



Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

7 juin 2012 *

«Directive 2004/18/CE — Marchés publics dans le domaine de la défense — Article 10 — Article 296, paragraphe 1, sous b), CE — Protection des intérêts essentiels de la sécurité d'un État membre — Commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre — Produit acquis par un pouvoir adjudicateur à des fins spécifiquement militaires — Existence, en ce qui concerne ce produit, d'une possibilité d'application civile largement similaire — Plateforme tournante ('tiltable turntable') destinée à la réalisation de mesures électromagnétiques — Absence de mise en concurrence conformément aux procédures prévues par la directive 2004/18»

Dans l'affaire C-615/10,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Korkein hallinto-oikeus (Finlande), par décision du 13 décembre 2010, parvenue à la Cour le 23 décembre 2010, dans la procédure engagée par

Insinööritoimisto InsTiimi Oy,

en présence de:

Puolustusvoimat,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. J.-C. Bonichot, président de chambre, M^{me} A. Prechal, M. L. Bay Larsen (rapporteur), M^{me} C. Toader et M. E. Jarašiūnas, juges,

avocat général: M^{me} J. Kokott,

greffier: M^{me} C. Strömholm, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 12 décembre 2011,

considérant les observations présentées:

- pour Insinööritoimisto InsTiimi Oy, par M^{me} A.-M. Eskola, asianajaja, et M. T. Pekkala,
- pour le Puolustusvoimat, par M. J. Matinlassi, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement finlandais, par M. J. Heliskoski, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement tchèque, par M^{me} J. Očková ainsi que par MM. T. Müller et M. Smolek, en qualité d'agents,

* Langue de procédure: le finnois.

— pour le gouvernement portugais, par M. L. Inez Fernandes, en qualité d'agent,
— pour la Commission européenne, par MM. E. Paasivirta et C. Zadra, en qualité d'agents,
ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 19 janvier 2012,
rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 10 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), de l'article 346, paragraphe 1, sous b), TFUE, ainsi que de la liste des armes, munitions et matériel de guerre figurant dans la décision 255/58 du Conseil, du 15 avril 1958 (ci-après la «liste du Conseil du 15 avril 1958»), auxquels cette disposition du traité FUE s'applique.
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Insinööritoimisto InsTiimi Oy (Bureau d'ingénierie InsTiimi SA, ci-après «InsTiimi») au Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos (Office d'études techniques des forces de défense finlandaises), au sujet de l'attribution par ce dernier, selon une procédure différente de celles prévues par la directive 2004/18, d'un marché de fourniture d'un système de plateforme tournante («tiltable turntable») destiné à être utilisé comme support d'objets soumis à des mesures électromagnétiques.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

- 3 L'article 10 de la directive 2004/18, intitulé «Marchés dans le domaine de la défense» et figurant au chapitre II du titre II de celle-ci, lui-même intitulé «Champ d'application», énonce:

«La présente directive s'applique aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296 du traité [CE].»
- 4 Ledit article 296 CE, qui était applicable à l'époque des faits au principal et qui a été remplacé, dans les mêmes termes, par l'article 346 TFUE à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, stipulait:

«1. Les dispositions du [...] traité [CE] ne font pas obstacle aux règles ci-après:
 - a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité;
 - b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.
2. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent.»

- 5 La décision 255/58 du Conseil, du 15 avril 1958, établit la liste visée à l'article 296, paragraphe 2, CE, dont des extraits sont reproduits dans le document 14538/4/08 du Conseil, du 26 novembre 2008. La juridiction de renvoi se réfère à cette liste, en particulier aux points 11, 14 et 15 de celle-ci qui se lisent ainsi:

«Les dispositions de l'article [296], paragraphe 1, sous b), du traité [CE] s'appliquent aux armes, munitions et matériel de guerre énumérés ci-dessous, y compris les armes conçues pour utiliser l'énergie nucléaire:

[...]

11. Matériel électronique pour l'usage militaire.

[...]

14. Parties et pièces spécialisées du matériel repris dans la présente liste pour autant qu'elles ont un caractère militaire.

15. Machines, équipement et outillage exclusivement conçus pour l'étude, la fabrication, l'essai et le contrôle des armes, munitions et engins à usage uniquement militaire repris dans la présente liste.»

- 6 La directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (JO L 216, p. 76), que les États membres devaient mettre en œuvre avant le 21 août 2011, énonce à son dixième considérant:

«Par 'équipements militaires', au sens de la présente directive, il faudrait entendre notamment les types de produits visés par la [liste] du Conseil du 15 avril 1958 [...] Cette liste ne comprend que les équipements qui sont conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires. [...] Au sens de la présente directive, le terme 'équipement militaire' devrait couvrir également les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre.»

Le droit finlandais

- 7 La directive 2004/18 a été transposée dans le droit finlandais par la loi n° 348/2007 sur les marchés publics (julkisista hankinnoista annettu laki) et le décret n° 614/2007 sur les marchés publics (julkisista hankinnoista annettu asetus).

- 8 L'article 7, paragraphe 1, de ladite loi délimite son champ d'application de la manière suivante:

«La présente loi ne s'applique pas aux marchés:

- 1) qui doivent être tenus secrets ou dont la réalisation exige des mesures de protection spéciales prévues par la loi, ou si les intérêts essentiels de la sécurité de l'État l'imposent;
- 2) qui portent sur du matériel destiné à des fins essentiellement militaires [...]

[...]»

- 9 Il ressort d'une instruction administrative du 28 mai 2008 édictée par le ministère de la Défense que, dans les marchés publics portant sur l'acquisition d'équipements militaires destinés à la défense, il convient, provisoirement, de suivre, entre autres, l'arrêté n° 76/1995 du ministère de la Défense du 17 mars 1995.

- 10 À l'article 1^{er} de l'arrêté n° 76/1995 est défini ce qu'il convient d'entendre par bien ou service destiné à des fins essentiellement militaires, auquel la loi n° 348/2007 sur les marchés publics ne s'applique pas.
- 11 Il ressort des dispositions combinées dudit article 1^{er} et du point M de l'annexe de l'arrêté n° 76/1995 qu'il s'agit pour l'essentiel de l'«équipement spécial destiné à une activité militaire, à la formation ou à des exercices de simulations de situations militaires et [des] composants, accessoires et appareils conçus spécialement à ces fins».

Le litige au principal et la question préjudicielle

- 12 Au cours de l'année 2008, le Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos a lancé, sans publication au préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, un appel d'offres portant sur un système de plateforme tournante, d'une valeur de 1 650 000 euros.
- 13 Le 5 février 2008, il a invité quatre opérateurs économiques, dont InsTiimi, à lui faire des propositions.
- 14 Le 24 juin 2008, selon une «procédure négociée» qui ne répond pas aux exigences de l'une des procédures de marchés visées dans la directive 2004/18, le marché a été attribué à un soumissionnaire autre que InsTiimi. Le 25 juin 2008, l'objet du marché et le mode de fonctionnement du système de plateforme tournante en cause au principal ont été décrits dans un quotidien national finlandais.
- 15 Considérant que la procédure aurait dû se dérouler conformément aux règles prévues par la directive 2004/18, InsTiimi a introduit un recours contre la décision d'attribution du marché en cause au principal devant le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques).
- 16 Cette juridiction a rejeté ce recours en considérant qu'il était établi que ledit système de plateforme tournante était destiné à des fins essentiellement militaires et que le pouvoir adjudicateur entendait l'utiliser exclusivement à de telles fins.
- 17 Partant, le markkinaoikeus est parvenu à la conclusion que ledit marché relevait de la disposition dérogatoire figurant à l'article 7, paragraphe 1, point 2, de la loi n° 348/2007 sur les marchés publics.
- 18 InsTiimi a fait appel de cette décision devant le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême).
- 19 InsTiimi a fait valoir devant cette juridiction que la plateforme tournante constitue une innovation technique dans l'industrie civile et non un matériel militaire. La réalisation technique du système de plateforme tournante en cause au principal reposerait sur une combinaison de matériaux, de composants ainsi que de systèmes qui sont librement disponibles et la conception de celui-ci relèverait uniquement du choix et de la réunion appropriés d'éléments structurels, en vue de répondre aux exigences de l'appel d'offres.
- 20 Le Puolustusvoimat (Forces de défense), représenté par le Pääesikunta (État major général), a fait valoir devant la juridiction de renvoi que ce système de plateforme tournante avait été acquis à des fins spécifiquement militaires et qu'il était destiné, en particulier, à simuler des situations de combat. Il permettrait la simulation de contre-mesures à l'encontre de la reconnaissance aérienne, sous différents angles, et de l'«acquisition» de cibles, ainsi que l'entraînement y afférent.
- 21 Ledit système de plateforme tournante constitue, selon l'argumentation présentée par le Puolustusvoimat, la composante essentielle d'un dispositif destiné à être installé sur terrain ouvert en vue de mesures, de simulations et d'exercices de guerre électronique et, par conséquent, il serait conçu en vue de la recherche sur des armes, ceci à des fins militaires.
- 22 Le même système de plateforme tournante serait un produit au sens du point M de l'annexe de l'arrêté n° 76/1995.

23 La juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir si la directive 2004/18 trouve à s'appliquer lorsque le matériel qui fait l'objet du marché a une finalité spécifiquement militaire, mais qu'il existe également des applications techniques de ce matériel fondamentalement similaires dans le secteur civil.

24 Dans ce contexte, le Korkein hallinto-oikeus a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«La directive [2004/18], compte tenu de son article 10, de l'article [296], paragraphe 1, sous b), [CE] et de la liste [...] du Conseil du 15 avril 1958, s'applique-t-elle à un marché qui relève, par ailleurs, du champ d'application de ladite directive, dès lors que, selon le pouvoir adjudicateur, le matériel qui fait l'objet de ce marché est destiné à des fins spécifiquement militaires mais qu'il en existe aussi des applications techniques essentiellement similaires sur le marché civil?»

Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle

25 Le gouvernement finlandais, sans soulever d'exception d'irrecevabilité, précise, dans ses observations écrites, que la demande de décision préjudicielle ne contient pas d'éléments en ce qui concerne les mesures que le pouvoir adjudicateur estime nécessaires à «la protection des intérêts essentiels de [la] sécurité» de la République de Finlande, au sens de l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, raison pour laquelle il a estimé ne pas pouvoir se prononcer sur cette condition d'application de ladite disposition.

26 À cet égard, il convient de préciser que le fait que la juridiction de renvoi ne sollicite pas d'interprétation de cette condition d'application de l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE n'est pas, en lui-même, de nature à mettre en cause la recevabilité de ladite demande.

27 En effet, dans le cadre de la procédure instituée à l'article 267 TFUE, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que la question posée porte sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêt du 24 avril 2012, Kamberaj, C-571/10, point 40 et jurisprudence citée).

28 Toutefois, il appartient à la Cour d'examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence (voir arrêt Kamberaj, précité, point 41). Le refus de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit de l'Union sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir arrêt du 14 février 2008, Varec, C-450/06, Rec. p. I-581, point 24).

29 À cet égard, il convient de relever que la question posée en l'espèce ne pourrait être considérée comme hypothétique et, par conséquent, irrecevable que s'il apparaissait de manière manifeste que, dans l'affaire au principal, l'application de la dérogation prévue à l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, auquel se réfère l'article 10 de la directive 2004/18, ne pourrait, en tout état de cause, être justifiée par les intérêts essentiels de la sécurité de la République de Finlande.

30 Dans la décision de renvoi, sans indiquer de manière définitive que, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a fait valoir de tels intérêts essentiels, le Korkein hallinto-oikeus se limite à constater que le Puolustusvoimat n'a pas précisé, de la manière préconisée par la Commission dans la communication interprétative sur l'application de l'article 296 CE dans le domaine des marchés publics de la défense [COM(2006) 779 final], du 7 décembre 2006, les intérêts essentiels pour la sécurité qui étaient concernés par l'acquisition du système de plateforme tournante en cause au principal non plus que les raisons pour lesquelles la non-application des règles prévues par la directive 2004/18 était nécessaire dans ce cas précis.

- 31 Dans ces conditions, il n'est pas manifeste que la question posée présente un caractère hypothétique.
- 32 Dès lors, la demande de décision préjudicielle doit être considérée comme recevable.

Sur la question préjudicielle

- 33 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 10 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, doit être interprété en ce sens qu'il autorise un État membre à soustraire des procédures prévues par ladite directive un marché public passé par un pouvoir adjudicateur dans le domaine de la défense pour l'acquisition d'un matériel qui, bien que destiné à des fins spécifiquement militaires, présente également des possibilités d'application civiles essentiellement similaires.
- 34 Il ressort de l'article 10 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, que les États membres peuvent, pour les marchés passés dans le domaine de la défense, prendre des mesures dérogatoires à ladite directive lorsque, d'une part, est concerné le «commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre» et que, d'autre part, ces mesures apparaissent nécessaires à la «protection des intérêts essentiels» de la sécurité de l'État membre concerné.
- 35 À cet égard, il y a lieu de rappeler que ces dispositions, comme il est de jurisprudence constante pour les dérogations aux libertés fondamentales, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (voir notamment, pour ce qui concerne les dérogations prévues à l'article 296 CE, arrêt du 15 décembre 2009, *Commission/Finlande*, C-284/05, Rec. p. I-11705, point 46 et jurisprudence citée). Bien que le paragraphe 1, sous b), de cet article fasse état des mesures qu'un État membre peut estimer nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, celui-ci ne saurait toutefois être interprété de manière à conférer aux États membres le pouvoir de déroger aux dispositions du traité CE par la seule invocation desdits intérêts (arrêt *Commission/Finlande*, précité, point 47).
- 36 Les types de produits figurant sur la liste du Conseil du 15 avril 1958, à laquelle l'article 296, paragraphe 2, CE renvoie expressément, relèvent, en principe, de la possibilité de dérogation prévue au paragraphe 1, sous b), de ce même article.
- 37 Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si un produit tel que le système de plateforme tournante en cause au principal peut être classé dans l'une ou l'autre des catégories figurant sur ladite liste.
- 38 Toutefois, l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE précise que les mesures que peuvent prendre ainsi les États membres ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.
- 39 En conséquence, il y a lieu, d'une part, de rappeler qu'un pouvoir adjudicateur ne peut invoquer l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE pour justifier une mesure dérogatoire lors de l'achat d'un matériel qui a une vocation civile certaine et une finalité militaire éventuelle (voir, en ce sens, arrêt du 8 avril 2008, *Commission/Italie*, C-337/05, Rec. p. I-2173, points 48 et 49).
- 40 D'autre part, quand bien même un produit relèverait de l'une ou l'autre des catégories de matériels figurant sur la liste du Conseil du 15 avril 1958, il ne saurait, s'il en existe des applications techniques à vocation civile largement similaires, être considéré comme destiné à des fins spécifiquement militaires au sens de l'article 296 CE que si un tel usage est non seulement celui qu'entend lui conférer le pouvoir adjudicateur, mais également, ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocat général au point 48 de ses conclusions, celui qui découle de caractéristiques propres à un équipement spécialement conçu, développé ou modifié substantiellement à de telles fins.

- 41 À cet égard, il y a lieu de relever, en effet, que les termes «pour l'usage militaire» utilisés au point 11 de ladite liste ainsi que les termes «pour autant qu'elles ont un caractère militaire» et «exclusivement conçus» employés aux points 14 et 15 de la même liste indiquent que les produits visés à ces points doivent présenter objectivement un caractère spécifiquement militaire.
- 42 Il y a lieu, enfin, de rappeler que, récemment, au dixième considérant de la directive 2009/81, le législateur de l'Union a précisé que les termes «équipement militaire» au sens de cette directive devraient couvrir les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre.
- 43 Un matériel tel que le système de plateforme tournante en cause au principal est censé, selon les informations fournies à la Cour, permettre l'exécution de mesures électromagnétiques et la simulation de situations de combat. Il pourrait, dès lors, être qualifié de composante d'un équipement militaire destiné à l'essai et au contrôle des armes au sens du point 15 de la liste du Conseil du 15 avril 1958, lu en combinaison avec les points 11 et 14 de celle-ci, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.
- 44 Toutefois, un tel système de plateforme tournante, que le pouvoir adjudicateur n'entend utiliser qu'à des fins militaires, ne saurait être considéré comme destiné spécifiquement à de telles fins au sens de l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE que s'il était établi que, à la différence des matériels similaires à vocation civile invoqués par la requérante au principal, ledit système, par ses caractéristiques propres, peut être regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles, à de telles fins, ce qu'il appartient également à la juridiction de renvoi de vérifier.
- 45 Il convient d'ajouter que, dans l'hypothèse où, en fonction des considérations qui précèdent, la juridiction de renvoi devrait constater que le produit en cause au principal relève du champ d'application matériel de l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, auquel se réfère l'article 10 de la directive 2004/18, il lui incomberait de vérifier si l'État membre qui invoque le bénéfice de cette disposition du traité peut démontrer la nécessité de recourir à la dérogation prévue à ladite disposition dans le but de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité (voir, en ce sens, notamment, arrêt Commission/Finlande, précité, point 49), et si le besoin de protéger ces intérêts essentiels n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue par la directive 2004/18 (voir, en ce sens, arrêt Commission/Italie, précité, point 53).
- 46 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 10 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, doit être interprété en ce sens qu'il n'autorise un État membre à soustraire des procédures prévues par ladite directive un marché public passé par un pouvoir adjudicateur dans le domaine de la défense pour l'acquisition d'un matériel qui, bien que destiné à des fins spécifiquement militaires, présente également des possibilités d'applications civiles essentiellement similaires que si ce matériel, par ses caractéristiques propres, peut être regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles, à de telles fins, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Sur les dépens

- 47 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit:

L'article 10 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, lu en combinaison avec l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, doit être interprété en ce sens qu'il n'autorise un État membre à soustraire des procédures prévues par ladite directive un marché public passé par un pouvoir adjudicateur dans le domaine de la défense pour l'acquisition d'un matériel qui, bien que destiné à des fins spécifiquement militaires, présente également des possibilités d'applications civiles essentiellement similaires que si ce matériel, par ses caractéristiques propres, peut être regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles, à de telles fins, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Signatures