CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. SIEGBERT ALBER

présentées le 19 mars 1998 *

A — Introduction

1. La présente procédure préjudicielle porte sur l'interprétation des directives 89/440/CEE et 93/37/CEE [1] portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux au regard de la construction d'un bâtiment pour le Parlement flamand (« Vlaamse Raad »). La passation des marchés relatifs au bâtiment du parlement régional s'est effectuée principalement selon la procédure négociée et le lot 4 a été attribué en vertu d'une procédure restreinte. La Commission estime qu'une telle attitude constitue une violation des obligations imposées par la directive en matière de procédure d'adjudication et de publicité.

2. En revanche, le gouvernement belge considère que, en sa qualité d'organe législatif, le parlement régional pouvait ne pas être soumis à des décisions émanant d'un ministre compétent en matière de marchés publics selon l'ordre juridique de l'État membre. C'est à ce titre que, pour le gouvernement belge, le refus du Vlaamse Raad de respecter les dispositions de droit communautaire en matière de publicité des marchés publics aurait été justifié.

3. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour,

— constater qu'en n'ayant pas fait publier d'avis de marché au *Journal Officiel des Communautés européennes* tant pour le projet global que pour chacun des lots concernant la construction du bâtiment du Vlaamse Raad, ainsi qu'en n'ayant pas appliqué les procédures d'attribution telles que prévues par les directives 89/440 et 93/37, et plus spécialement en ayant attribué le lot 4 par voie négociée sans justification, le royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ces directives, et plus précisément des articles 7 et 11 de la directive 93/37;

— condamner la partie défenderesse aux dépens.

* Langue originale: l'allemand.

1 — Voir la 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), dans sa version modifiée par la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE (JO L 210, p. 1), et la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54)(ci-après la « directive »).

4. Le gouvernement belge ne formule pas de conclusion précise dans sa défense.

5. Nous reviendrons sur les moyens des parties dans le cadre de l'exposé de notre point de vue en droit.

B — En droit

6. La *Commission* considère que le Vlaamse Raad est indéniablement un « pouvoir adjudicateur » au sens de la directive. Pour la Commission, la directive s'appliquait donc au projet de construction en cause et, en attribuant le marché par voie négociée, le Vlaamse Raad a contrevenu à la directive.

7. La défense du *gouvernement belge* présente différents niveaux: les divers moyens de défense qu'il développe s'articulent, en substance, autour de l'argument tiré de l'indépendance du pouvoir adjudicateur, inhérente à sa nature d'organe législatif.

C'est la loi du 14 juillet 1976 [2] relative aux marchés publics et ses arrêtés d'application qui constituent le droit applicable à la procédure d'attribution, qui a eu lieu à la fin de l'année 1996 et au début de l'année 1997. Pour le gouvernement belge, cette loi part du principe que seuls les organismes relevant du pouvoir exécutif seraient liés par les dispositions relatives à l'attribution des marchés. Certes, une nouvelle loi a été promulguée le 24 décembre 1993 [3]: toutefois, son entrée en vigueur aurait été retardée en raison du défaut d'adoption des arrêtés d'exécution [4]. Dans ce contexte, la problématique liée à la position particulière, en droit constitutionnel, des organes législatifs, importante en l'espèce, a fait l'objet de pourparlers au niveau national et dans le cadre de contacts avec la Commission, sans pouvoir conduire à une solution du problème qui satisfasse l'ensemble des parties. Le gouvernement belge considère que la Commission n'a pas apporté l'aide nécessaire dans cette recherche d'une solution et que, partant, l'introduction du recours dans la présente procédure était inopportune. Le moment de l'action contre le gouvernement belge serait aussi particulièrement malheureux, au motif que les faits concernés s'inscrivent dans le contexte temporel de l'acquisition, par les régions, de leur autonomie, soit une phase de mutation marquée par un certain nombre d'incertitudes sur le plan juridique.

De toute façon, selon le gouvernement belge, il conviendrait de concéder au Vlaamse Raad — devenu finalement le Parlement flamand,

2 — Loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

3 — Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *Moniteur belge* du 22 janvier 1994, p. 1308.

4 — Arrêtés d'application de la loi.

selon la dénomination entre-temps adoptée — qu'il est un organe du pouvoir législatif doté d'indépendance conformément aux conceptions démocratiques fondamentales en vigueur dans les États membres et inhérentes au traité de Maastricht. De son côté, la directive reconnaît l'existence de domaines étrangers à son champ d'application, comme le montre son article 4.

8. La Commission considère, en revanche, que des problèmes internes inhérents à l'ordre juridique de l'État membre ne sauraient le dispenser d'observer le droit communautaire. Par ailleurs, un parlement est lui aussi, selon la Commission, tenu de respecter le droit communautaire.

9. L'article 7 de la directive 93/37 fixe les conditions de tenue, respectivement, d'une « procédure ouverte » [5], d'une « procédure restreinte » [6] et d'une « procédure négociée » [7]. Ainsi, l'article 7, paragraphe 2, énonce les conditions d'une procédure négociée, comportant la publication d'un avis de marché et l'article 7, paragraphe 3, énonce les conditions d'une procédure négociée sans publication. L'article 7, paragraphe 4, dispose: « Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de travaux en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte ».

10. Comme le projet immobilier en cause ne répond à aucun des cas de figure justifiant une procédure négociée sans publication préalable, le respect des prescriptions imposant l'avis au titre de l'article 11 de la directive s'imposait dès lors que le Vlaamse Raad doit être qualifié de *pouvoir adjudicateur* au sens de la directive. L'article 1er de la directive définit comme pouvoirs adjudicateurs, « l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public... ».

11. Selon la conception classique du droit public, l'État comporte trois pouvoirs: le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. D'un point de vue abstrait, les organes des trois pouvoirs sont liés par le droit communautaire, ainsi que, de manière générale, la Cour l'a énoncé dans son arrêt Von Colson et Kamann, dans les termes suivants: « Il convient, toutefois, de préciser que l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à *toutes les autorités* des États membres *y compris*, dans le cadre de leurs compétences, *les autorités juridictionnelles* » [8]. La Cour a ainsi formulé de manière positive le principe de l'effet contraignant des directives pour les autorités juridictionnelles.

5 — Voir l'article 1er, sous e), de la directive.
6 — Voir l'article 1er, sous f), de la directive.
7 — Voir l'article 1er, sous g), de la directive.

8 — Arrêt du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann (14/83, Rec. p. 1891, point 26).

12. La question de l'effet contraignant, pour l'administration, des prescriptions du droit communautaire en matière de marchés publics a fait l'objet de l'arrêt Fratelli Costanzo [9]. Dans ce dernier arrêt, la Cour énonce que les obligations découlant des dispositions d'une directive « s'imposent à toutes les autorités des États membres » [10]. Dans tous les cas plus amplement décrits, dans lesquels des particuliers peuvent invoquer les dispositions d'une directive, continue la Cour, « tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, telles les communes, sont tenus de faire application de ces dispositions » [11]. C'est selon cette formulation positive qu'il convient d'énoncer également l'obligation incombant aux autorités étatiques.

13. Ainsi, la seule question qui puisse se poser est la question de savoir si le pouvoir législatif est lui aussi lié par les directives communautaires. Fondamentalement, la réponse est affirmative: l'injonction de légiférer émanant d'une directive s'adresse en effet directement aux organes législatifs. Dans le domaine des marchés publics, outre ce point de vue abstrait, selon la jurisprudence de la Cour telle qu'elle ressort de l'arrêt Beentjes [12], la « notion d'État ... doit recevoir une interprétation fonctionnelle » [13]. Dans la jurisprudence antérieure en matière de marchés publics, la question de savoir si l'organisme dont émanait le marché de travaux concerné pouvait être qualifié de pouvoir adjudicateur au sens de la directive s'est posée en règle générale dans des termes différents de ceux de l'espèce. En effet, il s'agissait principalement d'organismes et d'institutions de caractère subordonné qui n'avaient pas respecté les prescriptions en matière d'attribution de marchés publics [14].

14. En revanche, en sa qualité d'organe de la puissance publique, un parlement fait assurément partie de l'État dans son interprétation fonctionnelle. Bien évidemment, il en va de même, dans un État fédéral, des parlements des entités fédérées.

15. La particularité de l'espèce tient au fait que ce n'est justement pas dans le cadre de sa mission originelle de législateur que le Vlaamse Raad a été confronté à la directive 93/37, mais dans le cadre de son activité d'administration, sous la forme d'actes d'ordre fiscal. Il ne s'agit certes pas en l'occurrence d'une circonstance propre à exonérer cet organisme des prescriptions procédurales de droit communautaire imposant transparence et publicité dans le domaine des marchés publics. Le Vlaamse Raad devait justement d'autant plus se fonder sur le principe d'un assujettissement aux prescriptions de la directive que, n'agissant pas dans le domaine législatif, cet organe législatif ne pouvait pas invoquer son indépendance originelle à l'égard de l'administration.

9 — Arrêt du 22 juin 1989 (103/88, Rec. p. 1839).

10 — Voir l'arrêt Fratelli Costanzo, précité à la note 9, point 30.

11 — Voir l'arrêt Fratelli Costanzo, précité à la note 9, point 31.

12 — Arrêt du 20 septembre 1988 (31/87, Rec. p. 4635).

13 — Voir l'arrêt Beentjes, précité à la note 12, point 11.

14 — Voir les arrêts Beentjes, précité à la note 12, points 8 et 12 — il s'agissait en l'occurrence d'une commission locale de remembrement —; Fratelli Costanzo, précité à la note 9, points 30 et suiv. — il s'agissait en l'occurrence de la commune de Milan —, ainsi que du 8 mars 1991, Commission/Espagne (24/91, Rec. p. I-1989), et les conclusions de l'avocat général M. Lenz (points 9 et suiv.) — il s'agissait en l'occurrence de l'Université Complutense de Madrid.

16. L'agent du gouvernement belge a d'ailleurs concédé, au cours de la procédure orale, qu'en réalité, lors de l'attribution du marché, le Vlaamse Raad n'avait pas agi dans le cadre de sa fonction législative. La liberté revendiquée se fonderait sur la particularité de la situation constitutionnelle de l'organe en question. Pour justifier la procédure d'attribution incriminée, le gouvernement belge invoque donc la situation juridique interne. Pour le gouvernement belge, la loi du 14 juillet 1976 n'aurait explicitement soumis que les exécutifs aux prescriptions en matière d'attribution des marchés.

17. Comme la Commission le soutient à bon droit, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, un État membre ne saurait exciper de son ordre juridique interne ou d'une interprétation de celui-ci pour justifier un comportement contraire au droit communautaire [15]. Il s'est d'ailleurs avéré que, à l'époque des faits, des doutes se sont manifestés quant à la conformité au droit communautaire de la situation juridique belge en la matière. Le gouvernement belge s'est lui-même proposé, par la voie de la loi du 24 décembre 1993, de remédier aux carences de la loi du 14 juillet 1976. Mais il y aurait encore eu désaccord quant au rôle des organes législatifs et, dans ce contexte, la Commission n'aurait pas apporté l'aide nécessaire.

15 — Voir les arrêts du 9 décembre 1997, Commission/France (C-265/95, Rec. p. I-6959, points 55 et suiv.); du 12 juillet 1988, Commission/Italie (310/86, Rec. p. 3987, point 6), et Commission/Italie (326/87, Rec. p. 4009, point 6).

18. On peut regretter que la Commission n'ait pas apporté l'aide espérée dans le cadre d'une procédure législative. Pourtant, à tout le moins depuis qu'a été entamée la procédure en manquement, il n'était plus permis de douter de l'attitude de la Commission. La lettre de mise en demeure qui entame la procédure en manquement date du 28 juillet 1994 et le gouvernement belge lui a répondu le 31 août de la même année. Plus d'un an plus tard, soit le 16 novembre 1995, la Commission a notifié l'avis motivé au gouvernement défendeur, qui y a répondu par une lettre du 15 décembre 1995. La Commission a finalement introduit un recours le 2 octobre 1996.

19. Les problèmes de communication entre le Vlaamse Raad, la représentation permanente de la Belgique et la Commission, mentionnés par le gouvernement belge, peuvent certes expliquer l'attitude du Vlaamse Raad, mais ne sauraient toutefois justifier en droit son comportement. Les prescriptions en matière de publicité énoncées par la directive sont d'application directe et, à ce titre, avaient également un effet contraignant pour le Vlaamse Raad.

20. Au cours de la procédure orale, le représentant du gouvernement belge s'est en outre expressément référé aux dispositions dérogatoires de la directive, et en particulier à son article 4, pour expliquer qu'il y avait d'ailleurs des domaines dans lesquels un État pouvait légitimement échapper aux prescriptions en matière de marchés publics.

21. Il convient de lui rétorquer que, dans le cas d'espèce, l'article 4 n'offre aucune perspective permettant d'échapper aux obligations découlant de la directive. L'article 4, paragraphe 1, constitue simplement une exception apportée au champ d'application matériel de la directive, qui fait référence à certaines dispositions de la directive 90/531/CEE 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 [16]. L'article 4, sous b), soustrait au champ d'application de la directive les « marchés de travaux lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État membre l'exige ». Le gouvernement belge ne s'est pas prévalu de circonstances permettant d'invoquer cette disposition dérogatoire, fût-ce en mentionnant des dispositions légales ou administratives déterminées qui auraient déclaré secret le marché de travaux, pas plus qu'il ne s'est prévalu de mesures particulières de sécurité ou de la protection des intérêts essentiels de l'État.

22. Il est de jurisprudence constante que les dispositions qui autorisent des dérogations dans le secteur des marchés publics des travaux doivent faire l'objet d'une interprétation *stricte* [17]. La référence sans autre précision au principe de la séparation des pouvoirs ne saurait dès lors être interprétée comme un appel à la protection d'intérêts essentiels de l'État.

23. Dans la perspective de l'indépendance de l'organe législatif que constitue le Vlaamse Raad se pose encore par conséquent, de toute façon, la question de la responsabilité de l'État membre dans le cadre de la procédure en manquement de l'article 169 du traité CE. Nous pouvons également, sur ce point, renvoyer à la jurisprudence constante de la Cour qui énonce que la responsabilité d'un État membre au regard de l'article 169 est engagée, quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante [18].

24. Nous concluons donc au bien-fondé du recours de la Commission.

Sur les dépens

L'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure dispose que la partie qui succombe est condamnée aux dépens. Dès lors que la partie défenderesse succombe, il lui appartient de supporter les dépens.

16 — JO L 297, p. 1.

17 — Arrêts du 10 mars 1987, Commission/Italie (199/85, Rec. p. 1039, point 14); du 18 mai 1995, Commission/Italie (C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23), et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne (C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13); sur l'effet temporaire d'une disposition dérogatoire, voir l'arrêt du 26 octobre 1995, Furlanis (C-143/94, Rec. p. I-3633).

18 — Voir les arrêts du 5 mai 1970, Commission/Belgique (77/69, Rec. p. 237, point 15); du 18 novembre 1970, Commission/Italie (8/70, Rec. p. 961, point 9), et du 26 février 1976, Commission/Italie (52/75, Rec. p. 277, point 14).

C — Conclusion

25. Les considérations que nous venons de développer nous amènent à vous proposer de dire pour droit:

« 1) En n'ayant pas respecté les prescriptions en matière d'adjudication et de publication tant pour l'attribution du projet global que pour l'attribution de chacun des lots concernant la construction du bâtiment du Vlaamse Raad, le royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 89/440/CEE, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et plus précisément des articles 7 et 11 de la directive 93/37.

2. Le royaume de Belgique est condamné aux dépens ».