



## Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. MELCHIOR WATHELET  
présentées le 7 juin 2018<sup>1</sup>

**Affaire C-300/17**

**Hochtief AG**  
**contre**  
**Budapest Főváros Önkormányzata**

[demande de décision préjudicielle formée par la Kúria (Cour suprême, Hongrie)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 89/665/CEE – Passation des marchés publics de fournitures et de travaux – Procédures de recours – Article 2, paragraphe 6 – Action en dommages et intérêts – Constatation préalable obligatoire de l'illégalité de la décision du pouvoir adjudicateur – Exclusion des moyens non soulevés devant une commission arbitrale – Article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Droit à une protection juridictionnelle effective – Principes d'effectivité et d'équivalence »

### I. Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 89/665/CEE 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<sup>2</sup>, telle que modifiée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession<sup>3</sup>.
2. Elle intervient dans le cadre d'un litige opposant Hochtief AG au Budapest Főváros Önkormányzata (gouvernement local de Budapest, Hongrie, ci-après le « BFÖ ») dans le cadre d'une action en dommages et intérêts pour violation des règles en matière de marchés publics.
3. Avec sa demande de décision préjudicielle, la Kúria (Cour suprême, Hongrie) pose la question de l'incidence que peut avoir l'articulation de règles procédurales nationales sur le droit à un recours effectif alors que lesdites règles ne présentent pas nécessairement de difficultés lorsqu'elles sont appréhendées séparément.

<sup>1</sup> Langue originale : le français.

<sup>2</sup> JO 1989, L 395, p. 33.

<sup>3</sup> JO 2014, L 94, p. 1.

## II. Le cadre juridique

### A. Le droit de l'Union

4. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 89/665 prévoit :

« Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit. »

5. Aux termes de l'article 2, paragraphes 1, 2, 6, et 9 de la directive 89/665 :

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

[...]

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ;

c) d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 quinquies et 2 sexies peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

[...]

6. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

[...]

9. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions sont toujours motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui est une juridiction au sens de l'article [267 TFUE] et qui est indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base. »

## **B. Le droit hongrois**

1. La loi n° CXXIX de 2003 sur les marchés publics

6. Les faits litigieux de l'affaire au principal se sont déroulés en 2005. Ils étaient alors régis par le közbeszerzésekről szóló 2003 évi CXXIX. törvény (loi n° CXXIX de 2003 sur les marchés publics, ci-après la « loi sur les marchés publics »).

7. Aux termes de l'article 108, paragraphe 3, de la loi sur les marchés publics, « [l]e candidat peut modifier sa demande de participation à l'expiration du délai de présentation des candidatures au plus tard. »

8. L'article 350 de la loi sur les marchés publics dispose :

« La possibilité de faire valoir une prétention de droit civil en cas d'infraction aux règles gouvernant les marchés publics et l'attribution des marchés publics est subordonnée à la condition que l'infraction soit constatée de manière définitive par la commission arbitrale des marchés publics ou – dans le cadre du contrôle juridictionnel d'une sentence de la commission arbitrale – un tribunal. »

9. Toutefois, aux termes de l'article 351 de cette même loi :

« Si le soumissionnaire ne réclame de compensation au pouvoir adjudicateur que pour les frais qu'il a exposés dans le cadre de la préparation de l'offre et de la participation à la procédure d'attribution du marché, il suffit, pour faire valoir cette créance d'indemnisation, qu'il prouve que

- a) le pouvoir adjudicateur a enfreint une disposition des règles gouvernant les marchés publics et l'attribution des marchés publics,
- b) il avait de réelles chances d'obtenir le marché, et
- c) l'infraction a eu une influence défavorable sur ses chances d'obtenir le marché. »

2. La loi n° III de 1952 relative à la procédure civile

10. L'article 339/A du Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (loi n° III de 1952 relative à la procédure civile, ci-après la « loi relative à la procédure civile ») stipule :

« Sauf disposition législative contraire, un tribunal contrôle une décision administrative sur la base des règles juridiques en vigueur lorsque la décision a été prise et des éléments de fait tels qu'ils se présentaient à l'époque. »

## **III. Les faits du litige au principal**

11. Le 5 février 2005, le BFÖ a publié un appel à participer à une procédure de passation d'un marché public de travaux d'un montant dépassant le seuil prévu par le droit de l'Union, suivant la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché. Cinq candidatures ont été reçues dans le délai requis, dont l'une était celle du consortium HOLI (ci-après le « consortium »), dirigé par Hochtief.

12. Le 19 juillet 2005, le BFÖ a annoncé au consortium que sa candidature était invalide en raison d'une incompatibilité et avait été rejetée. Cette décision était motivée par le fait que le consortium avait désigné comme chef de projet un expert qui avait participé à la préparation de l'appel d'offres au côté du pouvoir adjudicateur.

13. Le consortium a contesté cette décision devant la Közbeszerzési Döntőbizottság (commission arbitrale des marchés publics, Hongrie, ci-après la « commission arbitrale »). Celle-ci a rejeté le recours par sentence du 12 septembre 2005. Elle a estimé que la désignation de l'expert dans la demande de participation ne pouvait être considérée comme une erreur administrative, comme le faisait valoir Hochtief, dans la mesure où la non-prise en considération dudit expert aurait impliqué une modification de la demande de participation, exclue par l'article 108, paragraphe 3, de la loi sur les marchés publics. Elle a également considéré que le pouvoir adjudicateur n'avait pas agi illégalement en poursuivant la procédure avec deux candidats seulement, dès lors que l'article 130, paragraphe 7, de la loi sur les marchés publics prévoyait que, s'il restait un nombre de candidats ayant présenté une demande de participation appropriée se situant dans la fourchette fixée, ces derniers devaient être invités à soumissionner.

14. Le consortium a attaqué la sentence de la commission arbitrale en justice. Par jugement du 28 avril 2006, le Fővárosi Bíróság (tribunal de Budapest, Hongrie) a rejeté son recours. Saisi d'un appel contre ce jugement, la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale, Hongrie) a sursis à statuer et a formulé une demande de décision préjudicielle qui a donné lieu à l'arrêt du 15 octobre 2009, Hochtief et Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).

15. À la suite de cet arrêt, la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) a confirmé le jugement du 28 avril 2006 par un arrêt du 20 janvier 2010.

16. Devant cette juridiction, la requérante avait notamment fait valoir, en se fondant sur l'arrêt du 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127), qu'elle n'avait pas été en mesure de formuler ses observations sur les circonstances de l'affaire ou de prouver que le concours de l'expert ne pouvait pas porter atteinte à une concurrence équitable et transparente.

17. Cet arrêt, antérieur à la décision du BFÖ, existait donc lorsque Hochtief a introduit son recours devant la commission arbitrale. Toutefois, il n'aurait été rendu « disponible » dans la version en langue hongroise qu'après cette date<sup>4</sup>. Dans son arrêt, la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) a cependant indiqué qu'il n'examinait pas ce grief car il ne figurait pas dans la requête en première instance. Selon la juridiction de renvoi, la question de savoir si le pouvoir adjudicateur avait, en concluant à l'incompatibilité, commis une infraction en ne donnant pas à la partie requérante au principal la possibilité de se défendre ne figurait pas dans la requête. Elle ajoute que ce n'est qu'en appel que ladite partie aurait fait valoir, pour la première fois, que l'interdiction qui lui avait été opposée constituait une restriction disproportionnée de son droit de présenter une candidature et de soumissionner, contraire à l'article 220 CE, à l'article 6 de la directive 93/37/CEE<sup>5</sup> et à la jurisprudence de la Cour.

18. Par arrêt du 7 février 2011, le Legfelsőbb Bíróság [dénomination antérieure de la Kúria (Cour suprême)] a confirmé l'arrêt de la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) du 20 janvier 2010.

19. En parallèle à ces procédures, la direction générale de la Commission européenne chargée de la politique régionale a réalisé, dans le courant de l'année 2008, un audit relatif à la procédure de passation de marché litigieuse. Elle a conclu que le pouvoir adjudicateur avait enfreint les règles en matière de marchés publics, d'une part, en publiant un avis de procédure négociée et, d'autre part, en

<sup>4</sup> Selon un courrier adressé par le greffe de la Cour à Hochtief le 22 septembre 2010, la traduction hongroise de l'arrêt du 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127) était parvenue au greffe le 2 octobre 2006. Le greffe précisait toutefois qu'il n'était pas possible de déterminer avec précision la date de sa mise en ligne sur le site Internet de la Cour.

<sup>5</sup> Directive du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1993, L 199, p. 54).

excluant un des candidats au cours de la procédure de présélection sans lui avoir donné la possibilité, conformément à l'arrêt du 3 mars 2005, *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127), d'apporter une preuve contraire, c'est-à-dire d'établir que le concours de l'expert désigné en tant que chef de projet n'était pas de nature à fausser la concurrence.

20. Le 11 août 2011, Hochtief a, en se fondant sur les constatations de la Commission, engagé une procédure de révision contre l'arrêt de la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale). Par ordonnance du 6 juin 2013, le Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (tribunal administratif et du travail de Budapest-Capitale, Hongrie) a adopté une ordonnance de rejet du recours en révision, confirmée par ordonnance de la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie), statuant en dernier ressort.

21. Se prévalant des constatations de la Commission, Hochtief a introduit un nouveau recours tendant à la condamnation du pouvoir adjudicateur à une indemnité correspondant aux frais qu'elle a exposés au titre de sa participation à la procédure de passation du marché public.

22. Ce recours ayant été rejeté en première instance et en appel, Hochtief a introduit un pourvoi en cassation devant la juridiction de renvoi, en invoquant, notamment, la violation de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665.

23. La juridiction de renvoi expose, en substance, qu'il ressort de la directive 89/665 que l'exercice des actions en dommages et intérêts peut être subordonné à l'annulation préalable de la décision contestée par une autorité administrative ou une juridiction (arrêt du 26 novembre 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, point 35), de telle sorte que l'article 2 de ladite directive ne semble pas, en principe, s'opposer à une disposition législative nationale telle que l'article 350 de la loi sur les marchés publics. Toutefois, l'application de cette dernière disposition, conjointement avec d'autres dispositions de la loi sur les marchés publics et de la loi relative à la procédure civile, peut avoir pour effet de faire obstacle à la possibilité, pour un candidat à une procédure négociée de passation d'un marché public évincé comme la requérante au principal, d'engager une action en dommages et intérêts faute de pouvoir invoquer une décision constatant de manière définitive une infraction aux règles des marchés publics. Il pourrait, dans ces conditions, être justifié soit d'instituer la possibilité de rapporter la preuve d'une telle infraction par d'autres moyens, soit d'écarter la règle interne au nom du principe d'effectivité, soit encore d'interpréter celle-ci à la lumière du droit de l'Union.

24. La Kúria (Cour suprême) a, dès lors, décidé de surseoir à statuer et d'interroger la Cour à titre préjudiciel.

#### **IV. La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour**

25. Par décision du 11 mai 2017, parvenue à la Cour le 24 mai 2017, la Kúria (Cour suprême, Hongrie) a donc décidé de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Le droit de l'Union s'oppose-t-il à une réglementation procédurale nationale qui impose, comme condition pour faire valoir une prétention de droit civil en cas d'infraction à une disposition des règles en matière de marchés publics, que ladite infraction soit constatée de manière définitive par la commission arbitrale des marchés publics ou – dans le cadre du contrôle juridictionnel d'une sentence de la commission arbitrale – un tribunal ?
- 2) La disposition de droit national qui impose, comme condition préalable à l'engagement d'une action en indemnisation, que l'infraction soit constatée de manière définitive par la commission arbitrale des marchés publics ou – dans le cadre du contrôle juridictionnel d'une sentence de la

commission arbitrale – un tribunal, peut-elle être remplacée en tenant compte du droit de l'Union ou, autrement dit, existe-t-il une possibilité pour la partie lésée de prouver l'infraction par d'autres moyens ?

- 3) Une disposition de droit procédural national est-elle, dans le cadre d'une procédure d'indemnisation, contraire au droit de l'Union, en particulier aux principes d'effectivité et d'équivalence, ou peut-elle avoir un tel effet, lorsqu'elle restreint le contrôle juridictionnel de la sentence aux seuls moyens présentés au cours de la procédure devant la commission arbitrale, sachant que la partie lésée ne peut, comme fondement du manquement reproché par elle, alléguer l'illégalité – selon la jurisprudence interprétative de la Cour – de son exclusion du chef d'incompatibilité que d'une manière qui – en vertu des règles particulières applicables à la procédure de passation de marché avec négociation – provoquerait son exclusion de la procédure de passation de marché pour un autre motif, à savoir une modification de sa candidature ? »

26. Des observations écrites ont été déposées par la requérante au principal, les gouvernements hongrois, grec, autrichien et polonais, ainsi que par la Commission. En outre, la requérante au principal, le gouvernement hongrois et la Commission se sont exprimés lors de l'audience qui s'est tenue le 30 avril 2018.

## V. Analyse

### A. Remarques méthodologiques liminaires

27. La demande de décision préjudicielle introduite par la Kúria (Cour suprême) dans l'affaire au principal pose deux problèmes liminaires de méthodologie : d'une part, la façon dont il convient d'aborder les questions posées par la juridiction de renvoi et, d'autre part, la norme à l'aune de laquelle les problèmes doivent être examinés.

1. Sur la façon dont il convient d'appréhender les questions préjudicielles

28. La demande de décision préjudicielle compte trois questions distinctes. Toutefois, il apparaît rapidement que l'examen individuel de chacune de ces questions ne révèle pas nécessairement de difficultés au regard du droit à un recours effectif. En revanche, l'articulation des règles procédurales en cause suscite davantage d'interrogations.

29. Il nous semble donc opportun, voire nécessaire, de traiter les trois questions posées de façon conjointe même s'il est possible, in fine, d'y apporter des réponses distinctes.

30. D'emblée, je précise également que la précision apportée dans la deuxième partie de la troisième question préjudicielle ne me semble pas pertinente. En effet, le fait que la partie lésée ne pourrait alléguer qu'un moyen tiré d'une illégalité qui provoquerait, en tout état de cause, son exclusion de la procédure de passation de marché n'a pas d'incidence sur le raisonnement juridique qui doit être mené pour répondre à cette troisième question. L'incidence d'un motif d'éviction sur l'issue du litige au principal est une question qui ne peut intervenir que dans un second temps et qu'il appartient à la seule juridiction de renvoi de trancher<sup>6</sup>. Je n'y aurai donc pas égard.

<sup>6</sup> Il en va d'autant plus ainsi que la thèse selon laquelle la requérante au principal ne pourrait invoquer le moyen « nouveau » que moyennant la modification de sa candidature, ce qui constituerait un motif d'éviction de la procédure, est contestée par Hochtief (point 34 de ses observations écrites) et le gouvernement hongrois (points 13 à 15 de ses observations écrites).

31. Mon analyse suivra donc trois étapes. Tout d'abord, j'examinerai la question de savoir s'il est permis de subordonner une procédure en dommages et intérêts à l'annulation préalable de la décision prétendue illégale (et donc, a fortiori, la constatation de son illégalité). Ensuite, j'aborderai le problème de la limitation du contrôle de légalité au cadre juridique et factuel défini par le requérant dans son acte introductif d'instance. Enfin, j'analyserai les conséquences en termes de protection juridictionnelle effective de l'importation de ces deux limitations procédurales du recours en annulation dans le recours en dommages et intérêts.

## 2. Sur la norme de contrôle

32. Il est également nécessaire de déterminer la norme à l'aune de laquelle les problèmes doivent être examinés. Dans sa troisième question préjudicielle, la juridiction de renvoi évoque les principes d'équivalence et d'effectivité qui encadrent traditionnellement l'autonomie procédurale des États membres. Toutefois, elle fonde la motivation de son renvoi préjudiciel sur l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») qui consacre dans l'ordre juridique de l'Union européenne le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial<sup>7</sup>.

33. Cette dernière approche me semble devoir être privilégiée. En effet, il est désormais acquis, d'une part, que l'obligation faite aux États membres à l'article 19, paragraphe 1, TUE d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union correspond à l'article 47 de la Charte<sup>8</sup> et, d'autre part, qu'il s'ensuit que, lorsque les États membres définissent les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits conférés par une norme de l'Union comme la directive 89/665, ils doivent garantir le respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, consacré à l'article 47 de la Charte. Les caractéristiques d'un recours comme celui prévu à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 doivent ainsi être déterminées en conformité avec l'article 47 de la Charte<sup>9</sup>.

34. Cette démarche est celle qui a d'ailleurs, d'ores et déjà, été suivie par la Cour dans le cadre de l'interprétation de la directive 89/665, la Cour ayant jugé, à plusieurs reprises, que son article 1<sup>er</sup> devait « nécessairement être interprété à la lumière des droits fondamentaux qui sont inscrits dans [la] Charte, en particulier, le droit à un recours effectif devant un tribunal, prévu à son article 47 »<sup>10</sup>. Concrètement, cela signifie que, lorsque les États membres définissent les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par la directive 89/665 aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions de pouvoirs adjudicateurs, ils doivent garantir le respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, consacré à l'article 47 de la Charte<sup>11</sup>.

35. C'est donc au regard des exigences de l'article 47 de la Charte que j'examinerai les questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi.

7 Point 22 de la demande de décision préjudicielle.

8 Voir, en ce sens, arrêts du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, point 44) ; du 26 juillet 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, point 30), ainsi que du 27 septembre 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, point 58).

9 Voir, en ce sens, à propos de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (JO 2013, L 180, p. 60), arrêt du 26 juillet 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, point 31), et, à propos de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO 1995, L 281, p. 31), arrêt du 27 septembre 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, points 59 et 60).

10 Arrêt du 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, point 49) ; c'est moi qui souligne.

11 Voir, en ce sens, arrêt du 15 septembre 2016, *Star Storage e.a.* (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 46).

## ***B. Sur la possibilité de subordonner une procédure en dommages et intérêts à l'annulation préalable de la décision prétendue illégale***

36. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 89/665 impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE<sup>12</sup> ou de la directive 2014/23 peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible.

37. Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665, trois types de mesures doivent pouvoir être adoptés dans le cadre de ces recours : premièrement, des mesures provisoires ayant pour but de corriger l'illégalité alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés ; deuxièmement, l'annulation des décisions illégales et, troisièmement, l'octroi de dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation des règles applicables.

38. À propos de ce dernier type de mesures, l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 précise que les États membres peuvent subordonner la possibilité de réclamer des dommages et intérêts à l'annulation préalable de la décision prétendument illégale. Toutefois, cette disposition ne précise pas les conditions de recevabilité de telles actions. La Cour en a déduit que, « *en principe*, [...] l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 ne s'oppos[ait] pas à une disposition de droit national [...] selon laquelle la constatation d'une violation du droit des marchés y mentionnée est la condition préalable à l'exercice d'une action en dommages et intérêts»<sup>13</sup>. C'est ce que j'appellerai le principe de préséance du contentieux de la légalité sur le contentieux de la réparation.

39. S'agissant d'une simple possibilité – l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 utilisant le verbe « pouvoir » et non « devoir » –, les États membres qui recourent à cette faculté sont libres de la moduler<sup>14</sup>. Ils peuvent ainsi prévoir des hypothèses dans lesquelles l'absence d'annulation préalable n'est pas une cause d'irrecevabilité de l'action en dommages et intérêts<sup>15</sup>.

40. En tout état de cause, la mise en œuvre du principe de préséance du contentieux de la légalité sur le contentieux de la réparation ne peut pas aboutir à ce que, combinée à une autre règle procédurale, elle prive la personne lésée non seulement de la possibilité de faire annuler la décision du pouvoir adjudicateur mais aussi des autres remèdes prévus à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665. En effet, un tel « régime » serait contraire au principe d'effectivité<sup>16</sup>. Or, ce principe est appréhendé comme l'une des « exigences [...] qui expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit [de l'Union]»<sup>17</sup>, laquelle est consacrée à l'article 47 de la Charte.

12 Directive du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

13 Arrêt du 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, point 36) ; c'est moi qui souligne.

14 Voir, en ce sens, arrêt du 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, point 35).

15 En revanche, cette possibilité dérogatoire ne peut, selon moi, être transformée en obligation sous peine de retirer une partie substantielle de son utilité au principe de préséance du contentieux de la légalité sur le contentieux de la réparation que l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 autorise.

16 C'est ainsi que la Cour a jugé que « le droit de l'Union et notamment le principe d'effectivité s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne l'introduction d'un recours, aux fins de l'obtention de dommages et intérêts pour violation d'une règle du droit des marchés publics, à la constatation préalable de l'illégalité de la procédure de passation du marché concerné en raison de l'absence de publication préalable d'un avis de marché, lorsque cette action en constatation d'illégalité est soumise à un délai de forclusion de six mois commençant à courir à compter du lendemain de la date de l'attribution du marché public en cause, et ce indépendamment du point de savoir si le demandeur à l'action était en mesure ou non de connaître l'existence de l'illégalité affectant cette décision du pouvoir adjudicateur » (arrêt du 26 novembre 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, point 46 et dispositif).

17 Arrêt du 15 avril 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, point 47) ; c'est moi qui souligne. Voir, également, arrêts du 18 mars 2010, Alassini e.a. (C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, point 49), et du 14 septembre 2016, Martínez Andrés et Castrejana López (C-184/15 et C-197/15, EU:C:2016:680, point 59).

41. En l'espèce, c'est l'application combinée de l'article 350 de la loi sur les marchés publics et de l'article 339/A de la loi relative à la procédure civile qui serait susceptible de poser problème au regard de l'article 47 de la Charte.

### ***C. Sur la circonscription du contrôle de légalité au cadre juridique et factuel défini par le requérant***

42. L'article 339/A de la loi relative à la procédure civile prévoit qu'un tribunal ne peut contrôler une décision administrative que sur la base des règles juridiques qui étaient en vigueur lorsque la décision a été prise et des éléments de fait tels qu'ils se présentaient à l'époque.

43. Concrètement, dans le cadre des contestations relatives aux décisions prises en matière de marchés publics, cela signifie que les juridictions nationales appelées à contrôler les sentences de la commission arbitrale n'auraient pas le droit d'examiner tout moyen nouveau qui n'aurait pas été soulevé devant celle-ci.

44. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour garantir l'existence de recours efficaces et aussi rapides que possible contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs incompatibles avec le droit de l'Union.

45. Pour ce faire, l'article 2, paragraphe 2, de la directive 89/665 autorise les États membres à conférer les pouvoirs d'annulation et de réparation à des instances distinctes qui ne sont pas nécessairement juridictionnelles<sup>18</sup>. Pour le surplus, la directive 89/665 ne contient pas de dispositions qui régissent spécifiquement les conditions dans lesquelles ces voies de recours peuvent être exercées<sup>19</sup>. La directive 89/665 laisse donc aux États membres un pouvoir discrétionnaire dans le choix des garanties de procédure qu'elle prévoit et des formalités y afférentes<sup>20</sup>.

46. Conformément à une jurisprudence constante, il leur appartient, en vertu du principe d'autonomie procédurale, de régler les modalités de la procédure administrative et celles de la procédure juridictionnelle destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Cependant, ces modalités procédurales ne doivent pas porter atteinte à l'effet utile de la directive 89/665<sup>21</sup>.

47. Dans ce contexte, une règle telle que celle prévue à l'article 339/A de la loi relative à la procédure civile ne m'apparaît pas, en tant que telle, contraire au droit de l'Union lorsqu'elle est appliquée dans le cadre du contrôle de légalité opéré par la commission arbitrale et, ensuite, par les juridictions.

48. En effet, il ressort du troisième considérant de la directive 89/665 que l'un de ses objectifs prioritaires est la mise en œuvre de « moyens de recours efficaces *et rapides* »<sup>22</sup>. L'importance de cette dernière caractéristique a été soulignée par le législateur lui-même en imposant expressément aux États membres, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, quatrième alinéa, de ladite directive de prendre « les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, *en particulier*, aussi rapides que possible »<sup>23</sup>.

18 Dans ce cas, l'article 2, paragraphe 9, de la directive 89/665 impose néanmoins que toute mesure illégale que pourraient prendre ces « instances de base » non juridictionnelles ou tout manquement présumé dans l'exercice de leurs pouvoirs puisse faire l'objet d'un recours juridictionnel (ou d'un recours auprès d'une autre instance qui est une juridiction au sens de l'article 267 TFUE et qui est indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base concernée).

19 Voir, en ce sens, arrêt du 15 septembre 2016, *Star Storage e.a.* (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 42).

20 Voir, en ce sens, arrêt du 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, point 44).

21 Voir, en ce sens, arrêts du 12 mars 2015, *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, point 40) ; du 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, point 47) ; du 15 septembre 2016, *Star Storage e.a.* (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 43), ainsi que du 5 avril 2017, *Marina del Mediterraneo e.a.* (C-391/15, EU:C:2017:268, point 33).

22 C'est moi qui souligne.

23 C'est moi qui souligne.

49. Or, la circonscription du contrôle juridictionnel aux moyens soulevés devant la commission arbitrale sur la base des règles juridiques qui étaient en vigueur lorsque la décision a été prise et des éléments de fait tels qu'ils se présentaient à l'époque contribue à la réalisation de cet objectif de célérité sans pour autant atteindre la substance du droit à un recours effectif<sup>24</sup>.

50. D'une part, cette règle évite de retarder la procédure en empêchant l'ouverture d'un nouveau débat – qui devrait être nécessairement contradictoire et tranché au terme d'une décision motivée – devant la juridiction de contrôle. Ce faisant, elle contribue donc à l'intérêt d'une bonne administration de la justice au profit des justiciables<sup>25</sup> et consolide l'exigence de la sécurité juridique qui doit prévaloir dans les recours tendant à priver d'effets un contrat<sup>26</sup>. D'autre part, elle ne prive pas le justiciable d'un accès au juge. Elle l'encadre dans des limites que le justiciable a lui-même établies, sous son unique responsabilité.

51. À cet égard, interrogée sur les conséquences d'une règle procédurale qui limite l'action du juge aux arguments invoqués par les parties, la Cour a jugé que le principe d'effectivité n'imposait pas aux juridictions nationales l'obligation de soulever d'office un moyen tiré d'une disposition du droit de l'Union, indépendamment de son importance pour l'ordre juridique de l'Union, dès lors que les parties avaient une véritable possibilité de soulever un moyen fondé sur le droit de l'Union devant une juridiction nationale<sup>27</sup>.

52. Dans ces conditions, s'il est exact qu'une règle procédurale, qui a pour conséquence de circonscrire le litige aux seuls moyens présentés devant la commission arbitrale, limite le droit à un recours effectif devant un tribunal au sens de l'article 47 de la Charte, elle est justifiée au sens de l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, dès lors qu'elle est prévue par la loi, respecte le contenu essentiel du droit à un recours effectif et respecte l'objectif de célérité des recours prévu par la directive 89/665, lequel contribue à une bonne administration de la justice et à l'exigence de la sécurité juridique.

#### ***D. Sur l'importation des limites procédurales du contentieux de la légalité dans le contentieux de la réparation***

53. Il ressort des considérations qui précèdent que le droit à un recours effectif ne s'oppose pas à la norme qui instaure la préséance du contentieux de la légalité sur le contentieux de la réparation, ni à celle qui empêche de soulever un moyen de droit nouveau après l'introduction du litige lorsque lesdites normes sont appréhendées de façon séparée.

54. Toutefois, l'application combinée des articles 350 de la loi sur les marchés publics et 339/A de la loi relative à la procédure civile a pour effet qu'un recours en dommages et intérêts est irrecevable en l'absence de l'obtention préalable d'une décision constatant l'illégalité du marché en cause, indépendamment de la question de savoir si le requérant en indemnité a eu, en réalité, une véritable possibilité de soulever le motif d'illégalité pertinent dans le cadre du contentieux de la légalité.

24 Voir, en ce sens, point 90 des conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:50) selon lequel « l'interdiction de présenter des moyens nouveaux en appel [...] est une interdiction commune à des ordres juridiques de différents États membres et n'est pas non plus [...] de nature à compromettre l'effectivité du recours ». La Cour a confirmé ce point de vue et la légalité théorique d'une telle règle. En effet, au point 87 de son arrêt du 26 septembre 2013, *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:588), la Cour a jugé, en réponse au grief relatif à l'interdiction de présenter des nouveaux moyens au stade de l'appel, qu'elle ne disposait « d'aucun élément de nature à susciter un doute quant à la conformité du régime des sanctions en cause au principal avec les principes de la protection juridictionnelle effective et du respect des droits de la défense ».

25 C'est ainsi que la Cour a jugé qu'une exigence financière pouvait constituer « une mesure de nature à dissuader les contestations abusives et à garantir à l'ensemble des justiciables, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le traitement de leurs recours dans des délais aussi rapides que possible, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de la Charte » (arrêt du 15 septembre 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 54).

26 Voir, en ce sens, arrêt du 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, point 40).

27 Voir, en ce sens, arrêt du 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.* (C-222/05 à C-225/05, EU:C:2007:318, point 41).

55. Une telle conséquence me paraît contraire à l'article 47 de la Charte car elle porte atteinte au droit à un recours effectif garanti par cette disposition en rendant en pratique impossible le recours en dommages et intérêts sans être justifiée par un objectif d'intérêt général, contrairement aux exigences de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

#### 1. Sur l'atteinte au droit à un recours effectif

56. L'exigence de protection juridictionnelle implique la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice subi en cas de violation du droit de l'Union. En effet, lorsqu'un acte dont la validité est mise en cause a été appliqué, son annulation n'est pas toujours susceptible de réparer l'intégralité du préjudice subi<sup>28</sup>. Si l'inapplicabilité de l'acte paralyse ses effets dans la situation soumise au juge, l'octroi de dommages et intérêts compense le préjudice qui a pu en résulter. La protection complète du justiciable requiert donc les deux<sup>29</sup>.

57. Dans ces conditions, si le principe de préséance du contentieux de la légalité sur le contentieux de la réparation autorisé à l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 peut s'expliquer et se justifier par des motifs touchant à l'économie de procédure et, en définitive, à la sécurité juridique<sup>30</sup>, la règle qui le met en œuvre doit être écartée lorsqu'il est démontré qu'il n'a pas été possible de faire constater l'illégalité de la décision litigieuse pour un motif légitime étranger au comportement du requérant.

58. À défaut, le justiciable se trouverait privé de toute protection juridictionnelle, le recours en dommages et intérêts étant, dans ces circonstances particulières, « le dernier rempart de protection des individus quand [...] les autres voies de droit ne lui [ont pas] off[ert] de protection effective»<sup>31</sup>.

59. Cette caractéristique particulière du contentieux de la réparation irrigue l'ensemble de la jurisprudence de la Cour relative à l'articulation des voies de recours et leur incidence sur la protection juridictionnelle effective, que ce soit pour répondre à la sévérité des conditions de recevabilité du recours en annulation dans le contentieux de la légalité des actes de l'Union<sup>32</sup>, pour pallier l'absence d'effet direct horizontal des directives<sup>33</sup> ou encore lorsqu'une violation des droits tirés du droit de l'Union par une décision juridictionnelle définitive ne peut plus faire l'objet d'un redressement.

60. Dans cette dernière hypothèse, si le droit de l'Union n'exige pas que, pour tenir compte de l'interprétation d'une disposition pertinente de ce droit adoptée par la Cour postérieurement à la décision d'un organe juridictionnel revêtue de l'autorité de la chose jugée, celui-ci doit, par principe, revenir sur cette décision, « les particuliers ne sauraient être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir par ce moyen une protection juridique de leurs droits»<sup>34</sup>.

28 Voir, en ce sens, arrêt du 30 mai 2017, *Safa Nicu Sepahan/Conseil* (C-45/15 P, EU:C:2017:402, point 49).

29 Voir, en ce sens, à propos des normes légales, Dubouis, L., « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », *Revue française de droit administratif*, n° 3, 1996, p. 583 à 601.

30 En effet, ce principe vise à confier le contrôle des règles relatives à la passation de marchés publics à des organes de contrôle spécialisés. Il s'agit de s'assurer que toute question de droit relative à la violation du droit des marchés publics qui surviendrait dans le cadre d'autres procédures a été définitivement tranchée par l'organe spécialisé désigné à cet effet.

31 À propos du recours en responsabilité extracontractuelle, Berrod, Fr., *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, n° 946.

32 Voir, en ce sens, arrêt du 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a./Commission* (C-131/03 P, EU:C:2006:541, point 82).

33 Voir, en ce sens, notamment, arrêts du 24 janvier 2012, *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2012:33, points 42 et 43), et du 26 mars 2015, *Fenoll* (C-316/13, EU:C:2015:200, point 48).

34 Arrêt du 6 octobre 2015, *Târșia* (C-69/14, EU:C:2015:662, point 40).

61. Cette logique fut mise en œuvre dans la reconnaissance de la responsabilité des juridictions de dernière instance en cas de violation du droit de l'Union. En effet, « [e]u égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles [du droit de l'Union], la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit [de l'Union] imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort»<sup>35</sup>.

62. La pleine efficacité du droit de l'Union et la protection des droits qu'il reconnaît, qui sont à la base de cette jurisprudence, imposent également que cette solution soit retenue lorsque la conjonction de règles procédurales conduit à « immuniser » un pouvoir adjudicateur de toute responsabilité malgré la violation du droit de l'Union qu'il a commise. La volonté du législateur de l'Union d'assurer des procédures adéquates permettant l'indemnisation des personnes lésées par une violation des règles relatives à la passation des marchés publics<sup>36</sup> conforte cette interprétation.

63. Elle concourt également à assurer la garantie de la primauté du droit de l'Union, la Cour ayant jugé que s'il apparaissait que les appréciations portées par une juridiction nationale ne sont pas conformes au droit de l'Union, celui-ci impose qu'une juridiction nationale différente, fût-elle, selon le droit interne, inconditionnellement liée par l'interprétation du droit de l'Union faite par la première juridiction, laisse inappliquée, de sa propre autorité, la règle de droit interne qui lui impose de se conformer à l'interprétation du droit de l'Union retenue par ladite première juridiction<sup>37</sup>.

64. Dans le problème d'articulation des règles procédurales qui nous occupe, il apparaît que si le demandeur en réparation n'a pas eu de véritable possibilité de soulever, dans le cadre du contentieux de la légalité, le moyen qu'il souhaite invoquer à l'appui de son recours en dommages et intérêts, la mauvaise application du droit de l'Union ne pourra pas être réparée. Or, afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, la juridiction nationale doit, dans le cadre de ses compétences, prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet<sup>38</sup>. Il découle de ce qui précède que, lorsqu'il est démontré qu'il n'a pas été possible de faire constater l'illégalité de la décision du pouvoir adjudicateur pour un motif étranger au comportement du requérant, la juridiction nationale compétente doit écarter la règle qui met en œuvre le principe de préséance du contentieux de la légalité sur le contentieux de la réparation.

## 2. Sur l'absence de justification

65. Lorsque j'ai examiné la conformité au droit de l'Union d'une règle qui empêche d'invoquer un moyen de droit qui n'a pas été soulevé dans l'acte introductif d'instance, j'ai estimé que l'objectif de célérité poursuivi par la directive 89/665 était de nature à justifier l'applicabilité de cette règle dans le cadre de la procédure de contrôle de légalité des décisions adoptées en matière de marchés publics, car elle participe à l'intérêt d'une bonne administration de la justice et consolide l'exigence de la sécurité juridique qui doit prévaloir dans les recours tendant à priver d'effets un contrat.

66. Cela étant, comme la Cour l'a souligné, « [l]e degré d'exigence de la sécurité juridique concernant les conditions de la recevabilité des recours n'est pas identique selon qu'il s'agit de recours en dommages et intérêts ou de recours tendant à priver d'effets un contrat. En effet, priver d'effet un contrat conclu à l'issue d'une procédure de passation de marché public met fin à l'existence et éventuellement à l'exécution dudit contrat, ce qui constitue une intervention substantielle de l'autorité administrative ou juridictionnelle dans les relations contractuelles intervenant entre les particuliers et

35 Arrêt du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, point 33). Voir, également, arrêt du 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, point 31).

36 Voir, en ce sens, sixième considérant de la directive 89/665.

37 Voir, en ce sens, ordonnance du 15 octobre 2015, Naderhirm (C-581/14, non publiée, EU:C:2015:707, point 35).

38 Voir, en ce sens, ordonnance du 15 octobre 2015, Naderhirm (C-581/14, non publiée, EU:C:2015:707, point 37).

les organismes étatiques. Une telle décision peut ainsi causer une perturbation considérable et des pertes économiques non seulement à l'adjudicataire du marché public concerné, mais également au pouvoir adjudicateur et, par conséquent, au public, bénéficiaire final de la fourniture des travaux ou des services faisant l'objet du marché public en cause. Ainsi qu'il ressort des considérants 25 et 27 de la directive [2007/66/CE]<sup>39</sup>, le législateur de l'Union a accordé une plus grande importance à l'exigence de la sécurité juridique concernant les recours tendant à priver d'effets un contrat que pour les recours en dommages et intérêts»<sup>40</sup>.

67. En outre, une articulation des procédures telle que celle en cause dans l'affaire au principal n'est pas susceptible de retarder l'issue de la procédure d'adjudication ni de porter atteinte à la sécurité juridique. En effet, la décision d'éviction dont l'illégalité est à l'origine du dommage allégué est devenue définitive au terme des rejets définitifs du recours contre la sentence de la commission arbitrale et du recours en révision introduit contre l'arrêt de la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) prononcé dans le cadre de cette même procédure.

68. Par conséquent, autoriser le juge de l'indemnité à constater l'illégalité de la décision à l'origine du dommage allégué sur le fondement d'un moyen qui n'a pas été examiné dans le cadre de la procédure en annulation ne saurait avoir pour conséquence de priver d'effet l'acte litigieux.

69. Par ailleurs, pareille possibilité ne saurait être assimilée à une remise en cause de l'autorité de la chose jugée par le juge de la réparation dès lors que le recours en dommages et intérêts n'a pas le même objet que le recours en annulation et que ce dernier litige n'a pas porté sur la même question juridique. Au contraire, dans des circonstances analogues, la Cour a déjà jugé que le principe de sécurité juridique ne pouvait justifier une règle nationale qui empêchait le juge national de tirer toutes les conséquences de la violation d'une disposition du traité en raison d'une décision juridictionnelle nationale revêtue de l'autorité de la chose jugée<sup>41</sup>.

### 3. Sur l'application au cas d'espèce

70. Accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par la violation des règles de passation des marchés publics constitue l'un des remèdes que le droit de l'Union garantit<sup>42</sup>. Or, pour paraphraser la formule utilisée par la Cour au point 43 de son arrêt du 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779), l'articulation des règles procédurales applicables au litige au principal pourrait conduire à ce que la personne lésée soit privée non seulement de la possibilité de faire annuler la décision du pouvoir adjudicateur, mais aussi de tous les remèdes prévus à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665.

71. Par conséquent, une conclusion analogue s'impose dans la présente affaire. Le droit à un recours effectif, consacré à l'article 47 de la Charte, s'oppose à un régime tel que celui en cause dans l'affaire au principal qui porte atteinte audit droit en rendant impossible l'exercice du recours en dommages et intérêts en raison de l'interdiction de prendre en considération un moyen juridique dont le justiciable n'a pas pu prendre connaissance, sans faute ou négligence de sa part, avant l'introduction de son recours en annulation ou, pour reprendre les termes de l'arrêt du 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.* (C-222/05 à C-225/05, EU:C:2007:318), qu'il n'a pas eu de véritable possibilité de soulever devant une juridiction nationale.

<sup>39</sup> Directive du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JO 2007, L 335, p. 31).

<sup>40</sup> Arrêt du 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, points 39 et 40).

<sup>41</sup> Voir, en ce sens, arrêt du 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen* (C-505/14, EU:C:2015:742, point 45).

<sup>42</sup> Arrêt du 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, point 43).

72. Dans la présente affaire, la violation du droit de l'Union invoquée par Hochtief pour la première fois devant la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) se fonde sur l'arrêt du 3 mars 2005, *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127), lequel n'aurait été rendu « disponible » dans la version en langue hongroise qu'après l'introduction du litige devant la commission arbitrale<sup>43</sup>.

73. Il reste à voir si une entreprise comme Hochtief, société de droit allemand ayant son siège social en Allemagne, était réellement dans l'impossibilité de prendre connaissance d'un arrêt de la Cour avant sa traduction en langue hongroise. Le fait que l'information relative à la disponibilité de l'arrêt du 3 mars 2005, *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127) en langue hongroise ait été donnée en langue allemande par le greffe de la Cour, à la suite d'une demande en allemand, en provenance du siège allemand de Hochtief, est sans doute un élément à prendre en considération. Toutefois, s'agissant d'une question factuelle, c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de déterminer si Hochtief a eu une véritable possibilité de soulever ce moyen devant la commission arbitrale (ou devant la juridiction de recours si la commission arbitrale ne devait pas avoir la qualité de juridiction au sens de l'article 267 TFUE<sup>44</sup>). À défaut de pareille possibilité, son recours en dommages et intérêts devrait pouvoir être accueilli malgré l'absence d'annulation de la décision du pouvoir adjudicateur.

## VI. Conclusion

74. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la Kúria (Cour suprême, Hongrie) de la manière suivante :

- « 1) Le droit de l'Union ne s'oppose pas à une réglementation procédurale nationale qui subordonne l'exercice d'une action en dommages et intérêts à la constatation préalable et définitive de l'illégalité de la décision d'un pouvoir adjudicateur par une instance ayant la qualité nécessaire à cet effet au sens de l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665/CEE 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.
- 2) L'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 ne s'oppose pas à ce que les États membres prévoient des hypothèses dans lesquelles l'absence d'annulation préalable n'est pas une cause d'irrecevabilité de l'action en dommages et intérêts fondée sur l'irrégularité de la décision d'un pouvoir adjudicateur.
- 3) L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne l'introduction d'un recours, aux fins de l'obtention de dommages et intérêts pour violation d'une règle du droit des marchés publics, à la constatation préalable de l'illégalité de la procédure de passation de marché concerné lorsque le demandeur en réparation n'a pas eu de véritable possibilité de soulever devant une juridiction nationale le moyen qu'il souhaite invoquer à l'appui de son recours en dommages et intérêts ».

<sup>43</sup> Contrairement à ce qu'a soutenu Hochtief lors de l'audience du 30 avril, l'argument qui se fonde sur l'arrêt du 3 mars 2005, *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127) m'apparaît bien distinct de celui soulevé initialement dans la requête introductive d'instance. En effet, le problème juridique soulevé dans l'arrêt précité concerne les droits de la défense et non le problème de l'incompatibilité de l'offre en tant que telle.

<sup>44</sup> La qualité de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE dépend d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe en cause, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par ledit organe des règles de droit ainsi que son indépendance (voir, notamment, arrêt du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, EU:C:1997:413, point 23, ainsi que, pour une application récente, arrêt du 6 octobre 2015, *Consorti Sanitari del Mareme*, C-203/14, EU:C:2015:664, point 17). Il peut être relevé que la Cour a déjà eu l'occasion de juger à plusieurs reprises que des instances telles que la commission arbitrale devaient être qualifiées de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE, dès lors qu'elles réunissaient les conditions précitées. À ce propos, voir, outre les deux arrêts précités, arrêts du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger* (C-103/97, EU:C:1999:52) ; du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S* (C-275/98, EU:C:1999:567) ; du 18 juin 2002, *HI* (C-92/00, EU:C:2002:379) ; du 13 décembre 2012, *Forposta et ABC Direct Contact* (C-465/11, EU:C:2012:801) ; du 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235) ; du 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347) ; du 27 octobre 2016, *Hörmann Reisen* (C-292/15, EU:C:2016:817), ainsi que du 8 juin 2017, *Medisanus* (C-296/15, EU:C:2017:431).