

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M<sup>ME</sup> VERICA TRSTENJAK

présentées le 28 mars 2007<sup>1</sup>

### I — Introduction

1. La présente affaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure en manquement ouverte par la Commission des Communautés européennes contre la République fédérale d'Allemagne au titre de l'article 228, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE. Le recours introduit par la Commission vise à faire constater par la Cour que, en ne prenant pas les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne<sup>2</sup>, concernant l'attribution d'un contrat sur l'évacuation des eaux usées de la commune de Bockhorn et d'un contrat sur l'élimination des déchets de la ville de Brunswick, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.

2. Dans cet arrêt, la Cour a statué que la République fédérale d'Allemagne avait enfreint la réglementation communautaire relative à l'attribution des marchés publics. Elle a, d'une part, considéré comme établi

que le contrat relatif à l'évacuation des eaux usées de la commune de Bockhorn n'avait pas fait l'objet d'un appel d'offres et que le résultat de la procédure d'attribution n'avait pas été publié dans le supplément du *Journal officiel des Communautés européennes*, en violation des dispositions combinées des articles 8, 15, paragraphe 2, et 16, paragraphe 1, de la directive 92/50/CEE<sup>3</sup>. D'autre part, elle a constaté que la ville de Brunswick avait passé un contrat relatif à l'élimination de ses déchets en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, bien que les conditions fixées à l'article 11, paragraphe 3, de ladite directive pour la passation des marchés de gré à gré sans appel d'offres au niveau communautaire n'aient pas été remplies.

3. Dans le présent litige, la question centrale est de savoir quelles conséquences la République fédérale d'Allemagne aurait dû tirer de l'arrêt du 10 avril 2003 pour satisfaire à son obligation de rétablir une situation conforme au droit communautaire. Tandis que la Commission estime que les contrats de droit

1 — Langue originale: le slovène.

2 — C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, ci-après, également, l'arrêt du 10 avril 2003.

3 — Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

privé, initialement conclu pour une durée d'au moins 30 ans, auraient dû être résiliés, la République fédérale d'Allemagne rejette toute obligation de ce genre en se fondant en substance sur le droit reconnu aux États membres par l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/655/CEE<sup>4</sup> de limiter les pouvoirs de l'instance de recours à l'octroi de dommages-intérêts.

## II — Cadre juridique

4. L'article 228 CE dispose:

«1. Si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice.

2. Si la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris ces mesures, elle émet, après avoir donné à cet État la possibilité de présenter ses observations, un

avis motivé précisant les points sur lesquels l'État membre concerné ne s'est pas conformé à l'arrêt de la Cour de justice.

Si l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour dans le délai fixé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances.

Si la Cour de justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte [...]»

5. L'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 dispose:

«Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

4 — Directive du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33).

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir

que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.»

2) La ville de Brunswick (Allemagne) ayant passé un contrat relatif à l'élimination de ses déchets en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, bien que les conditions fixées à l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50 pour la passation des marchés de gré à gré sans appel d'offres au niveau communautaire n'aient pas été remplies, la République fédérale d'Allemagne a, lors de l'attribution de ce marché public de services, manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 8 et 11, paragraphe 3, sous b), de ladite directive.»

### III — Antécédents de l'affaire

A — *L'arrêt prononcé dans les affaires jointes C-20/01 et C-28/01*

6. Aux points 1 et 2 du dispositif de son arrêt Commission/Allemagne, la Cour a arrêté:

7. Pour un exposé détaillé des faits et de la procédure dans ces affaires, je renvoie au texte de cet arrêt<sup>5</sup>.

«1) La commune de Bockhorn (Allemagne) n'ayant pas lancé d'appel d'offres pour le contrat relatif à l'évacuation de ses eaux usées et n'ayant pas publié le résultat de la procédure d'attribution dans le supplément du *Journal officiel des Communautés européennes*, la République fédérale d'Allemagne a, lors de l'attribution de ce marché public de services, manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées des articles 8, 15, paragraphe 2, et 16, paragraphe 1, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

B — *La procédure préalable dans l'affaire C-503/04*

8. Par lettre du 27 juin 2003, la Commission a invité le gouvernement allemand à lui communiquer les mesures prises en vue de l'exécution de l'arrêt Commission/Allemagne, précité. Dans une communication du 7 août 2003, le gouvernement fédéral a

<sup>5</sup> — Arrêt précité à la note 2, points 6 à 20.

indiqué que la République fédérale d'Allemagne avait toujours reconnu les infractions et pris toutes les mesures nécessaires afin qu'elles ne se reproduisent plus. En revanche, il a considéré n'être tenu par aucune obligation de résilier les deux contrats litigieux.

9. Par lettre du 17 octobre 2003, la Commission a invité les autorités allemandes à formuler leurs observations dans un délai de deux mois.

10. Dans sa communication du 23 décembre 2003, le gouvernement fédéral a répété que la République fédérale d'Allemagne avait toujours reconnu et déploré les infractions et pris toutes les mesures nécessaires pour éviter qu'elles ne se reproduisent. Il aurait par ailleurs, dans un courrier de début décembre 2003, invité le gouvernement du Land de Basse-Saxe à veiller au respect de la législation sur la passation des marchés et à lui communiquer les mesures prises pour éviter que des infractions comparables ne se reproduisent. Le gouvernement fédéral a en outre fait référence à l'article 13 du Vergabeordnung (règlement allemand sur la passation des marchés), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2001, qui prévoit la nullité des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur lorsque les soumissionnaires écartés n'ont pas été informés de leur conclusion dans les quatorze jours précédant l'adjudication du marché. Le gouvernement fédéral a finale-

ment réitéré que le droit communautaire n'exige pas la résiliation des deux contrats auxquels l'arrêt Commission/Allemagne, précité, se référerait.

11. Par lettre du 1<sup>er</sup> avril 2004, la Commission a fait parvenir à la République fédérale d'Allemagne un avis motivé où elle soulignait que, dans la mesure où les contrats litigieux étaient destinés à produire leurs effets pendant plusieurs décennies encore, il n'est pas suffisant d'éviter de telles infractions dans les procédures de passation futures. L'exécution de l'arrêt du 10 avril 2003 requiert, selon elle, l'adoption de mesures pour mettre un terme au manquement dans les cas de passation traités dans cet arrêt. Pour ce faire, elle a fixé à la République fédérale d'Allemagne un délai de deux mois à compter de la réception de la lettre. La République fédérale d'Allemagne a répondu par courrier du 7 juin 2004, dans lequel elle confirmait sa position.

12. Estimant que la République fédérale d'Allemagne n'avait pas adopté les mesures nécessaires aux fins de l'exécution de l'arrêt Commission/Allemagne, la Commission a saisi la Cour le 7 décembre 2004.

#### **IV — Procédure devant la Cour**

13. Dans sa formulation initiale, le recours visait, d'une part, à faire constater que, en ne

prenant pas les mesures qui découlent de l'arrêt du 10 avril 2003, concernant l'attribution d'un contrat sur l'évacuation des eaux usées de la commune de Bockhorn et d'un contrat sur l'élimination des déchets de la ville de Brunswick, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE. Il concluait, d'autre part, à ce que la République fédérale d'Allemagne soit condamnée à verser à la Commission, sur le compte des ressources propres de la Communauté européenne, une astreinte quotidienne d'un montant de 31 680 euros par jour de retard dans l'exécution des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt susmentionné en ce qui concerne l'attribution d'un contrat sur l'élimination des eaux usées par la commune de Bockhorn et d'un montant de 126 720 euros par jour de retard dans l'exécution des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt susmentionné en ce qui concerne l'attribution d'un contrat sur l'élimination des déchets par la ville de Brunswick. Enfin, le recours demandait que la République fédérale d'Allemagne soit condamnée aux dépens.

14. Au cours de la procédure écrite, les contrats litigieux ont été résiliés. Dans son mémoire en défense du 14 février 2005, inscrit au registre de la Cour le 15 février 2005, la République fédérale d'Allemagne a déclaré que, le 3 janvier 2005, la commune de Bockhorn et l'entreprise en cause avaient conclu une convention de résiliation du contrat relatif à l'évacuation des eaux usées. Dans le même mémoire, elle concluait au rejet du recours et subsidiairement à ce qu'un éventuel arrêt faisant droit au recours ne produise d'effet que pour l'avenir, ainsi

qu'à la condamnation de la Commission aux dépens.

15. Dans sa réplique du 26 avril 2005, la Commission a déclaré que, en ce qui concerne ce moyen, elle ne maintenait ni son recours ni la demande d'imposition d'une astreinte.

16. Dans sa duplique du 28 juillet 2005, la République fédérale d'Allemagne a annoncé que (par convention des 4 et 5 juillet 2005) la ville de Brunswick avait désormais elle aussi résilié le contrat la concernant; en conséquence, la République fédérale d'Allemagne a demandé à la Cour de clore la procédure dans son intégralité en vertu des dispositions combinées des articles 92, paragraphe 2, et 91, paragraphes 3 et 4, de son règlement de procédure et d'ordonner la radiation de l'affaire; à titre subsidiaire, elle a conclu au rejet de l'intégralité du recours pour cause d'irrecevabilité. À titre conservatoire, la République fédérale d'Allemagne a fait valoir que la condamnation au paiement d'une somme forfaitaire était désormais exclue pour des raisons à la fois de procédure et de fond.

17. La Commission a réagi en annonçant dans ses observations du 6 décembre 2005 que son recours initial n'était plus maintenu qu'en ce qui concerne la constatation que, à la date pertinente, la République fédérale d'Allemagne ne s'était pas conformée à

l'arrêt de la Cour en ce qui concerne le contrat conclu par la ville de Brunswick. Par ailleurs, compte tenu de la résiliation a posteriori de ce deuxième contrat aussi, elle a estimé que la condamnation au paiement d'une astreinte n'était plus nécessaire. Dans les mêmes observations, la Commission a relevé que, si la condamnation au paiement d'une somme forfaitaire restait possible, elle estimait néanmoins inopportun de présenter une demande en ce sens, compte tenu des circonstances.

18. Par ordonnance du président de la Cour du 6 juin 2005, le Royaume des Pays-Bas, la République française et la République de Finlande ont été admis, au titre de l'article 93, paragraphe 1, du règlement de procédure, à intervenir au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne.

19. Le 7 décembre 2006 s'est déroulée une procédure orale avec la participation de la Commission, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française.

## V — Moyens et principaux arguments

20. La République fédérale d'Allemagne soulève plusieurs griefs relatifs à la recevabilité du recours et soutient que ce dernier est en outre dépourvu de fondement.

## A — La recevabilité du recours

### 1. La licéité de la procédure

21. Le gouvernement allemand fait d'abord valoir l'absence d'intérêt à agir de la Commission, au motif que cette dernière aurait négligé de présenter une demande en interprétation de l'arrêt au titre de l'article 102 du règlement de procédure de la Cour. La controverse sur la question des conséquences attachées à l'arrêt Commission/Allemagne, précité, aurait, selon lui, dû être tranchée par le biais d'une telle demande, et non par l'introduction d'un recours au titre de l'article 228 CE. Le dépôt immédiat d'une requête en vue du prononcé d'une astreinte sans demande préalable en interprétation serait en outre contraire au principe de proportionnalité.

22. La Commission fonde son recours sur le fait que la République fédérale d'Allemagne n'aurait pas adopté les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du 10 avril 2003, alors qu'elle y était tenue par l'article 228, paragraphe 1, CE. Dans cet arrêt, la Cour aurait reconnu la possibilité pour la Commission de se servir de la procédure en manquement pour faire constater, en vue de leur cessation, les infractions commises par les États membres à l'encontre de leurs obligations de droit communautaire, par

exemple sous forme de contrats de prestation de services à long terme conclus en violation du droit des marchés publics.

23. La Commission conteste que le litige aurait pu être tranché par une demande en interprétation présentée au titre de l'article 102 du règlement de procédure. Dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 226 CE, qui a conduit à l'arrêt du 10 avril 2003, la Cour aurait constaté un manquement. Une telle constatation serait le seul contenu possible d'un arrêt faisant droit au recours, puisque la Cour n'a pas qualité pour se prononcer sur les mesures qu'un État membre doit adopter en conséquence de cet arrêt.

## 2. Disparition de l'objet du litige

24. Le gouvernement allemand propose de clore la procédure en application de l'article 92, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, car les conditions d'application de cette disposition seraient remplies. Tant le contrat d'évacuation des eaux usées de la commune de Bockhorn que le contrat d'élimination des déchets de la ville de Brunswick, dont le maintien en vigueur avait incité la Commission à ouvrir la procédure, seraient désormais résiliés. En conséquence, le recours n'aurait plus d'objet et l'affaire principale serait éteinte.

25. À titre subsidiaire, le gouvernement allemand fait valoir que le recours doit être rejeté comme irrecevable, faute d'intérêt à agir, puisque, depuis la résiliation des contrats litigieux, il n'y a plus aucun motif d'inciter les États membres à mettre à exécution l'arrêt prononcé par la Cour dans les affaires jointes C-20/01 et C-28/01. En effet, dans le cadre d'un recours introduit au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE, la réponse à la question de savoir s'il subsiste un intérêt à agir dépend de la date de la dernière audience et non de celle d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé.

26. Le gouvernement néerlandais se rallie aux arguments du gouvernement allemand et propose à la Cour de rejeter le recours comme irrecevable, faute d'intérêt à agir, parce qu'il n'aurait plus d'objet depuis la résiliation du contrat d'élimination des déchets conclu par la ville de Brunswick.

27. La Commission soutient que, dans la procédure au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE comme dans la procédure au titre de l'article 226 CE, la recevabilité du recours est subordonnée à l'existence d'un manquement au moment où expire le délai fixé à l'État membre dans l'avis motivé. Si l'État membre n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt dans le délai imparti, la Commission peut saisir la Cour. Un recours recevable à son introduction ne peut pas devenir irrecevable sous l'influence d'événements ultérieurs.

28. En l'espèce, la Commission affirme avoir un intérêt à faire établir si, au moment pertinent, alors que le contrat conclu par la ville de Brunswick était encore en vigueur, la République fédérale d'Allemagne s'était déjà conformée à l'arrêt rendu dans les affaires C-20/01 et C-28/01. La Commission est d'avis que tel n'était pas le cas, puisque l'arrêt imposait de résilier ce contrat. Dans ces conditions particulières, la Commission estime nécessaire de maintenir son recours.

#### B — *Le bien-fondé du recours*

29. L'argumentation de la Commission relative au bien-fondé du recours s'inscrit en substance dans le prolongement des considérations développées à propos de la recevabilité. La Commission estime que les mesures prises par la République fédérale d'Allemagne n'étaient pas suffisantes pour se conformer à l'arrêt précité, car elles n'ont pas mis fin au contrat sur l'élimination des déchets conclu par la ville de Brunswick avant l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé. L'obligation pour un État membre de mettre fin à une infraction constatée par la Cour et les compétences de la Commission pour agir en ce sens seraient prévues à l'article 228 CE, c'est-à-dire par une disposition de droit communautaire primaire. L'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 étant une disposition de droit communautaire dérivé, il ne pourrait en aucune façon modifier la portée de cette

obligation. D'autre part, la procédure de recours prévue par la directive 89/665 aurait un objectif plus spécifique que la procédure en manquement.

30. Le gouvernement allemand juge en revanche que le recours est sans fondement, car, selon lui, les mesures indiquées dans sa communication du 23 décembre 2003 suffisaient pour assurer la mise à exécution de l'arrêt. Ces mesures nécessaires et, selon lui, suffisantes auraient consisté en des instructions expresses, données au niveau du Land et du Bund, quant au respect strict des dispositions applicables en matière de passation des marchés.

31. Le gouvernement allemand soutient encore — et il est appuyé à cet égard par les gouvernements néerlandais, français et finlandais — que la constatation d'un manquement au titre de l'article 226 CE ne saurait entraîner une obligation de dénoncer un contrat résultant de l'attribution d'un marché. Une telle interprétation buterait, d'une part, sur l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665, qui permet aux États membres de limiter les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours, après la conclusion du contrat, à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par un comportement fautif des pouvoirs adjudicateurs. D'après cette disposition, les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs pourraient donc rester en vigueur. Comme la République fédérale d'Allemagne a fait usage de cette possibilité, le droit

communautaire ne s'opposerait pas à la validité des obligations contractées. Au demeurant, une obligation de dénoncer les contrats serait contraire aux principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, au principe *pacta sunt servanda*, à l'article 295 CE, au droit fondamental à la propriété et à la jurisprudence de la Cour en matière de limitation des effets d'un arrêt dans le temps.

34. Cette description simplificatrice de l'objet du litige cache cependant sa complexité sur le plan juridique, dans la mesure où il soulève des questions affectant directement à la fois la recevabilité du recours et son bien-fondé.

#### A — La recevabilité du recours

32. Le gouvernement allemand souligne encore que, en vertu du droit allemand et sur la base des clauses pertinentes contenues dans les contrats, ces derniers ne peuvent en l'espèce être résiliés, sauf à courir le risque de se voir condamner à des dommages-intérêts hors de toute proportion.

##### 1. La licéité de la procédure

35. La première question est relative au grief du gouvernement allemand concernant la recevabilité d'un recours en manquement introduit par la Commission au titre de l'article 228, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE. Selon le gouvernement allemand, la Commission aurait dû commencer par présenter, au titre de l'article 102 du règlement de procédure de la Cour, une demande en interprétation de l'arrêt prononcé dans les affaires C-20/01 et C-28/01. Le dépôt immédiat d'une requête en vue du prononcé d'une astreinte sans demande préalable en interprétation serait contraire au principe de proportionnalité.

## VI — Appréciation juridique

33. Comme je l'ai fait observer au début des présentes conclusions, la question centrale est en l'espèce de savoir quelles conséquences la République fédérale d'Allemagne aurait dû tirer de l'arrêt du 10 avril 2003 pour satisfaire à son obligation de rétablir une situation conforme au droit communautaire.

36. À mes yeux, cette thèse ne peut trouver appui ni dans les traités ni dans les règles applicables aux procédures devant les juridictions communautaires. Elle semble reposer sur une idée fautive de la nature du

recours au titre de l'article 228, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE et elle appelle donc une clarification.

37. J'observerai tout d'abord que les règles applicables aux procédures devant les juridictions communautaires ne donnent à la demande en interprétation aucune priorité sur le recours au titre de l'article 228, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE. Elles ne subordonnent pas non plus l'introduction d'un recours par la Commission à la présentation d'une telle demande. Les diverses procédures devant la Cour se distinguent les unes des autres par leurs conditions et leurs finalités et elles doivent en conséquence être considérées comme étant en principe autonomes et susceptibles de n'évincer d'autres types de procédure qu'en raison de leur spécificité dans un cas concret.

38. Il résulte de l'article 102 du règlement de procédure qu'une demande en interprétation d'un arrêt doit, pour être recevable, viser le dispositif de l'arrêt concerné, en liaison avec les motifs essentiels, et tendre à dissiper une obscurité ou une ambiguïté affectant éventuellement le sens et la portée de l'arrêt lui-même en ce qu'il devait trancher l'espèce soumise à la Cour. Selon la jurisprudence de cette dernière, une demande en interprétation d'arrêt n'est donc pas recevable lorsqu'elle vise des points qui n'ont pas été tranchés par l'arrêt concerné ou lorsqu'elle tend à obtenir de la juridiction saisie un avis

sur l'application, l'exécution ou les conséquences de l'arrêt qu'elle a rendu<sup>6</sup>.

39. En l'espèce, la Commission et le gouvernement allemand sont en désaccord sur le point de savoir si l'arrêt du 10 avril 2003 entraîne pour la République fédérale d'Allemagne une obligation juridique d'annuler les contrats de prestation de services. Dans un tel cas de figure, le recours de la Commission ne peut être interprété que comme une demande visant à obtenir de la Cour qu'elle établisse de façon contraignante pour les parties ce que doivent être l'application et la mise en œuvre, voire les conséquences, de l'arrêt prononcé. Le litige a en effet pour objet non pas une obscurité ou une ambiguïté de la décision, mais la façon dont la République fédérale d'Allemagne doit sur le plan pratique assurer la mise en œuvre d'une décision judiciaire. Dès lors, compte tenu des critères développés par la jurisprudence, une éventuelle demande au titre de l'article 102 du règlement de procédure devrait être rejetée comme irrecevable, faute de décision qui puisse légitimement faire l'objet d'une interprétation.

40. À titre complémentaire, j'aimerais renvoyer aux considérations développées par

6 — Voir arrêts du 28 juin 1955, *Assider/Haute Autorité* (5/55, Rec. p. 263); du 7 avril 1965, *Haute Autorité/Collotti et Cour de justice* (70/63 bis, Rec. p. 353); du 13 juillet 1966, *Willame/Commission de la CEEA* (110/63 bis, Rec. p. 411); ordonnances du 29 septembre 1983, *Cour des comptes/Williams* (9/81 INT, Rec. p. 2859), et *Alvarez/Parlement* (206/81 bis, Rec. p. 2865); du 11 décembre 1986, *Suss/Commission* (25/86, Rec. p. 3929); du 20 avril 1988, *Maindiaux e.a./CES e.a.* (146/85 et 431/85 INT, Rec. p. 2003), et ordonnance du Tribunal du 14 juillet 1993, *Raiola-Denti e.a./Conseil* (T-22/91 INT, Rec. p. II-817, point 6).

l'avocat général Geelhoed dans l'affaire Commission/France, selon lesquelles toute obligation d'exécuter un arrêt de la Cour peut impliquer des questions concernant son contenu précis, qui devront le cas échéant être résolues par la procédure prévue à l'article 228 CE<sup>7</sup>. Je ne puis que me rallier à cette affirmation, d'autant que, par sa nature même, la procédure en manquement vise exclusivement à la constatation par le juge d'un manquement<sup>8</sup>.

41. Dans la mesure où la Cour se borne à constater le manquement, il peut quelquefois être difficile pour les États membres de déterminer quelles mesures adopter pour y mettre fin. Dans de telles hypothèses, la Cour s'efforce, dans les motifs de son arrêt, de tracer un cadre dans lequel la mesure critiquée pourra encore être considérée comme conforme au traité CE<sup>9</sup>. Elle peut également fournir une aide à l'interprétation dans le dispositif de l'arrêt, en définissant le manquement constaté de façon plus ou

moins extensive<sup>10</sup>. Partant, si les compétences de la Cour dans les procédures en manquement sont limitées, cela ne lui interdit nullement sur un plan général d'inclure dans son arrêt des considérations relatives à la nature et à l'étendue des possibilités de régularisation éventuelle. La licéité du procédé est confirmée par les termes de l'article 228 CE, qui impose expressément à l'État membre de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour<sup>11</sup>.

42. Partant, en principe, les parties peuvent déterminer la portée de l'obligation incombant à l'État membre au moyen d'une simple interprétation de l'arrêt en manquement, sans qu'il soit besoin de présenter une demande au titre de l'article 102 du règlement de procédure.

43. Au vu de tous ces éléments, il est indubitable que la procédure en manquement de l'article 228 CE constitue bien la voie à suivre pour clarifier d'éventuelles questions relatives à l'obligation pour un État membre d'assurer la mise en œuvre d'un arrêt de la Cour<sup>12</sup>. En raison de sa spécificité, cette procédure exclut toutes les autres, y

7 — Conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 24 novembre 2005 dans l'affaire Commission/France (arrêt du 14 mars 2006, C-177/04, Rec. p. I-2461, point 43).

8 — Arrêt du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne (C-126/03, Rec. p. I-1197, points 25 et 26); conclusions de l'avocat général Reischl du 11 septembre 1979 dans l'affaire France/Royaume-Uni (arrêt du 4 octobre 1979, 141/78, Rec. p. 2923, 2946). Schütz, H.-J., Bruha, T., et König, D., *Casebook Europarecht*, Beck, München, 2004, p. 333; Gremer, W., dans Callies et Ruffert (éd.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, article 228 CE, point 1. P., et U. Karpenstein observent [dans Grabitz et Hilf (éd.), *Das Recht der Europäischen Union*, volume III, article 228 CE, point 6] que, en tant qu'arrêt de constatation, l'arrêt ne peut ni former titre exécutoire ni modifier la situation juridique. Conformément à l'article 228, paragraphe 1, CE, la constatation d'un manquement entraîne pour l'État membre mis en cause l'obligation d'y mettre fin. Cependant, la Cour n'a le droit ni de supprimer elle-même la mesure contraire au traité ni d'imposer à l'État membre contrevenant l'obligation d'éliminer cette violation.

9 — Arrêt du 12 juillet 1973, Commission/Allemagne (70/72, Rec. p. 813, point 13).

10 — Burgi, M., dans *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union* (éd. Rengeling, Middeke et Gellermann), 2<sup>e</sup> édition, Beck, München, 2003, § 6, point 49 en marge.

11 — Karpenstein, P., et Karpenstein, U., dans Grabitz et Hilf (éd.), *Das Recht der Europäischen Union*, volume III, article 228 CE, point 6.

12 — Voir Fernández Martín, J. M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 220.

compris la demande en interprétation, de sorte qu'il est superflu de s'interroger sur la proportionnalité d'un tel recours.

2. Le recours au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE et la procédure de correction établie à l'article 3 de la directive 89/665

44. Il y a lieu de considérer avant tout comme une exception d'irrecevabilité du recours l'argument par lequel le gouvernement allemand s'appuie à la fois sur les mesures nationales de contrôle et de sanction et sur la procédure de correction prévue à l'article 3 de la directive 89/665 pour reprocher à la Commission d'avoir eu recours à l'article 228, paragraphe 2, CE pour lutter contre la probable persistance d'un manquement au droit communautaire.

45. Il y a lieu de répondre à cette exception que les mesures prises par la Commission au titre de l'article 226 CE ne sont pas affectées par l'adaptation du droit national aux dispositions de la directive 89/665<sup>13</sup>. Lorsqu'elle pense qu'un pouvoir adjudicateur a enfreint le droit communautaire, la Commission peut, d'office et indépendamment des mesures nationales prises au titre des textes transposant la directive 89/665, introduire

contre l'État membre en question une procédure en manquement au titre de l'article 226 CE<sup>14</sup>. Si la procédure en manquement ne peut être écartée en tant que voie de recours, c'est non seulement à cause de la primauté du droit originaire sur les dispositions de droit dérivé contenues dans la directive 89/665, mais également en raison de la différence de fonction des mécanismes de contrôle de légalité qui y sont prévus<sup>15</sup>.

46. Certes, l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 permet aux États membres de limiter, après la conclusion du contrat, la protection juridique nationale à des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation, mais il ne saurait avoir pour conséquence que le comportement d'un pouvoir adjudicateur devrait, en toute éventualité, être considéré comme conforme au droit communautaire<sup>16</sup>. La Cour est en effet seule compétente pour déterminer, dans le cadre d'un recours en manquement, si le manquement reproché existe ou non<sup>17</sup>.

47. D'autre part, dans son arrêt Commission/Irlande, la Cour a constaté que la procédure prévue à l'article 3 de la directive

13 — Frenz, W., *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2007, point 3399, p. 1016.

14 — Seidel, I., dans Dausies (éd.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, IV, point 173.

15 — Bitterich, K., «Kein 'Bestandsschutz' für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 16<sup>e</sup> année (2005), n<sup>o</sup> 4, p. 164.

16 — Arrêt du 9 septembre 2004, Commission/Allemagne (C-125/03, non publié au Recueil, point 15).

17 — Ibidem, point 16.

89/665 — qui permet à la Commission d'agir à l'encontre d'un État membre lorsqu'elle estime être en présence d'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires sur la passation des marchés publics — constitue une mesure préventive qui ne peut ni déroger ni se substituer aux compétences de la Commission au titre de l'article 226 CE<sup>18</sup>.

48. La procédure de l'article 3 de la directive 89/665 vise à permettre aux États membres d'éviter les violations prévisibles de la réglementation sur la passation des marchés et de régler ainsi d'emblée, y compris pour épargner du travail à la Commission, les cas ne posant aucun problème particulier sur le plan juridique. Elle prévient ainsi les longues et lourdes procédures en manquement dans des cas qui ne prêtent pas à équivoque<sup>19</sup>.

49. Étant donné leur fonction spécifique dans le système de contrôle de la régularité

des passations de marchés, les deux procédures se distinguent encore par les conditions de leur introduction, car, à la différence de la procédure de correction, celle en manquement n'est pas subordonnée à l'existence d'une violation claire et manifeste<sup>20</sup> au sens de la directive 89/665, mais requiert simplement le non-respect d'une obligation communautaire<sup>21</sup>. C'est d'ailleurs pourquoi les différentes étapes de la procédure ne peuvent pas se substituer les unes aux autres, alors pourtant qu'elles sont structurées en parallèle: l'avis motivé prévu à l'article 226 CE et les observations de l'État membre sur cet avis ne peuvent être remplacés par une procédure au titre de l'article 3 de la directive 89/665, mais exigent d'être mis en œuvre séparément en vue de saisir ultérieurement la Cour. À l'inverse, les compétences attribuées à la Commission par l'article 226 CE ne sont pas bloquées en cas d'ouverture d'une procédure au titre de l'article 3 de ladite directive<sup>22</sup>.

50. Il faut encore ajouter que la procédure de correction n'est pas un instrument qui permet de saisir la Cour. Cependant, comme la préservation du droit communautaire

18 — Voir arrêt du 17 décembre 1998 (C-353/96, Rec. p. I-8565, point 22), ainsi que conclusions de l'avocat général Alber du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas (C-359/93, Rec. p. I-157; point 13); arrêts du 4 mai 1995, Commission/Grèce (C-79/94, Rec. p. I-1071, point 11); du 16 juillet 1998 dans la même affaire (point 18), et du 28 octobre 1999, Commission/Autriche (C-328/96, Rec. p. I-7479, point 57).

19 — Seidel, L., dans Dausès (éd.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, IV, point 164, et Frenz, W., *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2007, point 3407, p. 1019. Cela résulte du huitième considérant de la directive 89/665, selon lequel il importe que la Commission puisse, lorsqu'elle considère qu'une violation claire et manifeste a été commise au cours d'une procédure de passation de marché public, intervenir auprès des autorités compétentes de l'État membre et du pouvoir adjudicateur concernés afin que des mesures appropriées soient prises en vue de la correction rapide de toute violation alléguée.

20 — Conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 89/665, la Commission peut invoquer la procédure prévue à cet article lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5), et 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1).

21 — Arrêt Commission/Pays-Bas (précité à la note 18, point 14).

22 — Conclusions de l'avocat général Tesouro du 17 novembre 1994 dans l'affaire Commission/Pays-Bas (points 4 et suiv.).

requiert en tout cas un contrôle juridictionnel par la Cour, le législateur communautaire n'a pu vouloir exclure un tel contrôle en écartant la procédure en manquement.

51. Pour ce qui est des compétences de la Commission, il y a lieu de rappeler que, en tant que gardienne du traité, elle n'est pas tenue de donner priorité à la procédure de correction. Elle est au contraire libre de saisir la Cour si elle estime qu'un État membre a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu du traité et ne se conforme pas à l'avis motivé qu'elle lui a adressé<sup>23</sup>.

52. Les mêmes conclusions s'appliquent à mes yeux à la procédure au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE. Cette procédure, incluse dans le droit originaire par le traité de Maastricht, est calquée sur celle de l'article 226 CE. Elle ouvre à la Cour la possibilité de ne plus se contenter de constater l'absence de mise en œuvre du premier arrêt, mais d'imposer en outre à l'État membre contrevenant le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. C'est ainsi que la procédure au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE vise à inciter l'État membre récalcitrant à exécuter un arrêt d'infraction en lui imposant des sanctions financières<sup>24</sup>. En revanche, les mesures

de contrôle que la Commission peut adopter au titre de la directive 89/665 ont pour fonction de prévenir l'apparition des violations du droit communautaire à un stade aussi précoce que possible. Les mécanismes du droit originaire et ceux du droit dérivé ne s'excluent donc pas, mais se complètent pour garantir la régularité du comportement des États membres<sup>25</sup>.

53. Partant, le gouvernement allemand ne peut appuyer son exception d'irrecevabilité du recours sur les mécanismes de contrôle et de sanction prévus par la directive 89/665.

3. Absence d'intérêt à agir et disparition de l'objet du litige

54. Dans sa duplique, le gouvernement allemand fait valoir la disparition de l'intérêt à agir pour ce que la réplique du 26 avril 2005 a laissé subsister de l'objet du litige; en effet, depuis la résiliation du contrat relatif à l'élimination des déchets conclu par la ville de Brunswick avec la Braunschweigische Kohlebergwerke (BKB), il n'y aurait plus lieu

23 — En ce qui concerne la violation de l'obligation de transposition de directives, voir arrêts du 11 août 1995, *Commission/Allemagne* (C-433/93, Rec. p. I-2303, point 22); du 5 novembre 2002, *Commission/Belgique* (C-471/98, Rec. p. I-9681, point 39), et du 10 avril 2003, *Commission/Allemagne* (précité à la note 2, point 30).

24 — Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer du 28 septembre 1999 dans l'affaire *Commission/Grèce* (arrêt du 4 juillet 2000, C-387/97, Rec. p. I-5047), point 58.

25 — Dans son commentaire sur l'arrêt du 10 avril 2003, *Commission/Allemagne, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2003, p. 566, P. Kalbe qualifie de système à deux voies le régime de protection juridique contre les violations des directives communautaires sur la passation des marchés publics.

d'inciter la République fédérale d'Allemagne à modifier son comportement en lui infligeant une astreinte ou une amende forfaitaire. Le gouvernement allemand conclut à la clôture de la procédure et subsidiairement à l'irrecevabilité du recours, puisque, depuis la résiliation des contrats litigieux, il n'y aurait plus matière à poursuivre l'exécution de l'arrêt rendu dans les affaires jointes C-20/01 et C-28/01. Il fonde ses conclusions sur le fait que, pour apprécier la question de savoir s'il subsiste un intérêt à agir dans le cadre d'un recours au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE, la date déterminante serait celle de la dernière audience.

55. Je ne puis me rallier à cette thèse. Il résulte d'une jurisprudence constante que, dans le cadre des compétences qu'elle tient de l'article 226 CE, la Commission n'a pas à démontrer l'existence d'un intérêt à agir. En effet, elle a pour mission de veiller, d'office et dans l'intérêt général, à l'application par les États membres du droit communautaire et de faire constater, en vue de leur cessation, l'existence de manquements éventuels aux obligations qui en dérivent<sup>26</sup>.

56. Par ailleurs, c'est à la Commission qu'il incombe d'apprécier l'opportunité d'agir contre un État membre, de déterminer les

dispositions qu'il aurait violées et de choisir le moment où elle initiera la procédure en manquement à son encontre, les considérations qui déterminent ce choix ne pouvant affecter la recevabilité de l'action<sup>27</sup>.

57. Enfin, tandis que la Commission apprécie seule l'opportunité de l'introduction et du maintien d'un recours en manquement, la Cour est tenue d'examiner si le manquement reproché existe ou non, sans qu'il lui appartienne de se prononcer sur l'exercice par la Commission de son pouvoir d'appréciation<sup>28</sup>.

58. Compte tenu de l'ensemble de ces considérations, force est de rejeter l'exception d'irrecevabilité en tant qu'elle est fondée sur l'absence d'intérêt à agir de la Commission.

59. Conformément à l'article 92, paragraphe 2, du règlement de procédure, la Cour peut constater d'office que le recours est devenu sans objet, lorsqu'elle estime qu'il n'y a plus lieu de statuer. Elle peut également

26 — Arrêts du 4 avril 1974, Commission/France (167/73, Rec. p. 359, point 15); du 1<sup>er</sup> février 2001, Commission/France (C-333/99, Rec. p. I-1025, point 23); du 10 avril 2003, Commission/Allemagne (précité à la note 2, point 29); du 2 juin 2005, Commission/Grèce (C-394/02, Rec. p. I-4713, points 14 et 15), et du 8 décembre 2005, Commission/Luxembourg (C-33/04, Rec. p. I-10629, point 65).

27 — Arrêts Commission/Luxembourg (précité à la note 26, point 66); du 1<sup>er</sup> juin 1994, Commission/Allemagne (C-317/92, Rec. p. I-2039, point 4); du 18 juin 1998, Commission/Italie (C-35/96, Rec. p. I-3851, point 27), et Commission/France (arrêt du 1<sup>er</sup> février 2001, précité à la note 26, point 24).

28 — Arrêt Commission/Luxembourg (précité à la note 26, point 67), avec une référence à l'arrêt du 13 juin 2002, Commission/Espagne (C-474/99, Rec. p. I-5293, point 25).

y être invitée par les parties<sup>29</sup>. L'intervention de ces dernières n'est cependant pas nécessaire. La Cour peut en effet également mettre fin à la procédure d'office. Ci-après, nous allons examiner s'il s'est produit un événement justifiant une décision de non-lieu à statuer.

60. Tout d'abord, il faut constater que, avec le contrat de résiliation conclu le 7 juillet 2005 entre la ville de Brunswick et la BKB, la République fédérale d'Allemagne s'est conformée à la demande d'annuler le contrat de prestation de services critiqué, telle qu'elle figurait dans l'avis motivé du 30 mars 2004<sup>30</sup>. Le manquement a donc été éliminé après l'expiration du délai de deux mois prévu par l'avis motivé, mais à un moment où la procédure écrite devant la Cour n'était pas encore achevée.

61. L'hypothèse que l'action puisse être éteinte est contredite par le fait que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, l'existence d'un manquement doit s'apprécier au regard de la situation de l'État membre à l'expiration du délai qui lui

est fixé dans l'avis motivé. C'est pourquoi l'élimination du manquement après ce délai n'est plus prise en compte par la Cour et ne modifie en rien la recevabilité d'un recours<sup>31</sup>.

62. Cela ne résulte pas seulement directement du libellé de l'article 226 CE, mais également de la finalité de cette phase de la procédure préalable, qui est d'offrir à l'État membre une dernière occasion de mettre fin au manquement avant l'introduction du recours. Il faut cependant se demander si cela s'applique également à la procédure au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE. Le point de vue du gouvernement allemand selon lequel la question de savoir si un recours n'a plus d'objet s'apprécie à la date de la dernière audience semble être conforme, pour l'essentiel, à la thèse défendue par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Commission/Grèce. Dans ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général a déclaré que la procédure au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE ne vise pas à constater une nouvelle fois un manquement, mais à inciter l'État membre récalcitrant à exécuter un arrêt d'infraction. C'est à la date de l'audience ou, à défaut d'audience, au

29 — Arrêt du 9 octobre 2001, Italie/Commission (C-400/99, Rec. p. I-7303, points 49 à 65).

30 — Voir p. 4 de l'avis motivé que la Commission a adressé le 30 mars 2004, au titre de l'article 228 CE, à la République fédérale d'Allemagne en raison de l'absence d'adoption par cette dernière des mesures que comporte l'exécution de l'arrêt prononcé le 10 avril 2003 dans les affaires jointes C-20/01 et C-28/01, concernant l'attribution d'un contrat sur l'évacuation des eaux usées de la commune de Bockhorn et d'un contrat sur l'élimination des déchets de la ville de Brunswick.

31 — Arrêts du 18 juillet 2006, Commission/Italie (C-119/04, Rec. p. I-6885, points 27 et 28); du 7 mars 2002, Commission/Espagne (C-29/01, Rec. p. I-2503, point 11); du 15 mars 2001, Commission/France (C-147/00, Rec. p. I-2387, point 26); du 21 juin 2001, Commission/Luxembourg (C-119/00, Rec. p. I-4795, point 14); du 30 novembre 2000, Commission/Belgique (C-384/99, Rec. p. I-10633, point 16); du 3 juillet 1997, Commission/France (C-60/96, Rec. p. I-3827, point 15); du 17 septembre 1996, Commission/Italie (C-289/94, Rec. p. I-4405, point 20), et du 12 décembre 1996, Commission/Italie (C-302/95, Rec. p. I-6765, point 13).

moment de la clôture de la procédure écrite qu'il conviendrait de se référer, dans la mesure où ces dates constitueraient l'ultime délai pour que des observations puissent être présentées par l'État défendeur en ce qui concerne le niveau d'exécution qu'il a atteint ou par la Commission en ce qui concerne le montant et les modalités de la sanction pécuniaire qu'il y a lieu d'infliger<sup>32</sup>.

64. Partant, la résiliation a posteriori du contrat d'élimination des déchets ne peut, selon moi, être considérée comme ayant fait disparaître l'objet du litige au sens de l'article 92, paragraphe 2, du règlement de procédure. En conséquence, cette exception d'irrecevabilité doit également être rejetée.

## B — *Le bien-fondé du recours*

63. Je me rallie à ce point de vue, mais uniquement en tant qu'il s'agit d'apprécier la nécessité d'infliger une astreinte à un État contrevenant dans un cas concret. En revanche, en ce qui concerne la demande de constater l'absence d'adoption des mesures que comporte l'exécution d'un arrêt en manquement, il faudra sans doute continuer de s'en rapporter au délai fixé dans l'avis motivé. Ce même postulat semble avoir été celui de la Cour dans son récent arrêt du 18 juillet 2006, Commission/Italie, où elle a examiné les deux chefs de conclusions indépendamment l'un de l'autre en appliquant à chaque fois la date de référence pertinente<sup>33</sup>.

1. La persistance des effets de la violation de la réglementation sur la passation des marchés publics

65. Un recours au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE est fondé lorsque l'État membre dont le manquement a été constaté par un arrêt de la Cour a négligé de prendre les mesures que comporte l'exécution de cet arrêt. Conformément à l'article 228, paragraphe 1, CE, cet État est tenu de mettre fin à la situation contraire au droit communautaire. Cette obligation d'agir s'étend aux organes de l'ensemble des collectivités territoriales de l'État condamné<sup>34</sup>.

32 — Points 57 à 59 des conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Commission/Grèce (arrêt du 4 juillet 2000, précité à la note 24).

33 — Arrêt précité à la note 31. En un premier temps (aux points 27 à 32), la Cour constate que, à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, la République italienne n'avait pas encore adopté toutes les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du 26 juin 2001, Commission/Italie (C-212/99, Rec. p. I-4923). Ensuite (points 33 à 46), la Cour examine si les conditions d'imposition d'une astreinte sont remplies et, en particulier, si le manquement a perduré jusqu'au moment où elle a examiné les faits. Voir aussi arrêts du 12 juillet 2005, Commission/France (C-304/02, Rec. p. I-6263, points 30 et 31), et du 14 mars 2006, Commission/France (précité à la note 7, points 20 et 21).

66. Tout d'abord, en ce qui concerne la répartition de la charge d'exposer et de

34 — Arrêt du 10 mars 1987, Commission/Italie (199/85, Rec. p. 1039, point 16).

prouver les faits, il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, il incombe à la Commission, dans le cadre de la présente procédure, de fournir à la Cour les éléments nécessaires pour déterminer l'état d'exécution par un État membre d'un arrêt en manquement<sup>35</sup>. En outre, dès lors que la Commission a fourni suffisamment d'éléments faisant apparaître la persistance du manquement, il appartient à l'État membre concerné de contester de manière substantielle et détaillée les données présentées et leurs conséquences<sup>36</sup>.

67. La Commission considère que la République fédérale d'Allemagne n'a pas satisfait à son obligation de mettre fin aux manquements constatés dans l'arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne. Elle juge insuffisantes les instructions expresses, données au niveau du Land et du Bund, quant au respect strict des dispositions applicables en matière de passation des marchés. Selon elle, le manquement aurait perduré en raison du maintien en vigueur du contrat d'élimination des déchets passé entre la ville de Brunswick et la BKB. Elle fonde son argumentation en substance sur les considérations développées par la Cour aux points 36 et 37 de son arrêt. Elle considère dès lors l'annulation de ce

contrat comme la seule mesure apte à éliminer les conséquences de la violation des dispositions applicables en matière de passation des marchés.

68. Force est de se rallier à l'interprétation que la Commission fait des passages précités de l'arrêt de la Cour. Selon moi, la Cour ne laisse subsister aucun doute quant au fait que les effets d'un manquement perdurent pendant toute la durée d'application d'un contrat enfreignant la réglementation sur la passation des marchés publics<sup>37</sup>.

69. Cette interprétation est en harmonie avec la jurisprudence de la Cour selon laquelle, en matière de passation de marchés publics, un manquement aux dispositions des directives n'est réputé avoir cessé que si, à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, l'avis de marché en question a déjà

35 — Arrêts Commission/Italie (précité à la note 31, point 41) et du 4 juillet 2000, Commission/Grèce (précité à la note 24, point 73).

36 — Arrêt du 18 juillet 2006, Commission/Italie (précité à la note 31, point 41), avec les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro du 26 janvier 2006 dans la même affaire (point 24), et arrêt du 12 juillet 2005, Commission/France (précité à la note 33, point 56). Dans ses conclusions dans l'affaire Commission/Grèce (arrêt du 4 juillet 2000, précité à la note 24, point 77), l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer déclare que, dans le cadre d'un recours formé en vertu de l'article 228 CE, il incombe à l'État membre de prouver qu'il a dûment mis à exécution l'arrêt rendu pour violation du traité.

37 — Voir aussi Heuvels, K., «Fortwirkender Richtlinienverstoß nach De-facto-Vergaben», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 6<sup>e</sup> année (2005), n° 1, p. 32; Bitterich, K., «Kein 'Bestandsschutz' für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 16<sup>e</sup> année (2005), n° 4, p. 164; Bitterich, K., «Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Verträge durch öffentliche Auftraggeber», *Neue Juristische Wochenschrift*, 26/2006, p. 1845; Prieß, G., «Beendigung des Dogmas durch Kündigung: Keine Bestandsgarantie für vergaberechtswidrige Verträge», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* 2006, p. 220; Kalbe, P., «Kommentar zum Urteil des Gerichtshofs vom 10. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2003, p. 567; Griller, P., «Qualifizierte Verstöße gegen das Vergaberecht — Der Fall St. Pölten», *Ecollex*, 2000, p. 8, et Hintersteiner, M., «Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28. 10. 1999», *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, p. 634.

épuisé tous ses effets<sup>38</sup>. Cette hypothèse peut être exclue tant que les contrats conclus en violation du droit communautaire continuent à produire leurs effets, c'est-à-dire tant qu'ils sont en cours d'exécution<sup>39</sup>.

70. Comme le contrat d'élimination des déchets, initialement prévu pour une durée de trente ans, était encore valide à la date pertinente pour l'appréciation juridique qu'il y a lieu de porter en l'espèce, nous pouvons présumer que les manquements constatés dans l'arrêt initial continuaient de produire des effets<sup>40</sup>. De fait, le gouvernement allemand ne conteste nullement que le contrat de droit privé en question a continué de produire des effets juridiques même après l'arrêt du 10 avril 2003. Il nie cependant toute obligation d'annulation en s'appuyant sur l'habilitation contenue à l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 de limiter les compétences de l'instance responsable des procédures de recours, après la conclusion

du contrat, à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation<sup>41</sup>.

2. La protection des droits acquis dans le cadre du contrat ayant enfreint les dispositions applicables en matière de passation des marchés

71. Il convient d'examiner ci-après si la République fédérale d'Allemagne était juridiquement tenue d'annuler le contrat en question ou si elle pouvait recourir à d'autres mesures pour se conformer à ses obligations au titre de l'article 228, paragraphe 1, CE.

72. Tout d'abord, il faut constater que les mesures invoquées par le gouvernement allemand, à savoir les instructions expresses, données au niveau du Land et du Bund, quant au respect strict des dispositions applicables en matière de passation des marchés ainsi que l'invitation à communiquer les mesures entreprises et mises en œuvre, visent exclusivement à prévenir les manquements futurs et ne sont donc pas

38 — Voir arrêt du 9 septembre 2004, Commission/Allemagne (précité à la note 16, point 12), avec un renvoi à l'arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne (précité à la note 2, points 34 à 37), ainsi qu'arrêts Commission/Autriche (précité à la note 18, point 57) et du 31 mars 1992, Commission/Italie (C-362/90, Rec. p. I-2353, points 11 et 13).

39 — Arrêt du 9 septembre 2004, Commission/Allemagne (précité à la note 16, points 12 et suiv.). L'arrêt Commission/Autriche (précité à la note 18, point 44) a été un précurseur en la matière.

40 — Voir conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire Commission/Allemagne (arrêt du 10 avril 2003, précité à la note 2), point 57.

41 — La République fédérale d'Allemagne a fait usage de cette habilitation en adoptant l'article 114, paragraphe 2, première phrase, de la loi contre les restrictions de concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB), dans la version résultant de la communication du 15 juillet 2005 (BGBl. I, p. 2114), modifiée en dernier lieu par l'article 132 du règlement du 31 octobre 2006 (BGBl. I, p. 2407). D'après cette disposition, une décision d'attribution de marché ne peut plus être annulée. Conformément à l'article 126 de la même loi, une entreprise lésée par la violation d'une norme de la réglementation sur la passation des marchés peut faire valoir un droit à des dommages-intérêts pour atteinte à sa confiance légitime.

aptes à mettre fin à un manquement qui, comme en l'espèce, s'est déjà produit et perdue. Comme le gouvernement allemand n'a communiqué à la Cour aucune autre mesure, il convient de déterminer s'il était tenu par une obligation d'annulation.

États membres une position particulière, en raison de spécificités de leur droit national, serait contraire à la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire dans tous les États membres de l'Union.

73. Je crois nécessaire de rappeler à titre liminaire qu'un État membre doit prendre toutes les mesures nécessaires à l'élimination du manquement, sans pouvoir y opposer aucun obstacle. En particulier, d'après une jurisprudence constante de la Cour, un État membre ne saurait se prévaloir de problèmes internes dans la mise en œuvre et la transposition d'une norme communautaire. Cela vaut également pour les dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique<sup>42</sup>. La République fédérale d'Allemagne ne saurait donc se prévaloir du fait que, dans son ordre juridique et à la différence de celui d'autres États membres, le régime applicable aux marchés publics comporte des éléments de droit civil, en vertu desquels le pouvoir adjudicateur a le statut d'un cocontractant de droit privé, placé dans la même situation que l'adjudicataire<sup>43</sup>. Reconnaître à certains

74. En tant que le gouvernement allemand affirme que l'annulation serait d'une rigueur excessive, en raison du droit des partenaires contractuels à la protection de leur confiance légitime, il y a lieu d'observer qu'il se fonde sur des droits de tiers illégalement créés par le pouvoir adjudicateur. Ainsi que l'avocat général Alber l'a souligné dans ses conclusions dans l'affaire Commission/Autriche, en ce qui concerne ses obligations fondamentales vis-à-vis de la Communauté, l'État membre ne peut alléguer des conséquences de son comportement illégal pour mettre en question l'obligation juridique en soi<sup>44</sup>. Le principe *pacta sunt servanda* ne peut dès lors être invoqué que lorsque le droit communautaire admet expressément la protection des droits acquis pour les contrats conclus en violation de la réglementation sur la passation des marchés.

42 — Arrêts du 2 décembre 1986, Commission/Belgique (239/85, Rec. p. 3645, point 13); du 2 décembre 1980, Commission/Italie (42/80, Rec. p. 3635, point 4), et du 14 mai 2002, Commission/Allemagne (C-383/00, Rec. p. I-4219, point 18).

43 — Dans les États membres dont le système juridique s'inspire traditionnellement du droit romain, les marchés publics sont entièrement soumis au droit public. C'est ainsi qu'en France, en Espagne et Portugal la procédure d'attribution des marchés et le contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire sont soumis au droit public. En conséquence, les litiges se rattachant à la procédure d'attribution et au contrat ne peuvent être tranchés que par les juridictions administratives ou par le Conseil d'État. L'attribution du marché est donc un acte administratif individuel. En revanche, en droit allemand des marchés publics, l'attribution du marché suit le régime de l'acceptation d'une offre en droit civil. En règle générale, l'attribution prend la forme d'une lettre de commande ou de confirmation (Seidel, I., dans Dausies (éd.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, IV, points 8 et 9).

75. La question de l'obligation de mettre fin à de tels contrats n'a pas encore fait l'objet d'une réponse explicite de la Cour. Cependant, si l'on considère l'arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, à la lumière de la jurisprudence précitée, selon laquelle

44 — Conclusions précitées à la note 18, point 83.

les décisions attribuant des marchés en violation du droit communautaire doivent avoir épuisé tous leurs effets, tout paraît indiquer que la Cour affirmerait sans doute le principe de l'existence d'une obligation de mettre fin au contrat en question<sup>45</sup>.

libre prestation des services<sup>47</sup>. Partant, une violation des directives ne s'arrête pas avec la conclusion du contrat, mais perdure tant que ce contrat est appliqué ou jusqu'à ce qu'il prenne fin d'une manière ou d'une autre. Pour ne pas priver cette jurisprudence de toute portée pratique, une infraction constatée dans le cadre d'une procédure de manquement doit donc être éliminée par la suppression du contrat correspondant<sup>48</sup>.

76. Aucune autre conclusion ne peut être tirée de la notion d'*effet utile*, au sens d'efficacité pratique aussi poussée que possible des directives sur les marchés publics. L'effet utile est un principe central du droit communautaire, dont l'importance particulière dans le droit des marchés publics n'apparaît qu'à l'issue d'un examen approfondi de la finalité de ces directives<sup>46</sup>. En effet, loin de ne voir dans les directives sur les marchés publics que de simples réglementations formelles en vue de la passation de contrats, la Cour souligne également leur finalité, qui est d'assurer la mise en œuvre de la libre circulation des marchandises et de la

77. L'imposition d'une obligation d'annuler les contrats enfreignant la réglementation sur les marchés publics est également rendue nécessaire par un souci de dissuasion, afin de garantir un respect diligent des directives sur

45 — Dans son commentaire sur cet arrêt (*Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2003, p. 567), P. Kalbe soutient que, dans le cadre de la procédure au titre de l'article 226 CE, la constatation et la description du manquement ne dépendaient pas du sort réservé aux contrats litigieux. En conséquence, l'arrêt n'aurait pas expressément pris position sur la question du sort réservé à ces contrats. Il découlerait néanmoins clairement de cet arrêt que le manquement ne peut être éliminé que par l'annulation des contrats et par le lancement d'une nouvelle procédure de marché. Voir également Gjørtler, P., «Varemærker og udbud», *Lov & ret*, juin 2003, p. 33, qui déduit une obligation d'annulation équivalente du principe de loyauté figurant à l'article 10 CE.

46 — Leffler, H., «Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions», *Public Procurement Law Review*, n° 4, 2003, p. 152, 153, et Pachnou, D., «Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness», *Public Procurement Law Review*, n° 2, 2000, p. 69.

47 — D'après le deuxième considérant 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), le droit dérivé relatif à la passation des marchés vise à assurer une mise en œuvre efficace des libertés fondamentales d'entreprendre. Le préambule des directives 92/50 et 89/665, applicables en l'espèce, a un contenu semblable. Les directives sur les marchés publics doivent donc être comprises comme une émanation des libertés fondamentales. Elles ont été adoptées pour garantir l'efficacité des libertés fondamentales et l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire. La Cour a d'ailleurs très tôt établi que les directives sur les marchés publics — et, partant, la réglementation des marchés publics — avaient pour finalité la mise en application effective des libertés fondamentales. Voir arrêts Commission/Italie (précité à la note 34, point 12); du 10 février 1982, Transporoute (76/81, Rec. p. 417, point 7); du 3 octobre 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035, point 16), et du 18 octobre 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725, point 32).

48 — Bitterich, K., «Kein 'Bestandsschutz' für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 16<sup>e</sup> année (2005), p. 165; Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, Band 3, *Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2007, points 3394 et suiv., p. 1015, et, dans «Qualifizierte Verstöße gegen das Vergaberecht — Der Fall St. Pölten» (*Ecollex*, 2000, p. 8), P. Griller affirme que certaines circonstances peuvent entraîner une obligation d'annuler des contrats enfreignant la réglementation des marchés publics, à condition cependant que les relations contractuelles avec l'adjudicataire autorisent une telle annulation.

les marchés publics, aux fins d'une mise en œuvre efficace du droit communautaire. Les États membres qui tournent le droit des marchés publics pourraient, en l'absence de sanction adéquate, être encouragés à pratiquer une politique du fait accompli<sup>49</sup>, ce qui ne ferait que perpétuer la situation contraire au droit communautaire.

78. En l'espèce, cette mesure est également conforme au principe de proportionnalité, compte tenu de la durée de 30 ans initialement prévue pour le contrat d'élimination des déchets. En raison de cette durée, la relation contractuelle était de nature à créer des faits accomplis. L'annulation était donc la seule solution pour éviter que la situation contraire au droit communautaire ne se perpétue.

79. L'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 ne s'oppose pas à cette obligation d'annulation. Premièrement, en tant que texte de droit dérivé, cette directive ne saurait conduire à une restriction des libertés fondamentales. Deuxièmement, la protection

contre les autres soumissionnaires que l'article 2, paragraphe 6, de la directive apporte aux contrats enfreignant le droit communautaire ne signifie en aucun cas que le droit communautaire exclurait sur un plan général toute obligation de mettre fin aux contrats qui violent la réglementation des marchés publics. Il résulte en fait de cette disposition qu'un soumissionnaire qui saisit l'instance de recours ne peut s'appuyer sur l'article 228, paragraphe 1, CE pour alléguer une obligation de l'État membre de mettre fin à des contrats enfreignant la réglementation des marchés publics<sup>50</sup>. Cette disposition concerne donc simplement l'aménagement de la protection juridique individuelle contre les décisions illégales d'attribution de marchés prises dans les États membres<sup>51</sup>. Elle ne dit rien de la protection de l'intérêt communautaire, qu'il faut distinguer de l'intérêt individuel des soumissionnaires écartés<sup>52</sup>. Il ne pourrait d'ailleurs en être autrement, puisque le droit originaire, qui a la primauté, contient déjà des normes exhaustives à ce propos. Ce système communautaire de protection juridique contre les décisions illégales d'attribution de marchés prises par les autorités nationales a été soigneusement réfléchi et pondéré pour tenir compte des divers intérêts en cause. En effet, la procédure de recours, qui vise à protéger les intérêts individuels, trouve ses pendants dans la procédure en manquement et dans la pro-

49 — Pour le risque d'une violation irréversible du droit communautaire lorsqu'un État membre pratique une politique du fait accompli, voir Fernández Martín, J. M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 157, et dans «Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies dans the Court of Justice and the National Courts», *Remedies for enforcing the public procurement rules* (1993, p. 16), P. Arrowsmith soutient que l'absence d'une telle possibilité d'annulation pourrait diminuer la disposition des administrations à se conformer à la réglementation des marchés publics. Il existerait un risque que des contrats ne soient conclus en violation de l'obligation de communication, afin de décourager certains candidats et de limiter leurs possibilités de recours.

50 — Bitterich, K., «Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Verträge durch öffentliche Auftraggeber», *Neue Juristische Wochenschrift*, 26/2006, p. 1846.

51 — Pachnou, D., «Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness», *Public Procurement Law Review*, n° 2, 2000, p. 57, 58.

52 — Dans «Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28. 10.1999» (*Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, 55<sup>e</sup> année, n° 17, p. 633, 634), M. Hintersteinger soutient que l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/655 ne permet de restreindre la responsabilité de l'État que dans les rapports entre ce dernier et le soumissionnaire écarté. Cette disposition aurait dès lors un caractère dérogatoire. Par ailleurs, en tant que simple norme de droit dérivé, la directive ne serait pas susceptible de restreindre l'obligation fondamentale de l'État membre d'établir une situation conforme au droit communautaire.

cédure de correction, qui ont pour but de préserver l'intérêt de la Communauté à l'établissement ou au rétablissement de la légalité. Comme je l'ai fait observer d'entrée, la procédure en manquement conduit, en raison de sa spécificité, à écarter la procédure de correction. Comme le recours en manquement vise exclusivement à défendre l'intérêt général, les dispositions relatives au droit de recours dans le domaine des marchés publics, y compris l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/655, peuvent être considérées comme dépourvues de pertinence en l'espèce.

80. Indépendamment de cela, et dans la perspective d'une mise en œuvre aussi efficace que possible du droit des marchés publics, l'annulation du contrat, suivie du lancement d'un nouvel appel d'offres, devrait généralement apparaître comme la solution la plus respectueuse de l'intérêt individuel des soumissionnaires écartés. D'une part, pour un soumissionnaire, la conclusion du contrat et son exécution seront souvent plus avantageuses que l'obtention de dommages-intérêts de la part du pouvoir adjudicateur<sup>53</sup>. D'autre part, en cas de recours en dédom-

magement devant les juridictions nationales, le soumissionnaire se verra confronté à des difficultés, dans la mesure où il devra non seulement établir son préjudice, mais également le fait qu'il avait présenté l'offre la mieux-disante, sans parler de la toujours difficile détermination du montant du préjudice<sup>54</sup>.

81. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi le contrat enfreignant le droit des marchés publics, qui a justement pour effet une violation persistante des libertés fondamentales, devrait a priori être exclu des mesures visant à l'exécution d'un arrêt de constatation de manquement<sup>55</sup>.

82. Partant, cet argument du gouvernement allemand doit également être rejeté. Il faut dès lors présumer que les possibilités offertes par le droit national de mettre fin au contrat doivent être utilisées et épuisées, en tenant

53 — J. M. Fernández Martín (*The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 213) et D. Pachnou («Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness», *Public Procurement Law Review*, n° 2, 2000, p. 65) considèrent l'octroi de dommages-intérêts comme un pis-aller par rapport à l'exécution proprement dite; M. Hintersteiner («Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28. 10.1999», *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, 55<sup>e</sup> année, n° 17, p. 634) considère le versement d'une somme d'argent comme une forme déficiente de réparation. Selon elle, la règle selon laquelle la *restitutio in integrum* doit être préférée aux dommages-intérêts est un principe général du droit.

54 — H. Leffler («Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions», *Public Procurement Law Review*, n° 4, 2003, p. 160) évoque les faibles chances pour un soumissionnaire d'obtenir gain de cause en cas de recours en dommages-intérêts pour cause de perte d'un marché public; J. M. Fernández Martín (*The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 214) rappelle que, dans la plupart des États membres, il faut établir que le requérant aurait obtenu le marché ou qu'il avait à tout le moins une véritable chance de l'obtenir. Sans cette preuve, les tribunaux se refusent à accorder des dommages-intérêts. L'auteur estime improbable que le requérant puisse franchir cet obstacle.

55 — S. Arrowsmith («Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies in the Court of Justice and the National Courts», *Remedies for enforcing the public procurement rules*, 1993, p. 8), considère que, dans le cadre d'une procédure en manquement, un État membre peut contraindre la Cour à annuler le contrat enfreignant la réglementation sur les marchés publics.

compte du principe de l'efficacité et de l'équivalence des voies de recours susceptibles d'être employées pour assurer la mise en œuvre du droit communautaire<sup>56</sup>. Le fait que tant la ville de Brunswick que la commune de Bockhorn ont réussi à se libérer de leurs obligations contractuelles en cours de procédure réfute au demeurant le point de vue du gouvernement allemand selon lequel les obligations contractuelles ne peuvent être résiliées, sauf à courir le risque de se voir condamner à des dommages-intérêts hors de toute proportion.

83. Comme la République fédérale d'Allemagne n'avait pas annulé le contrat litigieux à la date pertinente, force est de constater qu'elle n'a pas adopté les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, en ce qui concerne l'attribution du marché relatif à l'élimination de déchets par la ville de Brunswick.

56 — Dans son jugement du 20 décembre 2005 (33 O 16465/05), le Landgericht München I s'est fondé sur l'article 313, paragraphe 3, du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) et sur une clause contractuelle de «loyauté» pour déclarer licite la résiliation extraordinaire par la ville de München d'un marché de transport pour lequel aucun appel d'offres n'avait été publié au préalable; cette juridiction a en effet estimé que, après l'arrêt rendu par la Cour dans la procédure en manquement relative à cette affaire (arrêt du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne, précité à la note 8), il était inconcevable d'exiger de la ville en question qu'elle s'en tienne à une stricte application du contrat. Dans le même sens, voir Prieß, G., «Beendigung des Dogmas durch Kündigung: Keine Bestandsgarantie für vergaberechtswidrige Verträge», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2006, n° 4, p. 221. Pour les contrats à durée indéterminée, l'article 314 du BGB permet de les résilier pour motif grave.

### C — Sur l'absence de nécessité d'infliger des sanctions

84. Nous avons affaire en l'espèce à une violation par la République fédérale d'Allemagne de l'article 228, paragraphe 1, CE, qui ouvre à la Cour la possibilité de recourir à des moyens de coercition.

85. Même si la Commission a retiré sa demande initiale d'infliger une astreinte et même si nul n'a jamais demandé l'imposition d'une somme forfaitaire, la Cour garde toute latitude de décision, puisqu'elle n'est pas liée par les propositions de la Commission relatives aux conséquences financières de la constatation qu'un État ne s'est pas conformé à un arrêt antérieur de la Cour. Ces propositions ne constituent qu'une base de référence utile pour la Cour dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE<sup>57</sup>. Autrement dit, l'application de cette disposition relève des pouvoirs de pleine juridiction de la Cour<sup>58</sup>.

86. La procédure prévue à l'article 228, paragraphe 2, CE a pour objectif d'inciter

57 — Arrêts du 4 juillet 2000, Commission/Grèce (précité à la note 24, point 89), et du 25 novembre 2003, Commission / Espagne (C-278/01, Rec. p. I-14141, point 41).

58 — Conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire Commission/France (arrêt du 12 juillet 2005, précité à la note 33), point 84.

un État membre défaillant à exécuter un arrêté en manquement et, par là, d'assurer l'application effective du droit communautaire. Les mesures prévues par cette disposition, à savoir la somme forfaitaire et l'astreinte, visent toutes les deux ce même objectif.

87. Ainsi que la Cour l'a souligné dans son arrêt du 12 juillet 2005, *Commission/France*, l'application de l'une ou de l'autre de ces deux mesures dépend de l'aptitude de chacune à remplir l'objectif poursuivi en fonction des circonstances de l'espèce. Si l'imposition d'une astreinte semble particulièrement adaptée pour inciter un État membre à mettre fin, dans les plus brefs délais, à un manquement qui, en l'absence d'une telle mesure, aurait tendance à persister, l'imposition d'une somme forfaitaire repose davantage sur l'appréciation des conséquences du défaut d'exécution des obligations de l'État membre concerné sur les intérêts privés et publics, notamment lorsque le manquement a persisté pendant une longue période depuis l'arrêt qui l'a initialement constaté<sup>59</sup>.

88. Compte tenu de la fonction de coercition de l'astreinte, que nous avons décrite ci-

dessus, la question de savoir si l'État membre en cause n'a pas encore satisfait à ses obligations et si, par voie de conséquence, les conditions de l'imposition d'une telle sanction sont toujours remplies doit être appréciée, comme nous l'avons vu, à la date de l'audience. Or, comme le contrat d'élimination des déchets a été annulé pendant la procédure écrite, ces conditions ne sont plus remplies, de sorte que l'imposition d'une astreinte paraît désormais inappropriée.

89. En revanche, en tant que sanction financière versée en une seule fois, la somme forfaitaire permet de punir un manquement qui appartient certes au passé, de sorte que l'élimination de l'infraction ne revêt plus qu'un intérêt mineur pour la Communauté, mais qui exige néanmoins l'imposition d'une sanction à des fins de dissuasion<sup>60</sup>. Il convient de recourir à la menace d'imposition d'un montant forfaitaire en particulier lorsque l'État membre ne s'est conformé à l'arrêt que par crainte de la deuxième procédure<sup>61</sup>, lorsque le manquement est

60 — Karpenstein, P., et Karpenstein, U., dans Grabitz et Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, volume III, article 228 CE, point 28; Bonnie, A., *Commission Discretion under Article 171 (2) EC*, *European law review*, n° 6 (1998), p. 547, et Burgi, M., dans *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union* (éd. Rengeling, Middeke et Gellermann), 2<sup>e</sup> édition, C. H. Beck, Munich, 2003, § 6, point 49.

61 — Karpenstein, P., et Karpenstein, U., dans Grabitz et Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, volume III, article 228 CE, point 28; C. Gaitanides [*Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Union*, von der Groeben et Schwarz (éd.), article 228 CE] estime que tel est le cas lorsque l'État membre ne s'est conformé à l'arrêt que tardivement et que le nouveau recours n'a pas encore été introduit ou lorsque le procès n'est pas encore achevé.

59 — Arrêt précité à la note 33, points 80 et 81.

particulièrement grave<sup>62</sup> et lorsqu'il y a un risque concret de récidive<sup>63</sup>.

90. En l'espèce, rien n'indique un risque de récidive et le manquement ne peut être considéré comme particulièrement grave. Étant donné l'importance purement locale du contrat d'élimination des déchets passé par la ville de Brunswick, l'entrave qui en a résulté pour le fonctionnement du marché intérieur peut encore être qualifiée de minime.

91. Certes, tout refus de se conformer à un arrêt de la Cour est grave, de sorte qu'il serait en principe possible de sanctionner le manquement en question par l'imposition, à titre symbolique<sup>64</sup>, d'une somme forfaitaire pour la période qui s'est écoulée depuis l'arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, jusqu'à la conclusion du contrat

d'annulation; il faut cependant relever, comme circonstance atténuante, que la République fédérale d'Allemagne s'est conformée aux obligations découlant de ce premier arrêt, alors que la procédure écrite était encore en cours.

92. Dans ces conditions, il me paraît indiqué de renoncer à l'imposition de sanctions financières.

## VII — Les dépens

93. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La République fédérale d'Allemagne ayant succombé en ses moyens et la Commission ayant conclu à sa condamnation au paiement des frais de justice, il y a lieu de la condamner aux dépens.

94. L'article 69, paragraphe 4, du règlement de procédure prévoit que les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs propres dépens. La République française, le Royaume des Pays-Bas et la République de Finlande supporteront donc leurs propres dépens.

62 — Candela Castillo, J., «La loi européenne, désormais mieux protégée — Quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de Justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains États membres pour violation du droit communautaire», *Revue du Marché Unique Européen*, n° 1 (1997), p. 20, 21.

63 — Karpenstein, P., et Karpenstein, U., dans Grabitz et Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, volume III, article 228 CE, point 28; Diez Hochleitner, J., «Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de Justice par les États membres», *Revue du Marché Unique Européen*, n° 2 (1994), p. 140; Bonnie, A., «Commission Discretion under Article 171 (2) EC», *European Law Review*, n° 6 (1998), p. 547, et Burgi, M., dans *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union* (éd. Rengeling, Midecke et Gellermann), 2<sup>e</sup> édition, C. H. Beck, Munich, 2003, § 6, point 51.

64 — P. et U. Karpenstein (Grabitz et Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, volume III, article 228 CE, point 28 en marge) considèrent qu'une somme forfaitaire doit être préférée à l'astreinte lorsque le principe de proportionnalité exige d'infliger à l'État membre défaillant une sanction «symbolique», par exemple parce qu'il est prévisible qu'il régularisera son manquement avant même le prononcé de l'arrêt.

## VIII — Conclusion

95. Sur la base des considérations développées ci-dessus, et compte tenu du fait que la Commission n'a pas maintenu son recours en ce qui concerne la commune de Bockhorn, je propose qu'il plaise à la Cour:

- constater que, en ne prenant pas les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne (C-20/81 et C-28/81), concernant l'attribution d'un contrat sur l'élimination des déchets de la ville de Brunswick, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE;
  
- condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens;
  
- constater que la République française, le Royaume des Pays-Bas et la République de Finlande doivent supporter leurs propres dépens.