ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)

16 octobre 2003 *

Dans l'affaire C-252/01,

Commission des Communautés européennes, représentée par M. H. van Lier, en qualité d'agent, assisté de M^e^ J. Stuyck, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

Royaume de Belgique, représenté par M^me^ A. Snoecx, en qualité d'agent, assistée de M^e^ K. Ronse, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: le néerlandais.

ayant pour objet un recours visant à faire constater que:

— en négligeant de procéder à la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* d'un avis de marché de services relatif à l'observation de la côte au moyen de photographies aériennes, comme le prescrit la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), et

— en recourant sans aucune justification à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché,

le royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive et, en particulier, en vertu des articles 11, paragraphe 3, et 15, paragraphe 2, de cette directive,

LA COUR (sixième chambre),

composée de M. J.-P. Puissochet, président de chambre, MM. R. Schintgen et V. Skouris, M^me^ N. Colneric et M. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), juges,

avocat général: M. S. Alber,
greffier: M^me^ L. Hewlett, administrateur principal,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 30 janvier 2003,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 3 avril 2003,

rend le présent

Arrêt

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 29 juin 2001, la Commission des Communautés européennes a introduit un recours, en vertu de l'article 226 CE, visant à faire constater que:

— en négligeant de procéder à la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* d'un avis de marché de services relatif à l'observation de la côte au moyen de photographies aériennes, comme le prescrit la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), et

— en recourant sans aucune justification à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché,

le royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive et, en particulier, en vertu des articles 11, paragraphe 3, et 15, paragraphe 2, de cette directive.

Le cadre juridique

2 L'article 4, paragraphe 2, de la directive 92/50 prévoit:

«La présente directive ne s'applique pas aux services lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet État l'exige.»

3 L'article 8 de la directive 92/50 énonce:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI.»

4 L'article 9 de la directive 92/50 prévoit:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux articles 14 et 16.»

5 L'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50 dispose:

«Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de services en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants:

[...]

b) pour les services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé;

[...]»

6 Aux termes de l'article 15, paragraphe 2, de la directive 92/50:

«Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public de services en recourant à une procédure ouverte, restreinte ou, dans les conditions prévues à l'article 11, à une procédure négociée font connaître leur intention au moyen d'un avis.»

7 En vertu de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 92/50:

«Lorsque les candidats à un marché public de services ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.»

8 L'annexe I A, catégorie 12, de la directive 92/50 vise:

Catégorie	Désignation des services	Numéro de référence CPC
12	Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques	867

9 L'annexe I B, catégorie 27, de la directive 92/50 vise:

Catégorie	Désignation des services	Numéro de référence CPC
27	Autres services	

Les faits et la procédure précontentieuse

10 Le 7 avril 1988, l'administration belge des voies hydrauliques a lancé un appel d'offres restreint relatif à l'observation de la côte belge par télédétection aérienne.

11 Le marché a été attribué à l'entreprise belge Eurosense Belfotop NV (ci-après «Eurosense Belfotop»), la société qui était la mieux classée tant du point de vue technique que financier.

12 Dans la perspective de la régionalisation de l'État belge, le comité ministériel pour l'industrialisation économique et sociale de l'époque a décidé de ne passer le marché que pour une année.

13 Le 29 juillet 1989, le gouvernement flamand a décidé de proroger le contrat pour une période de six ans sur la base de l'appel d'offres de 1988.

14 Ce contrat portait principalement sur des observations régulières par télédétection aérienne du cordon de dunes, des plages émergées et inondées de la côte belge, y compris le traitement des données rassemblées.

15 Depuis 1992, les autorités flamandes ont étudié la possibilité d'adapter le contrat au moyen d'un avenant.

16 À la suite d'une procédure négociée sans publication préalable, le ministre des Travaux publics flamand a, le 13 avril 1995, signé avec Eurosense Belfotop un avenant d'un montant de 534 000 000 BEF (hors TVA) et d'une durée de neuf ans.

17 Le 27 décembre 1995, la Commission a adressé au royaume de Belgique une lettre de mise en demeure en faisant valoir que le marché passé par l'avenant du 13 avril 1995 (ci-après le «marché en cause») relevait du champ d'application de la directive 92/50 et que, en vertu de l'article 15, paragraphes 1 et 2, de celle-ci, un avis indicatif et un avis de marché auraient dû être publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*. Le fait que ce marché n'a donné lieu à la publication d'aucun avis constituerait une violation de l'article 15, paragraphes 1 et 2, de la directive 92/50. En outre, l'attribution de gré à gré ne serait pas justifiée sur la base de l'article 11, paragraphe 3, de celle-ci, qui définit les conditions auxquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés selon une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, dès lors qu'aucune des conditions visées à ce paragraphe ne serait remplie.

18 Dans sa réponse du 2 février 1996, le gouvernement belge a rejeté les griefs formulés dans la lettre de mise en demeure du 27 décembre 1995.

19 Tout d'abord, la directive 92/50 ne s'appliquerait pas au marché en cause en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de celle-ci. Ensuite, la procédure de gré à gré serait en tout état de cause justifiée en vertu de l'article 11, paragraphe 3, sous b), de cette directive. À cet égard, les critères avancés en l'espèce pour justifier le recours à l'attribution de gré à gré seraient les suivants: a) disposer d'un certificat de sécurité militaire, b) disposer d'une autorisation d'effectuer tout travail aérien, délivrée par l'administration de l'aéronautique, c) disposer du savoir-faire, de la technologie et de l'équipement requis, d) réunir au sein de la même entreprise toutes les conditions relatives au savoir-faire, à la technologie et à l'équipement requis, et e) avoir une capacité financière suffisante pour pouvoir fournir annuellement des services à hauteur d'un montant d'environ 80 000 000 BEF. Enfin, d'autres éléments encore justifieraient le recours à la procédure de gré à gré, à savoir l'existence de droits d'exclusivité (droits d'auteur), la disponibilité des avions dans les deux heures de vol de la côte belge et la connaissance de la langue néerlandaise.

20 Cette réponse n'ayant pas permis de lever les objections de la Commission, celle-ci a adressé au royaume de Belgique, le 10 mars 1999, en application de l'article 226 CE, un avis motivé dans lequel elle a réitéré ses objections et a estimé que:

— en négligeant de faire publier au *Journal officiel des Communautés européennes* l'avis indicatif et l'avis de marché prescrits par la directive 92/50, et

— en ne justifiant pas le recours à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché,

le royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 92/50 et, en particulier, de ses articles 11, paragraphe 3, et 15, paragraphes 1 et 2.

21 La Commission a invité le royaume de Belgique à prendre les mesures requises pour se conformer à cet avis motivé dans un délai de deux mois à compter de la notification de celui-ci.

22 Le gouvernement belge a répondu à l'avis motivé par lettre du 1er juin 1999. Il a fait valoir notamment que l'élément principal du marché en cause se compose de services de photographie aérienne qui relèvent non pas de la catégorie 12 de l'annexe I A de la directive 92/50, mais de la catégorie 27 («Autres services») de l'annexe I B de celle-ci. Pour le surplus, le gouvernement belge a renvoyé à sa réponse à la lettre de mise en demeure.

23 N'étant pas satisfaite de cette réponse, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Sur le fond

Moyens et arguments des parties

24 Par son recours, la Commission fait valoir essentiellement que la passation du marché en cause par voie de procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché viole les dispositions de la directive 92/50.

25 Le gouvernement belge soulève trois moyens en sa défense. Premièrement, la directive 92/50 serait inapplicable au marché en cause parce que son exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité au sens de l'article 4, paragraphe 2, de celle-ci. Deuxièmement, les services faisant l'objet de ce marché relèveraient de l'annexe I B de la directive 92/50 et, par conséquent, le marché en cause ne serait pas soumis aux dispositions de cette directive qui restreignent le recours à la procédure négociée et qui imposent la publication d'un avis de marché. Troisièmement, le recours à la procédure négociée serait justifié au titre de l'article 11, paragraphe 3, de la directive, notamment pour des raisons techniques et pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité.

26 Dans le cadre de son premier moyen, le gouvernement belge rappelle que l'un des cinq critères stipulés pour obtenir le marché en cause était de disposer d'un certificat de sécurité militaire. Les entreprises qui, dans l'exécution de marchés

publics, reçoivent l'accès à des données, à des lieux ou à des équipements classifiés par les autorités nationales ou par l'OTAN pourraient obtenir un certificat de sécurité militaire, après un contrôle de sécurité. Les entreprises qui ne disposent pas d'un certificat de sécurité militaire devraient, avant tout traitement des données, transmettre leurs prises de vue au service des renseignements généraux (SRG) qui examinerait si elles contiennent des objets classifiés et qui masquerait ceux-ci le cas échéant. Les entreprises détentrices d'un tel certificat recevraient une liste des objets classifiés qui leur permettrait de travailler directement sur leurs prises de vue et, lors de publications ou d'annonces ultérieures, de masquer elles-mêmes les objets classifiés. L'objectif de ce dispositif serait clair: les éléments classifiés seraient d'un grand intérêt stratégique. La diffusion d'informations géographiques concernant ces objets impliquerait des risques sérieux de terrorisme, de sabotage ou d'espionnage. Par conséquent, le certificat de sécurité militaire serait une mesure particulière de sécurité au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 92/50, laquelle ne s'appliquerait donc pas au marché en cause.

27 La Commission fait valoir que l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 92/50, qui est d'interprétation stricte, ne s'applique pas au cas d'espèce. D'après les dispositions belges, les entreprises ne disposant pas d'un certificat de sécurité militaire devraient, avant tout traitement des données, transmettre leurs prises de vue aux services de sécurité belges, lesquels vérifieraient si ces prises de vue contiennent des objets classifiés et les masqueraient le cas échéant. L'obtention d'un certificat de sécurité militaire permettrait précisément à l'entreprise détentrice de se passer de ces mesures. En effet, pour l'entreprise disposant d'un tel certificat, la vérification de ses prises de vue par les services de sécurité ne serait pas nécessaire étant donné que l'entreprise serait ainsi autorisée à travailler avec des photographies aériennes non masquées.

28 Il s'ensuivrait, d'après la Commission, que la condition du marché en cause en vertu de laquelle l'entreprise contractante doit disposer d'un certificat de sécurité

militaire constitue non pas une mesure particulière de sécurité au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 92/50, mais une autorisation spécifique exigée des soumissionnaires au sens de l'article 30, paragraphe 1, de celle-ci. Cette dernière disposition n'exclurait pas l'application de la directive 92/50, mais autoriserait simplement le pouvoir adjudicateur à imposer une exigence supplémentaire. L'exigence d'un certificat de sécurité militaire dans le cadre du marché en cause n'entraînerait donc pas l'inapplicabilité de ladite directive.

Appréciation de la Cour

29 L'article 4, paragraphe 2, de la directive 92/50 prévoit notamment que cette directive ne s'applique pas aux services lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré.

30 Il est constant que le royaume de Belgique a la responsabilité de protéger la sécurité non seulement de ses installations nationales, mais également des installations d'organismes internationaux implantés sur son territoire, dont l'OTAN. Il appartient donc aux autorités belges de définir les mesures de sécurité nécessaires pour protéger de telles installations.

31 Le gouvernement belge a affirmé devant la Cour, sans être contredit par la Commission, que toute prise de vue aérienne en Belgique doit être soumise aux services de sécurité belges pour contrôle et masquage éventuel, à moins que l'entreprise concernée ne dispose d'un certificat de sécurité militaire, dans lequel cas il appartient à cette entreprise de masquer elle-même les images de sites classifiés comme secrets avant toute diffusion des prises de vue qu'elle effectue.

32 Le gouvernement belge a encore affirmé, sans être contredit en cela par la Commission, que la procédure d'obtention du certificat de sécurité militaire est strictement appliquée et implique un contrôle complet de l'entreprise concernée. Chaque membre du personnel qui aura accès aux prises de vue, ainsi que les actionnaires et le gestionnaire de cette entreprise sont minutieusement contrôlés quant à leur passé, leur entourage, leurs voyages à l'étranger ainsi qu'à leurs affiliations à des organisations.

33 Par ailleurs, toujours selon les dires non contestés du gouvernement belge, pour assurer la protection des informations classifiées qui sont en sa possession, l'entreprise en question doit remplir des conditions de sécurité adaptées au niveau de confidentialité des informations conservées. Des procédures spéciales d'accès au matériel enregistré sont imposées et les installations d'archivage et d'utilisation des prises de vue non masquées doivent remplir certaines conditions de sécurité, telles que la conservation des prises de vue et des documents connexes dans un immeuble blindé disposant d'une porte d'entrée métallique et d'un double système d'alarme relié en permanence à une société de sécurité.

34 L'obtention d'un certificat de sécurité militaire ne constitue donc pas une simple formalité administrative, mais exige la réunion de certaines conditions de fonctionnement dans le chef de l'entreprise détentrice. En outre elle implique que celle-ci continue de garantir le respect des exigences de sécurité lors de ses opérations ultérieures.

35 L'obtention d'un certificat de sécurité militaire n'a pas pour effet de dispenser l'entreprise détentrice de prendre toute autre mesure de sécurité. Seule est supprimée l'intervention systématique des services de sécurité nationaux,

l'entreprise détentrice restant tenue de se soumettre aux exigences de sécurité et notamment à l'obligation de masquer elle-même les objets classifiés avant une diffusion éventuelle de ses prises de vue.

36 Au vu de l'ensemble des dispositions belges telles qu'elles ont été exposées à la Cour, il convient de conclure que l'exécution des services faisant l'objet du marché en cause doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 92/50, mesures dont fait partie l'obtention par l'entreprise prestataire d'un certificat de sécurité militaire.

37 Il s'ensuit que, aux termes de cette disposition, la directive 92/50 ne s'applique pas aux services faisant l'objet du marché en cause.

38 Par conséquent le recours doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les deuxième et troisième moyens soulevés par le gouvernement belge en sa défense.

Sur les dépens

39 Conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Le gouvernement belge n'ayant pas conclu sur les dépens, il convient d'ordonner que chaque partie supporte ses propres dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre)

déclare et arrête:

1) **Le recours est rejeté.**

2) **Chacune des parties supporte ses propres dépens.**

Puissochet Schintgen Skouris

Colneric Cunha Rodrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 16 octobre 2003.

Le greffier

R. Grass

Le président de la sixième chambre

V. Skouris