

**CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL**  
**M. ANTONIO LA PERGOLA**  
 présentées le 19 janvier 1999 \*

1. Par le présent recours, la Commission demande à la Cour de constater que la République française n'a transposé que partiellement, et de manière incorrecte, la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications<sup>1</sup> (ci-après la « directive »).

### La directive

2. La directive dont la Commission soutient qu'elle n'a pas été correctement transposée vise à garantir, dans les ordres juridiques nationaux, des moyens de recours rapides et efficaces pour prévenir et corriger d'éventuelles violations des règles communautaires en

matière de passation des marchés<sup>2</sup>. Elle précise les « pouvoirs » qui doivent être attribués à cette fin aux organes appelés à connaître desdits recours. A cet égard, l'article 2, paragraphe 1, laisse aux États membres la faculté de choisir entre deux solutions différentes, mais équivalentes en ce qui concerne leurs effets pratiques<sup>3</sup>: d'une part, l'option « suspension-annulation » prévue sous a) et b) de l'article précité; de l'autre, la possibilité d'adopter, dans les délais les plus brefs « d'autres mesures » visant le même résultat parmi lesquelles la directive cite « la faculté d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée »<sup>4</sup>. Cette dernière hypo-

2 — Voir le cinquième considérant. L'article 1<sup>er</sup> prévoit que: « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2, paragraphe 8, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de passation des marchés ou les règles nationales transposant ce droit en ce qui concerne: a) les procédures de passation des marchés relevant de la directive 90/531/CEE et b) le respect de l'article 3 paragraphe 2 point a) de ladite directive, dans le cas des entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique... ».

3 — L'option dite « suspension-annulation » est prévue par l'article 2 dans les termes suivants:

« 1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> prévoient les pouvoirs permettant:

soit

a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice

et

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis de marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause; ... »

4 — C'est nous qui soulignons.

\* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 76, p. 14.

thèse, prévue par l'article 2, paragraphe 1, sous c), est celle qui a été choisie par le législateur français lors de la transposition.

3. Le chapitre 2 de la directive régleme le système de l'attestation et relève lui aussi également du cadre du présent recours. Il prévoit<sup>5</sup> en substance que les États membres donnent la possibilité aux entités adjudicatrices de « recourir à un système d'attestation » dont les caractéristiques principales sont indiquées aux articles 4 à 7. Ce système permet aux entités en cause de « faire examiner périodiquement les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 90/531/CEE, ainsi que leur mise en œuvre pratique, en vue d'obtenir une attestation constatant que, à ce moment, celles-ci sont conformes au droit communautaire en matière de passation des marchés et aux règles nationales transposant ce droit »<sup>6</sup>.

4. Le chapitre 4 de la directive institue un système de conciliation facultative. La mise en œuvre de cette procédure peut, en application de l'article 9, être demandée par « toute personne qui a ou a eu un intérêt à obtenir un marché entrant dans le champ d'application de la directive 90/531/CEE et qui, dans le cadre de la procédure de passation de ce marché, s'estime lésée ou risquant d'être lésée par suite du non-respect du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit... ». L'entité adjudicatrice n'est toutefois pas tenue

de participer à la procédure précitée<sup>7</sup>. Les conciliateurs ont pour mission — si l'entité adjudicatrice donne son accord à la mise en œuvre de la procédure précitée — de s'efforcer « de rechercher dans les meilleurs délais un accord entre les parties, dans le respect du droit communautaire »<sup>8</sup> et d'informer la Commission « de leurs conclusions et de tout résultat auquel ils sont parvenus »<sup>9</sup>.

5. Le délai prévu par la directive pour sa transposition a expiré le 1<sup>er</sup> janvier 1993.

**Les règles françaises prévues pour la transposition de la directive**

6. La directive a été transposée en droit français par la loi n° 93-1416, du 29 décembre 1993, relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications<sup>10</sup>. Le texte de la loi en cause a été notifié à la Commission par lettre du 14 janvier 1994.

Pour la mise en œuvre de l'article 2 de la directive, le législateur français a choisi l'option

5 — Voir article 3  
6 — Voir article 4.

7 — Voir article 10, paragraphe 1.  
8 — Voir article 10, paragraphe 4.  
9 — Voir article 10, paragraphe 5.  
10 — *JORF*, du 1<sup>er</sup> janvier 1994, p. 10.

permise par le paragraphe 1, sous c), de l'article en cause qui prévoit que le juge dispose du pouvoir « *d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée* » <sup>11</sup>.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 93-1416 prévoit à cette fin que, sur demande de toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par un manquement, le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations dans un délai qu'il fixe. Une astreinte provisoire est également prévue au cas où l'infraction persiste. Le juge peut toutefois « prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages » <sup>12</sup>. Le quatrième alinéa de l'article précité dispose que « le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ».

L'article 1<sup>er</sup>, sixième alinéa, prévoit ensuite une astreinte définitive: « si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement contesté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive... ».

L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou en partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou en partie, d'une cause étrangère <sup>13</sup>.

L'article 4 de la loi n° 93-1416 prévoit des dispositions analogues à celles figurant à l'article 1<sup>er</sup> précité, en attribuant toutefois les pouvoirs y relatifs au président du tribunal administratif.

7. La règle française en cause ne prévoit aucune disposition visant à mettre en œuvre les chapitres 2 et 3 de la directive qui concernent, respectivement, le système d'attestation et la procédure de conciliation.

### La phase précontentieuse

8. Par lettre de mise en demeure du 8 septembre 1995, la Commission a informé les autorités françaises que le régime d'astreinte introduit par la loi n° 93-1416 ne constituait pas une transposition correcte du chapitre 1<sup>er</sup> de la directive; par ailleurs, selon la Commission, ladite loi ne prévoyait aucune disposition destinée à mettre en œuvre les disposi-

11 — C'est nous qui soulignons.

12 — Voir article 1<sup>er</sup>, troisième alinéa.

13 — Voir article 1<sup>er</sup>, sixième alinéa.

tions de la directive relatives au système d'attestation et à la procédure de conciliation.

*Sur l'adéquation du système d'astreinte*

Considérant que les réponses fournies par le gouvernement français n'étaient pas satisfaisantes, la Commission a envoyé le 8 novembre 1996 un avis motivé au gouvernement français.

La Commission n'a pas non plus jugé satisfaisante la réponse à l'avis motivé et elle a par conséquent saisi la Cour du présent recours, en application de l'article 169 du traité CE.

**Sur le fond**

9. La transposition correcte de la directive en droit français est contestée à divers titres par la Commission: le régime d'astreinte introduit par la loi n° 93-1416 ne constitue pas, selon elle, une mise en œuvre correcte de l'article 2 de la directive; en outre, le législateur français n'a pas transposé les règles de la directive concernant le régime d'attestation, ainsi que la procédure de conciliation.

10. Lors de la transposition de la directive, la République française a opté pour la solution c), en choisissant — pour ainsi dire — la voie de la « dissuasion financière », au lieu de celle de la suspension-annulation<sup>14</sup>. La loi n° 93-1416 attribue en effet au président de la juridiction compétente le pouvoir d'enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer à ses propres obligations, ainsi que d'assortir cette injonction d'une astreinte; provisoire, dans un premier temps et qui peut ensuite devenir définitive lors de sa liquidation<sup>15</sup>.

11. La Commission ne conteste pas, sur le plan des principes, le choix des autorités françaises de se prévaloir de l'option dite c), mais elle considère que la loi n° 93-1416 n'a pas correctement mis en œuvre les dispositions prévues par la directive. En effet, selon la Commission, le législateur français a omis de donner au mécanisme de l'astreinte un caractère dissuasif, tel que le prescrit expressément l'article 2, paragraphe 5, de la directive. L'institution requérante fait valoir que la disposition en cause aurait nécessité une disposition spécifique de transposition, alors que la législation française a au contraire laissé entièrement au pouvoir d'appréciation du juge français la fixation de la pénalité à un montant de nature à garantir son caractère dissuasif. Il ne sert à rien d'observer — poursuit la Commission — que les juges nationaux sont en tout état de cause tenus d'interpréter les règles internes à la lumière de la finalité

<sup>14</sup> — Voir ci-dessus, point 2.

<sup>15</sup> — Voir ci-dessus, point 6.

poursuivie par la directive; et par conséquent — en ce qui concerne la présente affaire — de fixer le montant de la pénalité à un niveau suffisamment élevé pour en garantir le caractère dissuasif. A cet égard, la requérante invoque la jurisprudence de la Cour selon laquelle une jurisprudence nationale, même si elle interprète les dispositions internes de manière conforme à l'esprit et à la lettre d'une directive, ne suffit pas à satisfaire aux exigences d'une transposition correcte <sup>16</sup>.

Quel est en définitive le grief de la Commission? Elle fait valoir, en substance, que le législateur aurait dû directement garantir le caractère particulièrement dissuasif de l'astreinte. Son montant aurait dû par conséquent être fixé par la loi et non laissé au pouvoir d'appréciation du juge. La directive nécessitait, pour sa transposition, soit une disposition adéquate de laquelle il devait impérativement résulter que le montant de l'astreinte est de nature à avoir l'effet dissuasif nécessaire, soit des règles limitant le pouvoir d'appréciation accordé au juge pour déterminer le montant de ladite pénalité, en fixant au moins le montant minimal de l'astreinte, ou en adoptant d'autres limites adéquates que l'ordre juridique interne peut déterminer à cette fin.

12. Le gouvernement défendeur répond aux arguments précités, en substance, que l'astreinte constituée, de par sa nature, un instrument dissuasif adapté. En outre, aucune

disposition de la directive n'impose, selon lui, la fixation de montants minimaux, s'agissant des sommes à verser en application de l'article 2, paragraphe 1, sous c); ni encore moins que lesdits montants soient fixés par la loi. Au contraire, cette possibilité avait été envisagée dans la proposition de directive présentée par la Commission, mais n'avait pas été maintenue dans le texte définitif <sup>17</sup>.

13. La thèse soutenue par la Commission nous laisse perplexe. En premier lieu, l'argument selon lequel le législateur français aurait dû spécifier, lors de la transposition, que l'astreinte devait avoir un caractère dissuasif ne nous convainc pas. Une telle précision serait, à notre avis, superflue. L'astreinte a, en effet, de par sa nature, pour objectif principal de fléchir la résistance de la personne tenue d'obéir à l'injonction, grâce précisément à l'injonction de payer une somme d'argent donnée pour chaque jour de retard dans l'exécution de la prestation due. L'astreinte est par conséquent un moyen de coercition typique pour contraindre une personne à respecter les injonctions émises par le juge; et sa fonction dissuasive réside précisément dans ses modalités spécifiques de fonctionnement. Telle est la raison pour laquelle une disposition normative expresse destinée uniquement à préciser que l'astreinte doit avoir un caractère

16 — Voir l'arrêt du 19 septembre 1996, *Commission/Grèce* (C-236/95, Rec. p. I-4459) ainsi que la jurisprudence citée au point 13.

17 — Voir l'article 11, paragraphe 2, de la proposition de la Commission: « L'instance de recours chargée de la fixation du montant payable conformément au paragraphe 1 le fixe à un niveau destiné à dissuader l'entité adjudicatrice de commettre ou de continuer à commettre la violation. Ce montant couvre au moins les frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à la procédure de passation de marchés par la personne qui a formé le recours. *Le montant de ces frais est fixé à un pour cent de la valeur du marché, sauf si la personne qui a formé le recours prouve qu'ils sont plus élevés.* Tout ordre de paiement d'une somme d'argent, conformément à la présente disposition exclut, de la part de la personne considérée, toute nouvelle demande de remboursement de frais pris en considération par l'instance de recours au moment de sa décision » (JO 1990 C 216, p. 8. C'est nous qui soulignons).

dissuasif n'ajouterait rien à son caractère déjà dissuasif, comme moyen de coercition indirecte — et particulièrement efficace — pour mettre en œuvre les injonctions du juge.

14. Un autre problème plus délicat est celui de savoir si le législateur français aurait dû garantir le caractère dissuasif de l'astreinte, en fixant directement son montant dans la loi de transposition, ou en imposant des critères ou autres modalités de calcul pour limiter le pouvoir d'appréciation du juge en ce qui concerne la détermination de ce montant. Cet aspect est à notre avis le point central de la critique formulée par la Commission. L'article 2, paragraphe 5, dispose en effet que « la somme à verser conformément au paragraphe 1, point c), doit être fixée à un niveau suffisamment élevé pour dissuader l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction »<sup>18</sup>. Le problème est cependant de savoir par qui cette somme doit « être fixée » pour que soit garanti son caractère dissuasif: c'est-à-dire, si elle doit l'être par le juge, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, comme le soutient le gouvernement français; ou si l'effet dissuasif ne peut être garanti par d'autres moyens que la détermination par voie législative des paramètres sur la base desquels le juge doit fixer la somme due.

A notre avis, la première solution, qui est celle adoptée par le législateur français lors de la transposition, est correcte. La thèse contraire, soutenue par la requérante n'a aucun fondement de caractère textuel: l'article 2,

paragraphe 5, n'impose pas en effet que ce soit le législateur plutôt que le juge qui fixe le montant des sommes à verser. La Commission reconnaît elle-même que cette solution n'est pas imposée directement par la directive. La proposition initiale, qui prévoyait au contraire une telle hypothèse, n'a pas été conservée dans le texte final. Cet aspect n'est certes pas décisif en soi. Il nous semble cependant qu'il résulte de l'interprétation de la directive que l'unique critère qu'elle impose aux États membres, et auquel on ne saurait déroger lors de la transposition, est que soit prévu un régime efficace, c'est-à-dire un mécanisme qui permet de prendre des mesures dans les délais les plus brefs pour remédier aux infractions commises et qui a par ailleurs l'effet dissuasif nécessaire pour empêcher que ne soient commises de nouvelles infractions. En d'autres termes, il est nécessaire pour transposer correctement l'option c), prévue par la directive, que les États membres introduisent un instrument de « dissuasion financière », pour ainsi dire, répondant à des critères d'efficacité en ce qui concerne la poursuite des objectifs que nous venons de rappeler.

S'il en est ainsi, le législateur français a correctement transposé l'article 2 de la directive en ayant recours à l'astreinte, qui est dans l'ordre juridique français un des instruments traditionnellement les plus efficaces pour faire obstacle au non-respect des injonctions des juges<sup>19</sup>. Nous ne considérons pas que l'efficacité dissuasive de l'astreinte, sur laquelle la Commission insiste à juste titre, soit nécessairement conditionnée par la détermination de son montant par voie législative dans le

18 — C'est nous qui soulignons.

19 — Voir, à titre d'exemple, Couchez, G.: *Voies d'exécution*, Paris, 1994, p. 5, qui souligne le caractère coercitif indirect mais particulièrement efficace de l'astreinte.

cadre de la transposition de la directive<sup>20</sup>. Une telle hypothèse nous semble au contraire démentie par l'expérience des régimes juridiques dans lesquels le recours à l'astreinte est fréquent: personne ne doute de l'efficacité dissuasive de l'astreinte, bien que dans de nombreux cas la fixation du montant dû soit laissée au pouvoir d'appréciation du juge plutôt qu'aux règles fixées par le législateur<sup>21</sup>.

15. Il est certain que le fonctionnement correct de l'option c) — et, notamment, le pouvoir dissuasif réel de la pénalité — dépend de l'exercice avisé de son pouvoir par le juge appelé à fixer le montant dû. Nous nous trouvons toutefois ici devant une directive dont les dispositions, pour autant qu'elles concernent le présent litige, ne nous semblent pas correctement transposées s'il n'est pas permis au juge de les appliquer avec une marge suffisante de pouvoir discrétionnaire. La typologie des manquements peut en effet être très variée. Le comportement de l'entité

20 — Il ne manque naturellement pas d'hypothèses dans lesquelles le législateur a imposé des modalités précises pour déterminer le montant de l'astreinte. Tel est le cas, par exemple, de l'article 16 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204) qui reconnaît à la Commission le pouvoir d'infliger « des astreintes à raison de cinquante à mille unités de compte par jour de retard », ou du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1), dans lequel le législateur communautaire a suivi la technique de la fixation d'un plafond pour l'astreinte (article 15). Il serait cependant inexact de conclure que l'astreinte n'est efficace que dans le cas où la loi a prévu un montant minimal et/ou maximal.

21 — Voir en ce qui concerne la règle introduite dans le droit belge par la loi uniforme pour le Benelux sur l'astreinte (convention signée le 26 novembre 1973, *Tractatenblad*, 1974, 6), les observations de van Compernelle, J.: *L'astreinte*, Bruxelles, 1992, p. 47. S'agissant de la détermination de l'astreinte, l'auteur relève que « le juge dispose de la plus grande liberté d'appréciation en ce qui concerne la fixation du montant... Tenant compte de toutes les circonstances de la cause, en ce compris le comportement du débiteur et ses capacités financières, le juge fixera librement le montant jugé apte à exercer sur le débiteur une pression suffisante pour le contraindre à exécuter la condamnation principale... Le juge exerce, à cet égard, un souverain pouvoir d'appréciation » (c'est nous qui soulignons).

adjudicatrice, sa bonne ou sa mauvaise foi, son empressement à corriger l'infraction ou à l'éviter et ainsi de suite peuvent du reste également varier. Or, il nous semble évident qu'il y a lieu de tenir compte de ces facteurs lors de la quantification des sommes à verser, en application de l'article 2, paragraphe 1, sous c). La personne la plus qualifiée pour opérer cette évaluation ne peut être que le juge, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. La fixation du montant de l'astreinte par voie législative s'accorderait mal avec les impératifs inhérents à un jugement ainsi défini. Il est vrai qu'une éventuelle disposition législative qui reconnaîtrait au juge la faculté de fixer la somme due entre une limite minimale et une limite maximale satisfierait à l'obligation de liquider l'astreinte en tenant compte de toutes les particularités de l'affaire en cause. Mais cette solution n'ôterait assurément pas au juge son pouvoir discrétionnaire de quantifier concrètement les astreintes, même s'il ne le fait que dans les limites fixées par le législateur. Par ailleurs, ces limites devraient être suffisamment larges pour garantir au juge la possibilité de tenir compte des différentes situations qui peuvent se présenter. Et il ne serait certes pas aisé pour la Cour de critiquer l'exercice par le législateur national de son pouvoir d'appréciation lors de la fixation des limites précitées pour la transposition de la directive.

Il est, d'autre part, significatif que la directive en cause ait reconnu aux organes qui connaissent d'éventuels recours une large faculté d'appréciation dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont conférés par l'article 2. Selon les termes du paragraphe 4 dudit article, « les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles

d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de *ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages ...* »<sup>22</sup>. La disposition précitée ne serait pas justifiée s'il était imposé aux États membres, lorsqu'ils transposent la directive, un régime dans lequel leurs organes internes se bornent à appliquer mécaniquement les solutions prévues par le législateur.

16. La Commission fait toutefois observer que la loi n° 93-1416 — dans la partie dans laquelle elle dispose que c'est aux juges qu'il incombe de fixer le montant de l'astreinte dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, sans qu'aucune disposition normative n'ait été prévue à cet égard — laisse en substance auxdits juges la charge de transposer correctement la directive. Selon la requérante, par conséquent, même si l'on entend considérer que le juge français fait un usage correct de son pouvoir d'appréciation et interprète les dispositions de la loi nationale de manière conforme à la finalité de la directive, cela ne satisfait pas aux critères d'une transposition adéquate au sens de la jurisprudence de la Cour. Il est renvoyé, sur ce point, au passage suivant des conclusions de l'avocat général M. Léger dans l'affaire Commission/Grèce<sup>23</sup>: « une jurisprudence nationale interprétant des dispositions de droit interne dans un sens estimé conforme aux exigences d'une directive ne saurait suffire à conférer à ces dispositions la qualité de mesures de transposition de cette directive ».

Ici s'impose une double série de considérations. Premièrement, les juges, tout comme les autres organes de l'État, sont tenus d'interpréter le droit national à la lumière de la finalité poursuivie par une directive<sup>24</sup>. Le juge français est lui aussi par conséquent destinataire de la directive litigieuse. Il y a lieu de retenir que l'article 2, paragraphe 5, dans la partie dans laquelle il prescrit que la somme à verser conformément au paragraphe 1, point c), doit être fixée à un niveau suffisamment élevé pour garantir un effet dissuasif s'adresse précisément aux juges, puisqu'il précise la nature des pouvoirs dont ces derniers doivent être investis.

En outre, nous ne considérons pas que le précédent invoqué par la Commission soit pertinent dans la présente affaire. Dans l'affaire Commission/Grèce, il n'y avait, en effet, aucune disposition de transposition et la défense du gouvernement hellénique consistait précisément à faire valoir que la jurisprudence du Conseil d'État offrait en tout état de cause « une protection juridictionnelle suffisante au regard des exigences de la directive »<sup>25</sup>. Par conséquent, l'avocat général et la Cour ont correctement exclu, dans l'affaire précitée, que la situation en cause ait été conforme aux exigences fondamentales que sous-tend toute transposition: « celles de

22 — C'est nous qui soulignons.

23 — Affaire précitée, point 26 des conclusions.

24 — Voir arrêts du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann (14/83, Rec. p. 1891), et du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635).

25 — Voir arrêt Commission/Grèce, précité, point 8.

sécurité juridique et de publicité adéquate »<sup>26</sup>. La présente affaire est cependant différente. La directive a été transposée par une mesure législative adéquate et l'on ne saurait reprocher aux autorités françaises de ne pas avoir introduit, dans la loi de transposition, une disposition qui n'est pas imposée par le texte de la directive et qui n'est pas essentielle pour garantir que les objectifs qu'elle poursuit soient atteints. S'agissant ensuite des exigences relatives à la sécurité juridique, il nous semble qu'il y est pleinement satisfait dès lors que — comme le note la jurisprudence de la Cour<sup>27</sup> — les particuliers sont en mesure de connaître l'existence et l'étendue des droits qu'ils peuvent invoquer en se fondant sur la directive. Ce qui signifie, dans la présente affaire, qu'il est satisfait à cette exigence fondamentale si les entreprises concernées sont en mesure de savoir qu'il existe des voies de recours permettant de faire sanctionner le non-respect des règles communautaires en matière d'appel d'offres; et que, par ailleurs, le juge peut imposer dans ce cadre le paiement d'une astreinte au cas où l'entité adjudicatrice n'obtempère pas aux injonctions du juge. La directive ne prévoit pas que le montant de la pénalité éventuelle doive être connu à l'avance et cette information ne répond, si l'on y regarde bien, à aucune exigence de sécurité juridique. On ne saurait, en toute hypothèse, fournir des indications anticipées de ce type qu'à titre indicatif et de manière incomplète, étant donné que la fixation de la somme en cause est susceptible — pour les raisons qui ont été exposées plus haut — de

variations qui dépendent de nombreux facteurs, et qui ne sauraient être prévues au préalable.

17. La Commission critique ensuite la loi n° 93-1416 en faisant valoir que l'astreinte introduite par le législateur français pour transposer la directive a un caractère dérogatoire par rapport aux règles du droit commun concernant l'astreinte dans le droit français, et notamment par rapport à la loi de 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution<sup>28</sup>. Ainsi, les autorités françaises auraient, selon la Commission, enfreint l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive selon lequel « les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales ».

Il n'y a pas non plus lieu d'accueillir ce grief. Comme le gouvernement français l'a fait correctement observer, les matières réglementées par la loi n° 93-1416 sont en fait différentes de celles qui relèvent du champ d'application de la loi n° 91-650. Cette dernière vise la mise en œuvre des obligations déterminées et permet précisément au juge, outre l'adoption d'autres mesures, de fixer une astreinte. La loi n° 91-650 n'a pu par conséquent être considérée *purement et simplement* comme base pour la transposition de la directive en cause.

26 — Voir les conclusions de l'avocat général, point 24. La Cour, au point 13 de l'arrêt, a rappelé la jurisprudence constante, selon laquelle « il est particulièrement important, afin que soit satisfaite l'exigence de sécurité juridique, que les particuliers bénéficient d'une situation juridique claire et précise, leur permettant de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales » (voir, en ce sens, arrêts du 23 mai 1985, Commission/Allemagne, 29/84, Rec. p. 1661, point 23; du 9 avril 1987, Commission/Italie, 363/85, Rec. p. 1733, point 7, et du 30 mai 1991, Commission/Allemagne, C-59/89, Rec. p. I-2607, point 18).

27 — Voir l'arrêt cité à la note précédente.

28 — Loi n° 91-650, du 9 juillet 1991 (JORF du 14 juillet 1991, p. 9228).

La loi en cause n'autorise pas le juge — qu'il soit du droit commun ou administratif — à intervenir au cours des procédures de marchés publics. Par conséquent, l'adoption de la loi n° 93-1416 ne répond pas à l'intention du législateur français de créer une procédure dérogatoire et moins contraignante par rapport aux règles en vigueur dans la procédure civile nationale. L'unique trait commun entre les deux lois consiste dans le fait qu'elles prévoient toutes deux le recours à l'astreinte. A part cela, il n'y a aucune autre similitude entre ces lois. Nous ne voyons, par conséquent, aucune violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, précité dans le fait que le législateur national — vu l'inapplicabilité de la réglementation prévue par la loi n° 91-650 — a prévu des règles adéquates de transposition qui tiennent compte des exigences spécifiques qui se présentent dans le contentieux réglementé par la directive en cause.

18. Il reste, enfin, à examiner le dernier grief formulé par la Commission s'agissant de la loi n° 93-1416: celui qui concerne la distinction entre l'astreinte provisoire et l'astreinte définitive. Selon l'institution requérante, la possibilité — prévue par la loi en cause — accordée aux juges de prononcer d'abord une pénalité provisoire et ensuite une pénalité définitive lors de la liquidation n'est pas conforme à la directive. Une telle possibilité ne serait, selon la Commission, ni prévue ni autorisée par la directive: le législateur communautaire s'est en effet borné à prévoir que le paiement de cette somme « peut être subordonné à une décision finale établissant que la violation a bien été commise »<sup>29</sup>. Aucune disposition ne reconnaît — comme le prévoit par contre la loi française de transposition —

le pouvoir du juge de modifier le montant de ladite somme, ni la possibilité que ce montant soit fixé en tenant compte du comportement du destinataire de l'injonction. Il en résulte, selon la requérante, une limitation de l'efficacité dissuasive du mécanisme introduit par les autorités françaises.

Nous ne pensons pas pouvoir nous rallier à cette thèse. Il est vrai que la distinction entre astreinte provisoire et astreinte définitive n'est pas textuellement prévue par la directive; mais elle n'en est pas non plus expressément exclue. L'unique critère qu'il convient d'avoir présent à l'esprit pour évaluer la correction du mécanisme choisi par le législateur national lors de la transposition est le critère de l'efficacité. Il ne nous semble pas que le fait de prévoir une astreinte provisoire et une astreinte définitive ait une influence négative sur son efficacité dissuasive. Selon nous, c'est même le contraire qui est vrai<sup>30</sup>. En fait, la disposition selon laquelle le juge prononce lors de la liquidation une pénalité définitive lui permet de tenir — pour ainsi dire — sous contrôle le comportement de l'entité adjudicatrice qui a manqué à ses obligations: en cas de manquement réitéré, le comportement de cette dernière pourrait en effet conduire le juge à augmenter le montant qui avait été précédemment fixé lors de l'astreinte provisoire. S'agissant, par contre, de la possibilité pour le juge de réduire le montant de l'astreinte, lors de sa fixation définitive, pour tenir compte du comportement de l'entité concernée, il nous semble qu'elle constitue une application correcte du

30 — Voir, en ce sens, Frignagni, A.: « La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese » in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 511: « la possibilité d'augmenter le taux de l'astreinte obéit à l'objectif précité de vaincre plus facilement la résistance du débiteur. Cela rend par ailleurs nécessaire la liquidation de la somme à titre définitif ».

29 — Voir article 2, paragraphe 5.

principe de proportionnalité<sup>31</sup>. Ce principe fondamental ne serait pas respecté si le juge devait déterminer, à titre définitif, le montant dû par l'entité adjudicatrice sans pouvoir prendre en considération sa coopération, au cours de la procédure, le fait qu'il a été promptement mis fin à l'infraction, ainsi que toutes les particularités qui caractérisent le cas d'espèce.

publication de la directive 92/13, par les autorités françaises, dans une revue spécialisée et très répandue dans le secteur des marchés publics<sup>32</sup>. Il n'y aurait, ajoute le gouvernement français, pas encore eu désignation d'attestateurs parce que les entités adjudicatrices n'auraient pas encore formulé de demande en ce sens.

### *Sur le système de l'attestation*

19. La Commission fait valoir que la République française n'a adopté aucune mesure de transposition, s'agissant du chapitre 2 de la directive qui réglemente le système d'attestation. Le gouvernement français admet, pour sa part, que la loi n° 93-1416 ne comporte pas à cet égard de disposition spécifique, mais considère que lesdites dispositions n'étaient pas nécessaires en l'espèce. Selon le gouvernement français, il suffit en effet, aux fins de la transposition correcte dudit chapitre 2 de la directive, que les entités adjudicatrices soient mises en mesure de connaître la possibilité, prévue précisément par les dispositions du chapitre 2, de soumettre les procédures d'adjudication au système d'attestation en cause. Or, une telle connaissance — conclut le gouvernement français — se serait réalisée grâce la

Il y a lieu, selon nous, d'accueillir ce grief formulé par la Commission. Comme le relève l'institution requérante, les dispositions du chapitre 2 de la directive nécessitent que soient prévues, lors de la transposition, des dispositions adéquates destinées, notamment, à préciser le système d'attestation choisi, le mode de désignation des attestateurs, les critères auxquels ils doivent satisfaire sur le plan professionnel et ainsi de suite. Ces dispositions font, quant à elles, totalement défaut dans la loi n° 93-1416. En outre, il faut encore observer que — selon la jurisprudence consolidée de la Cour — les dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre « avec une force contraignante incontestable... avec la spécificité, la précision et la clarté requises... afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique »<sup>33</sup>. Partant, « afin de garantir la pleine application des directives, en droit et non seulement en fait, les États membres doivent prévoir un cadre légal précis dans le domaine concerné »<sup>34</sup>. La simple publication de la directive dans une revue, même si cette dernière est très lue dans le secteur des marchés publics, ne répond pas aux critères posés par la jurisprudence que nous venons de rappeler.

31 — Ce n'est pas par hasard, selon nous, que l'article 15, paragraphe 3, du règlement sur le contrôle des concentrations, cité à la note 20, prévoit que, « Lorsque les personnes visées à l'article 3 paragraphe 1 point b), les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte avait été infligée, la Commission peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulterait de la décision initiale » (c'est nous qui soulignons). Il ne nous semble pas que cette disposition — qui constitue une application cohérente du principe de proportionnalité — diminue l'efficacité dissuasive de l'astreinte.

32 — Le gouvernement défendeur fait référence au numéro d'avril-mai 1992 de la revue *Marchés publics*.

33 — Voir arrêt Commission/Allemagne, précité (point 24).

34 — Voir l'arrêt précité à la note 26 (point 28).

*Sur la procédure de conciliation*

20. La Commission fait enfin valoir que les autorités françaises n'ont pas transposé en droit français les règles prévues par le chapitre 4 de la directive, en ce qui concerne la procédure de conciliation. Le gouvernement français ne conteste pas qu'il n'a pas été prévu de mesures de transposition adéquates, mais il fait valoir que, en l'espèce, aucune mesure expresse de transposition n'était nécessaire. En application de la directive, les États membres ont, selon lui, uniquement l'obligation de transmettre à la Commission les demandes de conciliation qui leur sont adressées par les intéressés<sup>35</sup>; il ajoute que ces derniers avaient été correctement informés de la possibilité offerte par la directive de recourir à la procédure en cause grâce à la publication de la directive dans la revue *Marchés publics*, précitée.

A notre avis, il n'y a pas lieu de faire droit aux arguments présentés par le gouvernement français. En effet, le rôle limité que le chapitre 2 de la directive confère aux États membres dans le cadre de la procédure de conciliation n'exonère pas les autorités nationales de l'obligation d'adopter des mesures de nature à garantir que les dispositions en cause soient correctement transposées. Cela d'autant plus que — comme l'admet le gouvernement défendeur — la transposition vise également à permettre aux intéressés de connaître l'existence d'une telle procédure ainsi que la possibilité d'y avoir recours. On ne saurait — pour des raisons analogues à celles indiquées en ce qui concerne le système d'attestation — considérer qu'il a été satisfait à cette exigence fondamentale de publicité avec la publication de la directive dans le numéro de la revue *Marchés publics* en cause; cette publication ne répond par conséquent pas aux critères définis par la jurisprudence de la Cour.

21. A la lumière des considérations développées ci-dessus, nous proposons à la Cour de:

- 1) déclarer qu'en n'adoptant pas dans le délai prescrit les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer aux chapitres 2 et 4 de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive en cause;
- 2) condamner la République française aux dépens

35 — Voir article 9, paragraphe 2.