

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} CHRISTINE STIX-HACKL

présentées le 14 septembre 2006¹

I — Remarques introductives

1. La présente procédure en manquement concerne, tout comme une autre procédure en manquement introduite parallèlement², la question de savoir quelles prescriptions peuvent être déduites du droit primaire en ce qui concerne la transparence des procédures de passation de marché. Il en va en particulier des obligations qui peuvent être déduites des libertés fondamentales et des principes généraux de droit pour les services dits «non prioritaires», c'est-à-dire pour des services pour lesquels la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services³ — remplacée entre-temps par le «paquet législatif», — prévoit un régime spécial et plus précisément un régime simplifié.

2. Il en va en outre de l'interprétation et du développement de la jurisprudence de la Cour dans les affaires *Telaustria* et *Telefonadress*⁴ et *Coname*⁵.

II — Cadre juridique

3. Il est indiqué, au vingt et unième considérant, de la directive 92/50:

«[...] l'application intégrale de la présente directive doit être limitée, pendant une période transitoire, aux marchés de services pour lesquels ces dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges transfrontaliers; [...] les marchés des autres services doivent être surveillés pendant une période déterminée avant qu'une décision soit prise sur

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Nos conclusions de ce même jour dans l'affaire *Commission/Irlande* (C-532/03).

3 — JO L 209, p. 1.

4 — Arrêt du 7 décembre 2000 (C-324/98, Rec. p. I-10745).

5 — Arrêt du 21 juillet 2005 (C-231/03, Rec. p. I-7287).

l'application intégrale de la présente directive; [...] il convient de définir le mécanisme de cette surveillance; [...] celui-ci doit en même temps permettre aux intéressés d'avoir accès aux informations en la matière».

4. En vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50, les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les prestataires de services.

5. La directive 92/50 définit, dans son titre II, une application dite «à deux niveaux». En vertu de l'article 8, les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI, c'est-à-dire des articles 11 à 37. En vertu de l'article 9 par contre, pour les marchés qui ont pour objet des services non prioritaires, c'est-à-dire des services de l'annexe I B, seuls les articles 14 et 16 sont à respecter.

6. L'annexe I B énumère une série de catégories de services. Le point 27 concerne les «autres services».

7. L'article 14 contient des dispositions relatives aux spécifications techniques qui figurent dans les documents généraux ou dans les documents contractuels propres à chaque marché.

8. L'article 16 dispose entre autres:

«1. Les pouvoirs adjudicateurs qui ont passé un marché public [...] envoient un avis concernant les résultats de la procédure d'attribution à l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

[...]

3. Dans le cas des marchés publics de services énumérés à l'annexe I B, les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis s'ils en acceptent la publication.

4. La Commission établit, selon la procédure prévue à l'article 40 paragraphe 3, les règles relatives à l'élaboration de rapports périodiques sur la base des avis mentionnés au paragraphe 3 et à la publication de ces rapports.

[...]»

III — Faits, procédure précontentieuse et procédure devant la Cour

9. Le 4 décembre 1992, le ministre des Affaires sociales irlandais a conclu, sans appel d'offres préalable, un contrat avec An Post, le service de la poste irlandaise. En vertu de ce contrat, les bénéficiaires de prestations sociales peuvent retirer les sommes qui leur sont dues dans les bureaux de poste.

10. Ce contrat initial couvrait la période du 1^{er} janvier 1992 au 31 décembre 1996. Il a été prolongé en mai 1997 jusqu'au 31 décembre 1999. L'autorité irlandaise compétente a fait publier dans le *Journal officiel des Communautés européennes* du 16 février 1999 une information préalable relative à la passation de marché envisagée. Il a pourtant été décidé, en mai 1999, de prolonger le contrat jusqu'au 31 décembre 2002. Cette décision a été par la suite suspendue.

11. À la suite d'une plainte, la Commission des Communautés européennes a lancé en octobre 1999 un échange de correspondance avec les autorités irlandaises.

12. En raison de l'intervention de la Commission, l'Irlande n'a pas officiellement prolongé le contrat. An Post continue

néanmoins à fournir les services, toutefois sur une base ad hoc, afin que les versements des prestations sociales ne soient pas interrompus.

13. Dans le cadre de la procédure en manquement introduite par la Commission en application de l'article 226 CE, l'Irlande n'a selon la Commission pas proposé de solution en réponse au problème soulevé. Eu égard aux réponses de l'Irlande à la lettre de mise en demeure du 26 juin 2002 et à l'avis motivé du 17 décembre 2002, la Commission considère l'action de l'Irlande relative à une nouvelle conclusion de contrat comme une violation des dispositions du traité CE et elle a donc introduit un recours auprès de la Cour.

14. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- 1) constater que, en confiant la fourniture de services à An Post sans aucun appel d'offres préalable, l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité;
- 2) condamner l'Irlande aux dépens de la Commission.

15. L'Irlande conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- 1) rejeter le recours de la Commission;
- 2) condamner la Commission aux dépens de l'Irlande.

IV — Arguments des parties et des parties intervenantes

A — La Commission

16. Selon la Commission, le fait que le contrat en cause ici relève du champ d'application de la directive 92/50 n'exclurait pas l'application des conditions développées dans la jurisprudence de la Cour et qui peuvent être déduites des libertés fondamentales ancrées dans le traité et de l'application de principes généraux qui trouveraient dans ces libertés fondamentales leur expression particulière.

17. L'obligation des États membres de respecter les principes généraux serait confirmée dans la directive elle-même à l'article 3,

paragraphe 2, qui contient une obligation générale des pouvoirs adjudicateurs de prévenir toute discrimination entre les prestataires de services. Cette obligation pèserait sur les autorités irlandaises tant en ce qui concerne les services visés à l'annexe I B que en ce qui concerne les services visés à l'annexe I A.

18. L'interprétation de la Commission serait la seule à être compatible avec la «logique de marché intérieur du traité». D'après la jurisprudence claire de la Cour, les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services imposeraient aux États membres des obligations en ce qui concerne l'attribution de marchés publics en dehors du champ d'application des directives. Cela vaudrait tant pour les types de marchés (comme les concessions de services) qui ne seraient pas réglementés de manière particulière que pour les types de marchés qui sont certes réglementés, mais dont la valeur serait en dessous des seuils fixés dans les différentes directives.

19. Ce serait donc aller directement à l'encontre de la logique de marché intérieur que de permettre aux États membres de ne soumettre des marchés publics dont la valeur dépasse les seuils financiers à aucune forme d'appel d'offres pour la simple raison que les services concernés relèveraient de l'annexe I B de la directive 92/50, alors que le droit communautaire exige dans de tels cas un

appel d'offres approprié alors même que les marchés ne relèveraient pas du champ d'application de ladite directive en raison de leur structure ou de leur valeur.

20. Des mesures nationales ne devraient être appréciées à la lumière des dispositions d'une directive et non des dispositions du traité que si la directive procède à une harmonisation exhaustive.

21. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'objectif qu'elle poursuit ne pourrait être atteint que par le biais de la législation, la Commission affirme qu'une directive ne saurait déroger au droit primaire. Les obligations découlant du droit primaire recouvriraient celles au titre des directives. Le droit dérivé aurait pour objet de compléter le droit primaire et de faciliter les objectifs qui y sont ancrés.

22. La Commission souligne enfin que le droit primaire contiendrait des prescriptions bien moins strictes que la directive. Contrairement à ce que pensent les parties intervenantes, la Commission n'exige pas en toutes circonstances un appel d'offres. La Commission n'exigerait pas non plus de l'Irlande qu'elle applique aux services non prioritaires les règles applicables aux services prioritaires.

23. S'agissant de l'aspect de la sécurité juridique, la Commission rappelle que le respect des limites du droit primaire dans le domaine des marchés publics ne représenterait pas une particularité.

B — *L'Irlande*

24. L'Irlande conteste l'exactitude de l'argumentation de la Commission. Elle estime, d'une part, que la jurisprudence de la Cour, citée par la Commission, ne serait pas pertinente et démontre ce point par un commentaire des différentes affaires ainsi que de l'argumentation présentée par la Commission dans ces mêmes affaires. Les mesures de l'Irlande devraient, d'autre part, compte tenu de l'applicabilité de la directive 92/50, être appréciées à l'aune de celle-ci et non au regard des libertés fondamentales.

25. L'action de la Commission violerait par ailleurs les principes de transparence, de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique. Au lieu de présenter une proposition de modification correspondante de la directive, ce à quoi elle aurait été tenue en vertu de l'article 43, la Commission poursuit des «concepts nébuleux». La Commission aurait de plus omis de reprendre une modification correspondante dans sa proposition qui a conduit en 2004 à l'adoption 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 (JO L 134, p. 114).

26. La Commission chercherait à pousser la Cour à intervenir en tant que législateur à la place du Conseil. Elle viserait à imposer à l'Irlande des obligations que la directive 92/50 exclut expressément. Elle violerait par là même l'équilibre institutionnel. Si la Commission déduit du principe d'égalité de traitement l'obligation de passer par un appel d'offres, cela soulèverait la question de la pertinence de la directive.

C — *Les parties intervenantes*

27. Le Royaume de Danemark, la République de Finlande, la République française et le Royaume des Pays-Bas sont intervenus dans la procédure en tant que parties intervenantes au soutien de l'Irlande.

28. Selon les gouvernements danois, finlandais, français et néerlandais, seuls les articles 14 et 16 de la directive 92/50 s'appliquent aux services litigieux. D'autres dispositions relatives aux appels d'offres ne s'appliquent donc pas aux services non prioritaires. On ne saurait non plus déduire de la jurisprudence de la Cour une obligation de publier un appel d'offres dans tous les cas.

Il convient de même de rappeler les prescriptions du principe de la sécurité juridique qui serait violé par l'interprétation large telle que défendue par la Commission. Il a été rappelé, dans ce contexte, que la violation par les pouvoirs adjudicateurs de dispositions de procédure entraîne pour ceux-ci une obligation de versement de dommages et intérêts.

29. Selon le gouvernement danois, on ne saurait déduire, ni de l'article 3 de la directive 92/50, ni des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, une obligation de conduire une procédure de passation de marché particulière. Soumettre des services non prioritaires à des dispositions de procédure détaillées violerait par ailleurs les principes de proportionnalité et de subsidiarité.

30. Les mesures nationales ne devraient être appréciées qu'à l'aune de dispositions d'harmonisation et non au surplus au regard du droit primaire. La Commission aurait en outre, d'après sa propre opinion en droit, logiquement dû mettre en cause la validité de la directive.

31. Les parties intervenantes signalent, d'une part, la genèse et les objectifs de la directive 92/50. Elles rappellent, d'autre part — en renvoyant en partie à l'obligation de révision en vertu de la directive 92/50 —, que même la Commission dans sa proposi-

tion de modification des directives relatives aux marchés publics, qui a conduit, entre autres, à l'adoption de la directive 2004/18, n'a pas intégré de modification du système en vertu duquel un régime simplifié continue à s'appliquer pour les services non prioritaires.

droit communautaire doivent encore être utilisées à titre supplémentaire en tant que critère d'évaluation. Dans le cadre d'un recours direct comme le recours en manquement, le critère d'évaluation est déterminé par la demande du requérant, en l'espèce la Commission.

V — Appréciation

A — *L'objet de la présente procédure en manquement*

32. En ce qui concerne l'objet de la présente procédure en manquement, plusieurs points ne sont pas contestés entre les parties. Cela concerne, d'une part, le fait que le marché litigieux relève de la classe 913 de la CCP (classification centrale des produits). Elle appartient à la catégorie 27 des «autres services» de l'annexe I B de la directive 92/50. Elle doit donc être qualifiée de service non prioritaire. Il est par ailleurs clair que, dans l'affaire en cause, le seuil pertinent au titre de l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 a été dépassé.

33. Par conséquent, alors qu'il est relativement aisé de répondre à la question de savoir si le marché litigieux relève du champ d'application de la directive 92/50 ou si elle est soumise à un régime spécial, il faut encore clarifier quelles autres dispositions du

34. Ainsi qu'il ressort de la requête, la Commission souhaite faire constater un double manquement. Elle relève, d'une part, la violation des libertés fondamentales, en particulier des articles 43 CE et 49 CE. Elle relève, d'autre part, la violation des principes généraux du droit communautaire, en particulier de la transparence et de l'égalité de traitement (non-discrimination).

35. Une disposition supplémentaire a par ailleurs été évoquée dans le cadre de la procédure devant la Cour: l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50. En vertu de cette disposition, les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les prestataires de services.

36. La Commission veut déduire de cette disposition un principe qui vaut pour tous les types de services et donc aussi pour les services non prioritaires, objet de la présente procédure.

37. La Commission a néanmoins omis de reprendre dans sa requête la violation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50. La Commission fait certes référence à cette disposition de la directive dans sa requête⁶, mais cela ne suffit pas. La Commission souhaiterait en effet seulement démontrer avec ce renvoi que même la directive pose expressément une interdiction de discrimination. La Commission pourrait voir cela comme une confirmation du fait que les États membres doivent respecter des principes de droit correspondants. S'y ajoute le fait que la Commission, dans l'avis motivé, n'a relevé que la violation des articles 43 CE et 49 CE.

38. En ce qui concerne la violation alléguée des principes généraux de droit, la Commission se penche sur la question non seulement dans le cadre de l'appréciation en droit des faits, mais également dans la section de la requête dans laquelle elle résume en conclusion les dispositions qui sont selon elles violées (point 56). Cela vaut également pour le grief de la violation des articles 43 CE et 49 CE.

39. Il n'est par conséquent pas nécessaire de se pencher plus avant sur la question de savoir quels sont les effets de droit de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50 à l'égard des services dits «non prioritaires».

B — *Les directives sont-elles complétées par le droit primaire?*

40. La présente procédure ne concerne pas la question déjà réglée — du moins en principe — que le droit primaire doit être appliqué en dehors du champ des directives sur les marchés publics. En effet, en vertu de la jurisprudence de la Cour⁷, les dispositions du droit primaire s'appliquent lorsque le marché n'est couvert par aucune des directives. La présente affaire concerne au contraire la question de savoir si les prescriptions du droit primaire s'appliquent également à des faits qui relèvent des directives.

41. Ce problème juridique n'est toutefois pas totalement nouveau. Rappelons la jurisprudence de la Cour en vertu de laquelle les prescriptions du droit primaire, en particulier les libertés fondamentales, s'appliquent également aux marchés qui sont couverts par les directives sur les marchés publics.

42. La Cour a ainsi jugé, dans une procédure en manquement concernant également l'Irlande, «que, en permettant l'inscription, dans le dossier d'appel d'offres relatif à un marché de travaux publics, d'une clause [...], l'Irlande a manqué aux obligations qui lui

6 — Point 43.

7 — Arrêts Coname (précité à la note 5, point 16), et du 20 octobre 2005, Commission/France (C-264/03, (Rec. p. I-8831, point 32).

incombent en vertu de l'article 30 du traité CEE»⁸. La Cour a statué de la même manière dans une autre procédure en manquement: elle a constaté, dans l'affaire concernant le Storebælt, une violation des articles 30, 48 et 59 du traité CEE (devenus, après modification, articles 28 CE, 40 CE et 49 CE)⁹.

43. Il faut y ajouter un arrêt très récent dans une procédure en manquement, dans lequel la Cour a constaté une violation de l'article 49 CE. Comme dans l'affaire concernant le Storebælt, il en allait du contenu de cahiers des charges, en particulier des sous-critères des critères d'attribution¹⁰.

44. Le principe de l'interprétation exhaustive ou complémentaire des directives par le droit primaire a cependant été également confirmé par la Cour dans d'autres circonstances.

45. L'arrêt HI livre à cet égard une indication précieuse. La Cour a jugé dans cette affaire que, «s'il est vrai que, hormis l'exigence de communication de la motivation du retrait de l'appel d'offres, la directive 92/50 ne comporte aucune disposition spécifique relative aux conditions de fond ou de

forme de cette décision, il n'en demeure pas moins que celle-ci reste soumise aux règles fondamentales du droit communautaire, et notamment aux principes consacrés par le traité CE en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services»¹¹.

46. Au point 47 de ce même arrêt, la Cour reste en termes généraux en affirmant: «nonobstant le fait que la directive 92/50 ne régit pas spécifiquement les modalités de retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services [...]».

47. Le principe du recours à titre complémentaire au droit primaire a été confirmé par la Cour dans une autre décision¹². Le fait que la Cour ait pour ce faire choisi la forme d'une ordonnance montre qu'elle considère au moins cette question comme étant réglée.

48. La Cour a jugé, de manière similaire, dans l'affaire Makedoniko Metro et Michaniki que, «même en l'absence, dans les directives communautaires en matière de marchés publics, de dispositions spécifiquement applicables, les principes généraux du

8 — Arrêt du 22 septembre 1988, Commission/Irlande (45/87, Rec. p. 4929, point 27).

9 — Arrêt du 22 juin 1993, Commission/Danemark (C-243/89, Rec. p. I-3353).

10 — Arrêts du 27 octobre 2005, Commission/Espagne (C-158/03, non publié au Recueil, JO 2005, C 330, p. 1) et Contse e.a. (C-234/03, Rec. p. I-9315).

11 — Arrêt du 18 juin 2002 (C-92/00, Rec. p. I-5553, point 42).

12 — Ordonnance du 16 octobre 2003, Kauppatalo Hansel (C-244/02, Rec. p. I-12139, points 31 et 33).

droit communautaire [...] régissent également les procédures de passation de marchés publics»¹³.

49. L'arrêt dans l'affaire Unitron Scandinavia et 3-S¹⁴ évoqué dans la présente procédure concerne certes également la transparence, mais cette procédure concernait l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité et non le principe de l'égalité de traitement en tant que principe général de droit, donc le principe d'égalité.

50. On peut donc retenir que le principe en vertu duquel le droit primaire s'applique aussi aux passations de marchés qui relèvent des directives sur les marchés publics a été confirmé par la Cour. Il faut cependant examiner la portée de ce principe. Ainsi, d'après le principe marquant le rapport entre droit primaire et droit dérivé, l'application du droit primaire est exclue si les faits sont réglés de manière exhaustive par des dispositions du droit dérivé¹⁵. Il existe donc des restrictions de droit communautaire à l'application complémentaire du droit primaire.

13 — Arrêt du 23 janvier 2003 (C-57/01, Rec. p. I-1091, point 69, nous mettons en exergue).

14 — Arrêt du 18 novembre 1999 (C-275/98, Rec. p. I-8291, points 30 et suiv.).

15 — Arrêts du 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage (C-37/92, Rec. p. I-4947, point 9); du 13 décembre 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897, point 32), et du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887, point 64).

51. Tandis que la jurisprudence de la Cour a entre-temps aussi clarifié que le contenu des facteurs d'attribution et les modalités de révocation ne sont pas réglés de manière exhaustive dans les directives sur les marchés publics, il reste à examiner comment il convient d'apprécier la réglementation relative à l'obligation de transparence pour les services non prioritaires.

C — La directive 92/50 contient-elle une réglementation exhaustive de l'obligation de transparence pour les services non prioritaires?

52. La présente procédure se caractérise par le fait qu'elle concerne l'applicabilité du droit primaire en relation avec une passation de marché soumise au régime spécial d'une directive sur les marchés publics.

53. La catégorie des services non prioritaires ne constitue par ailleurs pas l'unique catégorie de marchés pour lesquels un régime spécial est fixé dans les directives sur les marchés publics. La directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux¹⁶ (ci-après, également, la «directive de coordination des travaux»), prévoit ainsi pour les concessions de travaux un régime simplifié. Comme

16 — JO L 199, p. 54.

l'article 9 de la directive 92/50, l'article 3, paragraphe 1, de cette directive prescrit les dispositions de la directive qui doivent être appliquées. Contrairement à la réglementation de la directive 92/50 relative aux services non prioritaires, la directive de coordination des travaux soumet les concessions de travaux aussi à l'obligation de faire publier un appel d'offres avec un contenu minimal déterminé (article 11 de la directive 93/37).

54. Aux fins de la clarté, il convient de signaler que la présente procédure n'a pas pour objet de déterminer si les obligations que pose la directive 92/50 pour les services prioritaires valent également pour les services non prioritaires, et donc si ces obligations doivent être appliquées directement ou du moins par analogie.

55. Il faut de plus signaler qu'il ne s'agit pas de savoir si l'ensemble de la directive doit être considéré comme une mesure d'harmonisation exhaustive, mais plutôt si l'aspect déterminant est réglé de cette manière. Il est même typique pour le droit communautaire que les directives contiennent une réglementation exhaustive à l'égard de certains aspects, mais pas à l'égard d'autres¹⁷. La Cour a ainsi jugé, à l'égard de l'une des directives sur les marchés publics, qu'elle ne crée pas de droit communautaire uniforme

et exhaustif et que les États membres doivent respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire¹⁸.

56. Les prescriptions du droit primaire sont applicables à l'attribution de marchés de services non prioritaires, pour autant qu'il n'existe pas à cet égard d'harmonisation exhaustive. Le fait que, dans l'ensemble, la directive 92/50 ne procède pas à l'égard des services non prioritaires à une harmonisation exhaustive n'est par contre pas une condition. Il s'agit uniquement d'examiner dans le cadre de cette procédure si la réglementation de l'obligation de transparence dans la directive 92/50 est exhaustive, ainsi que l'affirment l'Irlande, la République française et le Royaume des Pays-Bas. Si cela ne devait pas être le cas, la jurisprudence de la Cour exposée ci-avant serait transposable aux critères d'attribution et à la révocation.

57. Il faut par ailleurs citer dans ce contexte l'arrêt prononcé dans l'affaire Contse e.a., dans lequel la Cour est partie du principe que les libertés fondamentales s'appliquent aux services non prioritaires. Notons en passant que, en raison du renvoi à l'article 9 de la directive 92/50, pas même les règles de la directive 92/50 qui doivent être complétées ne s'appliquent aux services non prioritaires.

17 — Voir, par exemple, arrêts du 19 mars 1998, *Compassion in World Farming* (C-1/96, Rec. p. I-1251, points 55 et suiv.), et du 14 décembre 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft et Spitz* (C-309/02, Rec. p. I-11763, points 53 et suiv.).

18 — Ainsi pour la directive de coordination des travaux de 1971: arrêt du 9 juillet 1987, *CEI e.a.* (27/86 à 29/86, Rec. p. 3347, point 15).

58. Dans la présente affaire, il n'en va cependant pas de l'organisation des critères d'attribution ou de la révocation, mais au contraire d'un aspect très précis de la transparence, à savoir la publicité ex ante d'un marché public. La question de savoir si la directive 92/50 harmonise de manière exhaustive l'aspect ici pertinent de l'obligation de transparence doit, d'après la jurisprudence de la Cour, être appréciée d'après les termes de la disposition en cause, de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie¹⁹.

59. Ainsi que la Cour l'a déjà jugé, le point de départ de l'interprétation doit être le vingt et unième considérant ainsi que l'article 9 de la directive 92/50²⁰.

60. Il est indiqué, au vingt et unième considérant, que l'application intégrale de cette directive doit être limitée, pendant une période transitoire, aux marchés de services pour lesquels ces dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges transfrontaliers, tandis que pour cette période pour les marchés des autres services seul un instrument de surveillance a été créé.

61. Les termes de la disposition centrale, à savoir l'article 9 de la directive 92/50, posent clairement que les marchés de services non prioritaires sont attribués d'après des dispositions expressément citées. Il s'agit des articles 14 et 16. Tandis que l'article 14 fixe les «Règles communes dans le domaine technique», l'article 16 règle certains aspects de la transparence. En ce qui concerne la transparence pour les services non prioritaires, le législateur communautaire n'a donc pas renvoyé à l'ensemble du titre V de la directive intitulé «Règles communes de publicité», mais uniquement à une partie de ce titre.

62. Le législateur communautaire a donc consciemment choisi de ne fixer pour les services non prioritaires que des obligations de transparence spécifiques. L'article 16, paragraphe 1, pose ainsi l'obligation de transmettre à l'Office des publications les résultats d'une procédure de passation de marché.

63. La décision du législateur communautaire de ne pas renvoyer à la disposition importante de l'article 11 est d'une importance capitale pour la présente procédure en manquement. Cette disposition fixe, entre autres, les conditions en vertu desquelles le pouvoir adjudicateur peut choisir une procédure négociée sans appel d'offres. Elle permet une passation de marché dite «de gré à gré» ou directe et donc une attribution sans publicité. Ces conditions n'ont donc pas été reprises pour les services non prioritaires.

19 — Arrêt *Compassion in World Farming* (précité à la note 17, points 49 et suiv.), et arrêt du 19 octobre 1995, *Hönig* (C-128/94, Rec. p. I-3389, point 9).

20 — Arrêt du 14 novembre 2002, *Felix Swoboda* (C-411/00, Rec. p. I-10567, points 46 et suiv.).

64. En vertu de l'article 16, paragraphe 2, les dispositions des articles 17 à 20 ne s'appliquent qu'aux services prioritaires. Ces dispositions règlent essentiellement les modèles à utiliser pour les appels d'offres ainsi que les délais à respecter.

65. L'opinion de la Commission selon laquelle les articles 14 et 16 de la directive 92/50 ne règlent pas l'aspect qui fait l'objet de la présente procédure est donc correcte. La Commission en tire cependant la conclusion hâtive que le droit primaire entre ainsi en jeu. Il faudrait cependant d'abord examiner s'il faut déduire du fait que seuls certains aspects sont expressément réglés qu'il n'y a pas d'harmonisation exhaustive.

66. C'est là la question anticipant la question de savoir si, à l'égard des services non prioritaires, il n'est certes pas nécessaire de respecter les prescriptions strictes de la directive 92/50, mais au moins celles moins strictes du droit primaire.

67. Il convient de répondre à cette question préalable en ce sens que la directive 92/50, en ce qui concerne la transparence relative à l'attribution de marchés de services non prioritaires ne contient pas de réglementation exhaustive et qu'il faut recourir au droit primaire à titre complémentaire.

68. L'approche contraire conduirait sinon à ce que, pour les passations de marchés tout à fait en dehors du champ d'application de la directive 92/50, par exemple les concessions de services, il faudrait appliquer des prescriptions plus strictes, à savoir celles de la jurisprudence *Telaustria* et *Telefonadress* et *Coname*, que ce n'est le cas pour les services non prioritaires. Une solution alternative consisterait à baisser le standard pour les passations de marché en dehors du champ d'application, c'est-à-dire le degré de transparence et à appliquer pour les services non prioritaires ce standard réduit ou un standard légèrement relevé par rapport à ce dernier.

D — Contenu concret de la disposition dont la violation est alléguée

69. Afin de pouvoir constater une violation du droit communautaire, la Cour doit d'abord examiner le contenu de la disposition dont la violation est alléguée. Il n'est en effet pas possible d'apprécier le comportement de l'État membre concerné sans préciser le critère d'évaluation.

70. Dans le cadre d'un recours direct, comme la présente procédure en manquement, le requérant, ici la Commission, doit

expliquer plus précisément en quoi consistait l'obligation de l'État membre défendeur.

71. Dans la procédure écrite, la Commission ne s'est certes pas contentée de signaler l'existence d'obligations découlant des articles 43 CE et 49 CE ainsi que de certains principes, mais elle a au contraire au moins affirmé que, en vertu de la jurisprudence prononcée sur les prescriptions du droit primaire, il convenait d'assurer un degré adéquat de transparence. La Commission en est pour l'essentiel restée là.

72. La Commission cite dans ce contexte un arrêt²¹ relatif à deux procédures en manquement. Il faut noter à ce sujet que dans ces procédures il existait une obligation claire, à savoir une obligation au titre de la directive 93/37. Cette directive contenait expressément l'obligation de publicité de la passation de marché pour laquelle on prescrivait même dans certains modèles son contenu minimal.

73. Dans la présente procédure, de telles prescriptions du droit primaire font précisément défaut. La directive applicable en l'espèce ne prévoit pas de publicité préalable. Cela vaut également pour la jurisprudence relative aux libertés fondamentales et aux principes généraux de droit auxquels il a

souvent été fait référence durant la procédure. On ne peut par ailleurs déduire du dernier arrêt de principe de la Cour relatif au problème en cause ici, l'arrêt dans l'affaire Coname, que des principes formulés de manière très générale, mais pas d'obligations concrètes.

74. Si la présente procédure en manquement avait eu pour objet la compatibilité d'une législation nationale relative aux marchés publics, on pourrait défendre, pour ce qui est de la charge de la preuve qui repose sur la partie requérante, une approche plus généreuse. Dans la présente procédure, il en va cependant de la poursuite d'un comportement concret, c'est-à-dire d'un marché concret. Les développements de la Commission devraient donc être également concrets.

75. La présente procédure en manquement concerne certes de jure un cas unique, mais elle porte sur un problème juridique d'importance pratique générale. Comment les différents pouvoirs adjudicateurs et donneurs de concessions dans les États membres devraient-ils organiser leur pratique de concession si le cadre juridique est à ce point flou et que pas même la Commission, qui fait face aux États membres dans les procédures en manquement — et cela vaut déjà dans la procédure administrative préalable —, ne peut ou ne veut expliquer concrètement quelles prescriptions particulières doivent être respectées. Le fait qu'en l'absence, jusqu'à il y a quelques semaines, de

21 — Arrêt du 27 octobre 2005, Commission/Italie (C-187/04 et C-188/04, non publié au Recueil, JO 2005, C 36, p. 11).

communication interprétative dans cette affaire il ne soit pas clair quelle est la position précisément défendue par la Commission ne doit pas porter préjudice aux États membres. Cette circonstance aurait dû pousser la Commission à fournir des indications plus concrètes sur le contenu de l'obligation dont elle allègue la violation.

76. Vu ainsi, la constatation suivante de l'avocat général Jacobs dans une autre procédure de passation de marché est également exacte: «Elle n'a cependant pas précisé de quelles manières concrètes ces exigences pourraient être satisfaites»²².

77. Le principe en vertu duquel un degré adéquat de transparence doit être respecté implique donc en tant que règle la publication d'un avis de marché (appel d'offres). Il existe naturellement une série d'exceptions et de justifications sur lesquelles nous nous sommes déjà longuement penchées dans les conclusions dans l'affaire Coname²³ et dans nos conclusions de ce jour dans la procédure parallèle à la présente dans l'affaire C-532/03²⁴. Il faut donc ci-après examiner si, dans la présente affaire, l'une de ces exceptions ou justifications vient à s'appliquer. Puisque la Cour n'examine pas ce point

d'office, les développements qui suivent se limiteront aux arguments pertinents soulevés dans le cadre de la procédure.

78. Il faut tout d'abord signaler que l'État membre défendeur n'a pas pu démontrer l'existence dans le traité d'un motif justificatif expressément prévu ou reconnu par la jurisprudence. La même chose vaut pour l'applicabilité en ce sens d'une exception posée dans la directive²⁵.

79. On ne peut en effet pas exclure qu'il existe également des cas dans lesquels une procédure de passation de marché peut être conduite sans avis de marché préalable, c'est-à-dire sans appel d'offres. De telles circonstances n'étaient certes en l'espèce pas présentes ou n'ont du moins pas été démontrées.

80. Même le fait que le degré de transparence dépend des circonstances concrètes de la passation de marché, comme son objet et sa valeur, ne conduit pas en l'espèce à ce que l'on puisse ignorer l'obligation de procéder à une forme quelconque de publicité.

81. Il faut de plus se pencher sur l'argument de l'Irlande selon lequel l'action de la Commission violerait les principes de pro-

22 — Conclusions de l'avocat général Jacobs du 21 avril 2005 dans l'affaire *Impresa Portuale di Cagliari* (ordonnance du 23 mars 2006, C-174/03, non publiée au Recueil), point 77.

23 — Conclusions du 12 avril 2005 (arrêt précité à la note 3), points 58 et suiv.

24 — Points 86 et suiv.

25 — Par exemple l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50 ainsi que l'article 31 de la directive 2004/18.

tection de la confiance légitime et de la sécurité juridique. Il faut signaler, à cet égard, un aspect qui n'a pas été évoqué au cours de la procédure. L'État membre défendeur a mis en œuvre la mesure critiquée par la Commission dès le mois de mai 1999, alors que l'arrêt dans l'affaire *Telaustria* et *Telefonadress*, dans lequel le principe de transparence de droit primaire a été identifié, n'a été prononcé qu'en 2000.

82. Il convient de rappeler cependant à ce sujet que les arrêts d'interprétation qui sont prononcés dans le cadre d'une procédure préjudicielle en application de l'article 234 CE ont par principe un effet rétroactif. Aucune exception n'y a pour autant été faite dans l'arrêt *Telaustria* et *Telefonadress* ou dans l'arrêt *Coname*. Une telle possibilité n'est pas prévue dans la procédure en manquement au titre de l'article 226 CE.

83. Les questions juridiques relatives à l'appréciation des arrêts de la Cour dans lesquels on a constaté des obligations des États membres inattendues jusque-là ne pourraient être éventuellement réglées dans le cadre d'une deuxième procédure en manquement en application de l'article 228 CE qu'en cas de non-respect de l'arrêt dans la présente procédure de manquement. Cela pourrait alors être pris en compte comme une circonstance dans le cadre du calcul de la sanction pécuniaire.

84. L'examen des faits critiqués par la Commission a donc conduit à la constatation qu'il n'y avait aucune circonstance qui aurait pu permettre la prestation des services litigieux sans procéder à la moindre forme de publicité.

VI — Dépens

85. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, la partie qui succombe doit supporter les dépens. Puisque l'Irlande succombe et que la Commission a conclu en ce sens, l'Irlande doit être condamnée aux dépens de la Commission.

86. Le Royaume de Danemark, la République de Finlande, la République française et le Royaume des Pays-Bas sont intervenus dans la procédure en tant que parties intervenantes. Les parties intervenantes supportent leurs propres dépens en vertu de l'article 69, paragraphe 4, premier alinéa, du règlement de procédure.

VII — Conclusions

87. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de:

- 1) constater que l'Irlande a manqué à ses obligations au titre du traité CE en confiant à An Post, sans avis de marché préalable, la prestation de services, alors qu'aucune circonstance ne permettait de ne pas procéder à la moindre forme de publicité;
- 2) condamner l'Irlande aux dépens de la Commission;
- 3) constater que le Royaume de Danemark, la République de Finlande, la République française et le Royaume des Pays-Bas supportent leurs propres dépens.