

ARTICLES

361

Les rapports UE et Conv. EDH
en matière de coopération judiciaire civile :
entre rétrospective et prospective et prospective
Jean-Sylvestre Bergé

RTDEur.

Revue trimestrielle de droit européen

ARTICLES

309

Divulgence extra-financière des sociétés en Europe :
présentation et analyse du projet
de la Commission européenne
Ivan Tchotourian

291

Le recours en indemnité, remède adéquat
en cas de non-respect d'un délai de jugement
raisonnable par le juge de l'Union européenne
Florence Zampini

343

Récupération des aides d'État illégales
et incompatibles sous forme fiscale.
Analyse critique des fondements
et des développements récents
Claire Micheau

ref : 571402



DAJLOZ

Droit européen des marchés et autres contrats publics

(1^{er} janvier 2013 -
31 décembre 2013)

Ann Lawrence **Durviaux**
Professeur ordinaire à l'Université
de Liège (Belgique) et avocat

487

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 janvier 2013. Sont abordées successivement les questions juridiques qui concernent les sources, généralités et questions périphériques, le champ d'application (avec les notions de marchés et autres contrats publics), les modes de passation dans ses trois volets (les hypothèses d'exclusion, le contrôle des capacités économique, financière et technique, ainsi que l'attribution proprement dite) et, pour finir, le contrôle juridictionnel de la passation.

Les nouvelles directives¹ méritent une étude approfondie, elles ne seront pas abordées dans la présente chronique². Deux problématiques récurrentes émergent dans cette année relativement calme : la définition de la notion de marché (et de concession) de travaux³ et la coopération horizontale⁴.

- (1) Dir. 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1, p. 64, 28 mars 2014; Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. 2004/18/CE, JOUE n° L 94/65, p. 242, 28 mars 2014; Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 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 et abrogeant la dir. 2004/17/CE, JOUE n° L 94/243, p. 374 du 28 mars 2014.
- (2) Pour un premier commentaire : F. Llorrens et P. Soler-Couteaux, Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions?, Contrats Marchés publ. 2014. Repère ? ; G. Clamour, Nouvelle directive marchés, premier panorama, Contrats Marchés publ. 2014. Comm. 71, p. 19; G. Clamour, Nouvelle directive concessions, premier panorama, Contrats Marchés publ. 2014. Comm. 72, p. 21; D. Poupeau, Le Parlement européen vote les directives Marchés et Concession, AJDA 2014. 76.
- (3) F. Llorrens et P. Soler-Couteaux, Besoins du pouvoir adjudicateur et intérêt économique direct : où en est-on des critères des marchés publics?, Contrats Marchés publ. 2013. Repère 11; F. Llorrens et P. Soler-Couteaux, La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics?, Contrats Marchés publ. 2013. Repère 9; S. Braconnier, Vente et cessions de biens immobiliers publics : mutations, CP-ACCP2013, n° 138, p. 3; D. Moreau, La cession d'un terrain communal peut-elle constituer un contrat de commande publique?, AJDA 2013. 32.
- (4) V. le numéro spécial, Les contrats entre personnes publiques, dossier collectif, AJDA 2013. 833 s.; spéc. G. Eckert, Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence. Les contrats échappant aux règles de publicité et de mise en concurrence, AJDA 2013. 849; J.-F. Sestier, La coopération contractuelle alternative à la coopération institutionnelle, AJDA 2013. 857; M. Noël, Coopération entre personnes publiques et prestations de services : une frontière ténue, ACCP 2013, n° 136, p. 70; G. Clamour, L'actionnaire public minoritaire sous le joug du pluri-contrôle analogue, AJDA 2014. 60; R. Noguellou, Confirmation de la jurisprudence sur les contrats de coopération entre personnes publiques (CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11), RDI 2013. 213.

1. Possibilité pour l'État d'invoquer une directive à l'encontre d'un organisme concessionnaire d'un service public en l'absence de transposition de cet acte en droit interne

(CJUE 12 décembre 2013, aff. C-425/12, *Portgàs c/ Ministerio da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território*, ACCP 2014, n° 140, 2014, p. 11, concl. av. gén. N. Wahl ; Contrats Marchés publ. 2014/2, p. 27, note W. Zimmer)

Une entreprise privée, chargée en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et disposant, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers, est obligée de respecter les dispositions de la directive 93/38/CEE et peut donc se voir opposer ces dispositions par les autorités d'un État membre.

La question préjudicielle est posée dans le cadre d'un litige relatif à la récupération d'aides financières (Fonds européen de développement régional) pour violation des règles en matière de marché public, la société *Portgàs* soutenait que l'État portugais ne pouvait exiger d'elle, en tant qu'entreprise privée, de se conformer aux dispositions de la directive 93/38/CEE, puisqu'au moment de la conclusion du contrat litigieux, les dispositions de cette directive n'avaient pas encore été transposées dans l'ordre juridique portugais et, dès lors, elles ne pouvaient produire d'effet direct à son égard.

En substance, la juridiction de renvoi demande si les articles 4, paragraphe 1, 14, paragraphe 1, sous c), i) ⁵, et 15 de la directive 93/38/CEE peuvent être opposés à une entreprise privée, au seul motif que cette dernière a la qualité de concessionnaire exclusif d'un service d'intérêt public relevant du champ d'application personnel de cette directive et

si, dans l'affirmative, les autorités de l'État membre concerné peuvent se prévaloir de ces dispositions, alors que ladite directive n'a pas encore été transposée dans l'ordre interne de cet État membre.

Dans un premier temps, la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'État, soit lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte ⁶.

Elle considère ensuite que les dispositions des articles 4, paragraphe 1, 14, paragraphe 1, sous c), i), et 15 de la directive 93/38/CEE imposent, d'une manière inconditionnelle et précise, aux entités adjudicatrices exerçant des activités, notamment dans les secteurs du transport ou de la distribution de gaz, de passer les marchés de fournitures, dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée est égale ou dépasse 400 000 euros, conformément aux dispositions des titres III, IV et V de cette directive, et de veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services. Partant, ces dispositions peuvent être invoquées devant les juridictions nationales.

(5) Imposant aux entités adjudicatrices d'appliquer les procédures prévues par la directive pour la passation de leurs marchés de travaux, de fournitures et de services.

(6) V. not. CJCE 19 janv. 1982, aff. 8/81, *Becker*, Rec. 53, pt 25, ainsi que CJUE 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominiquez*, non encore publié au Recueil, pt 33 et jurisprudence citée.

Dans un second temps, la Cour entend déterminer si lesdites dispositions peuvent être opposées devant une juridiction nationale, à une entreprise privée, telle que *Portgàs*, en sa qualité de concessionnaire exclusif de service public.

Si, en vertu de l'article 288, troisième alinéa, du TFUE, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondé la possibilité d'invoquer celle-ci n'existe qu'à l'égard de « tout État membre destinataire » ⁷ (et non un particulier) ⁸, quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique ⁹.

Figure au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs 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 relations entre particuliers ¹⁰. La seule circonstance qu'une entreprise privée concessionnaire exclusif d'un service

public fasse partie des entités expressément visées par le champ d'application personnel de la directive 93/38/CEE n'a pas pour conséquence que cette entreprise puisse se voir opposer les dispositions de cette directive ¹¹; il faut, en effet, que ledit service d'intérêt public soit accompli sous le contrôle d'une autorité publique et que ladite entreprise dispose de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si tel était le cas au moment de la passation du marché litigieux.

Dans un troisième temps, la Cour examine encore la question de savoir si, dans l'hypothèse où *Portgàs* fait partie des entités qui peuvent se voir opposer, par un particulier, les dispositions de la directive 93/38/CEE, ces dispositions pouvaient également être opposées à *Portgàs* par les autorités portugaises. Dans un souci de cohérence, la Cour estime devoir répondre de manière positive compte tenu de l'obligation contraignante imposée par l'article 288, troisième alinéa, du TFUE et par la directive elle-même ¹².

2. Organisme de vérification et certification d'entreprises en matière de travaux publics

(CJUE 12 décembre 2013, aff. C-327/12, *Ministero dello Sviluppo economico c/ SOA Nazionale Costruttori*, CP-ACCP 2014, n° 141, p. 12, concl. av. gén. P. Cruz Villalón)

Une réglementation nationale, qui impose aux SOA des tarifs minimaux pour les services de certification fournis aux entreprises souhaitant participer à des procédures de passation de marchés de travaux publics, constitue une restriction à la liberté d'établissement au sens de l'article 49 du TFUE, mais une telle

réglementation est propre à garantir la réalisation de l'objectif de la protection des destinataires desdits services pour autant que la juridiction de renvoi estime, compte tenu, en particulier, du mode de calcul des tarifs minimaux, notamment en fonction du nombre de catégories de travaux pour lesquelles le certificat est

(7) CJUE 19 déc. 2013, aff. C-452/12, pt 22.

(8) CJCE 8 oct. 1987, aff. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec. 3969, pt 9; CJCE 14 juill. 1994, aff. C-91/92, *Faccini Dori*, Rec. I-3325, pt 20, ainsi que *Dominguez*, préc., pt 37 et jurisprudence citée.

(9) CJUE 19 déc. 2013, aff. C-452/12, pt 23.

(10) CJUE 19 déc. 2013, aff. C-452/12, pt 24.

(11) Pts 25 et 41 des concl. av. gén. précédant l'arrêt C-452/12.

(12) CJUE 19 déc. 2013, aff. C-452/12, pts 34 à 38.

établi, que ladite réglementation nationale ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

En vertu de l'article 52, § 1^{er}, premier alinéa de la directive 2004/18/CE ¹³, les États membres peuvent instaurer soit des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services agréés, soit une certification par des organismes de certification publics ou privés. Tel est l'objet du décret législatif italien n° 162 du 12 avril 2006, portant le code des marchés publics au cœur du litige, puisque ce dernier a organisé un système d'agrément pour les personnes effectuant des travaux publics, en fonction du type et du montant des travaux. Le système d'agrément est mis en œuvre par des organismes d'attestation de droit privé (SOA [*Società Organismi di Attestazione*]), sous contrôle de l'autorité. Un régime de tarifs minimaux pour les services de certification était également prévu.

En substance, la juridiction de renvoi demande si les dispositions du traité en matière de concurrence et de liberté d'établissement doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui impose aux SOA un régime de tarifs minimaux pour les services de certification fournis aux entreprises souhaitant participer à des procédures de passation de marchés de travaux publics ¹⁴.

La Cour estime que les SOA ne peuvent être considérées comme des entreprises investies par l'État membre de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 106, § 1^{er}, du TFUE ¹⁵, avant d'examiner le dispositif sous l'angle de l'exception de

l'activité d'autorité publique et de la liberté d'établissement.

L'activité des SOA n'implique pas un exercice d'autorité publique et ne relève donc pas de l'exception prévue par l'article 51 du TFUE ¹⁶. En effet, la vérification, par les SOA, de la capacité technique et financière des entreprises soumises à la certification, de la véracité et du contenu des déclarations, certificats et documents présentés par les personnes auxquelles l'attestation est délivrée ainsi que du maintien des conditions relatives à la situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire ne saurait être considérée comme une activité relevant de l'autonomie décisionnelle propre à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cette vérification est entièrement déterminée par le cadre réglementaire national. En outre, elle est accomplie sous une surveillance étatique directe et elle a pour fonction de faciliter la tâche des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine des marchés publics de travaux, sa finalité étant de permettre à ces derniers d'accomplir leur mission en ayant une connaissance précise et circonstanciée de la capacité tant technique que financière des soumissionnaires ¹⁷.

Une restriction à la liberté d'établissement peut être admise s'il s'avère qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. À cet égard, il convient de rappeler que l'intérêt général lié à la protection des destinataires des services est susceptible de justifier une restriction à la liberté d'établissement.

(13) 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 (JO n° L 134, p. 114).

(14) CJUE 12 déc. 2013, aff. C-327/12, pt 25.

(15) La partie de ce raisonnement n'est pas reprise étant plus périphérique par rapport à l'objet de la présente chronique.

(16) CJUE 12 déc. 2013, aff. C-327/12, pt 53, pts 47 et 48 des concl. av. gén.

(17) CJUE 12 déc. 2013, aff. C-327/12, pt 54.

En l'occurrence, d'une part, les SOA sont chargées de la certification d'entreprises, l'obtention d'un certificat approprié étant une condition nécessaire de la participation des entreprises intéressées aux marchés de travaux publics. Dans ce contexte, la législation italienne vise à garantir l'absence de tout intérêt commercial ou financier de nature à entraîner des comportements non impartiaux ou discriminatoires de la part des SOA à l'égard desdites entreprises. D'autre part, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, les SOA ne peuvent exercer d'autres activités que celle consistant en la certification. En outre, elles sont tenues, conformément à la réglementation nationale, de disposer de ressources et de procédures propres à assurer l'ef-

ficacité et la loyauté de la prestation de leurs services.

C'est dans la perspective de la protection des destinataires des services que revêt une importance particulière l'indépendance des SOA à l'égard des intérêts particuliers de leurs clients. Une certaine limitation de la possibilité de négocier les prix de services avec ces clients est susceptible de renforcer leur indépendance. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la fixation de tarifs minimaux pour la prestation de tels services est destinée, en principe, à assurer la bonne qualité de ces derniers et elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif de la protection des destinataires desdits services.

3. Concession de services : clause d'un cahier des charges imposant un traitement local des déchets

(CJUE 12 décembre 2013, aff. C-292/12, *Ragn-Sells AS c/ Sillamae Linnavalitsus*, Contrats Marchés publ. 2014/2, p. 41, comm. 65, par W. Zimmer ; CP-ACCP 2014, n° 141, p. 11)

Selon une jurisprudence constante de la Cour, les dispositions du TFUE relatives à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement ne sont pas applicables à des activités dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonne à l'intérieur d'un seul État membre, comme en l'espèce, puisque, d'une part, l'article 3.5 du cahier des charges relatif à l'« attribution d'une concession pour le transport organisé de déchets dans la ville de Sillamäe » prévoyant que les déchets produits sur le territoire de cette commune devaient être transportés dans deux installations de traitement situées dans ce même État membre et, d'autre part, rien dans le dossier soumis à la Cour n'indique que des entreprises établies dans d'autres États membres auraient été intéressées par le traitement

des déchets produits sur le territoire de la Sillamäe Linnavalitsus.

L'arrêt traite principalement de la réglementation européenne relative aux déchets qui permet aux collectivités d'imposer que les déchets destinés à l'élimination soient apportés dans une installation appropriée la plus proche du lieu de production, ce qui n'est pas permis pour les déchets destinés à la valorisation. Il est mentionné uniquement pour information dans son volet contrats publics, compte tenu de l'intérêt renouvelé des acteurs de la commande publique pour la dimension locale de l'exécution des marchés et contrats publics. Il n'appelle pas de commentaire particulier cependant compte tenu des termes clairs du résumé.

4. Interprétation extensive de l'intérêt économique d'une concession pour des entreprises

[CJUE 14 novembre 2013, aff. C-388/12, *Comune di Ancona c/ Regione Marche*, CP-ACCP 2014, n° 139, p. 8, concl. av. gén. Y. Bot]

La circonstance qu'une concession ne soit susceptible de générer des rentrées nettes importantes ne permet pas, à elle seule, de conclure que cette concession ne revêt pas un intérêt économique pour des entreprises situées dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité concédante, puisque dans le cadre d'une stratégie économique visant à étendre une partie de ses activités dans un autre État membre, une entreprise peut prendre la décision tactique de solliciter l'attribution dans cet État d'une concession qui ne permet pas de réaliser des bénéfices afin de s'installer sur le marché dudit État et de s'y faire connaître dans le but de préparer sa future expansion.

La *Regione Marche*, autorité gérant et contrôlant l'utilisation des fonds du Fonds européen de développement régional (FEDER), a entrepris de récupérer les fonds alloués à la *Comune di Ancona* lui reprochant d'avoir attribué une concession relative à la gestion d'une cale de halage en violation du droit européen. La quatrième question préjudicielle posée par la juridiction saisie du litige au principal vise à savoir si le droit de l'Union s'oppose à l'attribution directe, c'est-à-dire sans appel d'offres, par une commune à un tiers, d'une concession de service public relative à un ouvrage, lorsque ladite concession n'est susceptible ni de générer des rentrées nettes importantes, ni de procurer un avantage indu à ce tiers ou à l'autorité publique concédante¹⁸.

La Cour de Justice commence par rappeler sa jurisprudence *Telaustria*¹⁹ : les

concessions de services publics ne sont régies, au niveau de l'Union, par aucune réglementation. En l'absence de celle-ci, c'est à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le TFUE, que doit être examiné le droit applicable aux concessions de services²⁰. La Cour a déjà jugé que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité imposent, notamment, à l'autorité concédante une obligation de transparence, laquelle consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence de la procédure d'attribution ainsi que le contrôle de l'impartialité de cette procédure, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres²¹. En particulier, dans la mesure où une concession est susceptible d'intéresser également une entreprise située dans un État membre autre que celui dont relève l'autorité concédante, l'attribution, en l'absence de toute transparence, de cette concession à une entreprise située dans ce dernier État membre est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises situées dans d'autres États membres. En effet, en l'absence de toute transparence, les entreprises situées dans ces autres États membres n'ont aucune possibilité réelle de manifester leur intérêt pour obtenir la concession en cause²². À moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui s'opère principalement au détriment des entre-

(18) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-388/12, pt 43.

(19) CJCE 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, Rec. I10745, pt 60.

(20) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-388/12, pt 44.

(21) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-388/12, pt 45; CJCE 13 sept. 2007, aff. C-260/04, *Commission c/ Italie*, Rec. I-7083, pt 24;

CJCE 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant*, Rec. I-8457, pt 25.

(22) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-388/12, pt 46; CJCE 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname*, Rec. I-7287, pts 17 et 18.

prises situées dans un autre État membre, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 49 et 56 du TFUE ²³.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si l'attribution de la concession de service public par la *Comune di Ancona* répond à ces exigences de transparence.

La Cour précise enfin, pour la première fois, 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 États 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 État membre, une entreprise peut prendre la décision tactique de solliciter 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 ²⁴.

5. Attribution directe d'une concession de services et raisons impérieuses d'intérêt général

(CJUE 14 novembre 2013, aff. C-221/12, *Belgacom c/ Integan*, CP-ACCP 2014, n° 139, p. 9)

Un intérêt transfrontalier existe même lorsqu'aucun opérateur économique n'a effectivement manifesté son intérêt et des motifs de nature économique, comme la volonté d'éviter la dépréciation d'une activité économique, ne constituent pas une raison impérieuse d'intérêt général.

La demande de décision préjudicielle portant sur les articles 49 et 56 du TFUE s'inscrit dans le cadre d'un litige opposant *Belgacom NV* à quatre associations intercommunales publiques pures (*Integan* ²⁵, *Inter-Media*, *WVEM* ²⁶, *CVBA* ²⁷) à propos de décisions approuvant la conclusion, sans appel au marché, de conventions prévoyant le transfert à *Telenet NV* de leur activité de fourniture de services de télévision et des contrats d'abonnement à la télévision souscrits

par leurs clients ainsi que, pour une durée déterminée, des droits accessoires sur leurs réseaux câblés et l'octroi d'un droit d'emphytéose sur ces réseaux.

Dans un premier temps, la Cour retient que l'accord litigieux (conventions complexes et multiples), en ce qu'il transfère à *Telenet* l'activité de fourniture de services de télévision des Intercommunales et lui confère, notamment afin d'exercer cette activité, le droit exclusif d'exploiter les réseaux câblés de celles-ci, doit être qualifié de concession de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ²⁸. En effet, d'une part, pour autant qu'elle oblige le concessionnaire à exercer l'activité cédée, une telle convention constitue un marché public portant sur des services visés à

(23) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-388/12, pt 47; CJCE 17 juill. 2008, aff. C-347/06, *ASM Brescia*, Rec. I-5641, pt 60.

(24) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-388/12, pt 51.

(25) *Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen*.

(26) *West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij*.

(27) *Provinciale Brabantse Energiemaatschappij*.

(28) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, pt 26.

l'annexe II de la directive 2004/18/CE, à l'exception du mode de rémunération, la contrepartie de ce service de télévision consistant dans le droit d'exploiter l'activité concernée, conformément à la définition figurant audit article 1^{er}, paragraphe 4. D'autre part, la condition selon laquelle le risque lié à l'exploitation de cette activité doit être transféré au concessionnaire est également remplie dans le cadre de cette convention ²⁹.

Dans la mesure où une concession de services présente un intérêt transfrontalier certain – sans qu'il soit requis qu'un opérateur économique ait effectivement manifesté son intérêt ³⁰ –, son attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par celle-ci qui sont situées dans un autre État membre. En excluant toutes ces entreprises, une telle différence de traitement joue principalement au détriment de ces dernières et constitue, dès lors, une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite, en principe, par application des articles 49 et 56 du TFUE.

Par exception, une telle mesure peut être admise au titre de l'un des motifs énoncés à l'article 52 du TFUE ou justifiée, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général ³¹. À ce dernier égard, il n'y a pas lieu de distinguer les circonstances objectives et les raisons impérieuses d'intérêt général.

Or, les motifs mentionnés dans la présente question préjudicielle, qu'ils soient considérés isolément ou ensemble, ne

peuvent pas être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général. Certes, il y a lieu d'admettre que le principe de sécurité juridique, qui est un principe général du droit de l'Union, est de nature à justifier que les effets juridiques d'une convention soient respectés, y compris, dans la mesure que ce principe commande, dans le cas d'une convention conclue avant que la Cour ne se soit prononcée sur les implications du droit primaire à l'égard des conventions de ce type et qui, *a posteriori*, se révélerait contraire à certaines de ces implications. Cependant, ledit principe ne saurait être invoqué pour donner à une convention une extension contraire aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle ³².

La circonstance que la conclusion de l'accord litigieux coïnciderait avec l'intérêt des consommateurs, qui, à défaut, ne pourraient pas bénéficier de la télévision interactive, voire d'une offre combinée de services commercialement attractive, ne se distingue pas réellement du motif relatif à la dépréciation de ladite activité, mais est, au contraire, intimement liée à celui-ci. En effet, cette circonstance concerne non pas l'ensemble des consommateurs présents sur le territoire couvert par les réseaux câblés des Intercommunales, mais uniquement ceux qui se sont abonnés aux services de télévision qui étaient fournis par ces dernières dans le cadre de l'activité dont la cession à *Telenet* est l'objet de l'affaire au principal, et l'impossibilité, pour les Intercommunales, de proposer à ces abonnés certains services en raison de la répartition des droits d'utilisation de leurs réseaux câblés régie par l'acte d'apport de 1996 explique la perte d'at-

(29) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, pt 27; V. en ce sens, not., CJCE 11 juin 2009, aff. C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, Rec. I-4779, pt 72; CJUE 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, Rec. I-1335, pt 26 et jurisprudence citée.

(30) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, pt 31.

(31) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, pt 38; V., par analogie, CJCE 9 sept. 2010, aff. C-64/08, *Engelmann*, Rec. I-8219, pts 51 et 57 et jurisprudence citée; CJUE 10 mai 2012, aff. C-357/10 à C-359/10, *Duomo Gpa e.a.*, non encore publié au Recueil, pt 39 et jurisprudence citée.

(32) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, pt 40.

tractivité de l'offre commerciale qu'elles sont susceptibles de présenter sur le

marché et, donc, la dépréciation de ladite activité ³³.

6. Coopération horizontale : absence de mise en œuvre d'une mission de service public commune

[CJUE 16 mai 2013, aff. C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a. c/ Comune di Pavia, Università degli Studi di Pavia*]

Un intérêt transfrontalier existe même lorsqu'aucun opérateur économique n'a effectivement manifesté son intérêt et des motifs de nature économique, comme la volonté d'éviter la dépréciation d'une activité économique, ne constituent pas une raison impérieuse d'intérêt général.

Le droit de l'Union en matière de marchés publics s'oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d'un contrat par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération lorsque – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

Cette demande de décision préjudicielle s'inscrit dans le cadre d'un litige opposant la *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia* (conseil régional de l'ordre des ingénieurs de Lombardie) e.a. au *Comune di Pavia* au sujet d'une convention par laquelle ce dernier a confié à l'*Università degli Studi di Pavia* (université de Pavie, ci-après l'« université ») une mission d'étude et de conseil technique et scientifique en vue de l'éla-

boration des actes constituant le plan d'aménagement du territoire communal 1996. Le *Comune di Pavia* a publié un avis de sélection en vue de la conclusion d'un contrat relatif à une mission d'étude et de conseil technique et scientifique pour la rédaction des actes devant constituer le plan d'aménagement du territoire communal 1996, destiné exclusivement aux établissements universitaires publics et privés en raison du caractère multidisciplinaire de leur organisation et le leur structure scientifique propice à l'innovation. La convention a été conclue avec l'*Università degli Studi di Pavia*. Un recours a été introduit par le conseil de l'ordre des ingénieurs de Lombardie.

La jurisprudence italienne adopte une interprétation large de la notion d'intérêt public commun ³⁴, puisqu'il est entendu comme « la poursuite de l'intérêt public par les entités participant à l'accord conformément à leurs objectifs institutionnels ». Cette vision large repose sur l'idée que l'administration attributaire n'est pas un opérateur économique et que la contrepartie financière consiste simplement dans le remboursement des coûts exposés, soit des éléments qui ont déjà été écartés par la Cour de Justice dans des affaires récentes ³⁵.

La Cour de Justice ne manquera pas de le rappeler ³⁶, la plupart des questions posées ayant déjà été abordées dans l'arrêt *Ordine degli Ingegneri della Pro-*

(33) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, pt 42.

(34) CJUE 16 mai 2013, aff. C-564/11, pt 17.

(35) RTD eur. 2013. 339.

(36) En faisant application de l'art. 99 du règlement de procédure de la Cour.

vincia di Lecce e.a ³⁷. Dans un premier temps, la Cour va rappeler que le contrat en cause était bien un marché public régi par la directive 2004/18/CE puisque, d'une part, celui-ci peut être conclu entre deux pouvoirs adjudicateurs lorsque le pouvoir adjudicateur attributaire est habilité à offrir certains services sur le marché (comme en l'espèce les universités) ³⁸, d'autre part, les activités, objet du marché, sont des prestations de services ³⁹ et, enfin, les termes « à titre onéreux » englobent une rémunération limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu ⁴⁰.

Dans un second temps, elle va rappeler que deux types de marchés conclus entre entités publiques ne rentrent pas dans le champ d'application du droit de l'Union : il s'agit des situations relevant d'un mode de coopération verticale ⁴¹ et celles relevant d'un mode de coopération horizontale ⁴². La Cour écarte rapidement la première exception.

En ce qui concerne la seconde, elle va considérer qu'une partie prépondérante des activités qui forment l'objet du marché sont généralement effectuées par des ingénieurs ou des architectes. Bien qu'elles soient basées sur un fondement scientifique, ces activités ne s'apparentent cependant pas à la recherche scientifique. Par conséquent, la mission de service public qui fait l'objet de la coopération entre des entités publiques instaurées par ledit contrat ne paraît pas assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune au *Comune di Pavia* et à l'*université* ⁴³.

Dans cet arrêt, et sans surprise, la Cour de Justice interprète de manière restrictive la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux deux entités publiques parties au contrat : il ne peut s'agir de n'importe quelle activité économique nécessaire à l'accomplissement des missions de service public, mais bien des activités en lien direct avec cette mission.

7. Coopération horizontale : absence de mise en œuvre d'une mission de service public commune

(CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock c/ Kreis Düren*, Contrats Marchés publ. 2013/8-9, p. 11, comm. 213, par W. Zimmer ; Y. Simonnet, La coopération entre entités publiques justifiant l'absence de mise en concurrence et d'obligations de publicité suppose la réunion de plusieurs critères, AJCT 2013. 575)

Un contrat, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'é-

tablissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité

(37) CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, non encore publié au Recueil.

(38) CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, pt 27.

(39) Visés à l'ann. II.1, catégorie 8, de la dir. 2004/18/CE.

(40) CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, pt 29.

(41) CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal*, Rec. I-812, pt 50 ; CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, pt 32.

(42) CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, pt 34 et jurisprudence citée.

(43) CJUE 16 mai 2013, aff. C-564/11, pt 38.

d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services.

Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si constitue un marché public de services, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE, et est soumis à ce titre aux dispositions de cette directive, un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, cette seconde entité étant autorisée à recourir à des tiers pour l'accomplissement de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de ladite mission.

Selon le même schéma d'analyse que dans l'affaire C-564/11, la Cour, dans un premier temps, constate que le contrat litigieux est bien un marché public rappelant, d'une part, qu'il est sans incidence, que cet opérateur soit lui-même un pouvoir adjudicateur et 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 ⁴⁴; d'autre part, que les activités telles que celles faisant l'objet du projet de contrat en cause au principal sont des services de nettoyage de bâtiments visés à l'annexe II A, catégorie 14, de la directive 2004/18/CE ⁴⁵; et enfin, qu'un contrat doit être considéré comme étant conclu « à titre onéreux », au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE, même si la rémunération prévue est limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu ⁴⁶.

Dans un second temps, la Cour souligne qu'un tel contrat n'appartient pas aux deux types de marchés qui, bien que conclus par des entités publiques, ne rentrent pas dans le champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics : ceux relevant de la coopération verticale ⁴⁷ et ceux relevant de la coopération horizontale ⁴⁸.

La Cour considère en particulier que le contrat litigieux ne semble pas avoir pour objet d'instaurer une coopération entre les deux entités en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune et qu'en outre, il autorise de recourir à un tiers pour l'accomplissement de la mission prévue par ledit contrat, de telle sorte que ce tiers pourrait être avantageux ⁴⁹.

(44) CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, pt 29.

(45) CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, pt 30.

(46) CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, pt 31.

(47) Des marchés conclus par une entité publique avec une personne juridiquement distincte de celle-ci lorsque, à la fois, cette entité exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que ladite personne réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les entités qui la détient. À cet égard, il est constant qu'aucune de ces conditions n'est remplie dans le cadre d'un contrat tel que celui projeté dans l'affaire au principal. En effet, il ressort de la décision de renvoi que, dans le contexte de l'affaire au principal, tout d'abord, aucune entité n'en détient une autre. Ensuite, l'entité qui confie l'exécution d'une tâche à l'autre, bien qu'elle se réserve le droit de contrôler la bonne exécution de cette tâche, n'exerce pas sur la seconde entité un contrôle pouvant être qualifié d'analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Enfin, cette seconde entité ne réalise pas l'essentiel de ses activités pour la première entité (CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, pts 34 et 35).

(48) Des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques, ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci. Dans cette hypothèse, les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ne sont pas applicables pour autant que de tels contrats soient conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. L'ensemble des critères susmentionnés sont cumulatifs, de sorte qu'un marché entre entités publiques ne saurait sortir du champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics au titre de cette exception que si le contrat qui constate ce marché satisfait à tous ces critères (CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, pts 36 et 37).

(49) CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, pt 39.

8. Coopération horizontale : circonstances extraordinaires

[CJUE 20 juin 2013, aff. C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo et Comune di Barisciano*, CP-ACCP 2013, n° 135, p. 13]

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, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009, s'oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d'un contrat par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération lorsque – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Le fait qu'un tel contrat intervienne dans une situation extraordinaire ne peut être pris en considération que pour autant que le pouvoir adjudicateur établisse que sont réunies les conditions d'application de l'article 31, point 1, sous c), de cette directive.

La demande de décision préjudicielle se pose dans le cadre de deux litiges opposant le *Conseil national des ingénieurs* à deux communes italiennes (*Comune di Castelvecchio Subequo* et *Comune di Barisciano*) au sujet de conventions par lesquelles ces deux communes ont confié des missions portant sur des activités de soutien relatives à l'élaboration de plans de reconstruction de certaines parties de leurs territoires endom-

magées par le séisme survenu dans les environs de L'Aquila (Italie) le 6 avril 2009, respectivement, à l'*Università degli Studi Chieti Pescara – Dipartimento Scienze e Storia dell'Architettura* et à la *Scuola di Architettura e Design Vittoria (SAD) dell'Università degli Studi di Camerino*.

La Cour décide à nouveau de faire application de l'article 99 du Règlement de procédure et statue par voie d'ordonnance motivée.

Il s'agit encore de vérifier si les conditions posées par l'arrêt posant le principe de la coopération horizontale (du 9 juin 2009 ⁵⁰) sont réunies, puisque la qualification de marché public dans un complexe normatif et dans un complexe de faits similaires a déjà été retenue ⁵¹ et rappelée dans des arrêts récents ⁵². Comme dans l'affaire C-564/11, la Cour estime que les contrats litigieux comportent un ensemble d'aspects matériels dont une partie importante, voire prépondérante, correspond à des activités généralement effectuées par des ingénieurs ou des architectes et qui, bien qu'elles soient basées sur un fondement scientifique, ne s'apparentent cependant pas à la recherche scientifique. Par conséquent, contrairement à ce que la Cour a pu constater au point 37 de l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, la mission de service public, qui fait l'objet de la coopération entre des entités publiques instaurée par lesdits contrats, ne paraît pas assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux établissements universitaires et aux communes en cause au principal ⁵³. C'est toutefois à

(50) CJUE 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne*, Rec. I-4747.

(51) CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, non encore publié au Recueil.

(52) CJUE 16 mai 2013, aff. C-564/11.

(53) CJUE 20 juin 2013, aff. C-352/12, pt 46.

la juridiction de renvoi qu'il appartient d'effectuer les vérifications requises à cet égard.

S'il est évident que l'endommagement important d'une partie significative des bâtiments de plusieurs localités à la suite d'un séisme de grande ampleur constitue un événement extraordinaire et imprévisible, celui-ci ne peut justifier l'attribution directe d'un marché devant normalement faire l'objet d'une procédure ouverte, d'une procédure restreinte ou d'une procédure négociée avec publication d'un avis de marché que dans les conditions prévues à l'article 31, point 1, sous c), de la directive 2004/18/CE. Il

résulte d'une jurisprudence constante que le recours à cette dérogation est soumis à trois conditions cumulatives, à savoir l'existence, outre d'un événement imprévisible, d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte. Eu égard à son caractère dérogatoire, cette disposition doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Il incombe donc à la juridiction de renvoi de vérifier, le cas échéant, si ces conditions sont réunies dans les affaires au principal, étant précisé que la charge de la preuve incombe à la partie qui entend s'en prévaloir ⁵⁴.

9. Notion de pouvoir adjudicateur : d'organisme de droit public

(CJUE 12 septembre 2013, aff. C-526/11, *IVD c/ Ärztekammer Westfalen-Lippe*, Contrats Marchés publ. 2013/11, p. 23, jurisprudence 279, concl. av. gén. P. Mengozzi, note W. Zimmer ; M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, chron. AJDA 2013. 2307)

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, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 177/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009, s'oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d'un contrat par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération lorsque – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Le fait qu'un tel

contrat intervienne dans une situation extraordinaire ne peut être pris en considération que pour autant que le pouvoir adjudicateur établisse que sont réunies les conditions d'application de l'article 31, point 1, sous c), de cette directive.

L'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'un organisme, tel un ordre professionnel de droit public, ne remplit ni le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics lorsque cet organisme est financé majoritairement par les cotisations payées par ses membres, dont la loi l'habilite à fixer et à percevoir le montant, dans le cas où cette loi ne détermine pas l'étendue et

(54) CJUE 20 juin 2013, aff. C-352/12, pts 50-52.

les modalités des actions que ledit organisme entreprend dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales, que ces cotisations sont destinées à financer, ni le critère relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics du seul fait que la décision, par laquelle le même organisme fixe le montant desdites cotisations, doit être approuvée par une autorité de tutelle.

Le litige dans le cadre duquel la question est posée oppose une entreprise (*IVD*) à l'ordre professionnel des médecins de Westphalie-Lippe au sujet d'une décision de celui-ci d'attribuer un marché à une autre entreprise suite à un appel d'offres. Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c), de la directive 2004/18/CE doit être interprété en ce sens qu'un organisme, tel un ordre professionnel de droit public, remplit soit le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics, dès lors que cet organisme est financé majoritairement par les cotisations payées par ses membres, dont la loi applicable l'habilite à fixer et à percevoir le montant, dans l'hypothèse où cette loi ne détermine pas l'étendue et les modalités des actions que ledit organisme entreprend dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales, que ces cotisations sont destinées à financer, soit le critère relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics, dès lors que la décision par laquelle le même organisme fixe le montant desdites cotisations doit être approuvée par une autorité de tutelle.

Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE, une entité constitue un « organisme de droit public » au sens de cette disposition et est soumise, à ce titre, aux dispositions de cette directive

lorsque trois conditions cumulatives sont remplies, à savoir que cette entité ait été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial [pt a)], qu'elle soit dotée de la personnalité juridique [pt b)] et que son activité soit financée majoritairement par les pouvoirs publics ou que sa gestion soit contrôlée par ces derniers ou que plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance soient désignés par les pouvoirs publics [pt c)].

Les trois critères alternatifs énoncés sous l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c) traduisent une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics, susceptibles de permettre à ces derniers d'influencer les décisions de l'organisme en matière de marchés publics ⁵⁵. La Cour a déjà jugé que les trois critères doivent recevoir une interprétation fonctionnelle ⁵⁶, indépendamment des modalités de sa mise en œuvre.

S'agissant, tout d'abord, du premier critère énoncé à l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c), de la directive 2004/18/CE, relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics, la notion de financement vise un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée ⁵⁷. Cette notion devant recevoir une interprétation fonctionnelle, la Cour a jugé que le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics englobe un mode de financement indirect ⁵⁸. Un tel financement peut être opéré au moyen d'une redevance prévue et imposée par la loi quant à son principe et quant à son montant, et qui ne constitue pas la contrepartie de la

(55) CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, pt 20.

(56) CJCE 1^{er} févr. 2001, aff. C-237/99, *Commission c/ France*, Rec. I-939, pt 43 et jurisprudence citée; CJUE 13 déc. 2007, aff. C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, Rec. I-11173, pt 40.

(57) CJUE 3 oct. 2000, aff. C-380/98, *University of Cambridge*, Rec. I-8035, pt 21.

(58) CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, pt 23.

jouissance effective des services fournis par l'organisme concerné par les personnes qui en sont redevables, et dont les modalités de perception procèdent de prérogatives de puissance publique⁵⁹. 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. Ainsi en est-il lorsque des organismes, tels que des caisses publiques d'assurance sociale, sont financés au moyen des cotisations payées par ou pour leurs affiliés, sans contrepartie spécifique, lorsque l'affiliation à une telle caisse ainsi que le paiement de ces cotisations sont rendus obligatoires par la loi, que le taux de ces dernières, bien que formellement fixé par ces caisses elles-mêmes, est, d'une part, juridiquement imposé, la loi déterminant les prestations servies par les dites caisses de même que les dépenses corrélatives et leur faisant interdiction d'exercer leurs fonctions dans un but lucratif, et doit, d'autre part, être autorisé par l'autorité de tutelle, et que le recouvrement est effectué de manière contraignante sur la base de dispositions de droit public⁶⁰.

En l'espèce, la situation de l'organisme en cause est caractérisée par l'importante autonomie que lui laisse la loi nationale 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. Par ailleurs, 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-mêmes⁶¹.

S'agissant, ensuite, du second critère énoncé à l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c), de la directive 2004/18/CE, relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics, il y a lieu de rappeler que, en principe, un contrôle *a posteriori* ne remplit pas ce critère, dès lors qu'un tel contrôle ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné en matière de marchés publics⁶². Tel est donc le cas, en principe, d'un contrôle général de légalité opéré *a posteriori* par une autorité de tutelle et, *a fortiori*, d'une intervention de cette autorité sous la forme d'une approbation de la décision de cet organisme fixant le montant des cotisations qui assurent l'essentiel de son financement, qui se limite à vérifier que le budget dudit organisme est à l'équilibre⁶³.

La Cour estime que puisque la loi détermine ses missions ainsi que la manière dont son financement majoritaire doit être organisé, d'une part, et prévoit que la décision par laquelle il fixe le montant des cotisations dues par ses membres doit être approuvée par une autorité de tutelle, d'autre part, un organisme tel que l'*Ärztammer* dispose concrète-

(59) V., en ce sens, arrêt *Bayerischer Rundfunk e.a.*, préc., pts 41, 42, 44, 45 et 47 à 49; CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, pt 24.

(60) CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, pt 25; CJUE 11 juin 2009, aff. C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, Rec. I-4779, pts 53 à 56.

(61) CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, pts 27 et 28.

(62) CJCE 27 févr. 2003, aff. C-373/00, *Adolf Truley*, Rec. I-1931, pt 70.

(63) CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, pt 29.

ment d'une autonomie organisationnelle et budgétaire qui s'oppose à ce qu'il soit considéré comme se trouvant dans un état de dépendance étroite vis-à-vis des pouvoirs publics. Partant, les modalités

de financement d'un tel organisme ne constituent pas un financement majoritaire par les pouvoirs publics et ne permettent pas un contrôle de la gestion de cet organisme par ceux-ci ⁶⁴.

10. Marché public de travaux : vente d'un terrain par un organisme public

[CJUE 11 juillet 2013, aff. C-576/10, *Commission c/ Pays-Bas*, CP-ACCP 2013, n° 138, p. 8, concl. av. gén. M. Wathelet]

Afin de réaliser un projet immobilier sur son territoire comportant un volet « public » (services sociaux et culturels – SPIL Centrum) et un volet « privé » (des logements et un centre commercial), la ville d'Eindhoven rédige un avis relatif au « Choix d'un promoteur pour le centre de proximité de Doornakkers », comportant des critères à appliquer pour choisir l'acheteur des terrains sur lesquels le projet du centre Doornakkers doit être réalisé. L'avis précise en outre que le contrat de vente des parcelles proposé au cocontractant pressenti devrait respecter « les conditions-cadres et lignes directrices fixées par la commune, à savoir le cahier des charges », et qu'il doit « être conforme aux [...] souhaits des acheteurs/utilisateurs finaux ». Les conditions-cadres et lignes directrices, d'une part, précisent notamment, les fonctions et hauteurs des constructions conformément au plan d'urbanisme et, d'autre part, prévoient la construction d'appartements et de logements, l'extension du centre de soins existant, une zone de liaison entre les deux principaux sites, une bonne accessibilité, un stationnement souterrain conforme aux règles communales en matière de stationnement, la conservation d'espaces verts précieux ainsi que la création d'une place et d'un nouveau parc de quartier. La procédure mise en œuvre a débouché sur la conclusion d'un

contrat de vente de la parcelle concernée. Ce premier contrat a été suivi par un « contrat de coopération » permettant la mise en œuvre des plans de construction et d'un schéma directeur élaboré par l'acquéreur à l'aide d'un bureau d'architecture. Un troisième contrat est conclu avec un propriétaire du SPILcentrum (Woonbegrijp)

L'affaire pose une question d'application *ratione temporis* de la directive 2004/18/CE et une question touchant à la notion de « concession de travaux publics ». La Cour va trancher la première question sans aborder la seconde pour laquelle les conclusions de l'avocat général restent une source précieuse d'informations relatives, d'une part, à la qualification d'une vente d'un terrain présentant les caractéristiques d'un marché public au sens du droit dérivé et, d'autre part, à la question de savoir si la cession d'un terrain et des biens à construire peut être qualifiée de droit d'exploitation.

Les parties s'appuyaient sur les mêmes deux arrêts de la Cour de Justice ⁶⁵. Dans le premier arrêt (C-337/98), la Cour avait posé un principe et une exception à la question de l'application *ratione temporis* ⁶⁶ de la directive 93/38/CEE ⁶⁷ : le principe est que « [l]a décision d'un pouvoir adjudicateur relative au type de procé-

(64) CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, pt 30.

(65) CJUE 5 oct. 2000, aff. C-337/98, *Commission c/ France*, Rec. I-8377 ; CJUE 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, Rec. I-4401.

(66) Pts 48-60 des concl. av. gén. M. Wathelet, CJUE 11 juill. 2013, aff. C-576/10.

dure à suivre et à la nécessité ou non de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public constitue une phase distincte de la procédure, phase au cours de laquelle sont définies les caractéristiques essentielles du déroulement de cette procédure et qui, normalement, *ne peut avoir lieu qu'au stade du lancement de celle-ci*. Dès lors, pour apprécier si la directive [...] est applicable à une telle décision [...], *il convient, en principe, de prendre en considération le moment auquel ladite décision a été adoptée* »⁶⁸, pour des raisons liées à la sécurité juridique. L'exception réside dans la précision que « si [des négociations entamées ultérieurement] présentent des caractéristiques substantiellement différentes 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 ultérieure] pourrait être justifiée »⁶⁹. Les notions de « modifications substantiellement différentes » et de « termes essentiels du contrat » ont été développées dans le second arrêt. Il s'agit, selon la définition désormais classique : des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ; l'extension du marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ; d'une modification qui entraîne le changement de l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire d'une manière non prévue initialement ; de la substitution, non prévue

dans le contrat initial, d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché et du prix⁷⁰.

Appliquant ces principes au cas d'espèce, la Cour, suivant en tout point le raisonnement tenu par son Avocat général, considère que la décision de réaliser le projet immobilier du centre *Doornakkers* sans mise en concurrence préalable est intervenue au moment où le collègue échevinal a approuvé l'avis du 23 avril 2002. Il ressort du libellé même du point 2.5 de cet avis, que le fait que la commune a choisi la modalité d'une vente des terrains sous conditions « implique qu'il n'y aura pas d'adjudication et que les règles sur les marchés publics ne s'appliquent pas »⁷¹. Le fait que la répartition des risques financiers pour certaines parties du projet relatives au *SPIIcentrum* et la prise en charge de l'aménagement des espaces publics aient pu être définitivement arrêtées après l'avis du 23 avril 2002 n'est pas déterminant. En effet, au vu de la jurisprudence de la Cour, aucun de ces deux aspects particuliers du projet du centre *Doornakkers* ne peut être considéré comme présentant de caractéristiques substantiellement différentes de celles initialement prévues. Étant donné que l'option de la commune de ne pas procéder à une mise en concurrence préalable du projet du centre *Doornakkers* et le choix des caractéristiques essentielles de ce projet résultent clairement de l'avis du 23 avril 2002, c'est-à-dire, à une époque où la directive 2004/18/CE n'avait même pas encore été adoptée⁷², il y a lieu de constater que cette dernière n'est pas applicable *ratione temporis*.

(67) Dir. 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 (JO n° L 199, p. 84).

(68) Pts 36 et 37.

(69) Pt 44.

(70) Arrêt *Pressetext Nachrichtenagentur*, préc. (pts 35, 36, 37 et 40).

(71) Pts 55 et 56, CJUE 11 juill. 2013, aff. C-576/10.

(72) En vertu de son art. 80, elle devait être transposée au plus tard pour le 31 janv. 2006.

11. Marché public de travaux : charge imposée aux maîtres d'ouvrage et lotisseurs

(CJUE 8 mai 2013, aff. C-197/11 et C-203/11, *Libert et consorts c/ Gouvernement flamand*, avec concl. av. gén. J. Mazak ; F. Lorrens et W. Zimmer, Une réglementation en faveur du logement social peut-elle relever de la notion de marché public de travaux, *Contrats Marchés publ.* 2013. Repère 7 ; *CMP* 2013/7, n° 186, p. 23 ; R. Noguellou, *Obligations imposées à un constructeur et marchés publics de travaux*, *TDI* 2013. 369)

La réalisation de logements sociaux, devant par la suite être vendus, à des prix plafonnés, à un organisme public de logement social ou moyennant la substitution de cet organisme au prestataire de services ayant réalisé ces logements, relève de la notion de « marché public de travaux », lorsque les critères prévus à cette disposition sont réunis, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

La Cour constitutionnelle de Belgique a déféré les questions préjudicielles à la Cour justice afin de statuer sur un recours en annulation visant plusieurs dispositions du décret de la région flamande du 27 mars 2009 relatif à la politique foncière et immobilière : les unes liaient le transfert de terrains et constructions construites dans certaines communes flamandes à l'existence d'un lien suffisant du candidat acquéreur ou preneur avec la commune concernée ⁷³, les autres imposaient ⁷⁴ une charge sociale aux lotisseurs et maître d'ouvrage (réalisation de logements sociaux), des incitants fiscaux et des mécanismes de subventionnement compensant en partie la charge (l'application d'un taux

réduit de la taxe sur la valeur ajoutée et d'un taux réduit des droits d'enregistrement ⁷⁵, des subventions d'infrastructures ⁷⁶ et une garantie de reprise pour les logements construits) ⁷⁷.

Le dispositif normatif relatif à la charge sociale n'est pas propre à la Belgique, les politiques publiques foncières visant à imposer la réalisation d'une proportion raisonnable de logements sociaux sur les territoires communaux sont fréquentes dans les États membres ⁷⁸.

Sur les douze questions posées par la Cour constitutionnelle, une seule (la onzième) visait clairement la question de savoir si « la notion de "marché public de travaux" figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la [directive 2004/18/CE] doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'applique à une réglementation qui a pour effet d'attacher de plein droit à l'octroi d'un permis de construire ou de lotir relatif à un projet d'une taille minimale déterminée une "charge sociale" qui consiste à réaliser, à concurrence d'un pourcentage déterminé du projet, des logements sociaux qui doivent ensuite être vendus, à des prix pla-

(73) Cette première question ne présente pas de lien avec l'objet de la présente chronique. La Cour considère que les dispositions du décret flamand même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des ressortissants concernés, constituent des restrictions aux libertés fondamentales garanties par l'art. 21 TFUE et, dans leur domaine respectif, les art. 45, 49, 56 et 63 du TFUE ainsi que les art. 22 et 24 de la directive 2004/38/CE. Si des mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le TFUE peuvent néanmoins être admises à condition qu'elles poursuivent un objectif d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, le dispositif choisi en l'espèce a été considéré comme disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi.

(74) Le texte indique qu'une charge sociale est liée de plein droit à une autorisation urbanistique (art. 4.1.16, Décr. du 27 mars 2009). Le décret déterminait également les modalités d'exécution de la charge sociale (art. 4.1.17, Décr. du 27 mars 2009) dont l'exécution en nature.

(75) Art. 4.1.20, § 3, al. 2, Décr. du 27 mars 2009.

(76) Art. 4.1.23, Décr. du 27 mars 2009.

(77) Art. 4.1.21, Décr. du 27 mars 2009.

(78) R. Noguellou, *Obligations imposées à un constructeur et marchés publics de travaux*, *TDI* 2013. 369.

onnés, à un organisme public ou moyennant substitution de cet organisme ? » ⁷⁹

La Cour estime qu'elle ne dispose pas de tous les éléments requis pour répondre à la question de savoir si les quatre critères du marché public sont remplis dans le cas d'espèce, à savoir : 1° l'existence d'un contrat conclu par écrit, 2° à titre onéreux, 3° entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur, 4° qui a pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution, de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I de cette directive ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Elle finit cependant par conclure « que la réalisation de logements sociaux devant par la suite être vendus, à des prix plafonnés, à un organisme public de logement social ou moyennant la substitution de cet organisme au prestataire de services ayant réalisé ces logements relève de la notion de « marché public de travaux » définie à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE lorsque les critères prévus à cette disposition sont réunis, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier », laissant donc à la Cour constitutionnelle le soin de répondre à la question que cette dernière posait...

L'inconfort de la Cour de Justice est donc à la hauteur de celui des praticiens depuis l'arrêt relatif à la requalification du site de la Scala de Milan (mieux connu sous le nom de l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.* ⁸⁰). Le lecteur se souviendra que dans cet arrêt, au terme d'un raisonnement largement critiqué par la doctrine ⁸¹ et sur avis contraire de son Avocat

général, la Cour de Justice avait vu dans la réalisation d'une charge d'urbanisme imposée à l'occasion de l'octroi d'une autorisation urbanistique (réalisation d'un théâtre devant à terme devenir la propriété d'un pouvoir adjudicateur) un mécanisme de « mandat implicite exprès » au bénéfice dudit pouvoir adjudicateur dont la principale conséquence résidait dans l'obligation, imposée au promoteur privé, d'appliquer le droit des marchés publics pour choisir l'entreprise qui allait réaliser les travaux de construction impliqués par la réalisation de ladite charge.

Le raisonnement de la Cour de Justice semblait impliquer que la qualification de marché public de travaux puisse impliquer de considérer des actes juridiques de types unilatéral et contractuel, qui se nouent dans le cadre de relations complexes entre plusieurs intervenants, en recherchant la présence des éléments compris dans la définition du droit de l'Union entre des parties différentes ! Ainsi, la « relation onéreuse » se noue entre la ville, pouvoir adjudicateur, et le lotisseur, puisque ce dernier est exonéré, moyennant la réalisation de travaux, du paiement de ce que certains ordres juridiques appellent une « charge d'urbanisme ». La « relation consensuelle » qui enclenche l'application du droit dérivé est identifiée entre ces mêmes parties. Mais l'obligation d'appliquer le droit dérivé des marchés publics incombe au lotisseur pour compte du pouvoir adjudicateur. La relation onéreuse et consensuelle ne suffisant pas à expliquer l'obligation du lotisseur, la Cour de Justice avait complété son analyse en retenant le transfert de propriété à terme des « ouvrages » dans le patrimoine du pouvoir adjudicateur, indice ou critère qu'elle avait pour-

(79) Pts 80 à 92 des concl. av. gén. J. Mazak.

(80) CJUE 12 juill. 2001, aff. C-399/98, *Ordine degli Architetti e.a.*, Rec. I-5409, concl. Ph. Léger.

(81) V. A.-L. Durviaux, Logique de marché et marchés publics en droit communautaire. Analyse critique d'un système, Bruxelles, 2006, Larcier, spéc. p. 54-56 ; L. Richer, Une définition communautaire du marché de travaux : un arrêt récent de la Cour de Justice relatif à un projet d'urbanisme à Milan précise la notion de marchés de travaux, ACCP oct. 2001, n° 4, p. 61 ; J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, Chronique de droit communautaire, AJDA 2001. 948 s. : les auteurs font un rapprochement avec la solution retenue par CE 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, Rec. 326 ; AJDA 1975. 345 s., obs. M. de Franc et M. Boyon.

tant rejeté en d'autres occasions ⁸², pour justifier la solution retenue *in fine*. L'identification d'un « ouvrage public » semblait également avoir influencé de manière déterminante l'interprétation retenue par la Cour de Justice.

Nous avons critiqué cet arrêt notamment parce que le résultat concret de l'interprétation fonctionnelle de la Cour de Justice aboutissait à imposer la mise en concurrence à un lotisseur privé qui se voyait imposer la réalisation de travaux sans présenter les mêmes failles que les pouvoirs publics dans le choix des entreprises avec lesquelles il collabore, recherchant à maximiser son profit, le lotisseur privé est supposé poser des choix économiques rationnels.

Cet arrêt a ouvert des incertitudes infinies sur les limites de l'application du droit dérivé aux opérations immobilières complexes (ou simplement toute opération qui ne consiste pas dans un simple contrat d'entreprise conclu entre un pouvoir adjudicateur et une entreprise pour la réalisation de travaux).

L'arrêt *Helmut Müller* ⁸³ a réduit l'ampleur des incertitudes en posant une limite claire et raisonnable à l'extension du concept de marché public de travaux au sujet du quatrième critère relatif à l'objet du contrat, puisqu'il dit nettement que 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. Il propose, en outre, une nouvelle clé de lecture plus floue du second

critère (l'onérosité), l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur, ce dernier restant délicat à concrétiser dans les faits.

Il aurait été bienvenu que la Cour dise nettement dans la présente affaire que la qualification de marché public de travaux était exclue en raison de l'absence de contrat dont l'objet est la réalisation des travaux ou d'un ouvrage, puisque c'est bien la réglementation (le décret flamand du 27 mars 2009) qui impose la réalisation de la charge sociale qui prendra la forme des travaux, et que la vente d'un bien construit (puisque'il y a bien un contrat de vente du bien construit à une société publique de logement de service) n'est pas visé par le droit européen des marchés publics.

Il s'agit donc bien d'une occasion manquée de distinguer nettement une opération qui relève d'un rapport contractuel avec une contrepartie (prix) déterminée au terme d'une mise en concurrence entre opérateurs économiques ⁸⁴ d'une opération imposée par la réglementation sous forme d'une charge, pour un prix de vente du bien étant plafonné par la réglementation relative au logement social.

La question n'est pas d'ordre esthétique, mais bien fondamental, puisque le droit dérivé des marchés publics définit ces derniers en vue de régir leur passation par des modalités précises de mises en concurrence, encore faut-il que la mise en concurrence soit simplement possible ou simplement ajustée à la situation concrète, *quod non* dans le cas d'espèce.

(82) Not. dans son arrêt du 26 avr. 1994, aff. C-272/91, *Commission européenne c/ Italie*, Rec. I-1409 s.

(83) CJUE 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller*, Rec. I-02673; *Contrats Marchés publ.* 2010, n° 5, comm. 164, note Zimmer; V. égal. une première application de la jurisprudence *Helmut Müller*, CJUE 26 mai 2011, aff. C-306/08, *Commission c/ Espagne*, concl. av. gén. N. Jääskinen; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *Chronique de jurisprudence de la CJUE*, AJDA 2011, 1614.

(84) Il ne s'agit donc pas de prix « négocié » comme le soutient l'avocat général au pt 91 de ses conclusions dans la présente affaire, la capacité de négociation des opérateurs économiques dans le cadre de la passation des marchés publics étant limité par le droit dérivé sans aucune incidence que la qualification de marché public.

12. Marché public de travaux et subvention

(CJUE 26 septembre 2013, aff. C-115/12, *France c/ Commission*, avec concl. av. gén. J. Kokott)

L'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37/CEE ne vise pas tous les équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, mais seulement ceux d'intérêt général, comme des espaces verts accessibles au public, des installations sportives, des bibliothèques et des musées, qui font l'objet d'une subvention directe.

Le litige a pour origine un projet de construction privé (2003) dans la région française de Martinique ayant pour objet la rénovation et l'extension d'un village de vacances exploité par une société privée, financé à plus de 50 % par la puissance publique (not. par le Fonds européen de développement régional [FEDER]), réalisé sans respecter le droit de l'Union des marchés publics. La Commission a pour cette raison supprimé la participation financière du FEDER par décision du 28 juillet 2010.

Se pose dès lors la question de savoir si un village de vacances peut être classé dans la catégorie des équipements sportifs, récréatifs et de loisirs qui, financés à 50 % par la puissance publique, entraîne l'obligation d'appliquer le droit de l'Union des marchés publics dans le chef de la

personne (privée) qui reçoit les fonds publics. Se posait également la question de savoir si un allègement fiscal pouvait être considéré comme une subvention.

La Cour va rappeler à juste titre que la directive 93/37/CEE vise une subvention directe des travaux ou à l'ouvrage, et non de certaines personnes bénéficiaires. La Cour, fait rare dans la matière des marchés publics, va privilégier une interprétation étroite déduite de la genèse du texte plutôt qu'une interprétation finaliste qui conduit à une interprétation large du champ d'application du droit de l'Union des marchés publics, en soulignant que la notion de « subvention » directe prévue par la directive 93/37/CEE ne recouvrait pas des allègements fiscaux.

Une même interprétation étroite de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37/CEE est retenue par la Cour qui estime que cette disposition ne vise *pas tous* les équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, mais seulement ceux qui sont d'intérêt général, comme des espaces verts accessibles au public, des installations sportives, des bibliothèques et des musées ⁸⁵.

507

13. Possibilité de compléter un dossier de candidature postérieurement à la date fixée pour le dépôt des offres

(CJUE 10 octobre 2013, aff. C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser c/ Manova AS*, CP-ACCP 2013, n° 138, p. 11 ; Contrats Marchés publ. 2013/12, p. 38, comm. 309, note W. Zimmer)

Le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs

de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement

(85) Pt 72, CJUE 26 sept. 2013, aff. C-115/12.

leur communication sous peine d'exclusion de la candidature.

La demande de décision préjudicielle vise le principe d'égalité de traitement tel que repris dans l'article 2 de la directive 2004/18/CE dans le cadre de la passation d'un marché public de services non prioritaires ⁸⁶.

L'article 21 de la directive 2004/18/CE prévoit que la passation des marchés portant sur les services non prioritaires (annexe 2B) n'est régie que par les articles 23 et 35, § 4, de celle-ci, les règles fondamentales du traité et les principes généraux du droit de l'Union si le marché présente un intérêt transfrontalier ⁸⁷. Après avoir rappelé sa jurisprudence constante sur le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, la Cour va repartir du raisonnement qu'elle a déjà tenu sur la question de savoir comment les données relatives à l'offre peuvent être corrigées ou complétées ponctuellement parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes ⁸⁸ moyennant le respect de certaines exigences. Premièrement, la demande de clarification ne peut intervenir que lorsque le pouvoir adjudicateur a pris connaissance de l'ensemble des offres et doit, en principe, être adressée de manière équivalente à tous les soumissionnaires qui se trouvent dans une même situation ⁸⁹. Deuxièmement, la demande doit porter sur tous les points

qui demandent une clarification ⁹⁰. Troisièmement, le processus ne peut aboutir au dépôt d'une nouvelle offre ⁹¹. Pour finir, 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 ⁹².

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 ⁹³. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut demander que les données figurant dans un tel dossier soient ponctuellement corrigées ou complétées, pour autant qu'une telle demande porte sur des éléments ou des données, tels le bilan publié, dont l'antériorité par rapport au terme du délai fixé pour faire acte de candidature soit objectivement vérifiable. Toutefois, il y a lieu de préciser qu'il en irait autrement si les documents du marché imposaient la communication de la pièce ou de l'information manquante sous peine d'exclusion. En effet, il incombe à un pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés ⁹⁴.

(86) Art. 21 de la directive. La catégorie 24 de l'annexe IIB relative aux services d'éducation et de formation professionnelle était visée par le présent litige.

(87) CJUE 18 nov. 2010, aff. C-226/09, *Commission c/ Irlande*, Rec. I-11807, pts 29 et 31.

(88) CJUE 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko e.a.*, non encore publié au Recueil, pt 40.

(89) *Op. cit.*, pts 42 et 43.

(90) *Op. cit.*, pt 44.

(91) *Op. cit.*, pt 40.

(92) *Op. cit.*, pt 41.

(93) Pt 38, CJUE 10 oct. 2013, aff. C-336/12.

(94) Pt 40, CJUE 10 oct. 2013, aff. C-336/12; dans le même sens, CJUE 29 avr. 2004, aff. C-496/99 P, *Commission c/ CAS Succhi di Frutta*, Rec. I-3801, pt 115.

14. Faculté pour un opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités et système de certification

(CJUE 10 octobre 2013, aff. C-94/12, *Swm Costruzioni/Provincia di Fermo*, avec concl. av. gén. N. Jääskinen)

Le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature.

Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lus en combinaison avec l'article 44, paragraphe 2, de cette directive, s'opposent à une disposition nationale qui interdit, en règle générale, aux opérateurs économiques participant à une procédure d'adjudication d'un marché public de travaux de faire valoir, pour une même catégorie de qualification, les capacités de plusieurs entreprises.

La question de la prise en considération de la capacité des tiers pour remplir les exigences posées par le pouvoir adjudicateur relatives aux capacités économiques et financières et techniques a été largement traitée par la Cour de Justice dans trois arrêts devenus célèbres : *Ballast Nedam Groep I et II* et *Holst Italia*⁹⁵. Dans le premier arrêt, la Cour avait considéré « qu'une holding

qui n'exécute pas de travaux elle-même ne peut pas être empêchée de participer à des procédures de marchés publics de travaux au motif que ses filiales qui effectuent les travaux sont des personnes morales distinctes, s'il peut être établi qu'elle a effectivement à sa disposition les ressources des filiales qui sont nécessaires pour exécuter le marché »⁹⁶. Dans le second arrêt, la Cour avait transposé ce raisonnement dans le cadre d'un système de certification des capacités (le système belge d'agrément des entreprises de travaux, très comparables au système de certification italien au cœur de la présente affaire), interprétant le verbe « peut » comme consacrant un droit dans le chef des opérateurs économiques. Elle avait conclu « qu'en évaluant la capacité technique d'une société mère, les autorités publiques qui dressent des listes d'entrepreneurs agréés ont l'obligation de prendre en compte la capacité technique des entreprises appartenant au même groupe »⁹⁷.

Dans la troisième affaire, la Cour avait confirmé sa jurisprudence *Ballast Nedam Groep I et II* en considérant de manière générale (c'est-à-dire en dehors d'une relation société mère d'un groupement) qu'une entreprise pouvait faire état des capacités d'autres entreprises du groupe, *quelle que soit la nature juridique des liens qu'elle entretient avec celles-ci*, un soumissionnaire ne pouvant être écarté d'une procédure au seul motif qu'il entend mettre en œuvre des moyens qu'il ne détient pas en propre,

(95) CJCE 14 avr. 1994, aff. C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, Rec. I-1289; CJCE 18 déc. 1997, aff. C-5/97, *Ballast Nedam Groep*, Rec. I-7549; CJCE 2 déc. 1999, aff. C-176/98, *Holst Italia*, Rec. I-8607.

(96) Rappelé dans le pt 20 des concl. av. gén., CJUE 10 oct. 2013, aff. C-94/12.

(97) Pt 21, concl. av. gén., CJUE 10 oct. 2013, aff. C-94/12.

mais qui appartiennent à *une ou plusieurs entités autres que lui-même* ⁹⁸.

Le droit de l'Union n'exige dès lors pas qu'un soumissionnaire soit en mesure de réaliser directement la prestation objet du marché avec ses propres ressources ⁹⁹, à charge pour lui de démontrer qu'il dispose effectivement des ressources d'autres entités ¹⁰⁰.

Cette jurisprudence a été codifiée par la directive 2004/18/CE ¹⁰¹, notamment dans ses articles 47, 48 et 52 au cœur du présent litige.

La Cour prend soin de réexpliquer ces textes pour en confirmer leur portée : « L'emploi systématique du pluriel dans ces dispositions indique que celles-ci n'interdisent pas, en principe, aux candidats ou aux soumissionnaires de recourir aux capacités de plusieurs entités tierces pour justifier qu'ils satisfont à un niveau minimal de capacité. *A fortiori*, lesdites dispositions n'édicte aucune interdiction de principe quant au recours, par un candidat ou un soumissionnaire, aux capacités d'une ou de plusieurs entités tierces en sus de ses propres capacités, afin de remplir les critères fixés par un pouvoir adjudicateur » ¹⁰².

Le principe instauré par la directive 2004/18/CE est bien de permettre le cumul des capacités de plusieurs opérateurs économiques en vue de satisfaire aux exigences minimales de capacité fixées par le pouvoir adjudicateur pour autant qu'il soit prouvé à celui-ci que le candidat ou le soumissionnaire, qui se prévaut des capacités d'une ou de plu-

sieurs autres entités, disposera effectivement des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution du marché.

Ce principe est conforme à l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible ¹⁰³ et est de nature à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics ¹⁰⁴.

La Cour admet cependant qu'il ne « saurait être exclu qu'il existe des travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques, en vertu de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE, dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l'objet du marché en cause ». Toutefois, cette hypothèse constituant une situation exceptionnelle, la directive 2004/18/CE s'oppose à ce que ladite exigence soit érigée en règle générale par le droit national, ainsi que le fait une disposition telle que l'article 49, paragraphe 6, du décret législatif n° 163/2006 ¹⁰⁵. Cette disposition prévoyait en effet que, pour les travaux, le soumissionnaire ne pouvait faire valoir que les capacités d'une seule entreprise, le pouvoir adjudicateur pouvant autoriser dans les documents du marché qu'il puisse faire valoir les capacités de plusieurs entreprises.

(98) Arrêt *Holst Italia*, préc., pts 31 et 26, rappelé au pt 22 des concl. av. gén., CJUE 10 oct. 2013, aff. C-94/12.

(99) CJCE 23 déc. 2009, aff. C-305/08, *CoNISMa*, Rec. I-12129, pt 41 et jurisprudence citée.

(100) CJCE 18 mars 2004, aff. C-314/01, *Siemens et ARGE Telekom*, Rec. I-2549, pt 44 et jurisprudence citée.

(101) V. not. Art. 47, 48 et 52.

(102) Pt 30, CJUE 10 oct. 2013, aff. C-94/12.

(103) CJCE 23 déc. 2009, aff. C-305/08, *CoNISMa*, Rec. I-12129, pt 37 et jurisprudence citée.

(104) Pt 34, CJUE 10 oct. 2013, aff. C-94/12.

(105) Pts 35 et 36, CJUE 10 oct. 2013, aff. C-94/12.

15. Négociation d'une offre non conforme aux exigences impératives : impossibilité

(CJUE 5 décembre 2013, aff. C-561/12, *Nordecon c/ Rahandusministeerium*, CP-ACCP 2014, n° 140, p. 11)

L'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché.

Bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un 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. Si tel n'était pas le cas, le principe selon

lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu. L'obligation de transparence a, en effet, essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur ¹⁰⁶.

Le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité.

(106) CJUE 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko e.a.*, non encore publié au Recueil, pt 25.

