ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)
17 décembre 1998 *

Dans l'affaire C-353/96,

Commission des Communautés européennes, représentée par M. Richard Wainwright, conseiller juridique principal, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Carlos Gómez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie requérante,

contre

Irlande, représentée par M. Michael A. Buckley, Chief State Solicitor, en qualité d'agent, assisté de MM. Eoghan Fitzsimons, SC, et Feargal Ó Dubhghaill, BL, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade d'Irlande, 28, route d'Arlon,

partie défenderesse,

ayant pour objet de faire constater que, en ne se conformant pas aux dispositions de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1), telle que modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988 (JO L 127, p. 1), et, en particulier, en ne publiant pas son appel d'offres pour la fourniture d'engrais au nom de l'Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) au *Journal officiel des Communautés européennes*, l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CE,

* Langue de procédure: l'anglais.

LA COUR (cinquième chambre),

composée de MM. J.-P. Puissochet, président de chambre, P. Jann (rapporteur), J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann et M. Wathelet, juges,

avocat général: M. S. Alber,
greffier: M^me^ D. Louterman-Hubeau, administrateur principal,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 28 mai 1998, au cours de laquelle la Commission était représentée par M. Richard Wainwright et l'Irlande par M. Michael A. Buckley, assisté de M. Donal O'Donnell, SC,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 16 juillet 1998,

rend le présent

Arrêt

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 29 octobre 1996, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CE, un recours visant à faire constater que, en ne se conformant pas aux dispositions de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1), telle que modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988 (JO L 127, p. 1), et, en particulier, en ne publiant pas son appel d'offres pour la fourniture d'engrais au nom de l'Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) au *Journal officiel des Communautés européennes*, l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CE.

La législation communautaire pertinente

2 Jusqu'en 1994, la passation des marchés publics de fournitures était régie dans la Communauté par la directive 77/62, telle que modifiée notamment par la directive 88/295.

3 En son article 1er, la directive 77/62 définit ainsi la notion de pouvoir adjudicateur:

« Au sens de la présente directive:

...

b) sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs l'État, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public ou, dans les États membres qui ne connaissent pas cette notion, les entités équivalentes, énumérées à l'annexe I;

... »

4 A l'annexe I, point VI, de la directive 77/62, il est spécifié, concernant l'Irlande, que les autres entités équivalentes sont « les autres autorités publiques dont les marchés publics de fournitures sont soumis au contrôle de l'État ».

5 La directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), a abrogé la directive 77/62. Ses dispositions devaient être transposées en droit national au plus tard le 14 juin 1994, ce que l'Irlande n'avait pas encore fait à cette date.

6 Cette directive dispose, en son article 1er:

« Aux fins de la présente directive, on entend par:

...

b) '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.

On entend par 'organisme de droit public' tout organisme:

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

— doté de la personnalité juridique

et

— dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

... »

7 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 (JO L 395, p. 33), prévoit, en son article 3:

« 1. La Commission peut invoquer la procédure prévue au présent article lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE.

2. La Commission notifie à l'État membre et au pouvoir adjudicateur concernés les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste a été commise et en demande la correction.

3. Dans les vingt et un jours qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

a) la confirmation que la violation a été corrigée

ou

b) une conclusion motivée expliquant pourquoi aucune correction n'a été faite

ou

c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2 paragraphe 1 point a).

4. Une conclusion motivée au sens du paragraphe 3 point b) peut notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours tel que visé à l'article 2 paragraphe 8. Dans ce cas, l'État membre informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

5. ... »

Les antécédents du litige

8 La création du Coillte Teoranta ou Irish Forestry Board (ci-après l'« Office des forêts ») sous forme d'une société de droit privé a été prévue par l'article 9 de l'Irish Forestry Act 1988 (loi forestière irlandaise de 1988, ci-après la « loi »).

9 Aux termes de cette loi, cet Office a pour objectif d'exercer les activités de sylviculture et les activités annexes sur une base commerciale et, conformément aux pratiques établies dans ce secteur, de créer et d'entretenir une industrie forestière ainsi que de participer avec d'autres à des activités forestières compatibles avec ces objets.

10 Les objectifs de l'Office des forêts, en tant que propriétaire de douze parcs nationaux, auxquels l'accès est gratuit, comprennent également, en vertu de l'article 3, paragraphe 14, de ses statuts, l'aménagement d'installations à caractère récréatif, sportif, éducatif, scientifique et culturel.

11 Le gouvernement irlandais a transféré à l'Office des forêts des terres et d'autres biens d'une valeur d'environ 700 millions de IRL. En contrepartie de ces biens, l'Office des forêts a émis des actions au profit du ministre des Finances, qui en est ainsi l'actionnaire majoritaire.

12 Quant à la structure de l'Office des forêts, il ressort de la loi ainsi que de ses statuts qu'il a été institué par le ministre de l'Énergie (ci-après le « ministre »), que ses statuts ainsi que tout changement de ceux-ci doivent être approuvés par lui

(articles 11 et 15), que le « chairman » (président) et les autres directeurs sont nommés et leurs rémunérations fixées par lui [article 15, paragraphe 2, sous b) et d)], que le « first Chief Executive » (premier directeur général) est nommé par le ministre et exerce ses fonctions selon les termes définis par celui-ci (article 35), que la nomination des contrôleurs financiers de l'Office des forêts doit être approuvée par le ministre [article 15, paragraphe 2, sous e)] et que ledit Office doit respecter les orientations de l'État et les directives ministérielles relatives aux rémunérations et indemnités et conditions de travail de ses agents (article 36). Certaines des décisions du ministre doivent être agréées par le ministre des Finances.

13 Dans la gestion de ses affaires, l'Office des forêts doit respecter les obligations suivantes: le ministre peut lui adresser des instructions écrites afin de l'obliger à respecter les grandes lignes de la politique de l'État sur les activités forestières, à aménager ou à entretenir des services ou des installations déterminés ou encore à entretenir ou à utiliser des terres déterminées à des fins spécifiques (article 38 de la loi); l'Office des forêts est tenu de consulter le ministre des Finances sur les actions forestières dans certaines zones d'intérêt scientifique (article 13); chaque année, l'Office des forêts doit proposer au ministre un programme de vente et d'achat de terres (article 14); l'institution et l'acquisition de filiales doivent être approuvées par le ministre [article 15, paragraphe 2, sous g)]; une assemblée générale doit être organisée lorsque les deux ministres la proposent (point 15 des statuts), et le rapport annuel ainsi que le rapport de contrôle des comptes de l'Office des forêts doivent être soumis au Parlement irlandais (articles 30 et 31 de la loi).

14 Quant au financement, il résulte des dispositions pertinentes que le capital social de l'Office des forêts doit être approuvé par le ministre des Finances (article 10 de la loi). L'Office des forêts n'est autorisé à contracter des emprunts qu'avec le consentement du ministre (article 24), tandis que le ministre des Finances peut garantir le remboursement de toute somme empruntée (article 25). Cet Office peut investir une somme qui n'excède pas 250 000 IRL dans le contrôle d'autres entreprises. Cette somme peut être augmentée avec l'autorisation du ministre en accord avec le ministre des Finances [article 15, paragraphe 2, sous h)]. Celui-ci peut par ailleurs mettre à la disposition de l'Office des forêts diverses sommes à des conditions et à des fins spécifiques.

15 Le 10 mars 1994, l'Office des forêts a lancé un appel d'offres portant sur un marché de fourniture d'engrais d'une valeur supérieure à 200 000 écus, pour la période du 1er avril 1994 au 31 mars 1995. Il n'a pas fait publier d'avis d'adjudication au *Journal officiel des Communautés européennes*. Le 30 mai 1994, l'Office des forêts a attribué le marché. Le 21 juin 1994, Connemara Machine Turf Co. Ltd, une entreprise dont l'offre n'avait pas été retenue, a introduit un recours juridictionnel contre l'attribution du marché devant la High Court.

16 Avant l'attribution du marché, soit le 18 mai 1994, la Commission a reçu une plainte portant sur les modalités de l'appel d'offres. En application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 89/665, elle a envoyé, le 30 juin 1994, une lettre au gouvernement irlandais. Dans cette lettre, la Commission exprimait des doutes quant à la compatibilité de l'attribution du marché avec les règles communautaires en matière de marchés publics de fournitures et indiquait également que cette lettre valait mise en demeure conformément à l'article 169 du traité. En substance, la Commission faisait valoir que l'Office des forêts, en tant que pouvoir adjudicateur, n'avait pas fait publier d'appel d'offres au *Journal officiel des Communautés européennes*, conformément aux dispositions de la directive 77/62, et notamment à son article 9.

17 Le gouvernement irlandais a contesté par lettre du 22 juillet 1994 les arguments soulevés par la Commission. Il a fait valoir que la procédure prévue à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/665 était inapplicable, étant donné que le contrat avait été conclu avant la réception de la lettre de la Commission; que, conformément à l'hypothèse envisagée à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 89/665, la violation alléguée faisait déjà l'objet d'un recours devant une juridiction nationale irlandaise; que, en tout état de cause, l'Office des forêts n'était un pouvoir adjudicateur ni au sens de la directive 93/36 ni au sens de la directive 77/62; que l'Irlande avait correctement transposé les directives en droit national et que, même au cas où il y aurait une infraction aux règles communautaires sur les marchés publics de fournitures, une procédure au sens de l'article 169 du traité était inappropriée, dès lors qu'il existait une autre forme de recours conformément aux dispositions de la directive 89/665.

18 N'étant pas satisfaite par la réponse, la Commission a adressé, le 23 février 1996, un avis motivé à l'Irlande, conformément à l'article 169, premier alinéa, du traité, auquel l'Irlande a répondu par lettre du 7 juin 1996, en confirmant la position qu'elle avait adoptée dans sa lettre précédente.

19 C'est dans ces circonstances que la Commission a introduit le présent recours en manquement.

Sur la recevabilité

20 Sans contester formellement la recevabilité du recours, le gouvernement irlandais soulève la question de savoir si une procédure en vertu de l'article 169 du traité peut être entamée dès lors qu'il existe d'autres moyens pour remédier à un manquement éventuel, tels que ceux prévus à l'article 3 de la directive 89/665.

21 Un recours ayant été introduit devant la High Court, le 21 juin 1994, ce serait l'article 3, paragraphe 4, de cette directive qui serait applicable en l'espèce. Ce serait dans le cadre de ce recours qu'une éventuelle violation des dispositions applicables en matière de passation des marchés publics devrait être appréciée. Une telle violation ne résulterait par ailleurs pas d'un manquement de la part de l'Irlande, mais serait le fait de l'Office des forêts si celui-ci devait être considéré comme étant un pouvoir adjudicateur.

22 A cet égard, il convient de rappeler que la procédure particulière de la directive 89/665 constitue une mesure préventive qui ne peut ni déroger ni se substituer aux

compétences de la Commission au titre de l'article 169 du traité. Cette dernière disposition confère en effet à la Commission le pouvoir discrétionnaire de saisir la Cour lorsqu'elle estime qu'un État membre a manqué à une obligation lui incombant en vertu du traité et que l'État membre en cause ne se conforme pas à l'avis motivé de la Commission (arrêt du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas, C-359/93, Rec. p. I-157, point 13).

23 S'agissant de la question de savoir si l'Irlande peut être tenue responsable du comportement de l'Office des forêts en tant que pouvoir adjudicateur, il suffit de constater que les directives en matière de passation des marchés publics seraient privées de leur effet utile si le comportement d'un pouvoir adjudicateur n'était pas imputable à l'État membre concerné.

24 Il s'ensuit que le recours est recevable.

Sur le fond

25 La Commission considère que seule la directive 77/62 est pertinente. Elle estime que, en vertu de l'effet combiné des différentes dispositions régissant le statut de l'Office des forêts, celui-ci doit être considéré comme relevant de l'État au sens que la Cour a donné à ce terme dans l'arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635).

26 Dans cet arrêt, la Cour aurait interprété de manière fonctionnelle la notion d'État au sens de 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), qui contiendrait la même définition des pouvoirs adjudicateurs que la directive 77/62. Conformément à cette interprétation, un organisme dont la composition et

les fonctions sont prévues par la loi et qui dépend largement des pouvoirs publics devrait être considéré comme relevant de l'État, même s'il n'en faisait pas formellement partie.

27 Par ailleurs, la Commission considère que l'Office des forêts peut également être considéré comme étant une autre autorité publique dont les marchés publics de fournitures sont soumis au contrôle de l'État, au sens de l'annexe I, point VI, de la directive 77/62.

28 Selon le gouvernement irlandais, l'Office des forêts ne peut être considéré comme étant un pouvoir adjudicateur ni au sens de la directive 77/62 ni au sens de la directive 93/36.

29 L'Office des forêts serait une entreprise privée soumise aux dispositions du Companies Act (loi sur les sociétés). Il serait donc une société commerciale appartenant à l'État. Les pouvoirs de nomination et de révocation des responsables de l'Office des forêts et de détermination de la politique générale de ce dernier ne seraient pas plus larges que ceux prévus dans les statuts d'une société privée détenue presque entièrement par un seul actionnaire. La gestion courante des activités serait en revanche assurée de façon indépendante et l'État n'aurait aucune influence sur la passation des marchés.

30 En revanche, l'Irlande ne conteste pas que, si l'Office des forêts devait être qualifié de pouvoir adjudicateur, il aurait dû publier un avis d'adjudication pour le marché public en question.

31 A titre liminaire, il convient de constater que les faits de l'espèce ne peuvent relever que de la directive 77/62. En effet, au moment où l'appel d'offres a été lancé, et même

au moment de la passation du marché en question, le délai de transposition de la directive 93/36 n'avait pas encore expiré et l'Irlande n'avait pas encore procédé à une telle transposition.

32 Quant à la question de savoir si l'Office des forêts est un pouvoir adjudicateur au sens de la directive 77/62, il y a lieu de relever que, contrairement à l'organisme concerné dans l'arrêt Beentjes, précité, l'Office des forêts est doté de la personnalité juridique. Il est par ailleurs constant qu'il ne passe pas de marchés publics pour le compte de l'État ou d'une collectivité territoriale.

33 Dans ces conditions, l'Office des forêts ne saurait être considéré comme étant l'État ou une collectivité territoriale au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 77/62. Cependant, il y a lieu encore de rechercher s'il fait partie des entités équivalentes à des personnes morales de droit public, énumérées à l'annexe I de la directive 77/62.

34 S'agissant de l'Irlande, cette annexe désigne comme pouvoirs adjudicateurs les autres autorités publiques dont les marchés publics de fournitures sont soumis au contrôle de l'État.

35 Il convient de rappeler que la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics de fournitures vise à prévenir des entraves à la libre circulation des marchandises.

36 En vue de donner plein effet au principe de la libre circulation, la notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une interprétation fonctionnelle (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, point 62).

37 A cet égard, il importe de souligner que c'est l'État qui a créé l'Office des forêts et qui lui a confié des missions déterminées, qui consistent principalement à entretenir les forêts nationales ainsi qu'une industrie forestière, mais également à aménager diverses installations dans l'intérêt général. C'est aussi l'État qui détient le pouvoir de nomination des principaux dirigeants de l'Office des forêts.

38 En outre, la faculté du ministre d'adresser à l'Office des forêts des instructions, notamment afin de l'obliger à respecter les grandes lignes de la politique de l'État sur les activités forestières ou à aménager des services ou des installations déterminés, ainsi que les pouvoirs conférés à ce ministre et au ministre des Finances en matière financière donnent à l'État la possibilité de contrôler l'activité économique de l'Office des forêts.

39 Il en ressort que, s'il est vrai qu'aucune disposition ne prévoit explicitement que le contrôle étatique s'étend spécifiquement à la passation des marchés publics de fournitures par l'Office des forêts, l'État peut exercer un tel contrôle à tout le moins de manière indirecte.

40 Il résulte de ce qui précède que l'Office des forêts doit être considéré comme étant « une autorité publique dont les marchés publics de fournitures sont soumis au contrôle de l'État » au sens de l'annexe I, point VI, de la directive 77/62.

41 Il s'ensuit que l'Office des forêts est un pouvoir adjudicateur au sens de la directive 77/62. Par conséquent, il était tenu, en l'espèce, de faire publier un avis d'adjudication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

42 Il y a lieu, dès lors, de constater que, l'Office des forêts n'ayant pas fait publier d'avis d'adjudication pour un marché de fourniture d'engrais au *Journal officiel des Communautés européennes*, l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 77/62, telle que modifiée par la directive 88/295.

Sur les dépens

43 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. L'Irlande ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (cinquième chambre)

déclare et arrête:

1) **Le Coillte Teoranta n'ayant pas fait publier d'avis d'adjudication pour un marché de fourniture d'engrais au *Journal officiel des Communautés européennes*, l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, telle que modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988.**

2) **L'Irlande est condamnée aux dépens.**

Puissochet Jann Moitinho de Almeida

Gulmann Wathelet

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 17 décembre 1998.

Le greffier

R. Grass

Le président de la cinquième chambre

J.-P. Puissochet