CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 15 mai 1997 *

1. Par la demande préjudicielle qui fait l'objet de la présente procédure, la Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (ci-après la « commission fédérale de surveillance ») interroge la Cour sur l'interprétation de l'article 41 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [1] (ci-après la « directive sur les services »).

La commission fédérale de surveillance demande en particulier à la Cour de dire si, sur la base de cet article, les instances mises en place par les États membres au titre de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 [2] sur l'application des procédures de recours (ci-après la « directive sur les recours ») sont compétentes, dès l'expiration du délai fixé dans la directive sur les services pour sa transposition (et en l'absence de mesures nationales de mise en œuvre), pour connaître également des recours en matière de procédures de passation de marchés publics de services, concernant des violations alléguées des règles communautaires en la matière.

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 209, p. 1.

2 — Directive 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).

Le cadre normatif communautaire et national

2. Pour mieux comprendre la portée de la question qui nous occupe, il importe tout d'abord de rappeler le cadre juridique dans lequel elle s'inscrit, en rappelant brièvement tant les normes communautaires que les dispositions nationales pertinentes.

— *La réglementation communautaire*

3. En ce qui concerne la directive sur les services, il convient en premier lieu de faire état de l'article 36 qui fixe les critères sur lesquels l'administration est tenue de se fonder pour attribuer les marchés. En particulier, aux termes de l'article 36, paragraphe 1, sous a), lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, il faut tenir compte de « critères variables selon le marché en question: par exemple, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, le prix ». Dans les autres hypothèses, conformément à la lettre b) de cette même disposition, il

convient en revanche de retenir « uniquement le prix le plus bas ».

A l'article 44 de la directive sur les services, la date d'expiration du délai dans lequel les États membres sont tenus d'adopter et de communiquer les mesures de transposition nécessaires est fixée au 1er juillet 1993.

4. La directive sur les recours impose aux États membres d'adopter les mesures nécessaires pour garantir que les procédures de passation des marchés publics de travaux et de fournitures qui relèvent de l'application des directives communautaires en la matière [3] puissent faire l'objet de recours rapides et efficaces lorsque le paramètre de légalité invoqué est (directement ou indirectement) le droit communautaire (article 1er, paragraphe 1).

A la suite de l'entrée en vigueur de la directive sur les services, la directive sur les recours s'applique également aux procédures de passation des marchés publics de services; l'article 41 de la directive sur les services, dont l'instance de renvoi demande à présent l'interprétation à la Cour, introduit en effet une modification au texte de l'article 1er de la directive sur les recours, en vue de faire rentrer expressément dans le domaine d'application de celle-ci les recours portant sur la passation des marchés de services.

5. L'article 2, paragraphe 8, de la directive sur les recours prévoit que, lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. Dans un tel cas, en outre, les États membres doivent garantir que « toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés ... [puisse] faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité et qui soit indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base ».

Pour garantir cette indépendance, il est exigé en outre au deuxième alinéa de ce même paragraphe 8 que les membres de l'instance en question soient soumis aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité; il y est également prescrit qu'au moins le président de cette instance ait les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. La même disposition prévoit enfin que les décisions de cette instance sont adoptées à l'issue d'une procédure contradictoire et produisent des effets juridiques contraignants.

3 — Il s'agit, de toute évidence, des marchés visés aux directives 71/305/CEE (JO L 185, p. 5) et 77/62/CEE (JO L 13, p. 1) devenues, respectivement, la directive 93/37/CE (JO L 199, p. 54) et la directive 93/36/CEE (JO L 199, p. 1).

— *La réglementation nationale*

6. La transposition des directives communautaires en matière de marchés publics dans l'ordre juridique allemand a été réalisée au moyen d'une modification de la Haushaltsgrundsätzegesetz (loi relative aux principes du droit budgétaire, ci-après « HGrG »). En particulier, par la deuxième loi de modification de l'HGrG, entrée en vigueur en 1993 [4], le législateur allemand a introduit les nouveaux articles 57 a à 57 c, par lesquels il entendait mettre en œuvre les directives en matière de marchés publics de travaux et de fournitures, ainsi que la directive sur les recours [5].

En ce qui concerne la directive sur les services, en revanche, elle n'a pas été transposée dans l'ordre juridique allemand, comme le confirme expressément l'ordonnance de renvoi.

7. L'article 57 a de l'HGrG, constitue la base juridique générale pour l'adoption des règles de mise en œuvre des directives communautaires en matière de marchés publics. Il attribue au gouvernement fédéral la compétence pour réglementer, avec l'accord du Bundesrat, les procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services, engagées par les instances énumérées dans ce même article.

Les autres articles (articles 57 b et 57 c) concernent les recours ouverts en cas de violation des règles communautaires (ou des règles nationales de transposition) et instituent à cet effet un double degré de contrôle des procédures. Un premier contrôle est confié aux services compétents pour les réclamations (Vergabeprüfstellen); les décisions de ces services sont ensuite susceptibles de recours devant les commissions de surveillance (Vergabeüberwachungsausschüsse), mises en place par chacun des Länder ou — lorsque la procédure de passation litigieuse relève d'une autorité fédérale — devant la commission fédérale de surveillance.

8. En particulier, l'article 57 b de l'HGrG énonce les règles de fonctionnement des services compétents pour les réclamations. Aux termes du paragraphe 2 de cet article, les compétences de ces services doivent être fixées par le gouvernement fédéral, sous forme de règlement et avec l'accord du Bundesrat. Ses paragraphes 3, 4 et 5 contiennent une série de dispositions en matière d'ouverture de la procédure de contrôle, de suspension des procédures de passation jugées suspectes et d'obligation d'informer les services de contrôle eux-mêmes.

Il est précisé au paragraphe 6 que la présentation d'une réclamation devant le service de contrôle compétent ne préjuge pas du droit des particuliers d'entamer une procédure ordinaire en indemnisation des dommages éventuellement subis dans le cadre de la procédure de passation.

9. L'article 57 c de l'HGrG énonce une série de règles applicables aux commissions de

4 — *BGBl* 1993, I, p. 1928 et suiv.

5 — Cette technique législative est communément désignée dans la doctrine allemande sous le nom de « solution budgétaire ».

surveillance [6]; les membres de ces commissions, dont la composition est réglementée en détail aux paragraphes 2, 3 et 4 de cet article, exercent leur activité de manière indépendante et sous leur propre responsabilité. En particulier, aux termes de l'article 57 c, paragraphe 3, certaines dispositions de la Deutsches Richtergesetz (loi sur la magistrature; ci-après la « DRiG ») concernant l'annulation ou la révocation de la nomination, ainsi que l'indépendance ou l'inamovibilité sont applicables par analogie aux membres titulaires des commissions de contrôle [7].

Les commissions de surveillance exercent uniquement un contrôle de légalité sur les procédures de passation, sans remettre en cause les appréciations en fait des services compétents pour les réclamations; elles peuvent, le cas échéant, annuler les décisions de ces derniers, en les invitant à adopter de nouvelles décisions (article 57 c, paragraphe 5). Elles peuvent être saisies par toute personne invoquant la violation de dispositions applicables en la matière (paragraphe 6).

10. Enfin, l'article 57 c, paragraphe 7, énonce des règles spécifiques applicables à la commission fédérale de surveillance. Ses membres « fonctionnaires » sont choisis parmi les présidents (de chambre) et les assesseurs des formations décisionnelles du Bundeskartellamt [8]. Les présidents de chambre de la commission de surveillance sont désignés parmi les présidents de chambre du Bundeskartellamt. Le président du Bundeskartellamt nomme les assesseurs externes [9] sur proposition des organisations professionnelles de droit public, règle la formation et la composition des chambres et exerce, sur délégation du gouvernement fédéral, le pouvoir hiérarchique sur la commission.

6 — Ces règles sont d'ailleurs applicables également à la commission fédérale de surveillance, sous réserve des dispositions spécifiques prévues au paragraphe 7 de ce même article 57 c (voir ci-après, dans le texte).

7 — Il s'agit des articles suivants de la DRiG:
— l'article 18, paragraphes 1 et 2, qui prévoit les cas de nullité de la nomination des magistrats (nomination faite par une autorité incompétente ratione materiae, nomination d'une personne n'ayant pas la nationalité allemande ou privée de ses droits politiques); en revanche, l'article 18, paragraphe 3 (qui prévoit qu'une telle nullité n'est opposable que si elle est constatée par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée), n'est pas applicable et, à sa place, l'article 57 c, paragraphe 3, prévoit que la nullité peut être invoquée seulement après avoir été constatée par l'autorité qui a procédé à la nomination et à partir du moment où cette constatation n'est plus susceptible de recours;
— l'article 19, paragraphes 1 et 2, concernant les cas où la révocation de la nomination est possible. Le paragraphe 3 de ce même article, qui subordonne la révocation de la nomination au consentement de l'intéressé ou à une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, n'est toutefois pas applicable;
— l'article 26, paragraphes 1 et 2, qui prévoit que le contrôle hiérarchique sur l'activité des juges ne peut limiter leur indépendance;
— l'article 27, paragraphe 1 (les juges sont affectés à un emploi auprès d'une juridiction déterminée);
— l'article 30, paragraphes 1 et 3, ainsi que les articles 31 à 33 et l'article 37, qui fixent les conditions de révocation des compétences attribuées à un juge et de sa mutation vers d'autres fonctions qui peuvent intervenir, de manière générale, à la suite d'une procédure disciplinaire formelle ou pour des motifs de restructuration de l'organisation judiciaire. En revanche, l'article 30, paragraphe 2, qui dispose que la révocation ou la mutation qui ne résulte pas de motifs d'organisation, est subordonnée à une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, ne s'applique pas.

8 — Office fédéral des ententes, autorité administrative nationale compétente pour le contrôle de la concurrence.

9 — Outre les membres « fonctionnaires » (ou internes au Bundeskartellamt), la commission fédérale de surveillance comporte également des membres externes (ou honoraires). Elle consiste, à l'heure actuelle, en une section unique, présidée par un président de chambre du Bundeskartellamt et composée de quatre membres internes, cinq membres externes et cinq membres externes suppléants (voir Stockmann, *Die Vergabeüberwachung des Bundes*, WUW 1995, p. 572 et suiv.; l'auteur est l'actuel président de la commission).

Aux termes de cette même disposition, la commission fédérale de surveillance est tenue d'adopter son règlement intérieur, régissant l'organisation et la distribution des affaires.

11. Sur la base des dispositions qui viennent d'être décrites, le gouvernement fédéral a adopté, le 22 février 1994, deux règlements d'application, après avoir obtenu l'avis favorable du Bundesrat. Le premier règlement, qui fixe des dispositions en matière de passation des marchés de travaux publics, concerne expressément les seuls marchés de travaux et de fournitures et ne s'applique donc pas aux marchés de services [10].

Le second règlement a, en revanche, une portée générale et contient les règles d'application de l'obligation de prévoir des procédures de recours appropriées en matière de marchés publics [11] (ci-après le « règlement sur les recours »). L'article 1[er] de ce règlement définit les services compétents en matière de réclamations pour chaque pouvoir adjudicateur visé à l'article 57 a de l'HGrG. Aux termes de l'article 2, le service compétent pour les réclamations est habilité à suspendre la procédure de passation des marchés; il se prononce par décisions écrites et dûment motivées qui sont notifiées à l'administration et au réclamant; il est tenu d'attirer l'attention de ce dernier sur la possibilité de saisir la commission de surveillance, en lui indiquant à cette fin la commission compétente.

10 — *BGBl* 1994, I, p. 321 et suiv.
11 — *BGBl* 1994, I, p. 324 et suiv.

12. L'article 3 du règlement sur les recours concerne enfin l'activité des commissions de surveillance. Sur la base de ces dispositions, les commissions de surveillance sont tenues de saisir la Cour au sens de l'article 177 lorsqu'elles estiment qu'une décision est nécessaire sur l'interprétation du traité ou sur la validité ou l'interprétation d'actes adoptés sur la base du traité.

Aux termes de cet article, les commissions de surveillance adoptent, dans le respect des principes inscrits dans la loi modifiant l'HGrG, un règlement interne définissant leurs règles de procédure. Elles se prononcent sous la forme de décisions écrites et motivées, après avoir entendu les parties concernées. L'article 3, paragraphe 4, précise enfin que, contrairement aux services compétents pour les réclamations, les commissions de surveillance ne sont pas habilitées à suspendre la procédure de passation du marché.

13. Le règlement interne de la commission fédérale de surveillance est entré en vigueur le 1[er] août 1995 et ne semble pas avoir été publié. Dans la version déposée par le gouvernement allemand dans la présente procédure, il est formé de cinq parties qui régissent l'organisation et la répartition des tâches à l'intérieur de cette instance, la procédure, qui comprend une phase écrite et une phase orale, les délibérations, ainsi que d'autres éléments spécifiques, notamment quelques règles de forme en ce qui concerne la décision finale.

Il semble que cette version du règlement interne constitue une modification d'une version précédente de ce règlement, entrée en vigueur en juin 1994 et qui, de même, n'avait pas été publiée. En effet, selon la Commission, qui a fourni cette information à l'audience — information qui, notons-le, n'a pas été contestée — la version d'origine et celle actuellement en vigueur présenteraient certaines différences, en particulier quant à la publicité des audiences, à la nécessité d'une phase orale et aux délais de procédure [12].

14. Pour compléter le cadre normatif que nous venons de décrire, il convient enfin de noter que la mise en œuvre des directives communautaires en matière de marchés publics a fait l'objet de deux arrêts récents, dans lesquels la Cour a condamné le gouvernement allemand pour manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du traité. La première constatation de manquement portait sur la transposition incorrecte des directives en matière de marchés publics de travaux et de fournitures [13], alors que la seconde concernait l'absence de transposition de la directive sur les services [14].

En ce qui concerne la transposition de la directive sur les recours, elle fait l'objet d'une procédure d'infraction engagée par la Commission, qui se trouve en cours à l'heure actuelle [15]. En substance, la Commission reproche au gouvernement allemand d'offrir aux particuliers, dans les mesures de transposition nationales, un niveau de protection juridictionnelle insuffisant par rapport aux prescriptions de la directive correspondante.

Les faits

15. Venons-en à présent aux faits qui sont à l'origine du litige au principal et qui, contrairement au cadre normatif, sont simples et peuvent être résumés comme suit.

En 1995, la Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (ci-après le « pouvoir adjudicateur ») avait engagé une procédure de passation d'un marché de services pour la conception

12 — La Commission a par ailleurs laissé entendre qu'elle nourrissait quelques doutes en ce qui concerne la version du règlement interne qui devrait être considérée comme actuellement en vigueur. Elle soutient en effet que l'unique version communiquée officiellement par le gouvernement allemand, qui n'a fait parvenir aucune mise à jour ou modification officielle, est celle de juin 1994, ce document ayant été déposé dans le cadre d'une procédure de manquement ouverte par la Commission à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne, au sens de l'article 169 (voir ci-après, dans le texte).

13 — Arrêt du 11 août 1995, Commission/Allemagne (C-433/93, Rec. p. I-2303); il convient de noter que les directives applicables à l'époque des faits étaient, respectivement, la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988 (JO L 127, p. 1) pour les marchés de fournitures, et la directive 89/440/CEE, du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1) pour les marchés de travaux. Il convient en outre de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante, la Cour a constaté le manquement en se fondant sur la situation normative à l'issue des délais impartis par la Commission dans l'avis motivé (en l'espèce, le 3 février 1993).

14 — Arrêt du 2 mai 1996, Commission/Allemagne (C-253/95, Rec. p. I-2423).

15 — La lettre de mise en demeure, du 31 décembre 1995, a été publiée, en allemand, dans le *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, N. 23/95, p. 1940 et suiv. L'avis motivé a été envoyé le 29 juillet 1996 (voir le communiqué de presse de la Commission n° IP/96/614).

d'ensemble de la construction de nouveaux bâtiments destinés au gouvernement, à Berlin [16]. S'agissant de prestations de nature intellectuelle, l'administration avait opté pour une procédure négociée, après publication d'un avis de marché, comme le lui permettait l'article 11, paragraphe 2, sous c), de la directive sur les services.

16. La Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (ci-après la « requérante »), qui participait au concours, a présenté une offre le 25 août 1995.

Le pouvoir adjudicateur a procédé au dépouillement des dix-huit offres reçues et en a sélectionné sept, qui ont fait l'objet d'un classement; il a ensuite décidé d'adjuger le marché à deux entreprises, autres que la requérante, en les chargeant de constituer une association professionnelle pour la prestation des services demandés. La passation du marché a été formalisée le 12 janvier 1996, alors que l'association en question avait déjà commencé à fonctionner.

17. En estimant que son exclusion constituait une infraction à la fois à la directive sur les services et aux dispositions nationales en la matière, la requérante a adressé une réclamation au ministère fédéral de l'aménagement du territoire, de la construction et de l'urbanisme (en sa qualité de service compétent pour les réclamations), en demandant à titre conservatoire la suspension de la procédure et, à titre principal, l'adjudication du marché à son profit. A l'appui de sa réclamation, la requérante faisait valoir que le pouvoir adjudicateur l'avait à plusieurs reprises informée de ce qu'elle offrait des compétences professionnelles appropriées et de ce que son offre était la plus avantageuse au regard des prix.

Par lettre du 20 décembre 1995, le service saisi de la réclamation s'est déclaré incompétent pour en connaître et l'a rejetée sans l'examiner au fond. Cette décision était fondée sur la non-adoption du règlement fédéral prévu par la loi, par lequel le gouvernement fédéral aurait dû attribuer aux services des réclamations la compétence pour connaître également des litiges en matière de marchés de services.

18. En communiquant à la requérante la décision concernant sa demande, le service compétent pour les réclamations l'informait en outre de la possibilité de s'adresser à la commission fédérale de surveillance pour contester la légalité de cette décision. La requérante a donc saisi cette commission, en lui présentant les demandes suivantes: à titre principal, annuler la déclaration d'incompétence de la première instance de contrôle, suspendre la procédure de passation du marché et lui adjuger ce marché; à titre subsidiaire, saisir la Cour de justice en vue d'obtenir une décision préjudicielle sur le point litigieux.

16 — Publié à l'*Amtsblatt Berlin* du 23 juin 1995, ainsi qu'au JO S 120, p. 166.

La commission fédérale a décidé de surseoir à statuer et de déférer à la Cour la présente question, par laquelle, rappelons-le, elle demande à la Cour de dire si, sur la base de l'article 41 de la directive sur les services, les autorités mises en place par les États membres au titre de la directive sur les recours sont compétentes, dès la date à laquelle la directive sur les services aurait dû être transposée en droit national, pour connaître également des recours en matière de passation des marchés de services.

La question a été vivement débattue entre les parties, aussi bien dans le cadre des observations écrites qu'à l'audience. Il convient de noter que la requérante elle-même, bien qu'elle ait, comme on l'a vu, demandé expressément (bien qu'à titre subsidiaire) la transmission du dossier à la Cour en vue d'une décision préjudicielle sur le point en discussion, a admis que la commission fédérale de surveillance *ne* constitue *pas*, à son avis, *une juridiction* au sens de l'article 177; elle a toutefois suggéré à la Cour de répondre malgré tout à la question qui lui était déférée, mais, non sans une certaine contradiction dans les termes, sur la base de considérations tenant à la protection de l'individu et de son droit à une protection *juridictionnelle* effective.

La recevabilité

19. Avant d'examiner au fond la question préjudicielle, il convient de vérifier si la Cour est compétente pour se prononcer sur le renvoi effectué par la commission fédérale de surveillance. En effet, l'examen du cadre normatif que nous venons de décrire, en ce qui concerne la mise en place de la commission en cause, de même que les normes qui en régissent l'activité, engendre des doutes sérieux quant à la possibilité de qualifier un tel organe de « juridiction » au sens de l'article 177 du traité et, donc, quant à la recevabilité de la demande [17].

La Commission s'est prononcée nettement pour l'irrecevabilité de la demande, au point de renoncer à prendre position au fond. Quant au gouvernement allemand, il soutient que l'organe en question est une juridiction au sens de l'article 177. Il n'en a pas moins admis expressément, à l'audience, qu'il avait engagé les procédures nécessaires pour modifier les dispositions pertinentes, de manière à permettre, notamment, un recours contre les décisions des commissions de surveillance devant le juge ordinaire, dans le but de garantir une protection juridictionnelle efficace pour les personnes concernées [18].

17 — Nous soulignons, à titre incident, qu'un tel examen a pour seul but de vérifier si les conditions subjectives pour que la Cour se prononce sur la question préjudicielle sont remplies et non pas, au contraire, de déterminer si la transposition de la directive sur les recours est correcte, ce qui fera éventuellement l'objet d'une autre procédure. Bien sûr, la procédure d'infraction à laquelle nous avons fait allusion plus haut, engagée par la Commission pour absence de transposition correcte de ladite directive par le gouvernement allemand, a des aspects liés à la présente procédure; elle présente toutefois également des aspects différents, de telle sorte qu'il convient de distinguer rigoureusement, tant du point de vue formel qu'au fond, entre les deux.

18 — Cette circonstance a été signalée à l'audience par la Commission qui y voit une preuve supplémentaire de la nature non juridictionnelle des commissions de surveillance dans leur forme actuelle; cette déduction est en revanche contestée par le gouvernement allemand qui a soutenu, également à l'audience, que les modifications en cause visent seulement à apporter quelques améliorations à un système déjà satisfaisant à ce stade en ce qui concerne la protection juridictionnelle et qui rappelle, d'ailleurs, que l'information avait été fournie dans le cadre d'une autre procédure, de nature différente.

20. Aux fins de résoudre ce problème, nous remarquons, à titre liminaire, que le droit national lui-même qualifie la commission en cause (de même que les commissions de contrôle au niveau des Länder) d'« institution quasi juridictionnelle » (gerichtsähnliche Einrichtung) et non pas de juridiction au sens propre [19].

Certes, cette circonstance n'est pas déterminante en soi, puisque la notion de juridiction au sens de l'article 177 est de nature communautaire [20] et que la Cour a (parfois) estimé qu'elle couvrait également des organes qui n'étaient pas des juridictions au sens du droit national [21]; elle rend toutefois nécessaire une analyse détaillée de la nature de l'organe et des modalités selon lesquelles ce dernier doit exercer son activité, justement en vue de vérifier si l'on retrouve, en l'espèce, les caractéristiques organiques et fonctionnelles qui doivent être présentes, conformément à la jurisprudence de la Cour, pour que même un organe de nature non juridictionnelle puisse entrer dans le champ d'application de l'article 177.

21. Nous commencerons donc par un bref rappel des étapes les plus significatives — aux fins qui nous intéressent ici — de cette jurisprudence, en soulignant d'ailleurs qu'elle s'est développée en relation avec des cas particuliers soumis à la Cour et qu'elle n'a jamais produit une définition générale et exhaustive de la notion de juridiction au sens de l'article 177.

22. La première affaire concernait un tribunal arbitral professionnel néerlandais (le Scheidsgerecht), qui avait saisi la Cour à titre préjudiciel, tout en précisant qu'il ne se considérait pas comme une juridiction au sens du droit national qui lui était applicable. Dans son arrêt Vaassen-Göbbels, précité [22], la Cour s'est déclarée compétente pour se prononcer sur les questions dont elle était saisie, en estimant qu'en l'espèce l'organe de renvoi présentait les caractéristiques d'une juridiction au sens de l'article 177.

En particulier, la Cour a expressément tenu compte des circonstances suivantes: le Scheidsgerecht était un organe régulièrement constitué au sens de la loi néerlandaise; il était permanent, chargé de trancher des litiges, soumis à des règles de procédure contradictoire analogues à celles qui régissent le fonctionnement des tribunaux de droit commun et tenu d'appliquer des règles de droit; de surcroît, les personnes appartenant à la catégorie professionnelle concernée étaient tenues de le saisir en cas de litige avec le fonds de pension compétent; enfin, c'était au ministre compétent qu'il appartenait de

19 — Voir le préambule de la deuxième loi de modification de l'HGrG, qui a ajouté les articles 57 a à 57 c, examinés plus haut (BT-Drucksache 12/4636, p. 12). C'est toutefois compréhensible si l'on tient compte de la particularité du droit constitutionnel allemand. La création d'une « juridiction » fédérale au sens propre, au moyen d'une modification d'une loi ordinaire (telle que l'HGrG), aurait en effet constitué une infraction au droit constitutionnel applicable (au moins en ce qui concerne la création de la commission fédérale de surveillance), et ce, dans la mesure où la constitution allemande (articles 95 et 96) comporte une liste limitative des juridictions fédérales qui ne peut être éventuellement complétée qu'après modification de la constitution.

20 — Pour des raisons évidentes de garantie de l'uniformité d'application du droit communautaire, la définition de cette notion ne peut être laissée à l'appréciation de l'ordre juridique des États membres (voir déjà, en général, l'arrêt du 1er février 1972, Hagen, 49/71, Rec. p. 23).

21 — Voir déjà, par exemple, l'arrêt du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377).

22 — Voir la note précédente.

nommer les membres de cet organe, le ministre désignant également son président et arrêtant son règlement de procédure [23].

23. Par l'approche que nous venons de décrire, la Cour a donc montré dès l'origine que, pour qualifier un organe de renvoi de juridiction aux fins et pour l'application du traité, elle attribuait une importance déterminante, non pas à sa qualification juridique, mais plutôt à ses caractéristiques matérielles (telles que l'origine légale, la stabilité, le caractère de juridiction obligatoire, l'existence de règles de procédure transparentes et l'application de règles du droit). Il convient d'ailleurs de souscrire entièrement à une telle approche, surtout compte tenu du contexte historique dans lequel elle s'est développée. A l'époque de l'arrêt Vaassen-Göbbels, en effet, le mécanisme de coopération entre les juridictions nationales et la juridiction communautaire n'avait commencé à fonctionner que récemment et la Cour avait pleinement conscience de la nécessité d'encourager l'usage de ce mécanisme, pour assurer la diffusion et l'application uniforme du droit communautaire, également à l'aide d'une interprétation extensive — si nécessaire — de la notion d'organe habilité à la saisir.

24. C'est dans cette optique qu'il convient de lire certains arrêts ultérieurs en la matière, dont, par exemple, l'arrêt Broekmeulen [24] dans lequel la Cour a jugé recevables les questions qui lui étaient posées par une commission (néerlandaise) compétente pour statuer sur les recours des médecins contre le refus de leur accorder l'autorisation d'exercer ou de les inscrire au registre. Même dans ce cas, toutefois, la Cour a relevé certaines caractéristiques organiques et fonctionnelles de la commission concernée, qui permettaient de dégager une fonction de type juridictionnel dans l'activité de cette commission. En particulier, la Cour a expressément pris en considération le caractère permanent de la commission, le concours prêté par l'autorité publique à son fonctionnement, l'existence d'un règlement interne fixant une procédure contradictoire, le caractère exclusif de sa compétence et, enfin, le caractère définitif de ses décisions. Compte tenu, par ailleurs, du fait que la commission était appelée à appliquer le droit communautaire invoqué par les requérants, la Cour a donc déclaré que l'effet utile de ce droit exigeait lui aussi qu'elle se prononce sur la question dont elle était saisie.

25. L'arrêt Simmenthal [25] relève de la tendance jurisprudentielle inspirée par la même optique. En l'espèce, la Cour avait été saisie par le pretore di Alessandria, à l'occasion d'une procédure d'injonction. Le gouvernement italien avait contesté que la Cour était compétente pour répondre aux questions du pretore, en raison de l'absence de contradictoire, en soulignant que le juge avait

23 — Dans sa jurisprudence plus récente également, la Cour a confirmé qu'elle considérait comme des juridictions au sens de l'article 177 les tribunaux arbitraux en matière de travail qui satisfaisaient auxdits critères. Voir, en ce sens, par exemple, l'arrêt du 17 octobre 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199) dans lequel la Cour a constaté que l'organe de renvoi, en l'espèce, un tribunal arbitral professionnel danois, avait été instauré par la loi (qui fixait en détail sa composition, le nombre de membres nommés par les parties et les modalités de désignation de l'arbitre principal), était compétent exclusivement et en dernière instance pour résoudre les litiges dans ce domaine et pouvait être saisi par une seule des parties, même sans l'accord de l'autre. L'avocat général M. Lenz avait d'ailleurs relevé à cet égard que cet organe était en outre appelé à appliquer des règles de droit, telles que les dispositions des conventions collectives pertinentes.

24 — Arrêt du 6 octobre 1981 (246/80, Rec. p. 2311) au sujet duquel nous renvoyons également, pour plus de détails, aux points 39 et 40 ci-après.

25 — Arrêt du 28 juin 1978 (70/77, Rec. p. 1453, point 10).

la faculté, dans le cadre d'une telle procédure, de statuer sur la base des seules allégations du requérant. A cet égard, après avoir constaté que le pretore exerçait « une fonction juridictionnelle au sens de l'article 177 », la Cour a précisé que sa compétence préjudicielle n'était pas subordonnée au caractère contradictoire de la procédure au cours de laquelle le juge national formule une question préjudicielle; elle n'en a pas moins ajouté que « il peut, le cas échéant, s'avérer de l'intérêt d'une bonne justice que la question préjudicielle ne soit posée qu'à la suite d'un débat contradictoire » [26]. En d'autres termes, la Cour a précisé que, lorsque la qualité de juridiction de l'organe de renvoi est indiscutable, le fait que le renvoi ait eu lieu avant un débat contradictoire (éventuel) n'exclut pas la recevabilité du renvoi lui-même.

26. Bien qu'agissant dans l'optique généreuse que nous venons de décrire, la Cour n'en a pas moins tracé quelques limites bien définies à la notion de juridiction au sens du traité. Dans l'ordonnance Borker [27], confirmée ensuite par l'ordonnance Greis Unterweger [28], elle a en effet précisé qu'elle ne s'estimait compétente pour se prononcer à titre préjudiciel que sur les questions posées par une juridiction appelée à statuer dans le cadre d'une « procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel » [29]. Puisque, dans ces affaires, il s'agissait, respectivement, du conseil de l'ordre des avocats de Paris (auquel un avocat inscrit au barreau avait demandé que lui soit délivrée une déclaration à produire dans le cadre d'un litige en instance devant un juge d'un autre État membre) et de la commission consultative italienne pour les infractions en matière monétaire (appelée à exprimer un avis motivé, ne liant pas le ministre du Trésor), la Cour a estimé que cette condition n'était satisfaite dans aucun des deux cas [30].

27. Sous un autre aspect, la Cour a ensuite eu l'occasion de préciser que, pour être couvert par la notion de juridiction au sens de l'article 177, l'organe de renvoi devait en toute hypothèse être indépendant. Ce critère, peut-être parce qu'il est, par nature, lié à l'essence même de la fonction judiciaire, n'a été explicité pour la première fois que dans l'arrêt Corbiau, dans lequel la Cour s'est déclarée incompétente pour répondre, car elle avait été saisie par un organe qui, bien qu'étant une juridiction au sens du droit national, ne présentait pas, selon la Cour, les garanties nécessaires d'absence de tout lien avec les parties au litige qu'elle devait trancher [31]. Il s'agissait en l'espèce du directeur des contributions luxembourgeois, compétent, aux termes de la loi, pour statuer en première instance sur les litiges entre les contribuables et les services (dont il était le directeur) qui avaient établi l'impôt.

26 — Arrêt Simmenthal, point 10.

27 — Ordonnance du 18 juin 1980 (138/80, Rec. p. 1975).

28 — Ordonnance du 5 mars 1986 (318/85, Rec. p. 955).

29 — Ordonnance Borker (citée à la note 27), point 4.

30 — Voir aussi, récemment, dans le même sens, l'arrêt du 19 octobre 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361) à l'occasion d'une procédure de juridiction volontaire sur une demande d'homologation de l'acte constitutif d'une société aux fins de son enregistrement. La Cour a estimé que le Tribunale di Milano, juridiction de renvoi, exerçait dans ce cadre non pas des fonctions de type juridictionnel, mais des fonctions d'autorité administrative.

31 — Arrêt du 30 mars 1993 (C-24/92, Rec. p. I-1277). A vrai dire, certaines références plus ou moins explicites au critère de l'indépendance apparaissaient déjà dans des arrêts antérieurs: voir, par exemple, les motifs de l'arrêt Pretore di Salò, dans lequel la Cour a apprécié, en même temps que d'autres éléments, également la qualité de l'indépendance du juge de renvoi, pour aboutir à la conclusion qu'il s'agissait d'une juridiction au sens de l'article 177 (arrêt du 11 juin 1987, 14/86, Rec. p. 2545, point 7).

Par ailleurs, le critère de l'indépendance est apparu déterminant, même si c'était pour aboutir au résultat inverse, dans l'affaire Asociación Española de Banca Privada e. a. [32]. En fait, l'instance de renvoi était en l'espèce le Tribunal de Defensa de la Competencia espagnol, pour lequel l'avocat général M. Jacobs faisait valoir, dans ses conclusions, une série d'éléments qui permettaient d'en apprécier la nature de juridiction au sens de l'article 177: ainsi, outre la nature contradictoire de la procédure fixée de manière claire par la loi, l'indépendance de ses membres dans l'exercice de leurs fonctions et leur caractère inamovible [33]. Dans l'arrêt sur cette affaire, la Cour n'a pas spécifiquement examiné ce problème; le fait qu'elle a répondu aux questions qui lui avaient été déférées conduit toutefois à penser qu'elle avait implicitement souscrit au point de vue de l'avocat général.

28. Il ressort donc clairement de la jurisprudence qui vient d'être décrite que, même en l'absence d'une définition de portée générale de la notion de juridiction au sens de l'article 177, la Cour a élaboré une série de critères essentiels qui doivent être satisfaits pour qu'un organe puisse légitimement poser des questions préjudicielles.

Ces critères tiennent en définitive aux éléments suivants: l'origine de l'organe, qui doit être institué par la loi et non pas résulter d'un accord entre les parties; ses liens avec les pouvoirs publics; son caractère permanent, en ce sens qu'il ne doit pas exercer des fonctions de juge à titre purement occasionnel; la compétence de l'organe pour trancher un litige sous la forme d'une décision de caractère juridictionnel; le déroulement, devant ledit organe, d'une procédure analogue à celle appliquée devant les tribunaux ordinaires et comportant (dans les limites mises en évidence ci-dessus) un débat contradictoire; l'application, par l'organe, de règles de droit (et donc pas de critères d'équité); le caractère obligatoire de la juridiction, c'est-à-dire l'absence de tout recours alternatif; enfin, l'indépendance de l'organe, sous le double aspect de sa nature de tiers par rapport aux parties au litige et de l'inamovibilité des membres qui le composent.

29. Pour en revenir au cas qui nous occupe, il importe donc de vérifier ici si la commission fédérale de surveillance présente les caractéristiques permettant d'estimer qu'elle exerce une fonction juridictionnelle au sens exigé par la Cour aux fins de l'article 177 du traité.

Comme on l'a mentionné, la Commission soutient que cet organe ne satisfait à aucun des critères établis dans la jurisprudence de la Cour que nous venons d'exposer. A cet égard, elle relève avant tout que la commission fédérale de contrôle a été instituée par une « loi-cadre » (la deuxième loi de modification de l'HGrG) qui ne confère aux particuliers ni obligations ni droits subjectifs, et qui est destinée à être complétée par des actes de nature réglementaire; de surcroît, l'instance litigieuse pourrait facilement se trouver « privée » de sa base juridique — et

32 — Arrêt du 16 juillet 1992 (C-67/91, Rec. p. I-4785).

33 — Conclusions de l'avocat général M. Jacobs, présentées le 10 juin 1992 (Rec. p. I-4806, point 11).

être donc dans l'impossibilité de se prononcer — dans les cas où, comme en l'espèce, il n'existe pas d'instance inférieure de contrôle compétente. La Commission fait en outre les remarques suivantes: l'organe de renvoi ne se prononce pas à l'issue d'une procédure contradictoire, comme le confirment les motifs de sa première décision [34]; sa procédure est régie par un règlement interne qui n'est pas publié et qui peut à tout moment être modifié de manière autonome; aucune disposition ne prévoit que ses décisions ont un effet juridique obligatoire; ce n'est pas une instance indépendante, dans la mesure où elle est liée à la structure personnelle et logistique du Bundeskartellamt, qui est lui-même un organe administratif et, en tout cas, non juridictionnel; la durée minimale du mandat de ses membres « fonctionnaires » et de celui de son président n'a pas été fixée par la loi.

30. Compte tenu de la nature de la commission fédérale de surveillance, de la technique législative ayant présidé à son institution et, surtout, des modalités d'exercice de son activité, nous avouons être d'accord au moins avec certaines des observations de la Commission, qui sont d'ailleurs, à notre avis, les plus significatives.

En premier lieu, nous ne pensons pas que les règles applicables à la procédure de recours devant les commissions en cause peuvent être considérées comme semblables à celles applicables au fonctionnement des tribunaux ordinaires. Au contraire, le fait que, conformément à la loi, le règlement de procédure doit être adopté de manière autonome par chaque commission et peut ensuite être modifié en toute indépendance par ces dernières, sans, de surcroît, que sa publication soit obligatoire, nous conduit à estimer que les garanties nécessaires de transparence et de sécurité du droit, qui doivent exister en matière de procédure juridictionnelle, font défaut ici.

31. Nous ne parlons pas seulement, notons-le, de l'absence du contradictoire entre les parties, même si elle est suffisamment démontrée en pratique. A notre avis, l'absence des éléments « fonctionnels » minimaux qui caractérisent une procédure de nature juridictionnelle, plus précisément au sens de la jurisprudence Vaassen-Göbbels [35], présente beaucoup plus de pertinence. Dans cette dernière affaire, comme on l'a dit, le règlement applicable à la procédure devant l'instance de renvoi était soumis à l'approbation du ministre compétent, de telle sorte qu'il ne pouvait y avoir de doutes en ce qui concerne la sécurité, la transparence et la publicité des règles de procédure applicables. Cette circonstance, d'ailleurs expressément relevée, a été prise en compte, aussi bien par l'avocat général que par la Cour, pour arriver à la conclusion qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une instance soumise « à des règles de procédure contradictoire *analogues à celles qui*

34 — Décision du 2 août 1994 (publiée dans *EU Public contract law*, n° 3/94, p. 47 et suiv.), dans laquelle la commission fédérale de surveillance a déclaré qu'elle n'agissait pas dans le cadre d'une procédure contradictoire, en précisant à cet effet que les demandes des parties constituent simplement des invitations à prendre une position déterminée.

35 — Point n'est besoin de remarquer que, en atténuant, par son arrêt Simmenthal, l'exigence spécifique du contradictoire, la Cour n'a certainement pas voulu passer outre à l'exigence plus générale du caractère juridictionnel de la procédure. Il s'agit en vérité d'un élément fondamental dont le rôle déterminant est mis en évidence, non seulement de manière expresse dans l'arrêt Vaassen-Göbbels, mais également, comme on l'a vu, dans la logique qui sous-tend d'autres arrêts de la Cour en la matière.

régissent le fonctionnement des tribunaux de droit commun » [36].

33. Des doutes sérieux subsistent en outre, à notre avis, quant à l'indépendance de l'organe dont nous débattons, au moins sous l'aspect de l'inamovibilité de ses membres.

32. Dans l'affaire qui nous occupe, en revanche, il nous paraît difficile de trouver des garanties procédurales analogues; à supposer qu'elles existent, elles sont malgré tout susceptibles de modification autonome et « opaque » de la part de l'instance de jugement, ce qui nous paraît contraire aux exigences les plus élémentaires de sécurité juridique. On en trouve d'ailleurs la preuve dans les doutes exprimés par la Commission en ce qui concerne la version du règlement actuellement en vigueur — doutes auxquels nous avons fait allusion — étant donné les divergences entre celle envoyée par le gouvernement allemand dans le cadre de la procédure d'infraction et celle versée au dossier dans la présente affaire.

L'article 57 c, paragraphe 7, de l'HGrG est significatif à cet égard, et nous le rappelons pour des raisons de commodité de lecture: les membres « fonctionnaires » de la commission fédérale de surveillance sont désignés parmi les présidents de chambre et les assesseurs du Bundeskartellamt, les premiers faisant fonction de président de chambre de la commission. Le président du Bundeskartellamt nomme des assesseurs non fonctionnaires, fixe la formation et la composition des chambres et exerce le contrôle hiérarchique sur le fonctionnement de la commission elle-même, sur délégation du gouvernement fédéral [37]. La commission fédérale s'appuie en outre, y compris du point de vue matériel, sur les structures et les services du Bundeskartellamt.

Dans ces conditions, il ne nous semble pas que la procédure de recours devant la commission fédérale de surveillance puisse être considérée comme de nature juridictionnelle au sens requis par la Cour. En effet, sur ce point, la présente espèce sort considérablement du cadre de la logique, déjà généreuse, exprimée dans l'arrêt Vaassen-Göbbels.

34. En d'autres termes, les membres « fonctionnaires » de la commission sont membres du Bundeskartellamt et ils continuent formellement d'appartenir à l'organigramme de

36 — Voir l'arrêt Vaassen-Göbbels (cité à la note 21), point I (les italiques ont été ajoutées par nous), ainsi que les conclusions de l'avocat général M. Gand, dans la même affaire, dans lesquelles on peut lire « la procédure suivie ... a un caractère juridictionnel » (Rec. 1966, p. 434).

37 — Il s'agit du contrôle qui se limite au pouvoir de blâme (Vorhalt) et d'avertissement (Ermahnung) et qui donc, selon la doctrine, ne devrait en aucun cas porter sur le contenu des décisions de caractère juridictionnel. La jurisprudence semble confirmer cette approche, même si l'on ne manque pas d'exceptions relatives à des cas d'erreurs considérées comme manifestes. On peut voir, sur ce point, également l'article 26, paragraphes 1 et 2, de la DRiG aux termes duquel le contrôle hiérarchique sur les fonctions des juges ne peut limiter leur indépendance, cet article s'appliquant en l'espèce; mais on remarquera par ailleurs que le paragraphe 3 de ce même article 26, qui prévoit le droit des juges de former un recours contre les mesures de contrôle hiérarchique dont ils sont destinataires (article 57 c, paragraphe 3) n'est pas applicable aux fonctionnaires.

ce dernier. Cela signifie en pratique qu'ils exercent simultanément les fonctions de membres de la commission fédérale de surveillance et de membres du Bundeskartellamt. Il s'y ajoute que les règles instituant l'organe en question ne comportent pas de dispositions relatives à la durée du mandat de ses membres titulaires, et le fait qu'on a en revanche expressément fixé la durée du mandat des membres externes (cinq ans) [38] permet de penser qu'il ne s'agit pas d'un simple oubli.

Tout cela prouve que, concrètement, il n'existe aucune garantie, sinon d'inamovibilité, au moins de durée définie au préalable du mandat des membres de la commission, condition indispensable pour en garantir l'indépendance. Bien au contraire, on peut priver, à tout moment et au moyen de simples mesures d'organisation interne, ces membres de leurs compétences « supplémentaires » et les réaffecter à leurs seules fonctions « normales ». Certes, comme nous l'avons vu, certaines dispositions de la DRiG concernant la stabilité et l'indépendance des juges [39] sont applicables par analogie aux membres de la commission en cause, lorsqu'ils siègent en son sein; mais il est également vrai que les dispositions prévues par cette même DRiG pour donner précisément aux juges le droit de s'opposer à la révocation de leur nomination ou à leur mutation, ne sont en revanche pas applicables aux membres de la commission fédérale de surveillance, de telle sorte que ces derniers peuvent être « révoqués » librement et à tout moment par le président du Bundeskartellamt.

38 — HGrG, article 57 c, paragraphe 2.

39 — Voir note 7 ci-dessus.

35. Nous ne pensons pas que la pétition de principe énoncée à l'article 57 c, paragraphe 3, qui prescrit que les membres de la commission soient autonomes et indépendants, suffit pour modifier les termes du problème, puisqu'elle est démentie par le fait qu'en réalité ses membres appartiennent à l'administration et continuent à lui appartenir, y compris d'un point de vue fonctionnel. A vrai dire, un système tel que celui en cause ici, dans lequel la qualité de juge est reconnue, à titre temporaire et pour l'exercice de fonctions déterminées, à un nombre limité de fonctionnaires de l'administration, auxquels on applique un nombre tout aussi limité de dispositions applicables aux juges, en excluant toutefois les garanties normalement prévues pour ces derniers en matière d'annulation de la nomination et de mutation, nous semble trop compliqué et trop peu transparent pour garantir concrètement la stabilité nécessaire pour assurer l'indépendance de ceux qui exercent une fonction de juge.

36. En fait, on pourrait avoir des doutes supplémentaires également en ce qui concerne l'aspect spécifique de l'impartialité de la commission fédérale de surveillance en ce qui concerne les litiges qui relèvent de sa compétence. En effet, comme nous l'avons vu, cette commission est une émanation du Bundeskartellamt, c'est-à-dire de l'administration, et elle n'en est pas moins appelée à connaître de litiges en matière de marchés publics, c'est-à-dire de litiges opposant l'administration et des administrés. Cette circonstance devrait exclure toute possibilité de lui reconnaître le caractère de tiers et donc de parler d'indépendance. A moins que, bien entendu, on ait voulu comprendre l'indépendance demandée aux juges comme une

qualité morale des personnes physiques qui composent le collège [40].

Il s'agit d'un critère d'appréciation qui engendre des interrogations supplémentaires en ce qui concerne la nature juridictionnelle des décisions que la commission en cause est appelée à adopter et, en conséquence, la possibilité de déceler, dans cette commission, les caractéristiques d'une juridiction au sens de l'article 177.

37. Enfin, il nous semble possible d'être d'accord sur un autre point, lui aussi déterminant, souligné par la Commission. Les règles qui ont assorti la création de la commission fédérale de surveillance ne comportent aucune disposition concernant les effets juridiques des décisions adoptées par cette commission, en particulier en ce qui concerne leur effet obligatoire. S'agissant d'une instance qui n'est pas une juridiction au sens du droit national, le principe général qui impose l'effet obligatoire des décisions de nature juridictionnelle ne s'applique pas. En conséquence, en l'absence de dispositions expresses, le fait que cet organe ait été créé par le biais de la solution dite « budgétaire », dans le but déclaré d'exclure la création de droits subjectifs au profit des soumissionnaires à un appel d'offres [41], permet d'avoir des doutes quant au caractère obligatoire de ses décisions [42].

38. En définitive, compte tenu de toutes les observations que nous venons de faire, nous estimons que la commission fédérale de surveillance ne satisfait pas, en toute hypothèse en ce qui concerne les garanties procédurales et les garanties d'indépendance, aux exigences permettant de lui reconnaître la qualité de juge au sens de l'article 177; en conséquence, nous estimons que ses questions préjudicielles ne sont pas recevables.

39. On pourrait soutenir, en sens contraire, que, lorsque la question préjudicielle est posée par un organe dont la saisie constitue le seul recours envisageable pour le particulier qui invoque des règles communautaires, la Cour devrait en toute hypothèse se prononcer en vue, d'une part, d'éviter que le requérant reste dépourvu d'une protection effective et, d'autre part, de garantir l'application uniforme du droit communautaire.

Telle est, en substance, la thèse de la requérante. Comme on l'a mentionné, tout en affirmant que la commission fédérale de surveillance n'est pas une juridiction au sens de l'article 177, elle suggère à la Cour de ne pas

40 — Voir à cet égard l'arrêt Corbiau (cité à la note 31). Il est vrai que, dans ce dernier cas, l'organe de renvoi était lié précisément aux services ayant fixé l'impôt litigieux; toutefois, la logique qui sous-tendait le raisonnement de la Cour (de même que les conclusions de l'avocat général M. Darmon) n'est pas très différente de celle qui devrait prévaloir également ici, puisque la commission fédérale de surveillance fait de toute façon partie intégrante de l'administration et n'est donc pas un organe tiers dans le litige qui oppose l'administration à l'administré.

41 — Voir les motifs du projet de modification de l'HGrG (BT-Drucksache 12/4636, p. 12).

42 — Voir les doutes exprimés sur ce point par la doctrine, en particulier par Boesen, EuZW 1996, p. 586, qui note que les décisions de la commission fédérale de contrôle ne sont pas des titres exécutoires; voir également sur ce point la lettre de mise en demeure et l'avis motivé envoyés par la Commission au gouvernement allemand dans le cadre de la procédure d'infraction dont nous avons parlé à plusieurs reprises.

en tenir compte et de répondre malgré tout à la question qui lui a été déférée par cette commission, en faisant valoir qu'une solution différente finirait par la pénaliser. La solution ainsi proposée pourrait trouver confirmation dans l'arrêt Broekmeulen, dans lequel la Cour a estimé qu'elle pouvait répondre à la question posée par un organisme professionnel, compétent pour les recours portant sur l'inscription au registre professionnel, en déclarant, notamment: « en l'absence pratique d'une voie de recours effective devant les juridictions ordinaires, dans une matière qui touche à l'application du droit communautaire, la commission de recours, qui exerce ses fonctions avec l'approbation des autorités publiques et fonctionne avec leur concours, et dont les décisions, acquises à la suite d'une procédure contentieuse, sont en fait reconnues comme définitives, doit être considérée comme juridiction d'un État membre au sens de l'article 177 du traité » [43].

40. Nous pensons ne pas pouvoir souscrire à la thèse de la requérante, et l'arrêt Broekmeulen risque de nous mener trop loin. Les conditions subjectives et objectives de fonctionnement du système de coopération entre le juge national et le juge communautaire, institué par l'article 177 du traité, ne sauraient varier en fonction des particularités du cas d'espèce. Si un organe n'est pas une juridiction, il ne le devient pas pour la seule raison qu'on ne dispose pas d'une meilleure solution. Penser autrement, et lire l'arrêt Broekmeulen dans une telle optique, reviendrait à attribuer une importance déterminante à un aspect du système procédural dont relève l'organe en question et non pas à l'organe en tant que tel, ce qui priverait de toute pertinence la question de savoir si les critères expressément énoncés par la Cour sont satisfaits ou non.

41. En toute hypothèse, même avec l'esprit de concession le plus large possible, il convient de noter que les circonstances de la présente affaire sont à cet égard bien différentes. L'élément déterminant dans cet arrêt était, comme on l'a dit, « l'absence pratique d'une voie de recours effective devant les juridictions ordinaires » pour le particulier qui invoquait des règles du droit communautaire.

Dans le cas présent, au contraire, le participant à une procédure d'appel d'offres qui pense avoir été indûment exclu de cette procédure conserve expressément la possibilité du recours en indemnisation du préjudice éventuel, ce qui pourrait déjà représenter, au moins en principe, un remède satisfaisant.

42. En outre, la jurisprudence allemande de droit commun semble s'être définitivement orientée vers la reconnaissance, même en l'absence d'une disposition expresse et malgré les hésitations de la doctrine, de la compétence des tribunaux pour connaître des recours introduits par des participants à une procédure de passation de marché pour infraction présumée (également) aux dispositions communautaires en vigueur. C'est ce que confirment les deux récentes ordonnances par lesquelles le Kammergericht de

43 — Arrêt cité à la note 24, point 17.

Berlin a déclaré recevables — pour les rejeter ensuite au fond — les demandes de mesures provisoires par lesquelles les entreprises exclues de la procédure d'appel d'offres engagée par l'administration sollicitaient la suspension de la procédure de passation [44].

Il s'y ajoute que, comme nous l'avons dit, le gouvernement allemand a informé la Commission, qu'il avait entamé les procédures de modification nécessaires pour adapter sa législation aux exigences de la directive sur les recours, modifications prévoyant expressément, entre autres, le recours aux juridictions ordinaires contre les décisions des commissions de surveillance [45].

43. Dans ces circonstances, le fait de contester la qualité de juridiction au sens de l'article 177 à la commission en cause, non seulement est parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour, mais ne pose aucun problème de protection juridictionnelle effective des particuliers dans le sens mis en évidence ci-dessus.

Au contraire, nous estimons que la solution que nous vous proposons, c'est-à-dire que la Cour refuse de répondre à la question préjudicielle qui lui a été déférée, relève d'une optique qui va au-delà du cas d'espèce et constitue même une garantie plus élevée du droit de l'individu à une protection qui, pour être effective, ne saurait être autre que juridictionnelle. Cette solution repose en effet, de toute évidence, sur la conviction que seuls les organes qui sont en mesure d'offrir toutes les garanties déterminées par la Cour à l'avantage des particuliers, et aucun autre, peuvent se voir reconnaître la qualité de juridiction au sens de l'article 177 du traité.

44. Enfin, il convient de ne pas oublier une autre considération, qui tient à la ratio même de la directive sur les recours. Comme on le sait, l'adoption de cette directive répondait à une exigence, fortement ressentie, d'augmenter et d'uniformiser le niveau de protection juridictionnelle des droits des particuliers dans le domaine des marchés publics. Dans certains États membres, en effet, l'acte d'adjudication et les autres actes administratifs qui y sont liés n'étaient pas susceptibles de recours devant un juge, ou bien l'étaient, mais avec des effets insatisfaisants quant au sort ultérieur du contrat. C'est précisément pour combler de telles lacunes que la directive sur les recours impose à chaque État membre d'offrir un système de nature à garantir efficacement le respect des droits substantiels accordés par les règles communautaires pertinentes (directives sur les marchés de travaux, de fournitures et de services) aux participants aux procédures d'appel d'offres. C'est dans cette optique qu'il convient de comprendre les règles de cette directive et que, au moins d'après la Commission, tous les autres États membres l'ont transposée jusqu'ici. La Commission a déposé à l'audience un document qui offre une vue d'ensemble des organes auxquels chaque État membre a attribué la compétence pour se prononcer en matière de marchés publics de travaux, pour transposer la directive sur les recours: il s'agit, dans la

44 — Kammergericht Berlin, décisions du 10 avril 1995 (KartU 7605/94, EuZW 1995, p. 645 et suiv.) et du 31 mai 1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, p. 415 et suiv.).

45 — Il convient, incidemment, de noter que les modifications législatives en cours pourraient aboutir à ce que l'arrêt que la Cour est appelée aujourd'hui à prononcer n'ait plus qu'une valeur purement « historique », bien sûr seulement en ce qui concerne la recevabilité et donc l'habilitation des actuelles commissions de surveillance à présenter des questions préjudicielles.

plupart des cas, des tribunaux de droit commun ou, s'il en existe, des tribunaux administratifs, soumis au contrôle, en deuxième instance, du Conseil d'État [46].

Il s'agit là d'un élément significatif qui, à notre avis, doit être apprécié à sa juste valeur, tout en respectant la distinction entre la présente procédure et celle qui a été engagée par la Commission au titre de l'article 169 du traité.

45. Compte tenu de toutes les observations qui précèdent, nous proposons, en fin de compte, de déclarer irrecevable la demande de décision préjudicielle, au motif qu'elle a été présentée par un organe qui n'est pas une juridiction au sens de l'article 177 du traité.

Au fond

46. Il suffira de quelques observations en ce qui concerne le fond de l'affaire, que nous traiterons uniquement dans un souci d'exhaustivité.

La demande, nous l'avons dit, porte sur la compétence des services de contrôle pour connaître, à partir de l'expiration du délai fixé pour la transposition de la directive sur les services, également des recours relatifs à des procédures de passation de marchés de services, et ce, en l'absence d'une disposition normative explicite (bien que prévue par la loi) — en l'espèce, un règlement fédéral — leur attribuant une telle compétence.

47. Aussi bien la requérante que le gouvernement allemand ont soutenu à cet égard que, compte tenu de l'effet direct qu'il convient de reconnaître aux dispositions en cause de la directive sur les services [47], les organes créés aux fins de la transposition de la directive sur les recours devraient pouvoir connaître également des litiges relatifs aux marchés de services.

Il est toutefois évident que cette question ne peut être résolue par la Cour dans le présent contexte. En effet, la Cour n'est pas compétente pour se substituer au législateur national, dont le pouvoir est expressément réservé par la loi, et décider s'il incombe aux services compétents pour les réclamations de se prononcer également en relation avec les recours présentés dans le domaine des marchés de services.

46 — La Commission s'est en conséquence déclarée satisfaite par les mesures de transposition adoptées par tous les États membres (à l'exception, bien sûr, de la République fédérale d'Allemagne, à l'encontre de laquelle elle a engagé la procédure fixée à l'article 169).

47 — Cet effet direct, outre qu'il résulte du caractère suffisamment précis et inconditionnel des dispositions invoquées, aurait été confirmé par la Cour, ne serait-ce qu'indirectement, dans l'arrêt du 2 juin 1996, Commission/Allemagne, constatant le manquement du gouvernement allemand pour défaut de transposition de la directive sur les services (voir la note 14).

48. Rien ne sert d'invoquer à cet égard l'effet direct des dispositions de la directive sur les services. Même si cet effet direct était vérifié, la Cour ne pourrait en tirer d'autres conséquences que le droit des particuliers d'invoquer les dispositions en cause devant *un* juge; elle ne pourrait toutefois en aucune hypothèse aller jusqu'à indiquer devant *quel* juge, sauf à empiéter sur les compétences du législateur national [48].

Bien sûr, une situation dans laquelle les particuliers n'ont pas la possibilité concrète d'invoquer une disposition communautaire d'effet direct, en l'absence de juge compétent pour connaître du litige, serait l'indice d'une évidente violation du droit communautaire [49]. Une telle infraction, bien entendu, pourrait être poursuivie par les instances compétentes et selon les moyens dûment prévus à cet effet, de même qu'elle serait de nature, le cas échéant, à ouvrir les voies de recours définies par la Cour en matière de responsabilité de l'État vis-à-vis des particuliers ayant subi des dommages patrimoniaux en conséquence du manquement, imputable à l'État en cause, aux obligations découlant du droit communautaire. Il s'agit toutefois, répétons-le, de remèdes qui restent distincts, tant sur le plan formel qu'au fond, de la procédure qui nous occupe, et qui ne modifient donc pas la solution que nous suggérons en ce qui concerne la présente espèce.

49. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de déclarer irrecevable la demande de décision préjudicielle, au motif que la commission fédérale de surveillance des marchés, qui en a saisi la Cour, n'est pas une juridiction au sens de l'article 177 du traité.

48 — Voir déjà, dans le même sens, l'arrêt du 9 juillet 1985, Bozetti (179/84, Rec. p. 2301, point 17), ainsi que, récemment, l'arrêt du 18 janvier 1996, SEIM (C-446/93, Rec. p. I-73), où l'on peut lire: « il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective à ces droits. Sous cette réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire » (point 32).

49 — Ainsi que, selon toute probabilité, de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui reconnaît le droit au juge.