CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. SIEGBERT ALBER

présentées le 8 juillet 1999 *

A — Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur deux questions relatives au domaine des marchés publics. Il importe de savoir, d'une part, quelle qualification juridique doit être attribuée à une clause de non-discrimination (interdiction de discrimination en raison de la nationalité) visée dans une directive portant sur la procédure de passation des marchés publics de fournitures et, d'autre part, si une telle règle de non-discrimination oblige aussi un organisme qui n'est pas un pouvoir adjudicateur d'organiser une procédure d'adjudication correspondant à celle de la directive lors de la passation de marhés (publics) de fournitures à des tiers.

2. La disposition litigieuse figure à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36/CE [1], qui est libellé comme suit:

«Lorsqu'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b) [2] octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur, quel que soit son statut juridique, des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé stipule que l'entité concernée doit respecter, pour les marchés publics de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.»

B — En fait

3. Le litige au principal concerne une procédure de passation relative à des marques auriculaires pour porcins. Les demanderesses au principal, Unitron Scandinavia A/S et 3-S A/S, Danske Svineproducenters

* Langue originale: l'allemand.

1 — Directive du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1).

2 — L'article 1er, sous b), de la directive 93/36 est libellé comme suit:
«On entend par '*pouvoirs adjudicateurs*': l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.
On entend par '*organisme de droit public*' tout organisme:
— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et
— doté de la personnalité juridique et
— dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public».

Serviceselskab (ci-après les «demanderesses au principal») souhaitaient fournir ces marques. Le défendeur au principal, le Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (ministère de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche danois, ci-après le «ministère») a la «responsabilité première» du régime danois de marquage des porcins. La procédure de passation attaquée par les demanderesses au principal a été organisée par le Veterinærdirektoratet (direction vétérinaire) — dépendant du ministère — et les Danske Slagterier (abattoirs danois), une institution privée.

4. Des régimes de marquage des animaux ont été introduits par la directive 92/102/CEE du Conseil [3] en vue de combattre les maladies affectant les animaux. Les États membres doivent pour ce faire créer une autorité centrale compétente chargée de réaliser les contrôles vétérinaires. Cette autorité doit disposer d'une liste comprenant toutes les exploitations qui détiennent des animaux au sens de cette directive. S'agissant de la détention de porcs, il est prévu que, avant qu'ils ne quittent l'exploitation où ils sont nés, ils soient pourvus de marques auriculaires ou d'un tatouage permettant ultérieurement de déterminer leur exploitation d'origine. L'arrêté danois transposant la directive [4] précise que les marques auriculaires pour porcins doivent être agréées par l'autorité vétérinaire, qui dépend du ministère. Ces marques auriculaires sont ensuite vendues aux exploitations par l'intermédiaire des Danske Slagterier, une institution privée liée aux organisations agricoles danoises. L'autorité vétérinaire fixe le prix des marques auriculaires et toute livraison de ces marques est inscrite au registre central des animaux domestiques du ministère de l'Agriculture.

5. D'après les indications contenues dans l'ordonnance de renvoi, deux types de marques auriculaires sont utilisées au Danemark, les unes pour les animaux de boucherie et les autres pour les autres animaux. Les marques auriculaires utilisées pour ces derniers sont commandées par les éleveurs auprès des Danske Slagterier qui transmettent la commande aux fournisseurs de marques concernés, ceux-ci envoyant les marques auriculaires directement aux éleveurs. Les éleveurs adressent leurs paiements aux Danske Slagterier. Les marques auriculaires destinées aux animaux de boucherie sont en revanche commandées directement par les éleveurs auprès du fournisseur qui les leur envoie et en informe les Danske Slagterier. Les éleveurs adressent aussi leurs paiements pour ces marques auriculaires aux Danske Slagterier. Le prix des deux types de marques auriculaires est fondé sur les prix demandés par les fournisseurs majorés d'un montant de 0,5 DKR par marque. Ce sont aussi les Danske Slagterier qui se chargent d'enregistrer les porcins au registre central des animaux domestiques, mission pour laquelle les autorités vétérinaires leur versent annuellement 400 000 DKR.

3 — Directive du 27 novembre 1992, concernant l'identification et l'enregistrement des animaux (JO L 355, p. 32).

4 — La directive 92/102 a tout d'abord été transposée au Danemark par le règlement n° 80, du 18 février 1993, qui a été remplacé par la suite par le règlement n° 1073, du 15 décembre 1995, sur le marquage et l'enregistrement des bovins, des porcins, des ovins et des caprins.

6. Une première procédure de passation pour la livraison de marques auriculaires a été organisée en 1993/1994. Les conditions de soumission ont été élaborées en commun par la direction vétérinaire et les Danske Slagterier, ces derniers étant chargés de diriger la procédure de passation. La procédure de passation s'est déroulée conformément aux dispositions légales danoises. A la fin de 1996, une nouvelle procédure de passation a été organisée à la demande du ministère. L'une des entreprises assurant déjà la livraison des marques auriculaires a de nouveau été désignée comme adjudicataire. Le choix de la deuxième entreprise s'est porté sur un fournisseur qui n'avait encore obtenu aucun marché de ce type. Des contrats d'une durée de trois ans courant à partir du 1er avril 1997 ont été conclus avec les deux entreprises. Cette procédure s'est aussi déroulée conformément aux dispositions légales danoises. Une troisième procédure de passation, la première à être organisée conformément à la procédure prévue par la directive 93/36, s'est déroulée entre octobre 1997 et avril 1998.

7. N'ayant pas été retenues à l'issue de la procédure de passation 1996/1997, les demanderesses au principal ont déposé une plainte contre le ministère auprès du Klagenævnet for Udbud (l'instance de recours). Elles ont fait valoir au cours de la procédure que les Danske Slagterier devaient être assimilés à un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er de la directive 93/36 pour leurs achats de marques auriculaires, de sorte qu'il fallait appliquer la directive en conséquence. Les Danske Slagterier géreraient le régime des marques auriculaires dans l'intérêt général et interviendraient en réalité à la place du ministère. La passation du marché aurait donc dû faire l'objet d'une adjudication publique, conformément à la directive 93/36. Elles ont fait valoir à titre subsidiaire que l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 aurait dû être appliqué et que le ministère aurait dû informer les Danske Slagterier qu'il n'était pas permis de traiter différemment les soumissionnaires en raison de la nationalité, de sorte que le marché aurait dû faire l'objet dans ce cas aussi d'une publication dans l'ensemble de l'Union européenne.

8. Le ministère a soutenu durant la procédure que le cas d'espèce ne concerne pas la passation de contrats publics de fournitures, de sorte que la directive 93/36 ne devait pas être appliquée. En réalité, les fournisseurs vendraient les marques auriculaires aux éleveurs. Les Danske Slagterier auraient pour seule mission de gérer le système et le ministère aurait simplement agréé les marques auriculaires et versé un certain montant pour la gestion du système. L'achat des marques auriculaires n'aurait donc pas eu lieu à titre public.

9. Le Klagenævnet for Udbud est parti de l'idée que les Danske Slagterier achètent les marques auriculaires litigieuses. Cette situation résulte du fait que les Danske Slagterier ont organisé la procédure de passation, que les éleveurs ont commandé les marques auriculaires auprès des Danske

Slagterier et qu'ils leur ont payé les deux types de marques auriculaires. En outre, le Klagenævnet for Udbud part de l'idée que les Danske Slagterier ne sont pas un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 93/36 étant donné que leur activité n'est pas financée à plus de 50 % par des ressources publiques.

10. Le Klagenævnet for Udbud déclare par ailleurs que le ministère ayant cédé la gestion du système de marques auriculaires ainsi que l'achat de ces marques à une entreprise ou à un organisme privé — les Danske Slagterier —, ce service en tant que tel aurait dû faire l'objet d'une adjudication publique. Ainsi, la passation de ce marché aurait dû être réalisée conformément à la directive 93/36 sur les contrats de fournitures et non en application de la directive 92/50/CEE [5] sur les marchés publics de services. Cette conclusion s'impose parce que, d'après les informations dont dispose le Klagenævnet for Udbud, la valeur des achats de marques auriculaires dépasse la valeur du service en cause.

11. Le Klagenævnet for Udbud qui a déféré les questions se demande dans le cadre du litige dont il est saisi si les dispositions de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 ont une portée autonome. Le Klagenævnet for Udbud estime qu'il est possible que cette disposition [6] ait perdu sa portée autonome étant donné qu'une directive sur la passation des marchés de services, à savoir la directive 92/50, avait déjà été adoptée. Il estime cependant qu'il est tout aussi possible que la disposition en cause ait conservé sa portée autonome étant donné que, malgré les modifications apportées par la directive 93/36, la disposition de l'article 2, paragraphe 2, a été maintenue.

12. Le Klagenævnet for Udbud se demande en deuxième lieu en quoi consiste cette portée autonome, étant donné que les intérêts devant être protégés en l'espèce par l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 (les marchés de fournitures) sont ceux qui relevaient de la directive 92/50 (marchés publics de services). Il souhaite dès lors savoir à cet égard dans quelle mesure le principe de non-discrimination doit être respecté lors de la passation de marchés publics de fournitures et si cette disposition a pour conséquence qu'une institution qui n'est pas un pouvoir adjudicateur doit aussi organiser une procédure de passation de marchés publics lorsque la valeur des marchés dépasse le seuil prévu par la directive 93/36. Ce point ne concerne donc pas la question de savoir si le ministère doit lui-même organiser la procédure conformément à la directive, mais si les Danske Slagterier auraient dû appliquer cette procédure.

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

6 — Cette disposition était déjà libellée de façon presque similaire à l'article 2, paragraphe 3, de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 1977, 13, p. 1).

13. Le Klagenævnet for Udbud a ainsi déféré les questions suivantes à la Cour:

«1) L'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, conserve-t-il une portée autonome après l'adoption de la directive 92/50/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (modifiées toutes deux par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil)?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, la disposition implique-t-elle alors que, dans le cas où un pouvoir adjudicateur confie la gestion d'un système de marquage auriculaire des porcins à une entreprise privée qui n'est pas un tel pouvoir, le pouvoir adjudicateur est tenu de prescrire, *d'une part,* que l'entreprise doit respecter l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans les contrats de fournitures conclus avec des tiers et, *d'autre part,* que les achats de produits liés au système doivent faire l'objet d'une adjudication publique si la valeur des fournitures dépasse le seuil prévu dans la directive 93/36?»

14. Le ministère défendeur — qui juge d'ailleurs les questions préjudicielles irrecevables — et la Commission ont participé à la procédure devant la Cour. Ils ont tous deux déposé un mémoire et renoncé à la procédure orale. Nous nous pencherons autant que de besoin sur les arguments qu'ils ont avancés dans le cadre de notre analyse.

C — Analyse

1. *Recevabilité de la demande de décision préjudicielle*

a) Le Klagenævnet for Udbud est-il une juridiction au sens de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE)?

15. Il importe tout d'abord de savoir si le Klagenævnet for Udbud doit être considéré comme une «juridiction» au sens de l'article 177 du traité, et donc si la question préjudicielle est recevable.

16. Tant le ministère que la Commission répondent par l'affirmative à cette question. Se référant à la jurisprudence constante de la Cour, ils invoquent la base légale du Klagenævnet for Udbud, son caractère permanent, la procédure contradictoire, l'application de règles de droit par le Klagenævnet for Udbud et son indépendance. Ces éléments ont pour conséquence que le Klagenævnet for Udbud est une juridiction au sens de l'article 177 du traité.

17. Le Klagenævnet for Udbud a été créé — d'après ses propres indications — par la loi n° 344, du 6 juin 1991. Il a été fondé notamment dans le cadre de la transposition de la directive 89/665/CEE 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 [7]. La procédure devant le Klagenævnet for Udbud est régie par les mêmes règles que celles applicables en matière civile. Il applique une procédure contradictoire qui donne lieu dans presque tous les cas à une procédure orale. Les procédures sont clôturées par une décision prenant la forme d'une ordonnance. Ces ordonnances prennent la même forme qu'un jugement en matière civile. Le Klagenævnet for Udbud n'est soumis à aucune injonction et exerce ses fonctions en tant qu'organe indépendant. Il est composé d'un juge occupant la fonction de président et de plusieurs membres experts. Les décisions du Klagenævnet for Udbud concernent l'interprétation des dispositions communautaires en matière de marchés publics de fournitures et elles ont donc valeur de jurisprudence. Le Klagenævnet for Udbud est compétent pour constater la nullité de mesures administratives. Il est par ailleurs compétent pour se prononcer en dernier ressort au Danemark sur l'interprétation et l'application des dispositions communautaires en matière de passation de marchés publics. Le Klagenævnet for Udbud en conclut donc qu'il a la qualité de «juridiction» au sens de l'article 177 du traité.

18. Cette conclusion doit être approuvée. La Cour a déclaré à plusieurs reprises que, pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de l'article 177 du traité, question qui relève uniquement du droit communautaire, il faut tenir compte d'éléments tels que l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, l'application de règles de droit, le caractère obligatoire de ses décisions, l'indépendance de ses membres et l'application d'une procédure contradictoire [8]. Étant donné que le Klagenævnet for Udbud remplit les conditions énoncées par la Cour dans le cadre de sa jurisprudence, il est une «juridiction» au sens de l'article 177 du traité. De ce point de vue au moins, sa demande de décision préjudicielle est recevable.

7 — Directive du Conseil du 21 décembre 1989 (JO L 395, p. 33).

8 — Arrêts du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377); du 27 avril 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Rec. p. I-1477), et du 17 septembre 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961, point 23).

b) Sur la pertinence de la question préjudicielle

19. Le ministère défendeur estime cependant que la demande de décision préjudicielle est irrecevable, dans la mesure où la réponse aux questions n'est pas nécessaire à la décision que doit prendre le Klagenævnet for Udbud. Les réponses ne contribueront pas à la solution du litige au principal. Il incombe certes au juge de renvoi de décider si une demande de décision préjudicielle est nécessaire et pertinente mais, la question ayant en l'espèce un caractère purement hypothétique, le renvoi préjudiciel est irrecevable. L'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 demandée par le Klagenævnet for Udbud ne modifierait en rien la situation juridique des demanderesses au principal. Il n'y aurait en l'espèce aucun intérêt à protéger juridiquement. Nous serions en réalité en présence de questions qui pourraient se poser dans un litige ultérieur. Les entreprises ne retireraient en toute hypothèse aucune aide de la réponse donnée par la Cour aux questions, dans la mesure où une erreur éventuelle de procédure dans la passation du marché litigieux aurait entretemps été régularisée. La procédure de passation organisée pour la dernière fois en 1997/1998 se serait déroulée conformément à la directive 93/36 (marchés publics de fournitures). Les demanderesses au principal pourraient donc uniquement introduire un recours en indemnité, mais le Klagenævnet for Udbud n'est cependant pas compétent pour connaître de ce genre de procédure, qui n'est pas non plus l'objectif de la procédure au principal.

20. Il ressort de l'article 177 du traité que ce sont les juridictions nationales qui décident s'il est nécessaire de déférer une question préjudicielle à la Cour. L'article 177 du traité ne donne pas compétence à la Cour pour refuser de répondre à une telle demande de décision préjudicielle. La Cour a ainsi confirmé dans une jurisprudence constante qu'il appartient aux seules juridictions nationales, qui sont saisies du litige et doivent assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour [9]. Le fait que la juridiction nationale, qui dispose d'une connaissance directe et précise des circonstances de fait, est la mieux à même de trancher cette question plaide en particulier en faveur de cette solution. Si les questions posées par une juridiction nationale concernent l'interprétation du droit communautaire, la Cour est en principe tenue de se prononcer.

21. Il est cependant arrivé aussi que, dans certains cas, la Cour ait admis des exceptions à ce principe et ait refusé de répondre à certaines des questions qui lui avaient été déférées. Il s'agit en premier lieu à cet égard des cas dans lesquels la juridiction de renvoi n'avait pas fourni à la Cour toutes les informations dont celle-ci avait besoin pour rendre une décision en toute connaissance de cause. En deuxième lieu, la Cour a refusé dans un certain nombre de cas de répondre aux questions posées lorsque

9 — Voir, par exemple, l'arrêt du 3 mars 1994, Eurico Italia e.a. (C-332/92, C-333/92 et C-335/92, Rec. p. I-711, point 17).

celles-ci n'avaient manifestement aucun rapport avec le litige au principal. Il faut en troisième lieu signaler les cas dans lesquels la Cour a rejeté la demande de décision préjudicielle parce qu'elle a considéré que le juge national abusait de la procédure de l'article 177 du traité. Dans ces cas, la Cour a considéré que les questions préjudicielles posées étaient générales ou hypothétiques.

22. L'argumentation développée par le ministère vise les deux dernières catégories citées.

23. Il ressort cependant de l'ordonnance de renvoi que le Klagenævnet for Udbud a été incité en l'espèce à poser les questions préjudicielles par l'argumentation développée par les demanderesses au principal. Le Klagenævnet for Udbud estime qu'il est possible que les procédures de passation organisées soient affectées d'erreurs de procédure qui pourraient entraîner leur nullité. S'il ressortait en effet des dispositions invoquées par le Klagenævnet for Udbud qu'une procédure d'adjudication publique conforme aux dispositions de la directive 93/36 aurait dû être organisée, il devrait annuler la procédure qui a eu lieu. Étant donné cependant qu'il a en particulier des doutes sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36, il a déféré deux questions préjudicielles à la Cour.

24. Il ressort de ces éléments que le Klagenævnet for Udbud a jugé nécessaire de déférer ces questions à la Cour pour pouvoir prendre sa décision dans le litige au principal. Contrairement à la conception défendue par le ministère, l'ordonnance de renvoi ne permet pas de conclure que les questions posées en l'espèce sont purement hypothétiques et pourraient concerner un litige ultérieur. Étant donné que l'organe de renvoi a ainsi confirmé et motivé la pertinence des questions préjudicielles posées, celles-ci sont recevables.

2. *Sur la première question préjudicielle*

25. En posant sa première question, le Klagenævnet for Udbud souhaite savoir si l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 (marchés de fournitures) a une portée autonome. Il estime que cette question pourrait recevoir une réponse négative. Cette disposition a été reprise de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 77/62 et doit être comprise en tenant compte du fait que, lorsqu'elle a été adoptée, il n'existait encore aucun régime communautaire sur la passation des marchés publics de services. Il est donc possible que la disposition litigieuse ait perdu sa portée initialement autonome lorsque la directive 92/50 (marchés publics de services) a été adoptée. Le Klagenævnet for Udbud estime toutefois par ailleurs que la disposition litigieuse a une portée autonome, à côté de la directive 92/50, parce que, lorsque la directive 93/36 a été adoptée, ladite disposition litigieuse a précisément été maintenue.

26. Le ministère, qui n'a pris position sur les questions préjudicielles qu'à titre subsidiaire, soutient aussi que l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 a une portée autonome. Des comparaisons avec la première directive 77/62 montreraient que cette disposition a chaque fois été maintenue malgré plusieurs modifications. Les travaux préparatoires et les propositions relatives à la directive 93/36 ne révèlent pas que l'article 2, paragraphe 2, aurait perdu sa portée autonome en raison de l'adoption de la directive 92/50. Cette disposition ne doit pas être comprise seulement comme une «réminiscence du passé».

27. La Commission fait tout d'abord observer dans son mémoire que, au regard des circonstances de fait décrites par le Klagenævnet for Udbud, tant la directive 93/36 (marchés publics de fournitures) que la directive 92/50 (marchés publics de services) pourraient s'appliquer. Il ressortirait des travaux préparatoires et des propositions relatives à la directive 93/36 qu'elle ne devait pas modifier fondamentalement la directive antérieure. Son adoption a été nécessaire pour procéder à des adaptations de la directive 92/50, qui se répercuteraient aussi dans la directive 93/37/CEE [10]. L'article 2, paragraphe 2, n'en aurait toutefois pas été affecté. Malgré ces modifications, il se retrouve toujours dans la directive 93/36 et assure le respect de l'interdiction de discrimination, même si la directive 92/50 ne devait pas s'appliquer. Ce serait en particulier le cas dans l'hypothèse de contrats de concession. Il faut donc partir du principe que l'article 2, paragraphe 2, a une portée autonome.

28. En conclusion, il y a lieu d'accueillir les arguments du ministère et de la Commission. La disposition de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 se trouve déjà sous un libellé similaire dans la directive 77/62 qui a été adoptée en tant que première directive portant coordination des procédures de passation de marchés publics de fournitures. L'article 2, paragraphe 3, de la directive 77/62 comporte aussi la disposition litigieuse. La seule modification que cette disposition a connue au fil du temps concerne uniquement la notion de pouvoir adjudicateur. L'essence de la disposition est cependant demeurée la même. Ainsi, en vertu des deux dispositions, un acte juridique par lequel un pouvoir adjudicateur attribue un droit spécial à une institution qui n'est pas un pouvoir adjudicateur doit préciser que ladite institution doit respecter le principe de non-discrimination lors de la passation de marchés publics de fournitures. L'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50 (marchés publics de services) comporte certes lui aussi une clause prohibant toute discrimination; toutefois, celle-ci précise seulement que le pouvoir adjudicateur veille «à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services». Comme le révèle son intitulé, cette directive s'applique toutefois en particulier aux procédures de passation de marchés publics de services, alors que la directive 93/36 régit

10 — Directive du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54).

les procédures de passation de marchés publics de fournitures.

29. Il est cependant tout à fait possible d'envisager des cas d'espèce dans lesquels, outre la directive 93/36 (marchés publics de fournitures), la directive 92/50 (marchés publics de services) pourrait aussi trouver à s'appliquer. Tel pourrait notamment être le cas d'un marché impliquant à la fois des services et des fournitures. Si l'essentiel du marché devait toutefois porter sur la livraison de marchandises, la directive 92/50 ne serait alors plus applicable. La clause de non-discrimination de son article 3, paragraphe 2, n'aurait alors aucun effet. Dans un tel cas, on retrouve cependant la portée autonome de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36. On pourrait néanmoins aussi envisager un cas d'espèce qui porterait certes sur la passation de marchés publics de services, mais dans lequel ces marchés pourraient être cédés dans le cadre d'un contrat de concession. La directive 92/50 et sa clause de non-discrimination ne seraient alors pas applicables non plus, tandis que l'application de la directive 93/36 n'en serait pas affectée. Dans ces circonstances, la clause de non-discrimination de l'article 2, paragraphe 2, déploierait de nouveau ses effets.

30. Ni les travaux préparatoires ni les propositions relatives à la directive 93/36 ne révélant cependant que la disposition de l'article 2, paragraphe 2, n'aurait aucune portée autonome, il faut partir du principe que cette disposition doit continuer à s'appliquer, à côté de la directive 92/50.

3. *Sur la deuxième question préjudicielle*

31. En posant sa deuxième question, le Klagenævnet for Udbud demande à la Cour d'interpréter l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 dans l'hypothèse où il a une portée autonome. Il s'interroge à cet égard en particulier sur le contenu de cette disposition et demande, d'une part, si un pouvoir adjudicateur qui cède des droits spéciaux à une entreprise privée qui n'est pas elle-même un pouvoir adjudicateur doit la contraindre à respecter la clause de non-discrimination et si, d'autre part, cette entreprise privée doit faire application de la procédure de passation de marchés publics.

32. Le ministère estime que le contrat par lequel des droits spéciaux sont cédés doit comporter la clause de non-discrimination de l'article 2, paragraphe 2. Ainsi, même si la procédure de passation ne devait pas être conforme à la directive, le respect du principe de non-discrimination serait au moins assuré. Il serait ainsi clair que les particuliers aussi doivent respecter cette interdiction dans le cadre de la passation de marchés publics de fournitures. L'article 2, paragraphe 2, ne prévoit cependant pas que l'entreprise à laquelle des droits spéciaux ont été cédés doit en toute hypothèse

organiser une procédure d'adjudication publique.

33. D'après la Commission, l'article 2, paragraphe 2, oblige le pouvoir adjudicateur qui cède des droits spéciaux à une institution d'attirer son attention sur la clause de non-discrimination et de veiller à ce que celle-ci soit respectée. L'article 2, paragraphe 2, ne permet pas de déduire que cette institution a l'obligation plus large d'organiser une procédure d'adjudication.

34. Il faut tout d'abord souligner dans le cadre de notre analyse que les dispositions de la directive 93/36 relatives à la procédure de passation ne s'appliquent pas en l'espèce dans le cas des Danske Slagterier. Le seuil visé à l'article 5 de la directive 93/36 est certes dépassé de sorte que, au regard du volume du marché, la directive devrait être appliquée. Les Danske Slagterier ne sont toutefois pas un pouvoir adjudicateur. Les ventes de marques auriculaires ne sont pas davantage réalisées au nom ou pour le compte des autorités danoises. Il n'existe à cet égard aucun lien financier entre les fournisseurs des marques auriculaires et les autorités. Ainsi, s'agissant de la procédure de passation de marchés publics de fournitures, la directive n'est dans cette mesure pas applicable dans des circonstances comme celles de l'espèce.

35. Toutefois, pour assurer aussi en dehors du champ d'application proprement dit de la directive le principe fondamental de non-discrimination en droit communautaire, l'article 2, paragraphe 2, impose au pouvoir adjudicateur de lier la cession de droits spéciaux à d'autres institutions au respect de cette interdiction. On ne peut pas déduire de l'article 2, paragraphe 2, qu'il permet d'imposer en plus le respect des dispositions relatives à la passation des marchés publics. Par ailleurs, une comparaison avec les deux autres directives relatives à la passation des marchés publics montre qu'il n'est pas possible d'interpréter la disposition litigieuse de façon plus large. Tant la directive 93/37 que la directive 92/50 obligent (uniquement) les États membres à prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que les *pouvoirs adjudicateurs* respectent les dispositions de ces directives. Il en va notamment ainsi de la clause de non-discrimination contenue dans chacune d'entre elles.

36. En l'espèce, il ressort déjà du libellé de l'article 2, paragraphe 2, que seul le pouvoir adjudicateur a l'obligation de veiller à ce que l'institution à laquelle il cède des droits spéciaux respecte la clause de non-discrimination. On évite de la sorte dans ce domaine aussi que plusieurs soumissionnaires soient traités de façon inégale en raison de leur nationalité. La directive a pour fondement et objectif de réaliser la libre circulation des marchandises dans le domaine des marchés publics de fournitures qui sont attribués dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et des autres organismes de droit public. Pour atteindre cet objectif, la directive soumet l'attribution de marchés publics de fournitures par un pouvoir

adjudicateur à une procédure particulière. Toutes les conditions procédurales sont précisées dans les dispositions de la directive. Il ne ressort par contre pas de l'article 2, paragraphe 2, pris isolément que les institutions auxquelles des droits spéciaux ont été cédés mais qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs doivent organiser une procédure de passation de marchés publics de fournitures, telle qu'elle est prévue par la directive 93/36, mais simplement qu'elles doivent respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

37. Il s'ensuit que l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36 oblige seulement le pouvoir adjudicateur de lier la cession de droits spéciaux à une institution au respect de la clause de non-discrimination par celle-ci.

D — Conclusion

38. Eu égard aux considérations exposées ci-dessus, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles:

« 1) L'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, a conservé sa portée autonome, indépendamment de l'entrée en vigueur de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation de marchés publics de services.

2) Lorsqu'un pouvoir adjudicateur au sens de la directive 93/36 octroie à une institution qui n'est pas un pouvoir adjudicateur, quel que soit son statut juridique, des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé doit stipuler que l'entité concernée doit respecter, pour les marchés publics de fournitures qu'elle passe avec des tiers, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. L'article 2, paragraphe 2, ne comporte pas l'obligation supplémentaire pour le pouvoir adjudicateur de veiller à ce que cette institution, qui n'est pas un pouvoir adjudicateur, applique la procédure de passation de marchés publics de fournitures. »