CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MICHAEL B. ELMER

présentées le 11 mai 1995 *

1. La présente affaire porte sur la question de savoir si la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité en ne se conformant pas avant le 3 février 1993 à deux directives concernant respectivement les procédures de passation des marchés publics de fournitures et les procédures de passation des marchés publics de travaux.

2. La première de ces directives est la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE [1] (ci-après la « directive 88/295 »). Selon l'article 20 de cette directive, les États membres devaient mettre en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 1er janvier 1989 et en informer immédiatement la Commission. La directive a été provisoirement transposée en République fédérale d'Allemagne par une « innerstaatliche Verwaltungsvorschrift » (circulaire) adressée par lettre du ministre fédéral de l'Économie du 22 décembre 1988. Le Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — (comité permanent en matière de passation de marchés) a procédé en outre, à la lumière de la directive, à des modifications du Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — Teil A (régime applicable à la passation des marchés de livraison, à l'exclusion des marchés de travaux — partie A) (ci-après le VOL/A), et les dispositions ainsi modifiées ont été publiées par les soins du ministre fédéral allemand de l'Économie dans le *Bundesanzeiger* (bulletin fédéral des annonces officielles) le 6 mars 1990.

3. La deuxième directive est la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [2] (ci-après la « directive 89/440 »). Selon l'article 3 de cette directive, les États membres devaient mettre en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard un an après la date de sa modification et en informer immédiatement la Commission. La directive a été notifiée aux États membres le 19 juillet 1989, et le délai de transposition de la directive expirait donc le 19 juillet 1990. Le Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen, (comité permanent en matière de passation de marchés de travaux) a procédé, à la lumière de la directive, à une refonte du Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (régime applicable à la passation des marchés de travaux, partie A) (ci-après le VOB/A), et les dispositions ainsi modifiées

* Langue originale: le danois.

1 — JO L 127, p. 1.

2 — JO L 210, p. 1.

ont été publiées par les soins du ministère fédéral de l'Aménagement du territoire, de la Construction et de l'Urbanisme au *Bundesanzeiger* le 19 juillet 1990.

4. Par des lettres de mise en demeure du 27 février 1992, la Commission a informé la République fédérale d'Allemagne de ce qu'à son avis les mesures de transposition requises en République fédérale en ce qui concerne ces directives n'avaient pas été prises. Le VOL/A et le VOB/A devaient, de l'avis de la Commission, être considérés comme un ensemble de règles purement privées, et le fait que l'administration ait, par voie de circulaires administratives, éventuellement reçu pour instruction de les appliquer ne créait pas de droits subjectifs au profit des justiciables, permettant à ces derniers de se prévaloir des règles y contenues.

La Commission a, par des avis motivés du 3 décembre 1992, maintenu que les directives n'avaient pas été transposées correctement en droit allemand et elle a enjoint à la République fédérale d'Allemagne d'adopter les mesures nécessaires à cette fin dans un délai de deux mois.

5. Par recours formé le 3 novembre 1993, la Commission a demandé à la Cour de déclarer que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité en ne prenant pas ou en ne communiquant pas dans le délai prescrit dans l'avis motivé toutes les mesures nécessaires pour se conformer aux exigences découlant des directives 88/295/CEE et 89/440/CEE. Au cours de l'audience, la Commission a précisé que les conclusions tendant à faire constater la violation du traité en l'espèce concernent uniquement la question de la transposition des directives précitées en République fédérale d'Allemagne à la date du 3 février 1993, date d'expiration du délai fixé dans les avis motivés. La question de savoir si la mise en application de certaines règles au 1er janvier 1994 implique une transposition correcte des directives fait l'objet d'un examen distinct au sein de la Commission et pourra éventuellement donner lieu à un recours en manquement distinct.

6. A l'appui de ses conclusions, la Commission a souligné que, selon la jurisprudence de la Cour, les États membres sont tenus de transposer les directives dans la législation nationale de telle manière que les particuliers soient en mesure de connaître leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales [3]. Les deux directives concernées par la présente affaire ont précisément pour but de mettre les fournisseurs et entrepreneurs en mesure de se prévaloir des règles d'adjudication des directives vis-à-vis des adjudicateurs publics et, le cas échéant, d'invoquer la violation de ces règles devant les juridictions nationales.

3 — Voir, par exemple, arrêt du 23 mai 1985, Commission/Allemagne (29/84, Rec. p. 1661); arrêt du 9 avril 1987, Commission/Italie (363/85, Rec. p. 1733).

Une transposition par voie de circulaires est insuffisante pour satisfaire à ces exigences, étant donné que les particuliers ne peuvent pas s'en prévaloir devant les juridictions nationales. Il ne suffit pas non plus d'intégrer les règles de la directive dans les VOL/A et VOB/A. Ces instruments ont été élaborés par des comités composés de représentants de « Gebietskörperschaften », de chambres d'industrie et de fédérations syndicales. Les pouvoirs qui leur sont reconnus ne reposent pas sur des bases légales, et les ensembles de règles qui en émanent doivent être qualifiés de règles de procédure purement privées. La Commission s'est référée à cet égard à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Commission/Allemagne [4], qui avait trait à la mise en œuvre de la directive 80/779/CEE [5] par voie d'une circulaire générale « Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft » (circulaire technique: Air). Aux termes du point 20 de l'arrêt: « ... la République fédérale d'Allemagne n'a fait état d'aucune jurisprudence nationale reconnaissant explicitement à cette circulaire un effet direct à l'égard des tiers, au-delà de son effet obligatoire pour l'administration. Dès lors, on ne saurait prétendre que les particuliers sont en mesure de connaître avec certitude l'étendue de leurs droits, afin de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales, ni que ceux dont les activités sont de nature à engendrer des nuisances sont suffisamment informés de l'étendue de leurs obligations ».

Les procédures de recours prescrites dans 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 [6] (ci-après la « directive 89/665 ») complètent, de l'avis de la Commission, les possibilités pour les intéressés d'invoquer devant les juridictions nationales des violations aux directives marchés publics et ne se substituent pas à ces dernières.

7. Au cours de l'audience, la République fédérale d'Allemagne a précisé son point de vue quant à la présente affaire comme suit: il est constant que la République fédérale n'a pas, dans le délai requis, informé la Commission dans le sens prévu par les directives. En ce qui concerne la mise en œuvre des directives, telle qu'elle se présentait en République fédérale d'Allemagne à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, la République fédérale d'Allemagne ne conteste pas non plus que des circulaires générales internes, de même que les VOL/A et VOB/A, ne confèrent pas aux particuliers de droits susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales. Ce n'est toutefois qu'avec la directive 89/665 que des règles ont été établies quant à la procédure à suivre dans le cadre des recours dirigés contre des infractions aux directives. Il résulte de l'article 2, paragraphe 8, de cette directive que les États membres ont la faculté de mettre en œuvre des procédures de recours analogues à un contrôle juridictionnel. Le point de vue de la Commission selon lequel il résulte des directives marchés publics que les particuliers doivent pouvoir invoquer des violations devant

4 — Arrêt du 30 mai 1991 (C-361/88, Rec. p. I-2567).

5 — Directive du Conseil du 15 juillet 1980 concernant des valeurs limites et des valeurs guides de qualité atmosphérique pour l'anhydride sulfureux et les particules en suspension (JO L 229, p. 30).

6 — JO L 395, p. 33.

les tribunaux est dès lors contraire à cette directive. Au reste, il résulte de la jurisprudence de la Cour concernant l'effet direct des directives que les particuliers ont la possibilité d'invoquer, vis-à-vis de la puissance publique, des infractions aux règles d'adjudication des directives, par exemple, par voie de recours en indemnité.

8. Au cours de l'instance, les parties ont examiné un grand nombre de questions de détail concernant la manière avec laquelle les directives avaient été transposées par le VOL/A et le VOB/A.

9. En guise d'introduction, nous soulignerons que dans sa jurisprudence la Cour a constaté que les directives marchés publics confèrent aux particuliers des droits dont ces derniers peuvent se prévaloir, dans certaines conditions, directement devant les juridictions nationales, à l'encontre de l'État et des pouvoirs adjudicateurs — voir arrêts du 20 septembre 1988, Beentjes [7], et du 22 juin 1989, Costanzo [8].

10. La directive 89/665 est datée du 21 décembre 1989 et est donc postérieure aux arrêts précités. L'argumentation de la République fédérale d'Allemagne concernant l'importance de cette directive présuppose donc que cette dernière visait à restreindre les droits que cette jurisprudence reconnaissait aux particuliers à l'encontre des autorités publiques. Un examen du contenu et des considérants de la directive ne fournit toutefois aucun élément en faveur d'une telle supposition. Au contraire, il apparaît que cette directive entendait renforcer « les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, ... en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées » [9].

11. L'article 189, troisième alinéa, du traité, concernant la transposition des directives en droit interne « n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle des dispositions de la directive dans une disposition légale expresse et spécifique... ». En fonction du contenu de la directive, on peut « se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, afin que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales » [10].

12. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que les États membres ne sauraient se soustraire aux obligations qui leur sont imposées par l'article 189, troisième alinéa du traité, de transposer les directives en droit interne, en

7 — 31/87, Rec. p. 4635.
8 — 103/88, Rec. p. 1839.
9 — Voir deuxième considérant.
10 — Voir arrêt Commission/Italie, précité note 3, point 7.

renvoyant à la jurisprudence de la Cour selon laquelle les justiciables sont en droit, sous certaines conditions, de se prévaloir directement en justice d'une directive à l'encontre des pouvoirs publics [11].

13. Il est constant en l'espèce que les directives visées dans la demande de la Commission n'ont été mises en œuvre, à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé du 3 février 1993, en République fédérale d'Allemagne que par voie de circulaires administratives, et par les VOL/A et VOB/A, qui sont des dispositions ressortissant au droit privé. Il est également constant en l'espèce que ces dernières ne confèrent pas aux particuliers de droits susceptibles d'être invoqués par ces derniers devant les juridictions nationales.

14. Il y a donc lieu de faire droit aux conclusions de la Commission concernant la violation du traité.

En l'état actuel de la cause, il n'y a pas lieu de statuer sur les questions de détail concernant la manière dont les directives ont été mises en œuvre par le VOL/A et le VOB/A.

15. La République fédérale d'Allemagne ayant succombé en l'espèce, il y a lieu, conformément aux conclusions de la Commission, de la condamner aux dépens de l'instance.

Conclusions

16. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de statuer comme suit:

« — En ne prenant pas dans les délais prescrits toutes les mesures nécessaires pour se conformer aux exigences découlant de la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et de la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de four-

11 — Voir arrêt du 6 mai 1980, Commission/Belgique, (102/79, Rec. p. 1473).

nitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité.

— La République fédérale d'Allemagne est condamnée aux dépens. »