), ce qui semble exclure la concession dans de nombreuses opérations immobilières lorsque les ouvrages sont vendus à des tiers qui vont les exploiter ou simplement en profiter ? Faut-il, au contraire, approcher cette exigence de manière spécifique dans le droit dérivé des marchés publics ?

Ces questions, prosaïques, intéressent les praticiens et les acteurs publics et privés, impliqués dans des réalisations foncières et immobilières. Seules des réponses précises sont susceptibles de permettre à ceux-ci et aux Etats membres de s'assurer de la bonne application du droit dérivé des marchés publics.

Quelles que soient les opinions doctrinales sur ce point (47), force est de constater que la jurisprudence de la Cour de justice, était et reste évasive.

Il est cependant acquis que les qualifications de droit interne ne peuvent entrer en ligne de compte. Partant, peu importe que le support de l'opération soit une vente de terrain comportant des obligations de réalisation de travaux précises, une vente à l'état futur d'achèvement, ou d'autres contrats ou groupe de contrats.

Ni la Commission européenne, ni la Cour de justice ne semblaient percevoir le désarroi des praticiens, ni l'étendue des problèmes pratiques jusqu'à l'arrêt *Helmut Müller* (48). La pertinence des questions posées par le juge allemand était impressionnante et, sans doute, a mis en lumière précisément les difficultés des acteurs. A cette occasion, un nouvel élément – il est sans doute tôt pour parler de véritable critère – est intervenu dans la qualification : rappelant la jurisprudence *Auroux*, la Cour juge qu'il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur devienne propriétaire des ouvrages, mais encore faut-il qu'il y trouve « un intérêt économique certain », précision essentielle de l'arrêt (49). L'expression est en soi ambiguë dans le cadre de l'action publique. Cette dernière ne se mesure pas systématiquement à

(45) V., concl. O. Lenz sous CJCE 19 avr. 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, Rec. I-01329 ; V., par ex., F. Llorens, Typologie des contrats de la commande publique, Contrats marchés publ. 2005. études 7 ; A. Tassone, note ss CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, *MM. Carrière et Molinier* (n° 01BX00788), AJDA 2005. 1197 ; P. Proot, Faut-il (ré)affirmer le critère de l'initiative dans le contrat des travaux ?, ACCP 2007, n° 72, p. 180.

(46) CJCE 20 juin 1991, *Polysar*, C-60/90, Rec. I-3111 ; D. 1991. IR. 195.

(47) Certains n'hésitent pas à se livrer à des exercices de qualification très précis V., par ex., au sujet des VEFA et simples opérations de vente en droit français : E. Fatôme, Ph. Terneyre, A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l'arrêt *Auroux e.a.*, AJDA 2009. 1868.

(48) CJUE 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, Contrats et marchés publ., 2010, n° 5, comm. 164, note Zimmer.

(49) F. Llorens, P. Soler-Couteaux, La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marchés de travaux : la vision de la CJUE (à propos de l'arrêt *Helmut Müller*), Contrats et marchés publ., 2010, n° 5, repère 5.

l'aune d'une évaluation économique, sauf à l'inclure dans l'intérêt général de toute construction sous prétexte qu'elle est susceptible de générer des recettes fiscales – ce qui est réducteur. L'avocat général a donné des premières pistes d'interprétation en identifiant trois hypothèses où l'intérêt économique certain est présent. La première, qui ne posait pas de problème particulier, est celle où le pouvoir adjudicateur devient propriétaire de l'ouvrage ou acquiert un droit relatif à ce dernier. La seconde est celle où il participe à son financement à l'aide de ressources publiques ou en mettant à disposition gratuitement ou à prix réduits des terrains. La troisième est l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur prend l'initiative suscitant la réalisation des travaux ou de l'ouvrage, sachant qu'alors, l'exercice d'une compétence urbanistique ne suffit pas, cette précision valant également lorsqu'il s'agit de déterminer les besoins auxquels doit répondre l'ouvrage. La Cour précise encore que le contrat doit comporter, dans le chef de l'opérateur économique, une obligation de réaliser les travaux dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par des juridictions – ce qui nous semble inhérent à la notion d'obligation juridique.

Certains voient dans cet arrêt une halte à l'extension incontrôlée du champ d'application de la directive marchés publics dans son volet travaux (50) et s'empressent d'appliquer cette solution à divers cas d'espèce pour conclure que l'exigence du caractère onéreux impliquerait qu'une vente de terrain où le pouvoir adjudicateur encaisserait simplement le prix normal de la vente en dépit de la circonstance que le critère matériel serait présent (soit un projet conçu par le pouvoir adjudicateur ou un appel à projet lancé par le pouvoir adjudicateur). A notre sens, cette analyse ne peut être suivie car elle omet une précision constante apportée par la CJUE : la contrepartie peut provenir de tiers. Partant, la réalisation des travaux destinés à être vendus à des tiers ou exploiter au bénéfice de tiers implique une rétribution précise soit sous la forme d'un prix de vente, soit sous la forme d'une location.

A vrai dire, hormis la nouvelle clé de lecture relativement mystérieuse à ce stade – l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur qui marque la prise de conscience de la difficulté –, l'arrêt *Helmut Müller* est loin de trancher définitivement l'épineuse question de la qualification de marché public de travaux en droit de l'Union. Néanmoins, il pose une limite claire et raisonnable à l'extension de la portée à donner à l'expression « marché public de travaux » en droit de l'Union : l'exercice d'une compétence de régulation en matière d'urbanisme ne suffit pas à remplir la condition de la précision du besoin auquel doit répondre l'ouvrage. En toute hypothèse, l'extension du principe de transparence, ne met pas à l'abri des processus de mise en concurrence, l'aliénation d'actifs publics en général, dans la mesure où cette aliénation est liée à l'exercice d'une activité économique et présente un intérêt transfrontalier.

14. Les contrats mettant en œuvre une convention collective de travail (CJUE 15 juill. 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-271/08, ACCP 2010, n° 102, p. 13 ; M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Chron. de jurisprudence de la CJUE*, AJDA 2010. 1588-1589)

La Commission européenne reprochait aux administrations et entreprises communales allemandes d'avoir attribué sans appel d'offres européen, des

(50) F. Lorrens, P. Soler-Couteaux, La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marchés de travaux..., *op. cit.*

contrats d'assurance vieillesse d'entreprises à des organismes et à des entreprises visés par une convention collective, estimant qu'il s'agissait des marchés publics de services.

La Cour de justice, dans un arrêt rendu par la grande chambre, commence par rappeler que les Etats membres doivent respecter le droit fondamental de négociation collective garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont la valeur juridique est reconnue par l'article 6 UE. Toutefois, ni le caractère fondamental de ce droit ni la finalité sociale d'une convention collective ne peuvent justifier la non-application des directives marchés publics (51). La Cour a déjà jugé dans ses arrêts *Viking Line* (52) et *Laval un Partneri* (53) que les clauses des conventions collectives sont soumises à la libre circulation des personnes et à la libre prestation de services (54). En outre, le droit de négociation collective doit être exercé conformément au droit de l'Union (55).

Elle se penche ensuite sur l'applicabilité des directives marchés publics pour reconnaître que si un accord collectif ne relève pas des règles de concurrence visées à l'article 101, § 1, TFUE (ex art. 81 CE), cette exclusion n'implique pas automatiquement l'inapplicabilité desdites directives, surtout lorsqu'est en cause la désignation des organismes en charge de la mise en œuvre de la mesure de conversion salariale (56). Par conséquent, la « circonstance que les attributions des contrats litigieux procèdent de l'application d'une convention collective ne conduit pas, en tant que telle, à soustraire le présent cas d'espèce au champ d'application des directives 92/50 et 2004/18 » (57).

Appliquant ces directives aux contrats litigieux, la Cour de justice conclut qu'ils sont bien des contrats de services d'assurance (relevant de l'annexe IA de la directive 92/50 ou de l'annexe II A de la directive 2004/18 qui comportent un « intérêt économique direct » pour les employeurs communaux) (58). Pour ce faire, elle interprète – pour la première fois à notre connaissance – la disposition qui prévoit l'exclusion du champ d'application des directives marchés publics, des prestations de services exécutés en vertu d'un contrat d'emploi ou d'une convention collective de travail (59). La Cour estime que dans le cas d'espèce, les prestations se fondent non pas sur de tels actes mais sur un contrat souscrit entre un employeur et une entreprise d'assurance (60).

15. La valeur du marché : les services d'assurance (CJUE 15 juill. 2010, Commission c/ Allemagne, C-271/08, ACCP 2010, n° 102, p. 13)

La méthode de calcul de la valeur estimée des marchés reste une difficulté concrète redoutable. La Cour a donné quelques précisions sur la méthode de

(51) Point 41 de l'arrêt C-271/08.

(52) CJCE 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union* dit « *Viking Line* », C-438/05, Rec. I-10779.

(53) CJCE 18 déc. 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. I-1176.

(54) Point 42 de l'arrêt C-271/08.

(55) Point 43 de l'arrêt C-271/08.

(56) Points 46 à 48 de l'arrêt C-271/08.

(57) Point 50 de l'arrêt C-271/08.

(58) Points 68 à 80 de l'arrêt C-271/08.

(59) Art. 16, e) dir. 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, JOUE L 134, p. 114-240.

(60) Points 81 et 82 de l'arrêt C-271/08.

calcul des services d'assurance vieillesse. Celle-ci doit tenir compte de la valeur estimée des primes, c'est-à-dire des cotisations des travailleurs. Par contre, la valeur globale estimée du marché ne peut être déterminée en fonction du nombre des contrats d'assurance conclus, car cela pourrait conduire à une scission artificielle de ce marché (61).

B. — Les autres contrats publics

16. Contrat mixte : travaux et cession d'actions (CJUE 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki e.a.*, C-145/08 et C-149/08, ACCP 2010, n° 101, p. 12-13)

Dans une affaire opposant des entreprises privées au Conseil national de la radiotélévision grecque au sujet de la cession d'action de la société de casino EKP (filiale d'une société publique détenue par l'Etat hellénique) comportant des volets travaux et services, la Cour de justice a fait application du critère de l'objet principal, pour estimer que la cession d'action l'emportait sur les prestations économiques accessoires dans le cas d'espèce. Elle conclut que « la cession d'actions dans le cadre d'une opération de privatisation d'une entreprise publique ne relève pas des directives marchés publics » (62). Le contrat demeure cependant régi par les règles fondamentales et les principes généraux du Traité (63).

17. Contrat mixte : création d'une entreprise commune et marché de service détachable (CJUE 22 déc. 2010, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, C-215/09, non encore publié au Recueil)

La création d'une société d'économie mixte doit parfois respecter les contraintes du droit dérivé des marchés publics. La Cour (64) le rappelle dans le cadre d'une question préjudicielle relative à la qualification d'un arrangement contractuel conclu entre une entreprise privée et une ville finlandaise portant sur la création d'une entreprise commune. Les employeurs finlandais ont en effet l'obligation d'organiser un service de préservation de la santé au travail afin de prévenir et combattre les atteintes à la santé et les risques sanitaires dus au travail et aux conditions de travail, prestations relevant de l'annexe IIB de la directive 2004/18/CE (soit les services non prioritaires). La loi offre à l'employeur la possibilité d'externaliser ce service auprès de société privée, ou de l'organiser lui-même, soit seul, soit en partenariat avec d'autres employeurs. Si l'entreprise commune dans le cas d'espèce était censée rendre aux deux partenaires ce service, il était prévu dès le départ qu'elle devait orienter son activité à titre principal vers une clientèle privée. Afin de lancer le projet, les partenaires s'étaient engagées à recourir à cette entreprise commune pour une période de quatre ans. La Cour précise que la création d'une entreprise commune ne relève pas en tant que telle du droit dérivé des marchés publics (65), et renvoie au livre vert

(61) Points 87 à 94 de l'arrêt C-271/08.

(62) Point 49 de l'arrêt C-145/08 et C-149/08.

(63) Points 62 et 63 de l'arrêt C-145/08 et C-149/08.

(64) CJUE 22 déc. 2010, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, C-215/09, non encore publié au Recueil, concl. Mazak.

(65) Point 23 de l'arrêt C-215/09.

de la Commission sur les partenariats public-privé (PPP) (66). Elle rappelle ensuite sa jurisprudence relative au contrat mixte dont les différents volets sont liés d'une manière inséparable et formant un tout indivisible (67), l'objet principal de la convention déterminant alors que le régime applicable à sa passation (droit dérivé/droit primaire et principes généraux), pour conclure qu'en l'espèce, l'arrangement ne constitue pas un tout indivisible (68), de manière relativement surprenante compte tenu du contexte général de l'opération.

18. Les concessions de services, notion : contrat de secours (CJUE 22 déc. 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs*, C-338/09, non encore publié au Recueil ; concl. av. gén. Cruz Villalon, présentées le 30 sept. 2010, ACCP 2010, n° 105, p. 9)

En droit de l'Union, la définition des concessions s'est avérée presque aussi délicate qu'en droit français. La Commission a lancé une consultation publique sur la pertinence d'une législation européenne propre aux concessions de service (69) en vue de faire le point sur le régime juridique des concessions et – on l'espère – en vue de clarifier la notion. A la recherche de critères de distinction opérationnels, les juges des Etats membres questionnent régulièrement la Cour de justice pour qu'elle précise ce qui, en droit de l'Union, distingue la catégorie juridique marché public par rapport à celle de concession.

Les modalités de la rémunération du prestataire et le transfert du risque d'exploitation sont censés permettre la qualification de concession. Toutefois, ces éléments ne semblent pas résoudre toutes les difficultés. Au cours de la période étudiée une affaire a retenu notre attention, le contenu des conclusions de l'avocat général semblant annoncer une évolution sur cette question délicate de qualification juridique. La qualification de concession s'impose-t-elle lorsque le contrat ne prévoit pas que le cocontractant est rémunéré directement par le pouvoir adjudicateur mais dans lequel le droit d'utilisation des prestations à fournir n'est pas payé directement par les utilisateurs ? La qualification de concession de service peut-elle être retenue lorsque le transfert du risque d'exploitation pris en charge par le concessionnaire est limité ?

Pour répondre à ces deux questions, l'avocat général (70) va s'écarter quelque peu de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, il va considérer que l'absence de rémunération directe du prestataire de service par le pouvoir adjudicateur implique nécessairement la qualification de concession de service, le critère étant selon lui décisif ou suffisant. Par contre, le critère de la rémunération directe du prestataire par le pouvoir adjudicateur ne serait pas un critère suffisant pour la qualification de marché public. Si la rémunération indirecte n'est qu'une des formes possibles du droit d'exploitation accordé au prestataire, la rémunération directe n'est pas évasive de la prise en charge d'un risque d'ex-

(66) Point 66 du livre vert de la Commission sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions : COM(2004) 327 final.

(67) CJUE 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki*, C-145/08, points 48 et 49.

(68) Point 46 de l'arrêt C-215/09.

(69) http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/public_concession_contracts_en.htm, consulté le 25 juin 2011.

(70) Concl. av. gén. Mazak, présentées le 9 sept. 2010 dans l'aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.

exploitation par le prestataire soit que ce dernier assume la responsabilité de tout préjudice subi en raison d'un manquement dans le service, soit parce qu'il dispose d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation, la prise en charge du risque d'exploitation étant un critère de la concession. Par contre, la durée du contrat, l'importance des investissements initiaux mis à charge du prestataire et l'autonomie d'exécution des services (71), ne seraient pas déterminantes pour la qualification du contrat. Dans le cas d'espèce, le prestataire de services était rémunéré par des tiers, les organismes de sécurité sociale des personnes assurées à titre privé et des personnes non assurées. Ces derniers versaient la rémunération non pas directement au prestataire mais à un bureau central de règlement pour le service de secours, en toute hypothèse, système différent d'un paiement direct par le pouvoir adjudicateur, entraînant la qualification de concession (72). Pour finir, l'avocat général précise que la « quantité » (sans doute l'importance) du risque d'exploitation transféré au prestataire n'a pas d'incidence sur la qualification de concession, l'important étant le transfert du risque auquel le pouvoir adjudicateur serait exposé lui-même, dans le chef du prestataire (73).

19. Concessions de travaux, notion : contrat d'aménagement du territoire (concl. av. gén. M. Jääskinen, présentées le 16 sept. 2010, *Commission c/ Espagne*, C-306/08, ACCP 2010, n° 104, p. 14) (74)

La législation régionale de Valence en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire dans son volet relatif aux « programmes d'action intégrées » (dans la suite PAI), est au cœur de cette affaire pour laquelle la Cour de justice n'a pas encore rendu d'arrêt. Ces opérations conduites soit par des pouvoirs publics (gestion directe avec des fonds publics), soit par l'intermédiaire d'un promoteur privé (gestion indirecte au moyen de fonds privés) permettent de rattacher des terrains viabilisés aux réseaux d'infrastructures existants. La Commission européenne estime que l'attribution « en gestion indirecte » selon la législation régionale serait incompatible avec les exigences de publicité prévue par la directive relative aux marchés publics.

Appliquant pour la première fois la jurisprudence *Helmut Müller* (75), l'avocat général estime qu'il ne s'agit pas d'un marché public de travaux. Si les contrats sont bien écrits et conclus entre des pouvoirs adjudicateurs (collectivités territoriales) et des opérateurs économiques (promoteurs), il estime qu'ils ne sont pas conclus à titre onéreux. La jurisprudence *Helmut Müller* implique en effet, pour que la condition d'onérosité soit remplie, que le pouvoir adjudicateur ait un « intérêt pécuniaire » aux travaux ou aux services, soit directement (en les finançant par des fonds publics), soit indirectement (en en retirant un bénéfice économique). L'avocat général estime que, puisque c'est une personne privée qui finance le projet en cas de PAI en gestion indirecte, la condition ne serait pas

(71) Points 22 à 30 des conclusions (C-274/09).

(72) Points 31 à 35 des conclusions (C-274/09).

(73) Point 38 des conclusions (C-274/09).

(74) La Cour a rendu son arrêt le 26 mai 2011, alors que le présent texte était sous presse. Il sera examiné dans la prochaine chronique.

(75) CJUE 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, Contrats et marchés publ., 2010, n° 5, comm. 164, note Zimmer.

remplie (76). Curieusement, l'avocat général ne prend pas en considération la seconde branche de l'alternative de la jurisprudence *Müller*, l'intérêt pécuniaire indirect, qui semblait pourtant bien rempli en l'espèce, puisque la collectivité fait l'économie de ces investissements.

L'avocat général estime que lesdits contrats ne sont pas plus des concessions de travaux publics (77) en raison de la circonstance que le promoteur n'a pas le « droit d'exploiter l'ouvrage », les ouvrages publics revenant, au terme de l'opération, aux pouvoirs publics. L'avocat général exclut de prendre en considération la rémunération des propriétaires des terrains ou la cession de ces terrains par ces mêmes propriétaires au promoteur – de manière tautologique – en précisant pour cette dernière hypothèse, que le promoteur exploiterait les terrains en qualité de propriétaire et non en qualité de concessionnaire (78).

20. *Les PPPI*

La Commission européenne a confirmé sa vision des PPPI (partenariat public-privé institutionnalisé) en droit de l'Union à l'occasion d'une question posée par l'eurodéputée Heide Rühle (79). La constitution d'une société d'économie mixte entre des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises privées en vue de l'attribution d'un contrat (marché public ou concession) doit respecter les règles régissant ce dernier contrat (soit le droit dérivé, soit le droit primaire et les principes généraux).

III. – LES MODES DE PASSATION

21. *Présentation*

Le droit dérivé relatif aux marchés publics régit la passation des marchés publics en énonçant des règles présidant à la sélection qualitative des entreprises (vérification de l'absence de causes d'exclusion et analyse des capacités économique, financière et technique) et aux choix des offres (modalités de comparaison). Il contient des nombreuses précisions touchant à la forme (avis de marché) qu'au fond (obligation d'énoncer des critères d'attribution pondérés, modalités de remise des variantes libres en appel d'offres).

A. – *La sélection qualitative*

22. *Exclusion de la participation à un marché public de travaux (CJUE 15 juill. 2010, Bâtiments et Ponts Construction et WIGAS Produktionservice, C-74/09)*

La question préjudicielle portait sur l'interprétation des dispositions du Traité en matière de libre prestation de services et de l'article 24 de la directive

(76) Points 67 à 91 des conclusions (C-306/08).

(77) Points 92 à 98 des conclusions (C-306/08).

(78) Point 94 des conclusions (C-306/08).

(79) Réponse de la Commission européenne P-0812/10 du 24 mars 2010, ACCP 2010, n° 99, p. 14.

93/37/CE dans le cadre d'un litige opposant la S.A. Berlaymont 2000 (pouvoir adjudicateur) à une société momentanée, en raison de la décision d'exclusion dont celle-ci avait fait l'objet pour défaut d'enregistrement en Belgique (80).

Le cahier spécial des charges imposait l'enregistrement en Belgique pour toute société, y compris celles établies dans un autre Etat membre. La société de droit allemande WISAG, qui n'était pas enregistrée conformément au cahier spécial des charges, s'était contentée de joindre à son offre une attestation sociale et fiscale délivrée par les autorités compétentes allemandes.

La Cour a commencé par rappeler que la délivrance de certificats authentiques ne suffit pas pour attester l'accomplissement par un entrepreneur établi dans un autre Etat membre de ses obligations fiscales et sociales dans l'Etat membre du pouvoir adjudicateur. Dès lors, la réglementation belge en matière d'enregistrement, en ce qu'elle impose un enregistrement en Belgique aux entreprises de travaux non nationales n'enfreint pas les règles de l'Union (81).

Renvoyant à sa jurisprudence *Michaniki* (82), la Cour rappelle que l'obligation d'enregistrement ne peut être considérée comme une cause d'exclusion supplémentaire à celle énoncées par l'article 24 de la directive 93/17/CE puisqu'elle n'est qu'une modalité de mise en œuvre de cette disposition en ce qu'elle tend à la vérification que le soumissionnaire ne relève pas de l'une des causes d'exclusion, notamment celles relatives au paiement des cotisations sociales, des impôts et taxes. Cette exigence ne pourrait toutefois compromettre ou retarder la participation d'un soumissionnaire à la procédure de passation d'un marché ou engendrer des charges administratives excessives (83).

Enfin, la Cour précise que la vérification de l'absence des causes d'exclusion peut être confiée à une instance spécialisée autre que le pouvoir adjudicateur pour autant que celle-ci soit impartiale et neutre et que l'exercice de ce contrôle ne s'étende pas à une vérification de fond de la validité des certificats délivrés à un entrepreneur d'un autre Etat membre par les autorités compétentes (84).

B. — Les modes de passation

23. L'articulation droit des déchets et droit des marchés publics

Dans le cadre d'un litige opposant des entreprises privées à une administration italienne s'est posée la question de la comptabilité avec le droit européen des marchés publics, d'une réglementation nationale qui permettait à une administration de confier directement à une entreprise privée, des travaux de réparation d'un dommage environnemental. A défaut de précision de droit et de fait, la Cour de justice n'a pu répondre à la juridiction nationale en dépit du caractère extrêmement délicat du problème posé (85). Cette question a été

(80) Sur la dernière réforme du droit belge en matière d'enregistrement, V., D. Fisse, A.L. Durviaux, L'enregistrement des entrepreneurs de travaux immobiliers, APT 2007-08, 290-311.

(81) Points 40-42 de l'arrêt C-74/09.

(82) CJUE 16 déc. 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. I-9999.

(83) Points 43 à 53 de l'arrêt C-74/09.

(84) Points 55 à 56 de l'arrêt C-74/09.

(85) CJUE 9 mars 2010, *ERG e.a.*, C-378/08, TVW 2010. 142 ; NJB 2010, n° 13, p. 81.

abordée dans un autre arrêt rendu le même jour mais de manière tellement ambiguë qu'elle empêche tout enseignement (86).

Par contre, dans le cadre d'une procédure en manquement diligentée par la Commission européenne à l'encontre de l'Allemagne visant une convention tripartite conclue entre la ville de Bonn, la société locale MVA et une entreprise privée d'élimination des déchets EVB en dehors de toute mise en concurrence (87), la Cour de justice précise que les principes particuliers du droit des déchets, comme le principe selon lequel le traitement et l'élimination des déchets doit avoir lieu au plus près du lieu de leur production, ne sont pas de nature à faire échec aux obligations découlant des directives marchés publics, notamment à l'obligation d'organiser une procédure de passation avec appel d'offres européen (88).

24. Modification essentielle du marché (CJUE 29 avr. 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-160/08 ; M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Chron. de jurisprudence de la CJUE*, AJDA 2010. 1589-1590)

Avec cet arrêt, la Cour de justice a fait une application de sa jurisprudence *presse-text Nachrichtenagentur* (89), estimant qu'une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle et, partant, constituer une nouvelle passation de marché lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. Dans le cas d'espèce, l'objet d'un marché portant sur des services de secours, conclu en 1984, avait été étendu en 2004 à une zone géographique non prévue initialement, cette extension ayant une valeur largement supérieure au seuil européen. La Cour l'a considérée comme une modification substantielle.

25. L'attribution directe d'un marché d'exécution à un titulaire du marché de définition (CJUE 10 déc. 2009, *Commission c/ France*, C-299/08, ACCP 2010, n° 96, p. 12)

La Cour de justice a jugé que la procédure d'attribution spécifique des marchés de définition prévue par les articles 73 et 74-IV du code des marchés publics français était contraire à la directive 2004/18/CE. Cette procédure a été jugée discriminatoire et insuffisamment transparente au motif d'une part, que les opérateurs économiques intéressés par les marchés d'exécution mais non titulaires des marchés de définition ne seraient pas traités sur un pied d'égalité, les marchés d'exécution étant attribués suite à une procédure de mise en concurrence à laquelle seuls les titulaires des marchés de définition peuvent participer et, d'autre part, cette procédure ne permettrait pas d'établir au départ avec une précision suffisante l'objet des marchés et les critères d'attribution. La solution retenue par la Cour de justice semble très éloignée des pratiques liées à la conduite d'opérations immobilières impliquant des réflexions urbanistiques et architecturales souvent complexes, et conçues avec un phasage dans l'intérêt bien compris des opérateurs économiques et des entités publiques.

(86) CJUE 9 mars 2010, *Buzzi Unicem e.a.*, C-478/08 et C-479/08, TMR 2010, n° 3, p. 322-332, note E. De Kezel.

(87) CJUE 21 janv. 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-17/09, ACCP 2010, n° 97, p. 13.

(88) Points 16 à 18 de l'arrêt.

(89) CJUE 19 juin 2008, C-454/06, Rec. I-4401, point 36.

IV. – LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE

26. La protection juridictionnelle pour les contrats publics autres que les marchés publics (CJUE 13 avr. 2010, *Wall*, C-91/08, M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, Chron. de jurisprudence communautaire, AJDA 2010. 946)

L'arrêt *Wall* mérite également toute l'attention des praticiens au regard des questions posées par le juge du fond sur l'étendue de la protection juridictionnelle (90).

La juridiction de renvoi demandait, en substance, si les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que l'obligation de transparence en découlant, imposaient, d'une part, aux autorités nationales de résilier un contrat conclu en violation de ladite obligation de transparence et, d'autre part, aux juridictions nationales d'accorder au soumissionnaire dont l'offre n'avait pas été retenue le droit d'obtenir une injonction visant à prévenir une violation imminente ou à faire cesser une violation déjà intervenue de cette obligation. La juridiction nationale demandait également si cette obligation pouvait être considérée comme relevant du droit de l'Union.

Après avoir rappelé que les contrats de concession de services n'étaient régis par aucune directive, la Cour a rappelé sa jurisprudence selon laquelle : « en l'absence de réglementation de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ». Dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, la Cour estime que les dispositions invoquées, n'imposent pas aux autorités nationales de résilier un contrat, ni aux juridictions nationales d'accorder une injonction dès qu'est soulevée une violation de cette obligation à l'occasion de l'attribution d'une concession de services. C'est à l'ordre juridique interne de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'obligation de transparence.

Ce faisant, la Cour rappelle que « l'obligation de transparence découle directement des articles [49 et 56 TFUE], lesquels ont un effet direct dans les ordres juridiques internes des Etats membres et priment toute disposition contraire des droits nationaux ».

27. La communication des motifs en temps utiles (CJUE 23 déc. 2009, *Commission c/ Irlande*, C-455/08)

La Cour de justice a eu l'occasion de rappeler sa jurisprudence *Alcatel* (91) à l'Irlande, en lui indiquant que « la motivation de la décision de rejet doit être communiquée au moment de la notification de cette décision aux soumissionnaires concernés et, dans tous les cas, en temps utile et bien avant la conclusion du contrat, afin que les soumissionnaires évincés aient la possibilité d'introduire notamment une demande de mesures provisoires jusqu'à ladite conclusion » (92).

(90) CJUE 13 avr. 2010, *Wall*, C-91/08, déjà cité, spéc., points 61 à 71.

(91) CJUE 28 oct. 1999, *Alcatel Austria*, C-81/98, Rec. I-07671.

(92) Points 31 à 34 de l'arrêt C-455/08.

28. Point de départ du délai de recours en matière de passation (CJUE 28 janv. 2010, *Uniplex (UK) Ltd c/ NHS Business Services Authority*, C-406/08, ACCP 2010, n° 97, p. 13-14 ; M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Chron. de jurisprudence communautaire*, AJDA 2010. 948-949)

Les directives recours (89/665/CE et 92/13/CEE) imposent aux Etats membres de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs fassent l'objet de recours efficaces et rapides. Si elles laissent aux Etats membres le soin de définir les conditions de délais d'introduction des recours, ceux-ci doivent commencer à courir à partir de la date à laquelle le requérant a connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée du droit des marchés publics. Plaident en ce sens, le droit dérivé relatif à l'information, singulièrement l'article 41 de la directive 2004/18/CE et les dispositions spécifiques de la directive recours, soit l'article 2 quater inséré dans la directive 89/665/CE par la directive 2007/66/CE (93).

L'exigence de droit interne que le recours soit introduit « promptement », ce caractère étant laissé à l'appréciation du juge, n'est pas prévisible dans sa durée et partant ne peut constituer une transposition correcte des exigences du droit de l'Union, notamment de ses principes de sécurité juridique et son corolaire, l'impératif d'effectivité (94). Par contre, est conforme au droit de l'Union, la faculté laissée au juge par le droit interne, de prolonger le délai de recours afin d'assurer au requérant un délai utile (95).

29. Les actes attaquables (CJUE 28 janv. 2010, *Commission c/ Irlande*, C-456/08, ACCP 2010, n° 97, p. 14 ; M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Chron. de jurisprudence communautaire*, AJDA 2010. 948-949)

La décision prise dans le cadre de la passation d'un marché public contre laquelle un recours peut être formé constitue une question délicate bien connue dans de nombreux Etats membres. En effet, l'articulation de l'introduction d'un recours utile dans le cadre d'un processus de passation qui implique de nombreuses décisions intermédiaires qui conduisent au choix final est particulièrement délicate lorsque des prescriptions sont susceptibles de courir à l'encontre des décisions intermédiaires. Une décision de la *High Court* irlandaise du 16 juillet 2004 avait reconnu que les prescriptions couraient à l'encontre des décisions intermédiaires et de la décision définitive d'attribution du marché. Il s'agit pour le droit interne d'être particulièrement claire et précis quant à ce afin de respecter les exigences du droit de l'Union. La Cour de justice va censurer le règlement de procédure irlandais incriminé dans la mesure où il comportait une incertitude quant à la décision contre laquelle le recours devait être formé et quant à la détermination des délais pour former un tel recours.

(93) Points 25 à 35 de l'arrêt C-455/08.

(94) Points 36 à 43 de l'arrêt C-406/08. V. dans le même sens : CJUE 28 janv. 2010, *Commission c/ Irlande*, 456/08, ACCP 2010, n° 97, p. 14.

(95) Points 44 à 50 de l'arrêt.

30. Recours formés par certains membres d'un groupement (CJUE 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki e.a.*, C-145/08 et C-149/08, ACCP 2010, n° 101, p. 12-13 ; J.-M. Pastor, AJDA 2010. 981)

La question préjudicielle concernait la comptabilité avec la directive « recours » (96), d'une règle procédurale grecque qui imposait, comme condition de recevabilité d'un recours en annulation contre les décisions d'un pouvoir adjudicateur (ce recours étant un préalable à la demande en réparation du dommage subi en cas d'éviction irrégulière), que tous les membres d'un groupement introduisent conjointement ce recours.

Les litiges au principal s'étaient noués entre des entreprises privées et le Conseil national de la radiotélévision grec (ESR). La première affaire était relative à la cession d'actions de la société casino EKP (filiale d'une société publique détenue par l'Etat grecque). Conformément à la législation nationale, le pouvoir adjudicateur avait estimé qu'il existait une incompatibilité devant entraîner l'exclusion du groupement, décision qui n'a été attaquée que par trois de ses membres. Dans la seconde affaire, une incompatibilité avait été constatée dans le chef d'un membre d'une association soumissionnaire, à l'occasion de l'attribution d'un marché public de travaux, décision attaquée par un seul membre de l'association.

La Cour va estimer que la règle procédurale est contraire au droit de l'Union, en particulier au principe d'effectivité (97) après avoir pris soin de préciser qu'en principe les litiges qui se nouent entre une autorité administrative autre que le pouvoir adjudicateur qui a organisé la procédure de passation (telle que l'ESR) ne relèvent pas du système de recours de la directive 89/665/CEE (98). Le principe général de protection juridictionnelle effective retrouve son empire lorsque les décisions d'une instance administrative sont susceptibles d'influencer le déroulement et l'issue d'une procédure d'adjudication. Il implique qu'un soumissionnaire doit pouvoir revendiquer, à titre individuel, la réparation du préjudice qu'il subi.

31. La simple violation du droit des marchés publics ouvre le droit à des indemnités (CJUE 30 sept. 2010, *Strabag e.a.*, C-314/09, ACCP 2010, n° 104, p. 13 ; R. Grand, AJDA 2010. 1857)

La législation autrichienne était à nouveau au cœur de l'arrêt rendu sur question préjudicielle dans le cadre d'un litige opposant la ville de Graz (Autriche) à la société Strabag AG au sujet de l'attribution illégale d'un marché public. Il s'agissait de savoir s'il y avait lieu de considérer comme contraire à la directive recours (89/665/CEE) une réglementation nationale qui subordonne le droit du soumissionnaire d'obtenir des dommages et intérêts à l'existence d'une faute du pouvoir adjudicateur, ou celle qui fait peser la charge de la preuve de cette faute sur le soumissionnaire d'une part, et de savoir si la décision d'une autorité de contrôle a un effet contraignant à l'égard du pouvoir adjudicateur.

(96) Dir. 89/665/CEE du Conseil du 21 déc. 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, JOCE L 395, p. 33-35.

(97) Point 80 de l'arrêt C-145/08 et C-149/08.

(98) Points 66 à 69 de l'arrêt C-145/08 et C-149/08.

Après avoir rappelé que la détermination des procédures de recours permettant l'octroi de dommages et intérêts relève, en principe, de l'autonomie procédurale des Etats membres, encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité, la Cour va rappeler que l'objectif d'efficacité des voies de recours s'oppose à ce qu'une disposition nationale conditionne pareil octroi au caractère fautif du comportement du pouvoir adjudicateur mis en cause. En effet, une telle réglementation engendrerait un double risque. D'une part, le soumissionnaire lésé par une décision illégale du pouvoir adjudicateur pourrait être privé du droit d'obtenir des dommages et intérêts au titre du préjudice causé par cette décision, si le pouvoir adjudicateur parvenait à renverser la présomption de faute qui pèse sur lui. D'autre part, il ne pourrait obtenir que tardivement des dommages et intérêts en raison de la longueur pouvant caractériser une procédure civile tendant à la constatation du caractère fautif de la violation alléguée.

32. Le dommage (CJUE, 2^e ch., 9 déc. 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a.*, C-568/08)

C'est à l'occasion de la passation d'un marché public de travaux aux Pays-Bas, que la Cour a précisé qu'en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit de l'Union qui lui sont imputables, les particuliers lésés ont un droit à réparation dès lors que la règle du droit de l'Union violée a pour objet de leur conférer des droits, que la violation de cette règle est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi. En l'absence de dispositions du droit de l'Union en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre, une fois respectées ces conditions, de fixer les critères sur la base desquels le dommage résultant d'une violation du droit de l'Union en matière de passation de marchés publics doit être constaté et évalué, pour autant que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés. En effet, la directive 89/665, largement modifiée par la directive 2007/66/CE (99), adoptée après la date des faits ayant donné lieu au litige au principal, ne contient aucune précision sur les modalités précises de réparation du préjudice né de l'attribution d'un marché en violation des règles de droit de l'Union.

33. L'ouverture d'un droit au recours au bénéfice des pouvoirs adjudicateurs (CJUE 21 oct. 2010, *Symvoulion Apochetefseon Lefkosias*, C-570/08, ACCP 2010, n° 105, p. 8-9 ; concl. av. gén. P. Cruz Villalon présentées le 1^{er} juin 2010, ACCP 2010, n° 101, p. 14)

Avec l'arrêt *Symvoulion Apochetefseon Lefkosias*, la Cour de justice va juger que la directive recours (89/665/CEE) n'impose pas aux Etats membres de prévoir, en faveur des pouvoirs adjudicateurs, une voie de recours juridictionnel contre les décisions non juridictionnelles, au terme d'une analyse exégétique de celle-ci. Seules les entreprises établies dans un Etat membre ou, plus généralement, toute personne ayant intérêt à obtenir un marché public, se voient reconnaître un droit de recours. La Cour précise ensuite que le droit européen des marchés publics est

(99) Dir. 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2007 modif. dir. 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE L 335, p. 31-46.

essentiellement un droit de l'offre, visant à assurer l'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques européens. Les pouvoirs adjudicateurs qui ne peuvent rentrer pas dans la définition des « soumissionnaires concernés » sont exclus de la protection juridictionnelle effective telle qu'organisée par la directive recours. En l'absence d'une harmonisation complète des règles nationales en matière de recours, les Etats membres peuvent intégrer les pouvoirs adjudicateurs dans le champ d'application de la directive. Toutefois, il semblerait d'un principe en droit chypriote interdit à un organe d'une administration d'être en conflit avec un autre organe d'administration.

34. Les recours en droit interne et le recours en manquement (CJUE 21 janv. 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-17/09, ACCP 2010, n° 97, p. 13)

La Commission lancé une procédure en constat de manquement à l'encontre de l'Allemagne dans le cadre d'une convention passée entre la ville de Bonn, la société locale MVA et une entreprise allemande d'élimination des déchets EVB en dehors de toute mise en concurrence au motif qu'il s'agissait d'un marché de service régi par la directive 92/50/CEE. L'Allemagne se défendait en soulignant que cette convention avait été mise en œuvre depuis près de dix ans et que les voies de recours nationales n'avaient pas été utilisées. La Cour de justice va rejeter l'argument en distinguant les procédures de recours nationales ouvertes par la directive 89/665/CEE et le recours en manquement. Les premières servent à protéger les intérêts des soumissionnaires évincés dans le cadre de la passation des marchés publics européens. Le second, exercé par la Commission en tant que gardienne des traités, règle la relation entre les Etats membres et l'UE en vue d'assurer le respect du droit européen, dans l'intérêt général. La directive 89/665/CEE ne saurait affecter l'application de l'article 226 CE, l'absence d'introduction de recours en droit interne laisse intact le pouvoir d'appréciation de la Commission européenne de décider de l'introduction d'une procédure en constat de manquement (100).

(100) Points 19 à 29 de l'arrêt C-17/90.