CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 24 février 2000 *

1. Dans la présente affaire, la discussion porte sur la base à retenir pour calculer la valeur d'un marché de travaux, afin de déterminer si les règles communautaires relatives aux procédures de passation des marchés s'appliquent. Plus précisément, lorsque des marchés de travaux sur des réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public doivent être réalisés dans diverses localités situées dans une seule et même zone administrative, faut-il les combiner en totalité ou partiellement, aux fins de l'application de la directive 93/38/CEE du Conseil [1] (ci-après la «directive»), lorsque, quoique adjugés par des collectivités territoriales distinctes, ils sont contrôlés et coordonnés par un seul organisme mis en place par ces collectivités afin de fournir une assistance technique et administrative, lorsque le contenu de ces marchés est, dans une large mesure, identique pour chaque catégorie de réseaux et similaire d'une catégorie à l'autre, lorsque les travaux doivent être réalisés au cours de la même période et que tous les avis de marché ont été publiés simultanément?

Les dispositions pertinentes de la directive

2. La Commission invoque un manquement aux obligations prévues aux articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphes 1, 10 et 13, ainsi qu'aux articles 21, 24 et 25 de la directive. Certaines définitions des articles 1er et 2 sont également pertinentes.

3. L'article 1er, point 1, définit, entre autres, les «pouvoirs publics» comme étant «l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public». Selon l'article 2, paragraphe 1, la directive s'applique aux «entités adjudicatrices: a) qui sont des pouvoirs publics... et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2...». Ces activités comprennent la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité.

* Langue originale: l'anglais.

1 — Directive du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84).

4. L'article 4, paragraphe 2, dispose: «Les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services».

5. L'article 14 dispose comme suit:

«1. La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse:

...

c) 5 000 000 d'écus en ce qui concerne les marchés de travaux.

...

10. Le calcul de la valeur d'un marché de travaux aux fins de l'application du paragraphe 1 doit être fondé sur la valeur totale de l'ouvrage. On entend par ouvrage le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique.

Lorsque, notamment, une fourniture, un ouvrage ou un service est réparti en plusieurs lots, la valeur de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation de la valeur indiquée au paragraphe 1. Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse la valeur indiquée au paragraphe 1, les dispositions de ce paragraphe s'appliquent à tous les lots. Toutefois, dans le cas de marchés de travaux, les entités adjudicatrices peuvent déroger à l'application du paragraphe 1 pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1 000 000 d'écus, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble des lots.

...

13. Les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application de la présente directive en scindant les marchés ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur des marchés.»

6. Les articles 21, 24 et 25 de la directive figurent sous le titre IV, «Procédures de passation de marché». L'article 21, paragraphe 1, dispose que les mises en concurrence doivent être effectuées au moyen d'avis établis conformément à l'une des annexes de la directive; selon l'article 21, paragraphe 5, ceux-ci doivent être publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*. Dans la présente affaire, c'est l'annexe XII qui est pertinente; elle énumère en détail les informations à fournir. Selon l'article 24, paragraphe 1, les entités

adjudicatrices qui ont passé un marché sont tenues de communiquer à la Commission, dans un délai de deux mois après la passation de ce marché, les résultats de la procédure de passation de marché, également au moyen d'un avis établi conformément à une des annexes (en l'occurrence, l'annexe XV) et à publier au *JOCE* en vertu de l'article 24, paragraphe 2. Selon l'article 25, paragraphe 1, les entités adjudicatrices doivent être mesure de fournir la preuve de la date d'envoi des deux catégories d'avis précitées. L'article 25, paragraphe 5, s'oppose à la publication, par tout autre moyen, avant la date d'envoi des avis à l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

Les faits

7. Dans le département français de la Vendée, diverses communes ont formé des syndicats intercommunaux ayant pour objet la gestion de leurs réseaux de distribution d'électricité [2]. En 1950, l'ensemble de ces syndicats intercommunaux et deux communes, à titre individuel, (ci-après désignées, dans leur totalité, par le terme «entités locales») ont fondé un syndicat départemental, désormais dénommé Syndicat départemental d'électrification de la Vendée ou par son abréviation «SYDEV» [3]. Les entités locales n'ont pas, de ce fait, cessé d'exister, mais la responsabilité de certaines de leurs missions a été transférée au SYDEV. Il ressort de pièces produites par le gouvernement français que les compétences du SYDEV étaient régies durant la période en cause (1994-1995) par un arrêté préfectoral du 3 octobre 1960, bien que les dispositions pertinentes aient été ultérieurement modifiées (en 1997).

8. Aux termes de l'article 1er de l'arrêté préfectoral de 1960, le SYDEV avait notamment pour objet:

«1. d'exercer en commun les droits résultant pour les collectivités locales, des textes légaux et réglementaires relatifs à la production, au transport, à la distribution et à l'utilisation de l'énergie électrique, et notamment, de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ainsi que de toutes les attributions des syndicats et communes adhérentes relatives au service public de l'électricité;

2. d'organiser en commun les services qui leur incombent pour assurer le bon fonc-

2 — Bien que le cadre juridique n'ait été expliqué à la Cour ni par la Commission, ni par le gouvernement français, il semble que la situation normale en France, régie principalement par les lois du 15 juin 1906 et du 8 avril 1946, se présente de la manière suivante: les collectivités locales sont responsables de la distribution de l'électricité sur leur territoire respectif; à cet effet, elles accordent des concessions, selon un cahier des charges normalisé, à la société nationale Électricité de France (EDF) qui bénéficie dans ce pays d'un quasi- monopole pour la production et la distribution d'électricité. Voir, par exemple, Bergougnoux, J., et Varoquaux, W., «Caractéristiques du service public de l'électricité», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (*CJEG*), 1987, Librairies Techniques, Paris, p. 811; Sablière, P., «Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Électricité de France de la distribution publique d'électricité», *CJEG*, 1993, p. 1, et Sablière, P., «Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique», *CJEG*, 1995, p. 87.

3 — Ce type de montage semble constituer la règle en France: voir les conclusions de Madame Devillers, Commissaire du gouvernement, dans l'affaire SIEP c/ État et SDE, cour administrative d'appel de Nantes, 17 septembre 1997, CJEG, 1998, p. 398.

tionnement et la meilleure exploitation de leurs distributions d'électricité;

3. d'une façon générale, de s'intéresser et de participer, le cas échéant, à toute activité touchant à l'électricité et son utilisation dans le cadre des lois et règlements en vigueur. »

9. L'article 2 donne une liste exemplative des activités à mener par le SYDEV en vue de la réalisation de ces objectifs. Il s'agit notamment de la représentation des collectivités associées; de l'organisation de services d'études administratives, juridiques et techniques; de l'établissement de l'inventaire général des besoins du département et de la défense des programmes généraux et périodiques des travaux intéressant l'équipement électrique des communes; de l'harmonisation des tarifs applicables; de la passation de conventions relatives à l'exploitation du service public de l'électricité avec les établissements publics concessionnaires et de l'exécution de mesures techniques et financières.

10. À la différence de l'arrêté préfectoral de 1960, les statuts du SYDEV de 1997 ont prévu que le SYDEV devra assurer, au nom de ses membres, la maîtrise d'œuvre aussi bien que la maîtrise d'ouvrage.

11. Le 21 décembre 1994, le SYDEV a envoyé à la publication au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (ci-après le «*BOAMP*») des avis de marchés de travaux, dont 37 font l'objet de la présente affaire [4]. Les marchés en cause portaient sur des travaux d'extension et d'entretien à réaliser au cours d'une période triennale sur des réseaux existants de distribution d'électricité et/ou d'éclairage public sous la responsabilité des membres du SYDEV. L'ensemble des avis de marchés a été publié au *BOAMP* du 12 janvier 1995.

12. Les avis qui font l'objet de la présente affaire concernent 20 des 23 membres du SYDEV; dans tous les cas, sauf trois, les avis pour chaque membre portent sur des travaux d'électrification et d'éclairage public. En termes chiffrés, ils couvrent ainsi environ 80 % des réseaux départementaux de distribution d'électricité et d'éclairage public.

13. Dans l'ensemble des avis publiés au *BOAMP* pour les 37 marchés en cause, le SYDEV a été désigné comme l'«organisme qui passe le marché» et les offres devaient être transmises à la direction des travaux du SYDEV, à son adresse, en précisant cependant dans chaque cas le nom de l'entité locale concernée. Dans tous les cas, la description des travaux à réaliser sur les réseaux de distribution d'électricité était identique: «les opérations d'électrification ainsi que les travaux annexes induits

4 — Durant toute la procédure précontentieuse et dans ses mémoires, la Commission a fait état de 36 marchés. La Cour a sollicité des éclaircissements, dans la mesure où le nombre de marchés ayant fait l'objet d'un avis au *BOAMP* était supérieur. En réponse, la Commission a identifié 37 marchés qu'elle considère comme concernés par l'affaire; le gouvernement français n'a pas contesté cette définition de la portée du recours.

tels que, par exemple, le génie civil du réseau téléphonique, le génie civil du réseau de télédistribution, le réseau de sonorisation». Dans tous les cas, les travaux à réaliser sur les réseaux d'éclairage ont été décrits ainsi: «les opérations d'éclairage public, ainsi que les travaux annexes induits tels que, par exemple, le réseau de sonorisation».

14. Dans la plupart des avis publiés au *BOAMP*, la valeur estimée de chaque marché individuel sur les trois années était inférieure au seuil de 5 000 000 d'écus (correspondant, à l'époque des faits, à 33 966 450 FRF) [5] déterminant l'application de la directive aux marchés de travaux. Leur valeur cumulée atteignait toutefois 609 000 000 FRF (483 000 000 FRF au titre des marchés d'électrification et 126 000 000 FRF au titre des marchés d'éclairage). La valeur estimée d'un des marchés d'électrification et de treize des marchés d'éclairage était inférieure au seuil de 1 000 000 d'écus (correspondant, à l'époque des faits, à 6 793 308 FRF) pour la dérogation prévue en deuxième partie du deuxième alinéa de l'article 14, paragraphe 10, de la directive, sous réserve que leur valeur estimée cumulée soit également inférieure à 20 % du montant total à retenir.

15. La valeur estimée de cinq des marchés d'électrification dépassait néanmoins le seuil de 5 000 000 d'écus; des avis concernant ces marchés, ainsi qu'un autre, d'une valeur légèrement inférieure à ce seuil (30 000 000 FRF) ont été envoyés à la publication au *JOCE* par le SYDEV. Bien que les demandes de publication aient été envoyées sur un papier à en-tête du SYDEV, les avis mentionnaient, en premier lieu, le nom de l'entité locale en question, puis indiquaient que le SYDEV assurerait la direction des travaux. Les candidatures devaient, selon ces avis aussi, être transmises au SYDEV, à son adresse, en précisant dans chaque cas le nom de l'entité locale. Les six avis ont été publiés au *JOCE* le 6 janvier 1995 [6], bien que les informations transmises (identiques à celles publiées au *BOAMP*) n'aient pas permis de compléter l'ensemble des rubriques prévues à l'annexe XII de la directive. Dans chaque cas, le SYDEV a été désigné comme l'entité adjudicatrice, mention suivie dans tous les cas, sauf un, du nom de l'entité locale concernée.

16. La procédure de passation comprenait trois étapes. Dans un premier temps, il ressort des procès-verbaux des procédures de passation communiqués par le gouvernement français qu'une liste restreinte de candidats a été établie en fonction du critère de la production de l'ensemble des certificats attestant le respect d'exigences administratives et la capacité d'exécution des travaux en question. Dans un deuxième temps, un des candidats a été sélectionné, semble-t-il, en fonction du critère du moins-disant. Les offres se présentaient sous la forme d'une différence exprimée en pourcentage par rapport à la série de prix proposée, l'offre correspondant au prix le plus bas ayant été retenue dans tous les cas pour lesquels des pièces ont été communiquées. Enfin, le candidat retenu devait recevoir l'ordre de réaliser des opé-

5 — Voir communication publiée par la Commission le 18 décembre 1993 (JO C 340, p. 10).

6 — JO 1995, S 3, p. 211 à 213.

rations déterminées au cours de la période triennale.

17. Des avis concernant l'attribution des 37 marchés sur lesquels porte la présente affaire, y compris les six marchés publiés au *JOCE*, ont été publiés au *BOAMP* du 29 septembre 1995, le SYDEV étant désigné dans chaque cas comme étant l'« organisme qui a passé le marché ». Aucun avis d'attribution d'un de ces marchés n'a jamais été envoyé pour publication au *JOCE*. Dans tous les cas, les avis font apparaître que le marché a été attribué à une entreprise disposant d'une adresse locale. Toutefois, au moins quelques-uns des adjudicataires étaient en réalité de grandes entreprises disposant de succursales sur tout le territoire français; quatre d'entre eux étaient également les adjudicataires de marchés similaires en Dordogne, mentionnés par la Commission dans sa requête. Parmi les 17 cas dans lesquels les travaux d'électrification et d'éclairage devaient être réalisés pour une seule et même entité locale, 10 ont vu l'attribution des deux marchés au même soumissionnaire; dans trois cas, un des marchés a fait l'objet d'un partage avec un autre soumissionnaire et dans les quatre cas restants, chaque marché a été attribué à un soumissionnaire différent. Sur l'ensemble, il y a eu 10 adjudicataires pour les 37 marchés, leur « taux de succès » allant d'un seul marché partagé à huit marchés en propre et deux marchés partagés, et de 6 000 000 FRF à 114 000 000 FRF plus une part de 48 000 000 FRF.

18. Le gouvernement français a communiqué les procès-verbaux de la procédure de passation des marchés d'électrification et d'éclairage pour trois des entités locales au nom desquelles un avis de marché a été publié au JOCE (pour le marché d'électrification). Ils ne précisent pas si des entreprises « non locales » ont présenté des offres (aucune adresse n'est indiquée), mais il apparaît que: i) la présentation de tous les procès-verbaux est effectuée au même format et le nom du SYDEV y figure en entête; ii) les conditions générales des appels d'offres énoncent que « les travaux seront réalisés sur le territoire du Syndicat, la spécification exacte des ouvrages à construire étant communiquée en temps utile par le SYDEV à l'entrepreneur retenu »; iii) les membres des commissions qui ont procédé à l'ouverture des plis et à leur examen étaient différents pour chaque entité locale (un représentant du SYDEV étant présent à certaines occasions, mais pas à toutes) et les plis ont été ouverts à des dates ou des heures différentes; iv) les listes de soumissionnaires sont similaires, quoique non identiques, pour les trois entités locales et les deux catégories de marchés proposés par chacune d'elles et v) les offres de chacun des soumissionnaires pour le même type de travaux dans différentes communes n'étaient pas toujours identiques.

La procédure

19. Le 17 janvier 1996, après que son attention a été attirée sur l'éventualité d'une violation du droit communautaire par les procédures ci-dessus évoquées, la Commission a envoyé aux autorités fran-

çaises une lettre de mise en demeure mettant en cause la scission des lots en marchés différents, l'absence de publication des deux tiers de ces marchés au *JOCE* et l'emploi d'une procédure inappropriée de mise en concurrence. Le 7 avril 1997, à la suite des dénégations françaises, la Commission a transmis un avis motivé, pris au titre de l'article 169 du traité CE (devenu article 226 CE), en faisant valoir que: i) une mauvaise information sur le volume des marchés de travaux a été donnée, ce qui aurait eu un effet discriminatoire à l'égard des soumissionnaires communautaires; ii) un programme unique de travaux a été scindé sur une base géographique et technique de manière à éviter la publication au *JOCE* d'un certain nombre de lots; iii) la portée des notions d'entité adjudicatrice, d'association d'entités adjudicatrices, de lots et de marchés a été méconnue; et que iv) la procédure utilisée n'était pas conforme aux prévisions de la directive.

20. Le 22 janvier 1998, la Commission a introduit le présent recours tendant à faire constater que, «à l'occasion de la procédure de passation de marché lancée par le Syndicat départemental d'électrification de la Vendée en décembre 1994 pour l'attribution de travaux d'électrification et d'éclairage public, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/38/CEE, prise dans ses articles 4, paragraphe 2, 14, paragraphes 1, 10 et 13, ainsi que ses articles 21, 24 et 25». La Commission et la République française ont présenté oralement leurs arguments respectifs à l'audience du 16 novembre 1999.

Analyse

Applicabilité de la directive

21. Les marchés litigieux ont été publiés et attribués au début de l'année 1995. Il résulte clairement de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire Commission/France (C-311/96)[7] que la République française n'avait alors pas encore transposé la directive, mais il n'est pas contesté que les autorités compétentes auraient dû s'y conformer ou que la Commission est recevable à introduire un recours ayant pour objet le défaut d'application dans un cas concret d'une directive non encore transposée[8].

Les violations alléguées

22. La Commission fait valoir, en substance, deux séries de griefs. Tout d'abord, elle prétend que le SYDEV a scindé en de multiples marchés de travaux de taille réduite, sur une base à la fois géographique et technique, ce qui ne constituait qu'un seul marché de travaux aux fins de la directive, évitant ainsi en grande partie l'obligation de publication au *JOCE*, induisant en erreur les éventuels soumissionnaires sur l'ampleur réelle des travaux et

7 — Arrêt du 29 mai 1997 (Rec. p. I-2939).

8 — Voir arrêt de la Cour du 11 août 1995, Commission/Allemagne (C-431/92, Rec. p. I-2189, points 19 à 23).

faisant apparaître l'envoi d'une offre par des entreprises autres que locales considérablement moins attractif, au détriment notamment de soumissionnaires issus d'autres États membres. En outre, elle affirme que les avis de marchés envoyés à la publication au *JOCE* étaient incomplets et qu'aucun avis d'attribution n'a jamais été envoyé.

Absence de communication de certaines précisions et d'envoi des avis d'attribution

23. Le gouvernement français ne conteste pas, au fond, le deuxième grief, tiré d'un manquement aux obligations nées des articles 21 (en ce qui concerne les informations manquantes qui auraient dû figurer dans les avis envoyés au *JOCE*), 24 et 25 de la directive [9]. Il reconnaît que les informations transmises étaient incomplètes et qu'aucun avis d'attribution n'a été envoyé. Il n'est donc pas contesté qu'en s'abstenant d'apporter toutes les précisions requises à l'annexe XII, en ce qui concerne les six appels à la concurrence publiés au *JOCE*, et en s'abstenant de communiquer des précisions au sujet de l'attribution de ces marchés, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 21, paragraphe 1, et 24, paragraphes 1 et 2, de la directive.

24. Cependant, eu égard à l'aveu de l'absence d'envoi d'avis autres que les six appels à la concurrence publiés, nous estimons qu'il n'est ni nécessaire ni opportun que la Cour constate l'absence de fourniture de la preuve de la date d'envoi, prévue à l'article 25, paragraphe 1, de la directive. Il n'y a pas davantage eu violation de l'article 25, paragraphe 5, en ce qui concerne les avis envoyés, puisque les documents communiqués à la Cour établissent qu'ils ont été envoyés le même jour au *JOCE* et au *BOAMP*.

Portée du grief tiré du traitement séparé des marchés

25. La principale question est celle de savoir si les marchés auraient dû être cumulés aux fins de l'article 14, paragraphe 10, et/ou si leur traitement séparé était constitutif d'une scission illicite, en violation de l'article 14, paragraphe 13, impliquant plus précisément dans un cas comme dans l'autre une absence de publication d'avis au *JOCE*, alors que de tels avis auraient dû être publiés selon l'article 21.

26. Le gouvernement français estime que c'est à bon droit qu'ils ont tous été traités comme des marchés distincts portant sur des travaux distincts.

27. La Commission considère qu'ils auraient dû être traités aux fins de la directive comme des lots d'un seul et même marché de travaux, et non séparément, que

9 — Voir point 6 ci-dessus.

ce soit sur une base géographique (marchés distincts pour chacune des entités locales) ou sur une base technique (marchés distincts pour l'électrification et l'éclairage).

28. L'allégation de la Commission comprend trois variantes: les travaux d'électrification et d'éclairage auraient dû être pris dans leur totalité au niveau de chacune des entités locales, mais pas au niveau du département; tous les travaux d'électrification et tous les travaux d'éclairage aurait dû être considérés comme deux ensembles distincts au niveau du département; la totalité des deux catégories de travaux aurait dû être traitée comme un seul et même ensemble pour l'ensemble du département. La possibilité restante est, bien entendu, celle défendue par le gouvernement français.

29. Parmi les 37 avis faisant l'objet de la présente affaire, cinq portaient sur une valeur estimée supérieure à 5 000 000 d'écus; ces cinq avis et un autre (concernant tous des marchés d'électrification) ont effectivement été publiés au *JOCE* et 14 avis (tous, sauf un seul, concernaient des marchés d'éclairage) portaient sur des montants inférieurs à 1 000 000 d'écus.

30. Si les marchés d'électrification et d'éclairage avaient été cumulés au niveau de chaque entité locale prise séparément (si la séparation était justifiée sur une base géographique, mais pas technique), la valeur n'aurait dépassé le seuil de 5 000 000 d'écus que dans un seul cas — dans lequel un avis a bien été publié au *JOCE* pour le marché d'électrification (30 000 000 FRF), tandis que la valeur du marché d'éclairage était inférieure à 1 000 000 d'écus et à 20 % de la valeur de l'ensemble pour l'entité locale en question. Ainsi, s'il s'avérait que la séparation des marchés entre les différentes entités locales était justifiée, mais que la séparation entre travaux d'électrification et travaux d'éclairage ne l'était pas, le manquement se limiterait au défaut de publication d'appels à la concurrence pour des travaux d'éclairage dans les cinq entités locales restantes, pour lesquelles des avis de marchés d'électrification ont été publiés et pour lesquelles la valeur des marchés d'éclairage dépassait 1 000 000 d'écus.

31. Si, par ailleurs, tous les marchés du département étaient cumulés par catégorie (si la séparation était justifiée sur une base technique, mais non géographique), les deux catégories dépasseraient largement le seuil de 5 000 000 d'écus. Un seul marché d'électrification (d'un montant de 6 000 000 FRF) serait alors exempté de l'obligation de publication, étant d'une valeur inférieure au seuil de 1 000 000 d'écus et de 20 % de la valeur totale des marchés d'électrification. Les marchés d'électrification dont la valeur est inférieure au seuil totalisent plus de 20 % de la valeur totale des marchés d'électrification, mais jusqu'à six d'entre eux pourraient bénéficier d'une exemption avant que ce pourcentage ne soit atteint (pour un montant de 25 000 000 FRF). Ainsi, si la séparation était justifiée sur une base technique, mais pas géographique, le manquement porterait sur douze marchés d'électrification et douze marchés d'éclairage.

32. Enfin, si tous les marchés des deux catégories étaient cumulés pour le département (si la séparation n'était justifiée ni sur une base technique ni sur une base géographique), les quatorze marchés d'un montant inférieur au seuil de 1 000 000 d'écus seraient exemptés de l'obligation de publication, car ils n'atteindraient pas les 20 % de la valeur de l'ensemble. Le manquement concernerait ainsi douze marchés d'électrification, mais seulement cinq marchés d'éclairage.

33. Il est donc nécessaire d'examiner les deux catégories de séparation, car les trois approches possibles à l'égard du cumul auraient chacune des effets différents.

Article 14, paragraphe 10, et article 14, paragraphe 13: cumul et scission

34. On rappellera que l'article 14, paragraphe 1, dispose que la directive s'applique aux marchés de travaux dont la valeur estimée égale ou dépasse 5 000 000 d'écus. Selon l'article 14, paragraphe 10, lorsqu'un ouvrage est réparti en plusieurs lots, il y a lieu de prendre en compte la valeur cumulée de tous les lots aux fins de l'article 14, paragraphe 1. L'article 14, paragraphe 13, dispose que les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application de la directive en scindant les marchés.

35. On pourrait estimer que ces dispositions des paragraphes 10 et 13 de l'article 14 expriment la même règle en des termes différents. Nous considérons, au contraire, qu'il y a lieu de les distinguer.

36. L'article 14, paragraphe 10, pose des critères purement objectifs sur la base desquels l'applicabilité de la directive peut être déterminée. La notion d'«ouvrage» est définie et c'est la valeur totale de cet ouvrage, obtenue, le cas échéant, en additionnant la valeur de chaque lot résultant de la division éventuelle de l'ouvrage, qui détermine l'obligation de se soumettre aux dispositions de la directive.

37. L'article 14, paragraphe 13, introduit, quant à lui, un élément subjectif. Il évoque le fait de «contourner» la directive par certains moyens, en l'occurrence en scindant les marchés ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur des marchés. Cette rédaction implique un degré d'intention dans la conduite suivie. Le contournement, de même que les notions équivalentes utilisées dans d'autres versions linguistiques, suppose une conduite délibérée, plutôt qu'une échappatoire fortuite. La scission des marchés tout comme l'utilisation de modalités particulières de calcul nécessitent une certaine intention dans le chef de la personne y procédant.

38. Toutefois, il est également vrai que l'article 14, paragraphe 13, de la directive 93/38 semble contraster avec la disposition correspondante (article 6, paragraphe 4) de

la directive 93/37/CEE [10], adoptée le même jour, qui dispose: «Aucun ouvrage ni aucun marché ne peut être scindé *en vue* d'être soustrait à l'application de la présente directive» (c'est nous qui soulignons). Nous considérons, cependant, que la différence n'est pas significative; la portée est identique et rien n'indique que le législateur visait à exclure l'élément intentionnel de l'interdiction. Si cela avait été le cas, une rédaction plus neutre aurait certainement été choisie. À cet égard, on notera que le «Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de travaux» de la Commission, communiqué en réponse à une demande de la Cour, énonce au sujet de l'interdiction prévue par la directive 93/37 que «elle vise toute forme de fractionnement qui n'est pas justifiée par des motivations objectives et qui poursuit donc le seul but d'échapper aux règles de la directive».

39. Nous sommes donc d'avis qu'une violation de l'article 14, paragraphe 13, ne peut pas être constatée en l'absence d'intention.

40. De surcroît, l'article 14, paragraphe 13, interdit la «scission» de marchés. Cette notion met non seulement l'accent sur l'élément intentionnel, mais présuppose aussi l'existence d'un marché qui aurait été normalement considéré comme un seul et même marché, mais qui a été — anormalement — divisé en plusieurs marchés distincts.

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

41. La Commission a-t-elle établi que les marchés en cause auraient été normalement traités comme un seul et même marché par les entités pertinentes, mais qu'ils ont été délibérément divisés afin de contourner l'application de la directive?

42. Nous estimons qu'elle n'y est pas parvenue.

43. Au contraire, aucun élément de preuve n'a été présenté en vue d'établir que la pratique du SYDEV ou des différentes entités locales a varié d'une quelconque manière à l'égard des marchés en cause dans la présente affaire, par rapport à ce qu'elle aurait été par ailleurs. Les pièces produites par le gouvernement français concordent avec son affirmation selon laquelle la procédure suivie était celle qui était normale en Vendée, et la Commission n'a présenté aucun élément de preuve en sens contraire. À l'audience, le gouvernement français n'a pas manqué de faire observer que, s'il y avait eu une quelconque volonté de contourner l'application de la directive, un effort aurait été fait pour le faire plus discrètement.

44. À cet égard, les références de la Commission aux pratiques suivies dans deux autres départements sont dépourvues de pertinence particulière, faute d'avoir établi une pratique générale, appliquée systéma-

tiquement partout en France [11]. Le fait que le bon sens puisse confirmer que les opérations d'électrification et d'éclairage public sont étroitement liées, comme le prétend la Commission — un point que nous examinerons de façon plus circonstanciée au sujet de l'article 14, paragraphe 10 —, est tout autant dépourvu de pertinence, sauf à établir que ces opérations ont délibérément été scindées en contradiction avec une telle approche. Et l'apparence de bon sens est souvent un guide trompeur.

45. Pour qu'une violation de l'article 14, paragraphe 13, puisse être constatée, il faudrait établir une intention de contourner les dispositions de la directive, en se fondant éventuellement sur un écart par rapport à ce qui aurait été sans cela la pratique. La Commission n'a produit aucun élément particulier de preuve en ce sens et, à nos yeux, l'ensemble des circonstances, que nous analyserons davantage ci-après, ne permet pas de le déduire. Nous estimons donc que la Cour ne devrait pas juger, dans cette affaire, que la République française à manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 14, paragraphe 13, de la directive.

46. Cependant, ce qui précède n'exclut en rien la possibilité d'une applicabilité des dispositions de la directive pour des raisons objectives, conformément à son article 14, paragraphe 10, et l'éventualité d'un manquement de la République française aux obligations lui incombant en vertu de cette directive. L'examen de cette disposition sera donc déterminant dans notre analyse.

Identité de l'entité adjudicatrice

47. Il est toutefois nécessaire d'examiner au préalable un point qui a fait l'objet d'une discussion prolongée entre les parties: le point de savoir s'il y avait, aux fins du droit communautaire, une seule entité adjudicatrice (SYDEV) ou une pluralité d'entités adjudicatrices (les membres du SYDEV, les entités locales) est-il pertinent?

48. Le gouvernement français prétend, en substance, qu'il n'est pas possible de séparer la question de l'unicité de l'ouvrage en cause de celle de l'unicité de l'entité adjudicatrice; il ne peut pas y avoir un seul ouvrage en présence d'une pluralité d'entités adjudicatrices distinctes. Il a donc fait valoir avec force que chacune des entités locales était une entité adjudicatrice distincte (un maître d'ouvrage au sens du droit français), tandis que le SYDEV n'était pas juridiquement capable, à l'époque des faits, d'agir autrement qu'en qualité de contrôleur technique, gestionnaire et coordinateur des différents travaux (en tant que maître d'œuvre).

49. Après avoir semblé vouloir réfuter cet argument, en affirmant que le SYDEV était l'entité adjudicatrice réelle dans tous les

11 — De fait, on pourra remarquer que les avis d'attribution de marchés pour le département de la Dordogne annexés à la requête démontrent en réalité que, outre la procédure à laquelle la Commission fait référence, des procédures différentes ont été suivies simultanément dans les parties nord, nord-est et sud-ouest du département.

cas, la Commission a estimé en réponse à une question posée à l'audience que l'identité de l'entité adjudicatrice n'était pas, selon elle, un élément déterminant pour l'application de l'article 14, paragraphe 10, de la directive, l'obligation de cumul pouvant également s'appliquer à des marchés attribués par plusieurs entités adjudicatrices différentes, à condition de tendre à la réalisation d'un seul et même « ouvrage » au sens de cette disposition.

50. Nous partageons cette dernière opinion.

51. La définition de l'« ouvrage » à l'article 14, paragraphe 10, ne fait aucune référence à l'identité de l'entité adjudicatrice et il est logique qu'elle n'en fasse aucune. Comme cela ressort de son préambule, de ses dispositions et du contexte législatif résultant des autres textes communautaires relatifs aux passations de marchés publics, l'objectif de la directive est d'ouvrir le marché à une concurrence à l'échelle communautaire dans les domaines auxquels elle s'applique. Les principaux moyens utilisés à cet effet sont l'obligation de recourir à des procédures uniformes, de publier au niveau communautaire des appels à la concurrence et de ne pas opérer de discrimination entre les soumissionnaires. Cependant, cela serait dépourvu d'utilité et ne ferait que créer des tâches administratives aussi lourdes qu'inutiles, si ces obligations s'appliquaient à tous les marchés, sans distinguer selon leur valeur et la probabilité qu'ils intéressent des soumissionnaires potentiels dans d'autres États membres. Les seuils (de 5 000 000 d'écus et de 1 000 000 d'écus pour les marchés de travaux) sont clairement destinés à répondre à ce problème. Afin de néanmoins garantir le respect effectif de ces seuils, il existe des dispositions destinées à interdire le contournement délibéré (article 14, paragraphe 13) et à écarter le risque de leur non-application en cas de répartition d'un programme global unique de travaux pour d'autres motifs, même légitimes par ailleurs (à l'article 14, paragraphe 10).

52. L'objectif est donc de garantir que des entreprises d'autres États membres aient la possibilité de soumissionner à des marchés ou des ensembles de marchés susceptibles de les intéresser pour des raisons objectives tenant à leur valeur. Que l'attribution de ces marchés relève d'une seule entité adjudicatrice ou de plusieurs d'entre elles est, à cet égard, indifférent. Il peut parfaitement y avoir des motifs légitimes, de nature administrative ou autre, justifiant l'attribution séparée par des entités différentes d'éléments d'un programme unique de travaux, mais cela ne réduira pas sensiblement l'intérêt que le programme dans son ensemble représentera probablement pour une entreprise d'un autre État membre, présentant les qualifications nécessaires. On peut imaginer, par exemple, des travaux à réaliser sur une route traversant le territoire de plusieurs collectivités locales, chacune d'entre elles exerçant la responsabilité administrative sur une portion de la route. L'objectif de la directive ne serait pas atteint si son application était exclue au motif que la valeur estimée de chaque portion atteignait seulement 3 000 000 d'écus.

53. Il est vrai que la définition du marché de travaux à l'article 1er, point 4, de la

directive précise qu'il s'agit d'un contrat conclu par «*l'une* des entités adjudicatrices définies à l'article 2» (c'est nous qui soulignons), ce qui pourrait suggérer qu'aux fins de l'article 14 chaque marché de travaux doit être conclu par une entité distincte. Cependant, l'article 2 fait référence aux «entités adjudicatrices» au pluriel, en les classant en deux catégories principales, à savoir celles qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et celles qui ne le sont pas. Il semble donc plus vraisemblable que la définition donnée à l'article 1er, point 4, veuille faire référence aux entités adjudicatrices *d'une des catégories* mentionnées à l'article 2. De surcroît, comme l'a souligné la Commission, la définition des «pouvoirs publics» comprend les «associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités», ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire qu'une entité adjudicatrice soit un pouvoir public unique et qu'il soit l'organisme concluant finalement le contrat. Il est également clair que le critère de la «valeur totale de l'ouvrage» à l'article 14, paragraphe 10, ne vise pas la valeur d'un seul marché, ce qui priverait la disposition de toute utilité. Compte tenu de ces considérations, nous ne croyons pas qu'il faille attacher trop d'importance à l'utilisation du singulier à l'article 1er, point 4, aux fins de l'article 14.

54. Nous estimons par conséquent que, en ce qui concerne une éventuelle violation de l'article 14, paragraphe 10, de la directive dans la présente affaire, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si nous nous trouvons en présence d'une série d'entités adjudicatrices distinctes ou d'une seule entité adjudicatrice en la personne du SYDEV.

Article 14, paragraphe 10: un seul «ouvrage» ou plusieurs?

55. La question capitale à trancher est celle de savoir si les marchés attribués séparément pour les travaux d'électrification et les travaux d'éclairage public par chaque entité locale formaient un seul «ouvrage» — ou un certain nombre d'«ouvrages» plus importants, combinés sur une base géographique ou technique — aux fins de la directive et, donc, s'ils auraient dû être traités conjointement.

56. Un «ouvrage» est défini à l'article 14, paragraphe 10, comme «le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique». Il ne s'agit pas d'une définition particulièrement précise et le guide réalisé par la Commission ne comporte pas davantage d'indications particulières. Pour reprendre les termes utilisés par un commentateur, «l'identification d'un ouvrage unique devrait ressembler à la définition proverbiale de l'éléphant: les autorités adjudicatrices le reconnaîtront en en rencontrant un» [12]. Cependant, dans la présente affaire, la Cour est amenée à fournir quelques indications sur la manière de reconnaître un éléphant.

57. Une première possibilité est de raisonner en partant de la finalité des règles prévues par la directive. Comme nous

12 — Brown, A., «Getting to Grips with Aggregation under the EC Public Procurement Rules», *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 69, 72.

l'avons vu, cet objectif est principalement de garantir aux entreprises de toute la Communauté la possibilité de pouvoir entrer en concurrence pour des marchés dont la valeur dépasse un certain seuil prédéterminé, au-delà duquel il est susceptible d'être rentable de le faire. Puisque, dans plusieurs cas, les marchés de travaux d'électrification et de travaux d'éclairage public ont été attribués au même soumissionnaire dans différentes communes — d'où l'on peut déduire que, en théorie, un seul entrepreneur aurait pu réaliser la totalité des travaux des deux catégories dans tout le département — et que sept des dix adjudicataires ont obtenu des marchés d'une valeur largement supérieure à 5 000 000 d'écus, il semblerait logique de conclure que des soumissionnaires d'autres États membres auraient dû pouvoir entrer en concurrence. La Commission a fait valoir à l'audience que la nécessité de considérer un certain nombre de marchés comme formant un seul et même «ouvrage» et de les publier au *JOCE* a lieu, lorsque les marchés présentent un tel lien entre eux qu'une entreprise de la Communauté les considérera probablement comme une même opération économique et qu'elle souhaitera se porter candidat pour la réalisation de l'ensemble, comme cela était le cas dans la présente affaire, selon elle.

58. Nous estimons, cependant, que cette approche n'est pas la bonne. L'article 14, paragraphe 10, fait référence à la fonction économique et technique que les opérations faisant l'objet du marché sont destinées à remplir par elles-mêmes, et non à l'intérêt qu'un éventuel soumissionnaire pourrait avoir à être pleinement informé, bien qu'un des objectifs généraux de la directive demeure la protection et la promotion de cet intérêt. Si les dispositions de la directive doivent être interprétées à la lumière de ses objectifs, le critère utilisé ici n'en demeure pas moins spécifique. Nous devons nous attacher à la fonction économique et technique de destination, plutôt qu'à la façon selon laquelle d'éventuels soumissionnaires pourraient considérer l'ouvrage.

59. Nous estimons que le critère de l'article 14, paragraphe 10, signifie que la limite entre les travaux à cumuler aux fins de la directive et ceux pouvant légitimement être traités distinctement passe entre les ensembles de marchés qui, compte tenu de l'objectif qu'ils poursuivent, partagent une même fonction économique et technique et ceux qui ne la partagent pas.

60. La Commission estime, en substance, que l'ensemble des travaux à réaliser dans la présente affaire a constitué un programme pluriannuel d'électrification de l'ensemble de la Vendée et avait ainsi une fonction économique et technique unique. Elle relève que les descriptions des travaux étaient identiques à l'intérieur de chaque catégorie et similaires d'une catégorie à l'autre, l'ensemble des travaux devant être réalisé au cours d'une même période à l'intérieur d'une même zone géographique et administrative. La notion d'«ouvrage» ne peut pas, selon elle, se limiter dans un cas comme le cas présent à une structure ou construction déterminée.

61. Le gouvernement français prétend que des opérations ponctuelles d'amélioration et d'extension réalisées sur des réseaux

indépendants les uns des autres ne peuvent pas être considérées comme formant un «ouvrage» unique destiné à remplir une seule fonction économique et technique. Il considère que, en l'absence d'une structure ou d'une construction déterminée, il appartient à l'entité adjudicatrice de définir ses besoins et, ainsi, de définir l'identité de l'«ouvrage». Dans la présente affaire, chaque entité locale aurait ainsi défini ses propres besoins à l'égard de ses propres réseaux, indépendamment de tout hypothétique «ouvrage» global.

62. Aucune des parties n'a fourni à la Cour de description très précise des réseaux concernés. Toutefois, il ressort des observations du gouvernement français, qui n'ont pas été contestées sur ce point par la Commission, que les entités locales ont la responsabilité des réseaux de distribution d'énergie électrique basse tension à partir de transformateurs, alimentant les consommateurs situés sur leur territoire; que ces réseaux sont interconnectables, et que les réseaux d'éclairage public, placés sous le contrôle de chaque entité locale, sont alimentés à partir de ces réseaux de distribution d'électricité.

— Électrification et éclairage public: considérations techniques

63. La Commission note que des travaux sur le réseau de sonorisation sont mentionnés dans la description des deux catégories de travaux (électrification et éclairage public) et que les deux catégories figuraient dans un même avis de marchés publié par des organismes comparables au SYDEV dans deux autres départements français (Calvados et Dordogne) en 1995. Le gouvernement français souligne, pour sa part, que les travaux sur le réseau de distribution électrique concernent essentiellement des travaux souterrains, tandis que les travaux d'éclairage public portent, pour l'essentiel, sur du matériel hors sol, et que les deux catégories de travaux relèvent de rubriques différentes (respectivement «génie civil» et «installation») selon les classifications NACE, telles que reprises à l'annexe XI de la directive. À l'audience, il a évoqué le fait que les travaux d'éclairage public pourraient ne pas relever du tout du champ d'application de la directive, puisque ces réseaux ne concernent pas la production, l'alimentation, le transport ou la distribution d'électricité [13], mais plutôt sa consommation au bénéfice du public.

64. Parmi ces considérations, nous estimons que seule la dernière est d'importance. Même s'il n'y a pas lieu de juger que l'éclairage public échappe entièrement au champ d'application de la directive, elle met l'accent sur la distinction pouvant légitimement être opérée, en termes de fonction économique et technique de destination, entre les deux catégories de réseaux. Un réseau de distribution d'électricité est destiné, d'un point de vue technique, à transporter de l'électricité d'un fournisseur à un consommateur final individuel, qui, d'un point de vue économique, doit payer ce qu'il consomme à ce fournisseur. Un réseau d'éclairage public fournit un éclairage de lieux publics. Il est lui-même un consommateur final de l'électri-

13 — Voir article 2, paragraphe 2, de la directive, cité au point 3 ci-dessus.

cité qu'il reçoit par le réseau de distribution d'électricité. Le pouvoir assurant ce service en supporte lui-même le coût — en le recouvrant, probablement, auprès de la population qui en bénéficie par le biais d'instruments tels les impôts locaux, plutôt qu'en fonction de l'utilité que chacun en retire.

65. Ainsi, il nous apparaît clair qu'un réseau de distribution électrique et un réseau d'éclairage public sont destinés à remplir des fonctions économiques et techniques différentes. Cela étant acquis, nous ne sommes pas d'avis que des travaux d'entretien, d'amélioration et/ou d'extension des deux catégories de réseaux, qu'ils se trouvent ou non dans la même zone, peuvent être considérés comme constituant un seul «ouvrage» aux fins de l'article 14, paragraphe 10, de la directive.

66. Cette conclusion n'est pas remise en cause par les autres éléments mis en avant par la Commission. Le fait qu'un réseau de sonorisation figure dans les deux types d'avis de marché à titre de «travaux annexes induits» n'implique pas une fonction économique ou technique unique. Il se peut que diverses parties d'un réseau de sonorisation passent par les gaines de distribution électrique et par les mâts d'éclairage public, si bien que des travaux sur un de ces réseaux entraînent des travaux sur le réseau de sonorisation, sans affecter les fonctions économiques ou techniques des réseaux eux-mêmes. Le fait que d'autres entités adjudicatrices aient choisi de proposer un seul marché pour les travaux sur les deux catégories de réseaux ne permet pas davantage de répondre à la question de principe de savoir si de telles activités de génie civil, prises dans leur ensemble, sont destinées à remplir une même fonction économique et technique.

67. Ainsi, il n'est pas nécessaire, dans la présente affaire, de se prononcer sur le point de savoir si l'éclairage public relève du champ d'application de la directive, question qui, en toute hypothèse, n'a pas été suffisamment discutée devant la Cour. Cependant, si ce n'était pas le cas, il serait alors clairement exclu de combiner ces travaux aux travaux d'électrification aux fins de la directive.

68. Nous concluons qu'il n'y avait pas lieu de cumuler les valeurs des marchés d'électrification et d'éclairage public aux fins de la directive, que ce soit au niveau de l'ensemble du département ou à celui de chacune des entités locales. Cependant, la question de savoir si les marchés auraient dû être combinés au niveau de l'ensemble du département dans chacune des catégories, prise séparément, demeure entière.

— Électrification: considérations techniques et géographiques

69. Il apparaît [14] que chacune des entités locales est responsable du réseau de dis-

14 — Voir note 2 et point 62 ci-dessus.

tribution d'énergie électrique sur son territoire, bien que les réseaux soient interconnectés et que l'électricité soit fournie par la société nationale EDF. La Commission souligne la contiguïté géographique des réseaux, la simultanéité des programmes de travaux, l'identité des descriptions des travaux et la coordination d'ensemble assurée par le SYDEV. Le gouvernement français place, quant à lui, surtout l'accent sur le fait que chaque entité locale a conclu un marché séparé pour son propre réseau.

70. Nous avons conclu [15] que cette dernière considération n'était pas pertinente pour déterminer s'il y avait un seul ouvrage aux fins de la directive. La présente situation paraît d'ailleurs effectivement comparable à l'exemple précité d'une voie publique traversant le territoire de plusieurs collectivités locales. Bien que, pour des raisons d'ordre administratif, les différentes entités locales aient la responsabilité des réseaux de distribution basse tension sur leur territoire, ces réseaux interconnectables, pris dans leur ensemble, sont destinés à remplir une seule et même fonction économique et technique: l'acheminement et la vente aux consommateurs de l'énergie électrique produite et fournie par EDF.

71. Comme l'a observé le gouvernement français, il est vrai que ce raisonnement pourrait s'appliquer à l'ensemble du réseau français de distribution électrique. Cependant, nous partageons l'avis de la Commission, selon lequel la notion d'ouvrage est, dans la présente affaire, clairement circonscrite par ce que l'on pourrait appeler les trois unités — de lieu, de temps et d'action. Tous les marchés de travaux d'électrification en cause portaient sur des travaux à réaliser dans un même département, au cours d'une même période, ayant donné lieu à la même description générale et sujets à un contrôle technique uniforme. Rien ne permet de conclure que des travaux de même nature devaient avoir lieu au même moment sur une zone plus étendue — dans des départements ou régions limitrophes, ou même sur le réseau national dans son entier. Plus particulièrement, il est peu plausible que de tels travaux auraient été placés sous le contrôle du SYDEV. Si, par extraordinaire, cela avait été le cas, on aurait pu soutenir que l'ensemble de ces travaux constituait un même ouvrage aux fins de la directive. Dans un tel cas, nous estimons que la conséquence à tirer n'est pas celle que le gouvernement français tente d'imposer par son raisonnement ad absurdum, mais plutôt que tous les avis de marché auraient dû être communiqués au *JOCE*.

72. Le fait que les marchés portent sur des ensembles d'opérations distinctes à réaliser à des moments et en des lieux différents (durant une même période et dans la même zone géographique) ne signifie pas qu'ils ne sauraient pas être considérés comme un même «ouvrage». Si ce raisonnement était suivi, chaque opération constituerait un ouvrage distinct, ce que même le gouvernement français n'a pas soutenu. Au contraire, une série d'opérations à réaliser au cours d'une période déterminée sur un ensemble de réseaux partageant une même fonction économique et technique doit elle-même être considérée comme étant destinée à remplir une même fonction économique et technique. À cet égard, il est permis de

15 — Voir points 51 à 54 ci-dessus.

rappeler que l'arrêté préfectoral de 1960 [16] vise «l'inventaire général des besoins du département» — une formule qui tend à confirmer cette conclusion.

73. Ainsi, nous arrivons à la conclusion que l'ensemble des marchés d'électrification en cause a constitué un seul et même ouvrage au sens de l'article 14, paragraphe 10, de la directive. Leur valeur aurait dû être cumulée afin de déterminer si des appels à la concurrence auraient dû faire l'objet d'une publication au *JOCE*. Six de ces appels ont effectivement été publiés; un autre marché était d'une valeur estimée inférieure à 1 000 000 d'écus et à 20 % du total, entrant ainsi dans les prévisions de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article 14, paragraphe 10. En revanche, l'absence de publication d'avis au sujet des douze autres marchés, dont la valeur était dans chaque cas supérieure à ce seuil et atteignait au total plus de 26 000 000 d'écus, a constitué une infraction à la directive.

74. Cette infraction a comporté un manquement aux obligations résultant non seulement de l'article 14, paragraphes 1 et 10, de la directive, quant aux modalités de calcul de la valeur de l'ouvrage, mais également à celles résultant de l'article 21, paragraphes 1 et 5, parce que des avis n'ont pas été dressés et envoyés à la publication au *JOCE*, et de l'article 25, paragraphe 5, parce que des avis ont été publiés au *BOAMP*.

16 — Cité au point 9 ci-dessus.

— Éclairage public: considérations techniques et géographiques

75. Nous considérons qu'il est plus difficile d'appliquer le même raisonnement aux travaux à réaliser sur les réseaux d'éclairage public. Il est certainement exact que la fonction économique et technique de chaque réseau est la même que celle de tous les autres, mais nous n'estimons pas qu'ils remplissent pour autant une même fonction.

76. Même si l'organisation de l'éclairage public en Vendée ne nous a pas été présentée de manière détaillée, nous pouvons raisonnablement admettre que les réseaux sont indépendants les uns des autres, comme le soutient le gouvernement français. Puisque l'éclairage public est une activité de consommation d'électricité, dont la charge financière pèse sur chaque entité locale qui en est responsable, toute interconnexion semblerait dépourvue de toute utilité, par opposition à la situation du réseau électrique, qui constitue une infrastructure de distribution avec un seul fournisseur. Chaque réseau est probablement approvisionné à partir d'un embranchement propre sur le réseau de distribution électrique, permettant de déterminer la consommation de chacune des entités locales. De surcroît, l'éclairage est en général limité aux zones bâties. Lorsque ces zones sont séparées les unes des autres par des zones dépourvues de constructions, ce qui pourrait bien être typiquement le cas d'un département à vocation principalement rurale comme la Vendée, il est peu probable que les différents réseaux soient contigus. En outre, les différentes entités locales sont

susceptibles d'adopter des politiques nettement différentes en matière d'éclairage public: si certaines chercheront à proposer un service aussi généreux que possible, d'autres voudront économiser l'argent du contribuable local en ne fournissant que le strict minimum.

77. Il est vrai que les considérations qui précèdent reposent, dans une large mesure, sur des conjectures quant aux circonstances propres de la présente affaire. Cependant, le gouvernement français a souligné l'indépendance des réseaux individuels les uns par rapport aux autres et la Commission n'a pas produit d'éléments de preuve en sens contraire. Aucun facteur d'unification économique n'a notamment été établi, comme celui qui résulterait, par exemple, d'un système uniforme d'impôts locaux dans l'ensemble du département afin de financer la charge de l'éclairage.

78. Nous considérons par conséquent que la Commission n'a pas établi l'existence d'une même fonction économique et technique au sens de l'article 14, paragraphe 10, de la directive et qu'il n'était pas nécessaire de cumuler les valeurs de tous les marchés d'éclairage public pour déterminer l'applicabilité de la directive, à supposer même que l'éclairage public relève du champ d'application de la directive.

Article 4, paragraphe 2: discrimination entre entrepreneurs

79. L'argument développé ici par la Commission est, en substance, que, en se bornant à tort à publier une sélection d'avis de marché au *JOCE*, les autorités françaises ont placé les soumissionnaires d'autres États membres dans une situation désavantageuse, parce que ces soumissionnaires, ignorant quelle est la valeur totale des travaux et dans quelle mesure ceux-ci seraient susceptibles de les intéresser, décideront soit de ne pas remettre d'offre, soit d'en remettre une prenant en compte des coûts fixes proportionnellement plus élevés; ils présenteront ainsi une offre moins compétitive que celle de candidats ayant acquis une meilleure connaissance de la portée du marché à la lecture du *BOAMP*. Le gouvernement français, bien que se fondant à titre principal sur sa dénégation de toute scission artificielle, nie toute discrimination entre soumissionnaires, qui ont tous été invités à exprimer leur offre de prix sous la forme d'un écart exprimé en pourcentage par rapport à la valeur estimée de différentes catégories de travaux, en vue de l'exécution ultérieure de travaux précis à déterminer.

80. Puisque l'article 4, paragraphe 2, interdit précisément toute discrimination entre «fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services», on peut s'interroger sur le point de savoir s'il s'applique également à la discrimination entre soumissionnaires ou, à plus forte raison encore, aux soumissionnaires éventuels (nous n'avons, en effet, pas eu connaissance de la remise d'une offre par une entreprise d'un autre État membre dans cette affaire).

81. Nous considérons qu'il s'applique à ce cas également. D'une part, les termes «fournisseurs», «entrepreneurs» et «prestataires de services» ne sont pas définis par la directive, tandis que le «soumissionnaire» est défini à l'article 1er, point 6, comme «le fournisseur, l'entrepreneur ou le prestataire de services qui présente une offre». La directive n'utilise donc pas le terme «entrepreneur» au sens d'adjudicataire, mais au sens plus large de celui qui aspire à se voir adjuger un marché.

82. L'article 4, paragraphe 1, impose effectivement aux entités adjudicatrices — et il est utile de noter que l'article 4 est la première disposition de fond de la directive, définissant dans une certaine mesure la portée de ce qui suit — de respecter la directive «pour passer leurs marchés... ou organiser leurs concours». La juxtaposition des termes «passer» et «organiser» suggère que le terme «passer» doit être compris comme englobant toute la procédure, et non uniquement ses étapes finales. Nous considérons que l'article 4, paragraphe 2, doit avoir la même portée.

83. De surcroît, la Cour a jugé que le principe d'égalité de traitement était inhérent à la première directive communautaire sur les marchés publics de travaux[17] et qu'il trouvait son expression à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 90/531/CEE[18], prédécesseur direct de l'article 4, paragraphe 2, de la présente directive et rédigé de manière pratiquement identique. Bien que la Cour ait décrit le principe comme celui d'un traitement égal entre soumissionnaires, nous considérons qu'il doit également s'appliquer, de part sa nature même, à ceux qui ont été découragés de soumissionner parce qu'ils ont été désavantagés.

84. Compte tenu de cette situation, et au vu de la conclusion à laquelle nous sommes parvenu au sujet du non-cumul des marchés d'électrification, nous estimons que la Commission a établi une violation de l'article 4, paragraphe 2, de la directive. Nonobstant le point de savoir si, dans cette affaire, des soumissionnaires d'autres États membres auraient été effectivement attirés — puisqu'il est évidemment préférable de disposer d'un établissement local et compte tenu du risque de ne se voir attribuer qu'une partie de l'ensemble des travaux, remettant ainsi en cause, le cas échéant, leurs calculs relatifs aux coûts fixes —, ils n'ont pas été mis en mesure de prendre une décision en fonction d'éléments adéquats, parce qu'une information complète au sujet de l'ensemble de l'«ouvrage» n'a pas été publiée au *JOCE* comme elle aurait dû l'être. Les soumissionnaires consultant le *BOAMP*, qui sont probablement essentiellement français, ont,

17 — Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5), telle que modifiée par l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1); voir arrêt du 22 juin 1993, Commission/Danemark (C-243/89, Rec. p. I-3353, point 33).

18 — Directive du Conseil du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 297, p. 1); voir arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique (C-87/94,, Rec. p. I-2043, points 51 et 52).

en revanche, eu à leur disposition des informations plus complètes.

85. Cependant, en ce qui concerne les six appels à la concurrence effectivement publiés au *JOCE*, les informations publiées au *JOCE* étaient identiques à celles publiées au *BOAMP*, si bien que le fait de ne pas avoir communiqué toutes les informations requises à l'article 21, paragraphe 1, de la directive lu en combinaison avec l'annexe XII de cette même directive n'a pas entraîné de discrimination.

Dépens

86. Puisque, selon nous, la Commission a établi des manquements à la directive tenant au défaut de publication au *JOCE* de toutes les précisions requises au sujet des marchés d'électrification, mais n'a pas été en mesure d'établir un manquement à l'article 14, paragraphe 13, ou un quelconque manquement au sujet des marchés d'éclairage en cause, nous estimons qu'il y a lieu, conformément à l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure, de condamner chacune des parties à supporter ses propres dépens.

Conclusion

87. Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il plaise à la Cour:

1) constater que, en omettant, à l'occasion de la procédure de passation de marchés lancée par le Syndicat départemental d'électrification de la Vendée en décembre 1994 pour l'attribution de marchés de travaux d'électrification:

— de publier un appel à la concurrence au *Journal officiel des Communautés européennes* pour douze marchés dont la valeur unitaire estimée était supérieure à 1 000 000 d'écus, qui faisaient partie d'un même ouvrage au

sens de l'article 14, paragraphe 10, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de l'article 14, paragraphes 1 et 10, de l'article 21, paragraphes 1 et 5, et de l'article 25, paragraphe 5, de cette directive;

— de communiquer toutes les précisions prévues à l'annexe XII de la directive 93/38 au sujet des six appels à la concurrence publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 21, paragraphe 1, de cette directive;

— de communiquer des précisions au sujet de l'attribution de l'ensemble des marchés, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 24, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/38;

2) rejeter le recours pour le surplus.

3) condamner chacune des parties à supporter ses propres dépens.