ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre)

20 mai 2010 *

Dans l'affaire T-258/06,

République fédérale d'Allemagne, représentée par M. M. Lumma et M^me^ C. Schulze-Bahr, en qualité d'agents,

partie requérante,

soutenue par

République française, représentée initialement par M. G. de Bergues, puis par MM. de Bergues et J.-C. Gracia, et enfin par MM. de Bergues et J.-S. Pilczer, en qualité d'agents,

par

République d'Autriche, représentée par M. M. Fruhmann, M^me^ C. Pesendorfer et M. C. Mayr, en qualité d'agents,

* Langue de procédure : l'allemand.

par

République de Pologne, représentée initialement par M^me^ E. Ośniecka-Tamecka, puis par M. T. Nowakowski, puis par M. M. Dowgielewicz, puis par M. Dowgielewicz et M^mes^ K. Rokicka et K. Zawisza, et enfin par M. M. Szpunar, en qualité d'agents,

par

Royaume des Pays-Bas, représenté initialement par M^me^ H. Sevenster, puis par M^me^ C. Wissels et M. M. de Grave, et enfin par M^me^ Wissels et MM. de Grave et Y. de Vries, en qualité d'agents,

par

Parlement européen, représenté par MM. U. Rösslein et J. Rodrigues, en qualité d'agents,

par

République hellénique, représentée par M^mes^ D. Tsagkaraki et M. Tassopoulou, en qualité d'agents,

et par

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, représenté initialement par M^me^ Z. Bryanston-Cross, puis par M. L. Seeboruth, en qualité d'agents,

parties intervenantes,

contre

Commission européenne, représentée par MM. X. Lewis et B. Schima, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande d'annulation de la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (JO 2006, C 179, p. 2),

LE TRIBUNAL (cinquième chambre),

composé de MM. M. Vilaras, président, M. Prek et V. M. Ciucă (rapporteur), juges,

greffier : M^me^ T. Weiler, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 29 avril 2009,

rend le présent

Arrêt

Faits à l'origine du litige

1 Le 23 juin 2006, la Commission des Communautés européennes a adopté une communication interprétative se rapportant au « droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives 'marchés publics' » (ci-après la « communication »). En effet, en ce qui concerne la passation de marchés publics, la Communauté européenne avait, en 2004, adopté la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1), et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des

procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114), établissant des règles détaillées régissant les procédures de mise en concurrence (ci-après, prises ensemble, les « directives marchés publics »).

2 Cependant, certains marchés ne relèvent pas ou ne relèvent que partiellement de ces directives. Il résulte du texte de la communication que cette dernière concerne les marchés dont le montant est inférieur aux seuils d'application des directives marchés publics ainsi que les marchés visés à l'annexe II B de la directive 2004/18 et à l'annexe XVII B de la directive 2004/17, dont le montant dépasse les seuils des directives marchés publics (ci-après les « marchés II B »).

3 En outre, la communication rappelle qu'il ressortirait de la jurisprudence de la Cour de justice que les règles du marché intérieur s'appliquent également aux marchés qui ne relèvent pas du champ d'application des directives marchés publics. Dans la communication, la Commission explicite son interprétation de la jurisprudence de la Cour et suggère un certain nombre de bonnes pratiques afin d'aider les États membres à tirer pleinement parti du marché intérieur. Toutefois, la communication précise qu'elle n'introduira pas de nouvelles règles législatives.

4 La communication rappelle les normes fondamentales applicables à la passation des marchés publics qui résulteraient directement des règles du traité CE, telles qu'interprétées par la Cour.

5 La communication différencie ainsi les marchés publics non pertinents pour le marché intérieur, auxquels les normes découlant du traité CE ne s'appliquent pas, et les marchés présentant un rapport suffisamment étroit avec le fonctionnement du marché intérieur, qui doivent respecter ces normes. Le caractère pertinent de chaque marché public pour le marché intérieur doit être évalué au cas par cas par les entités adjudicatrices. Si l'examen du marché public révèle que celui-ci présente un intérêt pour le marché intérieur, alors l'attribution devra être conforme aux normes fondamentales du droit communautaire.

6 Le point 2 de la communication est consacré aux normes fondamentales applicables à la passation de marchés présentant un intérêt pour le marché intérieur. La Commission y présente, en la faisant découler de la jurisprudence de la Cour, une obligation de transparence qui consisterait à garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence. La Commission en déduit, au point 2.1.1. de la communication, que la seule façon de respecter les exigences définies par la jurisprudence de la Cour consisterait dans la diffusion d'une publicité suffisamment accessible avant l'attribution du marché. De plus, la communication propose, à son point 2.1.2., un certain nombre de formes concrètes de publicité qui seraient adéquates et fréquemment utilisées. À cet égard, elle se réfère à l'internet, aux journaux officiels nationaux, aux bulletins nationaux spécialisés dans la publication d'avis de marchés publics, aux quotidiens à diffusion nationale ou régionale ou aux publications spécialisées, aux publications locales et au *Journal officiel de l'Union européenne*/TED [disponible sur Internet via la base de données des marchés publics européens TED (Tenders Electronic Daily)].

7 Concernant l'attribution des marchés publics, la communication précise, au point 2.2., qu'elle doit se faire dans le respect des règles et des principes du traité CE, ce qui implique notamment le respect des principes de non-discrimination et de transparence. Les meilleurs moyens de parvenir à un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication seraient une description non discriminatoire de l'objet du marché, l'égalité d'accès pour les opérateurs économiques de tous les États membres, la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, des délais appropriés ainsi qu'une approche transparente et objective.

8 Enfin, la communication souligne, à son point 2.3., l'importance de la protection juridique contrôlant l'impartialité de la procédure.

Procédure

9 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 12 septembre 2006, la République fédérale d'Allemagne a introduit le présent recours.

10 Le 19 décembre 2006, la République française a introduit une demande d'intervention au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne. Par ordonnance du 9 mars 2007, le président de la première chambre du Tribunal a admis cette intervention. Le 14 juin 2007, la République française a présenté son mémoire en intervention.

11 Le 5 janvier 2007, la République d'Autriche a introduit une demande d'intervention au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne. Par ordonnance du 9 mars 2007, le président de la première chambre du Tribunal a admis cette intervention. Le 14 juin 2007, la République d'Autriche a présenté son mémoire en intervention.

12 Le 10 janvier 2007, la République de Pologne a introduit une demande d'intervention au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne. Par ordonnance du 9 mars 2007, le président de la première chambre du Tribunal a admis cette intervention. Le 12 juin 2007, la République de Pologne a présenté son mémoire en intervention.

13 Le 18 janvier 2007, le Royaume des Pays-Bas a introduit une demande d'intervention au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne. Par ordonnance du 9 mars 2007, le président de la première chambre du Tribunal a admis cette intervention. Le 13 juin 2007, le Royaume des Pays-Bas a présenté son mémoire en intervention.

14 Le 22 janvier 2007, le Parlement européen a introduit une demande d'intervention au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne. Par ordonnance du

9 mars 2007, le président de la première chambre du Tribunal a admis cette intervention. Le 13 juin 2007, le Parlement a présenté son mémoire en intervention.

15 Le 27 mars 2007, la République hellénique a introduit une demande d'intervention au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne. Par ordonnance du 14 mai 2007, le président de la première chambre du Tribunal a admis cette intervention et a autorisé la République hellénique à présenter ses observations lors de la procédure orale, conformément à l'article 116, paragraphe 6, du règlement de procédure du Tribunal.

16 Le 13 août 2007, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a introduit une demande d'intervention au soutien des conclusions de la République fédérale d'Allemagne. Par ordonnance du 8 octobre 2007, le président de la première chambre du Tribunal a admis cette intervention et a autorisé le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à présenter ses observations lors de la procédure orale, conformément à l'article 116, paragraphe 6, du règlement de procédure.

17 La Commission a présenté ses observations sur les mémoires en intervention de la République française, de la République d'Autriche, de la République de Pologne, du Royaume des Pays-Bas et du Parlement le 18 septembre 2007. La République fédérale d'Allemagne n'a pas présenté d'observations sur les mémoires en intervention.

18 La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée à partir du 25 septembre 2007, le juge rapporteur a été affecté à la cinquième chambre, à laquelle la présente affaire a, par conséquent, été attribuée.

19 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (cinquième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale. Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal à l'audience du 29 avril 2009. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord n'a pas assisté à l'audience.

Conclusions des parties

20 La République fédérale d'Allemagne conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— annuler la communication ;

— condamner la Commission européenne aux dépens.

21 La République française, la République d'Autriche et le Royaume des Pays-Bas concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :

— annuler la communication ;

— condamner la Commission aux dépens.

22 Le Parlement et la République de Pologne concluent à ce qu'il plaise au Tribunal d'annuler la communication.

23 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— rejeter le recours comme irrecevable ;

— condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.

Sur la recevabilité

A — *Observations liminaires*

24 Sans soulever d'exception d'irrecevabilité formelle, la Commission conteste la recevabilité du recours au motif que la communication ne constitue pas un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. La communication serait une communication interprétative, acte qui, par sa forme, relèverait de la catégorie des recommandations et avis, catégories d'actes pour lesquels le traité CE prévoirait qu'ils ne lient pas. Par conséquent, le choix de cette forme juridique amènerait d'emblée à conclure que l'acte ne viserait pas à produire des effets juridiques contraignants. La Commission précise qu'une communication interprétative aurait normalement pour finalité d'expliciter les droits et les devoirs découlant de dispositions du droit communautaire,

compte tenu, le cas échéant, de la jurisprudence de la Cour. Il en résulterait qu'une communication interprétative, par sa nature, ne serait donc pas un acte propre à produire des effets juridiques contraignants à l'égard de tiers et susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. La Commission soutient également qu'il ressort du libellé de la communication qu'elle n'avait pas l'intention de fixer des règles juridiquement contraignantes, mais que sa formulation démontre au contraire que la communication, soit reproduirait la jurisprudence de la Cour, soit indiquerait par des recommandations non contraignantes ses propres conclusions sur cette jurisprudence.

25 Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le recours en annulation est ouvert à l'égard de toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit (voir arrêt de la Cour du 20 mars 1997, France/Commission, C-57/95, Rec. p. I-1627, point 7, et la jurisprudence citée).

26 En l'espèce, il s'agit d'une communication qui a été adoptée par la Commission et qui a été intégralement publiée dans la série C du Journal officiel. Comme il ressort du dossier, cet acte a pour but de faire connaître l'approche générale de la Commission quant à l'application de l'ensemble des normes fondamentales concernant la passation des marchés publics, qui résultent directement des règles et des principes du traité CE, notamment les principes de non-discrimination et de transparence, aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics.

27 Pour apprécier si la communication vise à produire des effets juridiques nouveaux par rapport à ceux que comporte l'application des principes fondamentaux du traité CE, il convient donc d'examiner son contenu (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 9 octobre 1990, France/Commission, C-366/88, Rec. p. I-3571, point 11 ; du 13 novembre 1991, France/Commission, C-303/90, Rec. p. I-5315, point 10, et du 20 mars 1997, France/Commission, point 25 supra, point 9).

28 Il convient donc d'apprécier si la communication se contente d'expliciter les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, à la liberté d'établissement, à la libre prestation de services, les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement ainsi que de proportionnalité et les règles de transparence et de reconnaissance mutuelle applicables aux marchés qui ne sont pas ou qui ne sont que partiellement couverts par les directives marchés publics, ou si elle établit des obligations spécifiques ou nouvelles par rapport à ces dispositions, principes et règles (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91, Rec. p. I-3283, point 14, et du 20 mars 1997, France/Commission, point 25 supra, point 13).

29 Dès lors, la seule circonstance que, ainsi que le fait valoir la Commission, une communication interprétative ne se présente pas, par sa forme, par sa nature ou par son libellé, comme un acte destiné à produire des effets juridiques n'est pas suffisant pour conclure qu'elle ne produit pas des effets juridiques obligatoires.

30 La République fédérale d'Allemagne admet, néanmoins, qu'il existe des communications de la Commission à caractère non contraignant qui sont publiées. Elle considère, toutefois, que, en l'espèce, la publication de la communication est une circonstance qui ne saurait être négligée aux fins de l'appréciation des effets juridiques de celle-ci. En effet, la publication serait une condition nécessaire de l'existence d'une règle de droit et la communication serait conçue pour produire un effet externe, comme une règle de droit.

31 À cet égard, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, si l'examen du contenu de la communication révèle que celle-ci établit des obligations spécifiques ou nouvelles, le recours devra être jugé recevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la communication a fait l'objet d'une publication. En revanche, à défaut de telles obligations, la seule publication de la communication n'est pas suffisante pour conclure que celle-ci constitue un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation.

B — *Sur le contenu de la communication*

32 À l'appui de son recours, la République fédérale d'Allemagne, soutenue par les parties intervenantes, fait valoir, en substance, que la communication est un acte contraignant, dès lors qu'elle contiendrait de nouvelles règles de passation des marchés publics qui iraient au-delà des obligations découlant du droit communautaire existant et qui produiraient des effets juridiques pour les États membres, ce qui entraînerait, par conséquent, l'incompétence de la Commission quant à la possibilité d'adopter de telles règles.

33 À cet égard, la République fédérale d'Allemagne et les parties intervenantes soutiennent, en substance, que, premièrement, la communication établit, notamment dans son point 2.1., s'agissant des marchés publics ayant une valeur inférieure aux seuils des directives marchés publics et des marchés II B, une obligation de publicité préalable (ex ante) non prévue par les principes fondamentaux du traité CE tels qu'interprétés par la Cour. Deuxièmement, la République fédérale d'Allemagne avance que les obligations découlant du point 2.2. de la communication vont sensiblement au-delà de ce qui ressort de l'interprétation des principes fondamentaux du traité CE par la Cour. Troisièmement, la République fédérale d'Allemagne se prévaut de la transposition pure et simple des dérogations que les directives marchés publics prévoient pour les passations de marchés de gré à gré aux marchés qui se situent en-dehors du domaine d'application des directives marchés publics, telle que mentionnée au point 2.1.4. de la communication. Enfin, la République fédérale d'Allemagne allègue qu'un effet juridique résulte du point 1.3. de la communication, lequel prévoirait l'engagement d'une procédure d'infraction en application de l'article 226 CE en cas de non-respect de la communication. Selon la République fédérale d'Allemagne et les parties intervenantes, tous ces éléments aboutissent à la conclusion que la communication serait destinée à produire des effets de droit.

1. *Sur le premier grief, tiré de l'existence d'une obligation de publicité préalable (point 2.1.1. de la communication)*

a) Arguments des parties

République fédérale d'Allemagne

34 La République fédérale d'Allemagne soutient que la communication prévoit, notamment au point 2.1.1., une obligation de principe, à la charge des États membres, de publier préalablement tous les marchés envisagés, donc les marchés publics ayant une valeur inférieure aux seuils des directives marchés publics et des marchés II B. Or, il ne serait pas possible de déduire une obligation de publicité préalable, et par suite de transparence ex ante, de la jurisprudence de la Cour sur laquelle s'appuie la communication. Une obligation ex ante ne découlerait alors pas des principes fondamentaux du traité CE ou de leur interprétation par la Cour.

35 Sur ce point, la République fédérale d'Allemagne a ajouté, dans ses plaidoiries, nonobstant le fait que certains arrêts de la Cour postérieurs à l'adoption de la communication relèveraient une obligation de publicité préalable, que cette évolution jurisprudentielle ne saurait rétroactivement fonder une telle obligation.

36 D'après la République fédérale d'Allemagne, la jurisprudence de la Cour sur laquelle s'appuie la communication, et notamment les arrêts du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745, ci-après l'« arrêt Telaustria »), du

21 juillet 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), et du 13 octobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), s'applique uniquement aux concessions de services, domaine non couvert par le champ d'application de la communication.

37 De plus, les concessions de services se distingueraient des marchés publics inférieurs aux seuils susmentionnés par leur enjeu économique, qui dépasserait généralement les seuils européens et les rapprocherait ainsi des marchés relevant des directives marchés publics. Dès lors, si l'obligation de transparence peut être appropriée en matière de concession de services, il n'en irait certainement pas de même pour les marchés qui font l'objet de la communication. Selon la République fédérale d'Allemagne, il est ainsi impossible de transposer directement aux marchés inférieurs aux seuils d'application la jurisprudence sur les concessions de services.

38 Par ailleurs, la République fédérale d'Allemagne fait valoir que les deux autres décisions citées dans la communication, lesquelles concernent des marchés inférieurs aux seuils (ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, et arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, Commission/France, C-264/03, Rec. p. I-8831), ne sauraient non plus fonder l'obligation de publicité préalable. Selon la République fédérale d'Allemagne, la Cour ne s'est, dans aucune des décisions, prononcée sur une obligation quelconque de transparence, mais elle se serait contentée de déclarer applicable en l'espèce le principe de non-discrimination (ordonnance Vestergaard, précitée, points 20 et 24, et arrêt Commission/France, précité, points 32 et 33). L'obligation de transparence ex ante ne serait donc pas transposée aux marchés visés par la communication.

39 En tout état de cause, la République fédérale d'Allemagne est d'avis que les marchés publics inférieurs aux seuils présentent en général un enjeu économique très réduit et ne portent donc pas atteinte aux libertés fondamentales concernées, puisqu'ils n'auraient que des effets plutôt aléatoires et indirects sur ces dernières (arrêt Coname, point 36 supra, point 20). Cette affirmation serait confirmée par les conclusions pré-

sentées par l'avocat général M^me^ Sharpston sous l'arrêt de la Cour du 26 avril 2007, Commission/Finlande (C-195/04, Rec. p. I-3351, I-3353, points 83 et 85).

40 De plus, la communication irait au-delà du droit existant pour les marchés II B, car ces marchés présenteraient en général des spécificités locales et auraient un potentiel réduit pour les marchés transfrontaliers, ce qui expliquerait que le législateur communautaire les soumette seulement à une obligation de transparence ex post, et non ex ante comme l'imposerait dorénavant la communication.

41 En outre, pour la République fédérale d'Allemagne, l'obligation de publicité préalable de l'attribution des marchés ne saurait être judicieuse et efficace que si ses modalités servent l'objectif d'ouverture des marchés. Or, ce ne serait pas le cas lorsqu'il n'existe aucun ou très peu de soumissionnaires étrangers susceptibles d'avoir un intérêt potentiel pour les marchés en question, comme les marchés couverts par la communication. À cet égard, la Cour aurait rappelé dans son arrêt Coname, point 36 supra, qu'il existerait des marchés pour lesquels les effets sur les principes fondamentaux concernés du traité CE sont trop aléatoires et trop indirects pour pouvoir conclure à leur éventuelle violation. Le point 1.3. de la communication révélerait que la Commission serait consciente que le faible enjeu économique de certains marchés les rendrait peu attractifs aux yeux des entreprises étrangères, ce qui justifierait l'absence d'obligation de publicité préalable dans ces cas-là.

42 Or, en établissant des seuils d'application des directives marchés publics, le législateur communautaire aurait expressément prévu qu'en dessous de ces valeurs il faudrait en principe présumer que les effets sur le marché intérieur seraient plutôt « aléatoires ou indirects » et ainsi conclure à l'absence d'intérêt pour les soumissionnaires étrangers. Cette estimation du législateur devrait être respectée par la Commission. La République fédérale d'Allemagne souligne que l'avocat général M^me^ Sharpston est aussi de cet avis dans ses conclusions rendues sous l'arrêt Commission/Finlande, point 39

supra (points 85 et 96). De plus, selon la République fédérale d'Allemagne, il ne saurait raisonnablement être exigé des pouvoirs adjudicateurs qu'ils examinent dans chaque cas la pertinence d'un marché public au regard du marché intérieur, comme le prévoit le point 1.3. de la communication, mais ces pouvoirs adjudicateurs devraient, au contraire, pouvoir rapidement constater quelles sont les obligations de transparence qui leur incombent. Lors de l'audience, la République fédérale d'Allemagne a ajouté que l'approche concrète et individuelle poursuivie par le point 1.3. de la communication serait notamment contraire à l'arrêt de la Cour du 15 mai 2008, SECAP (C-147/06 et C-148/06, Rec. p. I-3565), dans lequel la Cour aurait autorisé une définition abstraite et générale de la pertinence d'un marché public pour le marché intérieur.

43 On ne pourrait pas non plus exiger des pouvoirs adjudicateurs qu'ils examinent dans chaque cas d'espèce si un marché II B ou un marché inférieur au seuil est pertinent pour le marché intérieur. En effet, le principe de sécurité juridique exigerait que les autorités nationales puissent constater rapidement les obligations de publicité qui s'appliquent. Ce serait à ce principe que répondraient les seuils fixés ainsi que la liste des marchés II B.

44 La République fédérale d'Allemagne est ensuite d'avis que l'obligation de publicité préalable prévue par la communication va au-delà de l'interdiction de procéder à des discriminations au cours du processus de passation des marchés (en privilégiant par exemple les soumissionnaires allemands par rapport aux soumissionnaires étrangers). Cette obligation aurait pour conséquence une obligation d'action imposée aux pouvoirs adjudicateurs afin de permettre et d'encourager les offres transfrontalières.

45 Selon la République fédérale d'Allemagne, la publicité jugée nécessaire par la communication se rapproche des normes prévues dans les directives marchés publics et se révèle longue et coûteuse. En se fondant sur les conclusions de l'avocat général M[me] Sharpston rendues sous l'arrêt Commission/Finlande, point 39 supra, la République fédérale d'Allemagne est ainsi d'avis qu'il appartient aux États membres de

déterminer les modalités du principe de transparence. De même, il résulterait du point 98 des conclusions de l'avocat général M^me^ Sharpston sous l'arrêt Commission/Finlande, point 39 supra, que la question de savoir ce qui constituerait un degré de publicité adéquat pour les marchés de faible valeur relèverait du droit national.

46 Sur ce point, la République fédérale d'Allemagne a précisé, lors de l'audience, qu'elle contestait notamment l'obligation pour les entités adjudicatrices de choisir le support le plus approprié pour assurer la publicité de leurs marchés, telle que prévue au premier paragraphe du point 2.1.2. de la communication. En se référant à chaque entité adjudicatrice, la Commission poursuivrait une approche concrète et individuelle, laquelle ne découlerait pas de la jurisprudence de la Cour. À cet égard, la République fédérale d'Allemagne a ajouté qu'elle ne contestait pas le catalogue indicatif des formes de publicité adéquate formulé au point 2.1.2 de la communication.

47 Ainsi, la République fédérale d'Allemagne est d'avis que les marchés visés par la communication ne sont précisément soumis à aucune obligation générale de transparence découlant du droit communautaire. L'obligation de publicité préalable résultant de la communication irait alors sensiblement au-delà de ce qui ressort de l'interprétation des principes fondamentaux du traité CE dégagée par la Cour.

Parties intervenantes

48 Selon la République française, il convient d'examiner si la communication se borne à expliciter les règles et les principes du traité CE relatifs à la passation des marchés publics ou si elle établit des obligations nouvelles par rapport à ces règles et ces principes. Or, la communication ajouterait au droit existant.

49 À cet égard, la République française fait notamment valoir que, dans l'ordonnance Vestergaard, point 38 supra, la Cour n'a posé aucune obligation générale d'assurer une publicité adéquate en ce qui concerne les marchés inférieurs aux seuils, mais que ladite ordonnance concerne l'application du principe de non-discrimination et non l'obligation de transparence. La Cour aurait considéré, au point 20 de l'ordonnance Vestergaard, point 38 supra, que, bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant seraient, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité CE et elle en aurait ensuite déduit que l'article 28 CE s'opposerait à ce qu'un pouvoir adjudicateur introduise, dans le cahier des charges relatif à un marché, une clause exigeant, pour l'exécution de ce marché, l'utilisation d'un produit de marque déterminée, sans ajouter la mention « ou équivalent » (ordonnance Vestergaard, point 38 supra, point 24).

50 Une telle obligation générale de publicité adéquate en ce qui concerne les marchés inférieurs aux seuils ne ressortirait pas non plus de l'arrêt Commission/France, point 38 supra. En effet, au point 32 de cet arrêt, la Cour aurait considéré que, bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant seraient, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité CE et le principe de non-discrimination, en raison de la nationalité en particulier. Mais, selon la Cour, il en résulterait seulement que la disposition française litigieuse constituerait une entrave à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE, en ce qu'elle aurait abouti à réserver la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste exhaustive de personnes morales de droit français (arrêt Commission/France, point 38 supra, point 68).

51 En outre, la République française considère que, si, dans l'arrêt Telaustria, point 36 supra, la Cour s'est référée à une obligation de publicité adéquate, c'est parce qu'il s'agissait d'une concession à forte valeur économique. Cette conclusion serait confirmée par l'arrêt Coname, point 36 supra, qui concernerait, a contrario, des concessions ayant un enjeu économique très réduit.

52 En tout état de cause, la République française fait valoir que, s'il devait être considéré qu'une obligation de publicité adéquate résulte de la jurisprudence de la Cour, elle ne pourrait de toute façon consister en une obligation de publication préalable comme l'imposerait la communication dans son point 2.1.1.

53 De plus, la République française soutient qu'il ressort des conclusions des avocats généraux M^me^ Sharpston sous l'arrêt Commission/Finlande, point 39 supra, et M. Fennelly sous l'arrêt Telaustria, point 36 supra (Rec. p. I-10747), que l'obligation de transparence n'implique pas une obligation de publication, comme le prévoit le point 2.1.2. de la communication.

54 En ce qui concerne les marchés II B, la République française est d'avis que le choix du Conseil de ne pas les soumettre à une obligation de publicité préalable est éclairé par les dix-huitième et dix-neuvième considérants de la directive 2004/18. Il en ressortirait que les marchés II B ne seraient pas soumis à l'application intégrale de la directive, c'est-à-dire en particulier à une obligation de publicité préalable, mais feraient l'objet d'une surveillance dont le mécanisme devrait permettre aux intéressés d'avoir accès aux informations en la matière.

55 La République française considère ainsi que, dans la directive 2004/18, le Conseil a clairement entendu soumettre, en matière de publicité, les marchés II B à un régime spécifique et complet qui constitue un régime de passation allégé.

56 La République d'Autriche estime aussi que la communication est un acte qui produit des effets juridiques du fait de l'introduction d'une obligation générale de publicité ex ante qui ne résulte ni du traité CE ni de la jurisprudence de la Cour.

57 À cet égard, la République d'Autriche ajoute à l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne que les conclusions respectivement rendues par les avocats géné-

raux M[mes] Stix-Hackl et Sharpston sous les arrêts de la Cour du 13 novembre 2007, Commission/Irlande (C-507/03, Rec. p. I-9777, I-9780), et Commission/Finlande, point 39 supra, montrent que la situation juridique est floue et controversée en ce qui concerne l'application de l'obligation de transparence aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics. Tandis que l'avocat général M[me] Stix-Hackl parviendrait à la conclusion que la passation de marchés de services non prioritaires nécessiterait la publication d'un avis, au moins en tant que règle, l'avocat général M[me] Sharpston nierait, quant à elle, l'existence d'une obligation générale de transparence ex ante pour les contrats dont la valeur est inférieure aux seuils. Au moment de l'adoption de la communication, la Cour n'aurait pas encore statué dans ces deux affaires. Par conséquent, lorsque la Commission, dans sa communication, retient une obligation de publicité préalable pour toutes les passations de marchés de ce type (c'est-à-dire aussi bien pour les services non prioritaires que pour les marchés de faible valeur), elle créerait de nouveaux effets de droit.

58 Les obligations imposées aux pouvoirs adjudicateurs par les points 1.3. et 2.1.2. de la communication seraient, comme la République d'Autriche l'a soutenu lors de l'audience, contraires à l'arrêt SECAP, point 42 supra, parce que la communication ne prendrait pas en compte la capacité de l'entité adjudicatrice, comme le prévoirait le point 32 dudit arrêt.

59 La République d'Autriche est également d'avis que le degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication, tels qu'ils ressortent de l'arrêt Telaustria, point 36 supra, n'implique pas obligatoirement une publication préalable. En effet, il ressortirait des travaux de révision en cours des directives sur les recours en matière de marchés publics (voir le document 2006/0066/COD ainsi que les nouveaux articles 2 quinquies à 2 septies de 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] qui y sont proposés) qu'une protection juridictionnelle a posteriori — sans publicité préalable du marché — pourrait aussi permettre un contrôle effectif de l'impartialité d'une procédure d'adjudication.

60 En outre, malgré l'absence de symétrie parfaite, en fait et en droit, entre le droit des marchés publics et celui des aides d'État, la République d'Autriche invoque la règle de minimis applicable en droit des aides d'État, selon laquelle des aides inférieures à certains seuils ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement les échanges entre États membres et ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence. Du point de vue de la République d'Autriche, il ne paraît pas absurde, lorsque les deux cas de figure sont comparés, de partir du principe que les marchés publics inférieurs aux seuils seraient, pour le marché intérieur, dépourvus de la pertinence qui justifierait la nécessité d'une obligation de publicité préalable afin d'ouvrir la concurrence. En effet, les aides bénéficieraient directement aux entreprises, tandis que les seuils applicables en matière de marchés publics seraient fonction de la valeur du marché, le gain (lequel peut, à cet égard, être comparé à une aide) réalisé par l'entreprise ne représentant dans ce cas qu'une fraction peu importante de ladite valeur.

61 La République d'Autriche s'appuie enfin sur le considérant 19 de la directive 2004/18, lequel suggère implicitement, selon elle, que le législateur communautaire n'a pas jugé nécessaire que les marchés de services non prioritaires (marchés II B) donnent lieu à l'utilisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges au-delà des frontières. La seule raison qui pourrait justifier cette différence de traitement serait que ces marchés, exclus de l'application intégrale de la directive, ne seraient pas considérés comme étant suffisamment pertinents au regard du marché intérieur pour justifier l'utilisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges au-delà des frontières, ce qui inclurait une obligation générale de publicité préalable des avis de marchés.

62 Le Royaume des Pays-Bas fait valoir que la Commission donne au droit communautaire une interprétation qui va au-delà de la jurisprudence en créant un régime juridique complet qui impose aux États membres une obligation de transparence préalable pour tous les marchés publics visés par la communication, tandis que la Cour ne s'est pas encore prononcée sur cette question.

63 Le Royaume des Pays-Bas est aussi d'avis, en se référant au principe de sécurité juridique, que la question de savoir si la communication crée des nouvelles obligations doit être jugée sur la base de la jurisprudence connue au moment de l'adoption de la communication. Or, il ressortirait de la jurisprudence postérieure que la communication prendrait une avance manifeste sur l'évolution de la jurisprudence.

Commission

64 En ce qui concerne le contenu concret de la communication et les éléments de caractère législatif invoqués par la République fédérale d'Allemagne, à savoir, pour l'essentiel, le contournement du seuil d'application des directives marchés publics et l'obligation de publicité préalable, la Commission conteste que ces éléments de la communication fixent de nouvelles règles de droit. Ils se borneraient, conformément à l'article 211 CE, à expliciter les dispositions et les principes du traité CE, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour.

65 La Commission conteste l'allégation de la République fédérale d'Allemagne et des parties intervenantes selon laquelle la communication court-circuite la décision du législateur de ne prévoir de dispositions relatives à la publicité que pour les marchés publics atteignant certains seuils. À cet égard, la Commission fait valoir que si le législateur n'a jugé nécessaire de fixer des règles détaillées qu'au-delà des seuils d'application des directives, en deçà desdits seuils, il aurait tenu pour suffisante l'application des dispositions et des principes du traité CE. Cependant, il n'aurait pas voulu — ni n'aurait pu — exclure, par les directives, l'application de ces dispositions et de ces principes du traité CE pour les marchés publics en deçà du seuil.

66 Cela ressortirait de la jurisprudence de la Cour, et plus particulièrement des arrêts Telaustria, point 36 supra, et Commission/France, point 38 supra. Selon la Commission, la Cour a, dans son arrêt Telaustria, point 36 supra, établi que les entités adjudicatrices concluant des contrats ne relevant pas des directives marchés publics étaient néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (arrêt Telaustria, point 36 supra, point 60). Ce raisonnement serait en effet corroboré par le point 33 de l'arrêt Commission/France, point 38 supra. De la même manière, dans l'arrêt Coname, point 36 supra, la Cour aurait affirmé que les contrats hors du champ d'application de la directive, comme les contrats de concessions, resteraient soumis aux règles générales du traité CE. Le législateur européen aurait tenu compte de cette jurisprudence lors de l'adoption des directives marchés publics au considérant 9 de la directive 2004/17.

67 La Cour a aussi, selon la Commission, donné un contenu concret à l'obligation de transparence en affirmant que les entreprises établies dans un autre État membre devaient, avant l'attribution d'un marché, avoir accès aux informations adéquates le concernant, de façon à pouvoir, le cas échéant, manifester leur intérêt quant à son obtention (arrêt Coname, point 36 supra, point 21).

b) Appréciation du Tribunal

68 La République fédérale d'Allemagne et les parties intervenantes font valoir que le point 2.1.1. de la communication introduit une obligation de principe, à la charge des États membres, de publier préalablement tous les marchés envisagés, ce qui constituerait une nouvelle obligation par rapport aux principes du traité CE.

69 En ce qui concerne les règles et les principes du traité CE (point 1.1. de la communication) applicables à la passation d'un marché public présentant un intérêt pour le marché intérieur, la communication prévoit dans son point 2.1. les normes fondamentales applicables en matière de publicité. À cet égard, le point 2.1.1. est intitulé « Obligation d'assurer une publicité adéquate » et dispose ce qui suit :

« Selon la [Cour], les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination impliquent une obligation de transparence qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence.

L'obligation de transparence implique qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre puisse avoir accès aux informations appropriées relatives au marché avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que, si cette entreprise le souhaitait, elle serait en mesure de manifester son intérêt pour obtenir ce marché.

La Commission estime que la pratique consistant à prendre contact avec un certain nombre de soumissionnaires potentiels n'est pas suffisante à cet égard, même si l'entité adjudicatrice s'adresse à des entreprises d'autres États membres ou s'efforce d'entrer en contact avec l'ensemble des fournisseurs potentiels. Une approche sélective de cette nature ne peut exclure toute discrimination à l'encontre des soumissionnaires potentiels d'autres États membres, et notamment des nouveaux arrivants sur le marché. Il en va de même pour toute forme de publicité 'passive' où une entité adjudicatrice n'assure pas de publicité active mais répond aux demandes d'informations émanant de candidats qui ont découvert par leurs propres moyens l'existence d'un marché. De même, une simple référence à des articles ou des reportages dans les médias, à des débats parlementaires ou politiques ou à des événements tels que des congrès comme sources d'information ne constituerait pas une publicité adéquate.

La seule façon de respecter les exigences définies par la [Cour] consiste, par conséquent, dans la diffusion d'une publicité suffisamment accessible avant l'attribution du marché. Cette publicité doit être diffusée par l'entité adjudicatrice en vue d'ouvrir à la concurrence l'attribution du marché. »

70 Les deux premiers paragraphes du point 2.1.1. de la communication reprennent la jurisprudence de la Cour contenue dans les arrêts Telaustria, Coname et Parking Brixen, point 36 supra, et ne sont contestés ni par la République fédérale d'Allemagne ni par l'une quelconque des parties intervenantes. Par ailleurs, le troisième paragraphe du point 2.1.1. de la communication n'a pas été contesté pendant la procédure écrite. Au dernier paragraphe de son point 2.1.1., la communication conclut à l'obligation d'assurer une publicité adéquate consistant dans la diffusion d'une publicité suffisamment accessible avant l'attribution du marché.

71 La République fédérale d'Allemagne, soutenue par les parties intervenantes, fait valoir, en substance, que ce point de la communication établit, pour les marchés publics relevant de son champ d'application, une obligation de publicité préalable, laquelle ne découlerait nullement des principes et de la jurisprudence de la Cour évoqués dans ce même point. Cela constituerait ainsi une nouvelle obligation, qui conférerait à la communication en question le caractère d'un acte produisant des effets juridiques obligatoires, susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation.

72 Il convient donc d'examiner si la communication se borne à expliciter cette obligation, qui découle, pour les États membres, des principes fondamentaux du traité CE, ou si elle établit des obligations nouvelles, comme le prétendent la République fédérale d'Allemagne et les parties intervenantes.

73 À cet égard, il convient d'abord de relever que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives communautaires portant coordination des procédures

de passation des marchés publics s'appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu expressément dans chacune desdites directives (ordonnance Vestergaard, point 38 supra, point 19, et arrêt Commission/France, point 38 supra, point 33). Ainsi, les règles de ces directives ne s'appliquent pas aux marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil fixé par celles-ci.

74 Cela ne signifie pas pour autant que ces derniers marchés sont exclus du champ d'application du droit communautaire (ordonnance Vestergaard, point 38 supra, point 19). En effet, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, en ce qui concerne la passation des marchés qui, eu égard à leur valeur, ne sont pas soumis aux procédures prévues par les règles communautaires, les pouvoirs adjudicateurs sont néanmoins tenus de respecter les règles fondamentales du traité CE en général (ordonnance Vestergaard, point 38 supra, point 20, et arrêt Commission/France, point 38 supra, point 32) et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, point 29 ; Telaustria, point 36 supra, point 62 ; Coname, point 36 supra, point 16 ; Parking Brixen, point 36 supra, point 46, et du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, point 18).

75 Cela est d'ailleurs corroboré par le considérant 9 de la directive 2004/17, aux termes duquel, « en ce qui concerne les marchés publics dont la valeur est inférieure au montant déclenchant l'application des dispositions sur la coordination communautaire, il convient de rappeler la jurisprudence élaborée par la Cour […] selon laquelle les règles et principes des traités susmentionnés [à savoir le principe d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination n'est qu'une expression particulière, le principe de reconnaissance mutuelle, le principe de proportionnalité ainsi que l'obligation de transparence] sont applicables », ainsi que les considérants 1 et 2 de la directive 2004/18, lesquels évoquent l'application de ces mêmes principes à la passation de tout marché conclu dans les États membres, inférieur ou supérieur aux seuils.

76 Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, ainsi que la Cour l'a jugé de façon constante, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés (arrêts de la Cour Unitron Scandinavia et 3-S, point 74 supra, point 31 ; Telaustria, point 36 supra, point 61 ; du 18 juin 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 45 ; Parking Brixen, point 36 supra, point 49, et ANAV, point 74 supra, point 21), cette obligation étant corroborée par le considérant 9 de la directive 2004/17 ainsi que par le considérant 2 de la directive 2004/18. Il en résulte que les États membres ainsi que leurs entités adjudicatrices doivent respecter cette obligation de transparence, tel qu'interprétée par la Cour, pour la passation de tous les marchés publics.

77 La Cour a ensuite précisé que cette obligation de transparence, qui incombe au pouvoir adjudicateur, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (arrêts Telaustria, point 36 supra, point 62 ; Parking Brixen, point 36 supra, point 49, et ANAV, point 74 supra, point 21).

78 Selon la Cour, l'obligation de transparence incombant aux pouvoirs adjudicateurs implique notamment des exigences de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un État membre autre que celui en cause puisse avoir accès aux informations adéquates relatives au marché public en cause avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir ce marché public (voir, en ce sens, arrêt Coname, point 36 supra, point 21).

79 Il résulte de cette jurisprudence que l'obligation de transparence dans le sens d'une publicité adéquate comprend alors une forme de publicité avant l'attribution du marché public en cause, en d'autres termes, une publicité préalable. Par conséquent, et contrairement à l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne et des parties

intervenantes, la communication, en évoquant une « publicité suffisamment accessible avant l'attribution du marché », n'a pas créé une nouvelle obligation à la charge des États membres, mais s'est contentée de rappeler une obligation existante découlant du droit communautaire applicable aux marchés publics concernés par la communication en question, telle qu'elle a été interprétée par le juge communautaire.

80 Cela est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence de la Cour postérieure à la publication de la communication, comme l'a reconnu la République fédérale d'Allemagne lors de l'audience. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour, d'une part, s'appliquent les obligations découlant du droit primaire relatives à l'égalité de traitement et à la transparence de plein droit aux marchés pourtant exclus du champ d'application des directives marchés publics présentant un intérêt transfrontalier certain [voir, en ce sens, s'agissant de 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), et un marché ayant une valeur en dessous du seuil de ladite directive, arrêt de la Cour du 14 juin 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Rec. p. I-4557, point 33 ; s'agissant de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), et un marché II B, arrêt Commission/Irlande, point 57 supra, points 30, 31 et 32, et, s'agissant des directives 92/50, 93/36, 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), et 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), arrêt de la Cour du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04, Rec. p. I-619, points 66, 81 et 82]. D'autre part, selon la Cour, une publicité ex post ne saurait garantir une publicité adéquate dans le sens de la jurisprudence Telaustria et Coname, point 36 supra, ce qui signifie que l'obligation de transparence découlant des principes du traité CE implique que l'avis de marché doit faire l'objet d'une publicité préalable, ayant lieu avant l'attribution (arrêt Commission/Irlande, point 57 supra, points 30 et 32).

81 La constatation selon laquelle l'obligation de publicité préalable prévue au point 2.1.1. de la communication ne va pas au-delà de l'interprétation des principes fondamentaux du

traité CE dégagée par la Cour ne saurait être mise en cause par les différents arguments de la République fédérale d'Allemagne et des parties intervenantes.

82 Premièrement, la République fédérale d'Allemagne fait valoir, en substance, que les arrêts Telaustria, Coname et Parking Brixen, point 36 supra, concernent des marchés publics relatifs à des concessions de service, lesquels, bien que situés en dehors du champ de l'application des directives marchés publics, seraient, par leur valeur, comparables aux marchés publics relevant du champ d'application desdites directives, et que, par conséquent, la jurisprudence issue de ces arrêts ne serait pas applicable aux marchés publics concernés par la communication.

83 À cet égard, il convient de relever qu'il ressort de la jurisprudence, sur laquelle s'appuie la République fédérale d'Allemagne pour étayer son argumentation, que la Cour a déjà jugé, par rapport aux contrats de concession, que, quand bien même l'attribution d'une telle concession ne serait régie par aucune des directives marchés publics, de tels contrats resteraient soumis aux règles générales du traité CE (voir, en ce sens, arrêt Coname, point 36 supra, point 16, corroboré par l'arrêt Commission/France, point 38 supra, point 33). Il y a aussi lieu de constater que, selon cette jurisprudence, l'obligation de transparence découle directement des règles générales dudit traité et, notamment, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (arrêts Telaustria, point 36 supra, point 61, et Parking Brixen, point 36 supra, point 49) et que ladite obligation de transparence implique elle-même une obligation de publicité préalable (voir, en ce sens, arrêt Coname, point 36 supra, point 21). En revanche, la circonstance que les marchés dont il était question dans ces arrêts seraient, du point de vue de leur importance, comparables aux marchés publics auxquels s'appliquent les directives marchés publics n'est nullement évoquée dans ces arrêts pour justifier l'obligation d'une publicité adéquate et, notamment, préalable. Il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient la République fédérale d'Allemagne, cette jurisprudence est transposable aux marchés publics concernés par la communication, auxquels s'appliquent également, ainsi qu'il a déjà été relevé, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle.

84 À titre surabondant, il y a lieu de souligner que cela est d'ailleurs corroboré par la jurisprudence de la Cour postérieure à la publication de la communication. En effet, au point 33 de l'arrêt Medipac-Kazantzidis, point 80 supra, la Cour s'est référée, à propos d'un marché de travaux publics, à une jurisprudence constante selon laquelle, même si la valeur d'un marché faisant l'objet d'un appel d'offres n'atteint pas le seuil d'application des directives marchés publics, par lesquelles le législateur communautaire a réglementé le domaine des marchés publics, et que le marché en question ne relève donc pas du champ d'application de ces dernières, les pouvoirs adjudicateurs concluant un marché sont néanmoins tenus de respecter les principes généraux du droit communautaire, tels que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle, et elle a cité au même point, en tant que jurisprudence constante, les arrêts Telaustria, Coname et Parking Brixen, point 36 supra. La Cour a ainsi étendu aux règles de passation des marchés dont le montant financier demeure en deçà des seuils d'application des directives les solutions dégagées à propos des modalités de conclusion de contrats de concession de service public (arrêt Medipac-Kazantzidis, point 80 supra, point 33).

85 Deuxièmement, s'agissant de l'argument de la République fédérale d'Allemagne, résumé au point 38 ci-dessus, selon lequel l'ordonnance Vestergaard, point 38 supra, et l'arrêt Commission/France, point 38 supra, ne concerneraient que le principe de non-discrimination et ne sauraient, par conséquent, justifier l'obligation d'une publicité préalable, il suffit de relever que l'obligation de transparence, notamment, par une forme de publicité adéquate, découle précisément, selon la jurisprudence évoquée au point 76 ci-dessus, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité. Dès lors qu'il ressort de ces décisions que les règles fondamentales du traité CE sont applicables à tous les marchés publics, quand bien même ils ne seraient pas concernés par les directives marchés publics (ordonnance Vestergaard, point 38 supra, point 19, et arrêt Commission/France, point 38 supra, points 32 et 33), c'est à juste titre que la Commission a évoqué cette ordonnance et cet arrêt dans la communication.

86 Troisièmement, l'argumentation selon laquelle le législateur communautaire, en établissant des seuils d'application des directives marchés publics, aurait expressément

indiqué que, en dessous de ces valeurs, il faudrait en principe présumer que les effets sur le marché intérieur seraient plutôt « aléatoires ou indirects » et ainsi conclure à l'absence d'intérêt pour les soumissionnaires étrangers ne saurait non plus prospérer.

87 Il convient de préciser, à cet égard, qu'il ne saurait être présumé, du seul fait qu'un marché public se situe en dessous des seuils d'application des directives marchés publics, que les effets dudit marché public sur le marché intérieur seraient presque insignifiants. Cette thèse est contredite par la jurisprudence évoquée aux points 73 et 74 ci-dessus, selon laquelle de tels marchés ne sont pas exclus du champ d'application du droit communautaire. Or, si tout impact desdits marchés sur le marché intérieur pourrait a priori être exclu, le droit communautaire ne trouverait pas à s'appliquer.

88 Certes, ainsi que le reconnaît la Cour, il est tout à fait envisageable que, en raison de circonstances particulières telles que, notamment, un enjeu économique très réduit, il pourrait raisonnablement être soutenu qu'une entreprise située dans un État membre autre que celui dont relève l'entité adjudicatrice d'un marché public déterminé ne serait pas intéressée par ledit marché et que, par conséquent, les effets sur les libertés fondamentales concernées devraient être considérés comme étant trop aléatoires et trop indirects pour pouvoir conclure à une éventuelle violation de celles-ci (voir, en ce sens, arrêt Coname, point 36 supra, point 20, et la jurisprudence citée). Toutefois, la conclusion relative à l'absence de violation des libertés fondamentales ne peut découler que d'une évaluation des circonstances spécifiques de chaque cas et ne saurait être fondée sur le seul fait que la valeur du marché en cause ne dépasse pas un certain seuil.

89 C'est ainsi que le point 1.3. de la communication prévoit ce qui suit :

« [I]l appartient à chaque entité adjudicatrice de déterminer si l'attribution de marché prévue présente ou non un intérêt potentiel pour les opérateurs économiques situés

dans d'autres États membres. La Commission estime que cette décision doit être fondée sur une évaluation des circonstances spécifiques de l'espèce, telles que l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur en cause (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.), ainsi que du lieu géographique de l'exécution du marché. Si l'entité adjudicatrice parvient à la conclusion que le marché en question présente un intérêt pour le marché intérieur, elle devra l'attribuer en se conformant aux normes fondamentales dérivées du droit communautaire. »

90 Quatrièmement, la République fédérale d'Allemagne soutient, toutefois, qu'en exigeant des pouvoirs adjudicateurs d'évaluer, dans chaque cas d'espèce, la pertinence d'un marché public au regard du marché intérieur pour déterminer, notamment, l'applicabilité de l'obligation de publicité préalable, prévue au point 2.1.1. de la même communication, ladite communication créerait une nouvelle obligation et produirait, ainsi, des effets juridiques obligatoires.

91 Or, la jurisprudence de la Cour envisage déjà, s'agissant d'un marché public situé en dehors du champ d'application des directives marchés publics, une obligation de l'entité adjudicatrice d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, les spécificités du marché en cause du point de vue de l'adéquation des modalités de mise en concurrence (voir, en ce sens, arrêt Parking Brixen, point 36 supra, points 49 et 50). Il ne saurait, donc, être soutenu que le point 1.3. de la communication, lu conjointement avec le point 2.1.1., créerait une nouvelle obligation à la charge des États membres.

92 La République fédérale d'Allemagne et la République d'Autriche ont ajouté, lors de l'audience, sur ce point, qu'une évaluation spécifique, telle que prévue par le point 1.3. de la communication, serait en contradiction avec l'arrêt SECAP, point 42 supra (points 30 à 32), lequel envisagerait une définition abstraite et générale de la pertinence d'un marché public pour le marché intérieur.

93 À cet égard, il convient de constater que le point 30 de l'arrêt SECAP, point 42 supra, corrobore la conclusion énoncée au point 91 ci-dessus selon laquelle il appartient en principe au pouvoir adjudicateur d'apprécier, avant la définition des termes de l'avis de marché, l'intérêt transfrontalier éventuel d'un marché dont la valeur estimée est inférieure au seuil prévu par les règles communautaires, étant entendu que cette appréciation peut être soumise au contrôle juridictionnel.

94 En outre, il y a lieu de relever qu'il n'y a pas de contradiction entre la communication, notamment son point 1.3., et l'arrêt SECAP, point 42 supra. En effet, la communication n'exclut pas la possibilité qu'une réglementation établisse, au niveau national ou local, des critères objectifs indiquant l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, comme le prévoit le point 31 de l'arrêt SECAP, point 42 supra. Les pouvoirs adjudicateurs appliquant une telle réglementation nationale sont néanmoins tenus de respecter les règles fondamentales du traité CE ainsi que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (arrêt SECAP, point 42 supra, point 29).

95 En ce qui concerne le point 32 de l'arrêt SECAP, point 42 supra, force est de constater qu'il n'est pas non plus en contradiction avec les points 1.3. et 2.1.2. de la communication. En effet, ledit point concerne l'exclusion automatique de certaines offres en raison de leur caractère anormalement bas, même en présence d'un intérêt transfrontalier certain, et s'applique ainsi à un autre stade de la passation d'un marché public que celui de la détermination de l'intérêt potentiel d'un marché public pour les opérateurs économiques situés dans d'autres États membres, prévue par le point 1.3. de la communication, ou du choix du support le plus approprié pour assurer la publicité prévue au point 2.1.2. de la communication. En tout état de cause, il y a lieu de souligner que lesdits points de la communication n'excluent pas que la capacité administrative de l'entité adjudicatrice soit prise en compte et ils ne sauraient, dès lors, créer une nouvelle obligation à l'égard des États membres ou de leurs pouvoirs adjudicateurs.

96 Cinquièmement, contrairement à ce que fait valoir la République fédérale d'Allemagne (voir point 46 ci-dessus), le point 2.1.2. de la communication, selon lequel « [i]l

appartient aux entités adjudicatrices de choisir le support le plus approprié pour assurer la publicité de leurs marchés », n'est pas inconciliable avec l'établissement, par une réglementation nationale, des critères généraux devant présider à ce choix, étant précisé que le respect des règles fondamentales du traité CE, dont, notamment, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, ne saurait être remis en cause par l'utilisation de tels critères. En effet, ainsi qu'il a déjà été relevé au point 91 ci-dessus, il appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités du marché public en cause. Conformément à la jurisprudence de la Cour, la communication laisse alors aux pouvoirs adjudicateurs le soin de déterminer le degré et la forme de publicité adéquate (voir, en ce sens, arrêt Parking Brixen, point 36 supra, points 49 et 50). La communication indique ainsi à juste titre, dans son point 2.1.2., qu'« il appartient aux entités adjudicatrices de choisir le support le plus approprié pour assurer la publicité de leurs marchés ». Dès lors, elle ne crée pas une nouvelle obligation juridique pour les pouvoirs adjudicateurs.

97 Par ailleurs, en réponse à l'argumentation de la République d'Autriche fondée sur une comparaison des seuils d'application des directives marchés publics avec la règle de minimis applicable aux aides d'État, il suffit de relever qu'il ne découle nullement desdites directives que les seuils en question soient fondés sur des considérations analogues à celles qui justifient la règle de minimis dans le domaine des aides d'État.

98 Sixièmement, en ce qui concerne l'argumentation de la République française selon laquelle la communication introduit, au point 2.1.2., une obligation de publication, laquelle consisterait dans le recours à un support écrit pour assurer la publicité des marchés visés, il convient de relever qu'elle est fondée sur une prémisse erronée. En effet, nulle part dans la communication il n'est énoncé d'obligation de publicité consistant dans le recours à un support écrit pour assurer la publicité des marchés publics visés par elle. D'une part, le point 2.1.3., premier alinéa, de la communication rappelle la jurisprudence selon laquelle l'obligation de transparence n'implique pas nécessai-

rement une obligation d'organiser un appel d'offres formel (arrêt Coname, point 36 supra, point 21). D'autre part, le point 2.1.2., troisième alinéa, relève ce qui suit :

« Comme formes de publicité adéquates et fréquemment utilisées, il convient de citer :

— Internet, […] »

Ainsi que l'admettent, d'ailleurs, la République fédérale d'Allemagne et les parties intervenantes, il s'agit là d'une énumération indicative et nullement exclusive de différentes formes de publicité adéquates.

99 Septièmement, s'agissant de l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne ainsi que de celle de la République française selon lesquelles l'exclusion de la pratique consistant à prendre contact avec des soumissionnaires potentiels, même si l'entité adjudicatrice s'adresse à des entreprises d'autres États membres et s'efforce d'entrer en contact avec l'ensemble des fournisseurs potentiels par l'obligation de transparence introduite par la communication (point 2.1.1., troisième paragraphe, de la communication), serait un élément établissant des obligations spécifiques par rapport aux principes du traité CE, il importe de souligner qu'elle concerne une partie de la communication qui n'est nullement mise en cause dans la requête ou le mémoire en intervention. À cet égard, il convient de relever que, si l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure permet, dans certaines circonstances, la production de moyens nouveaux en cours d'instance, cette disposition ne peut, en aucun cas, être interprétée comme autorisant la partie requérante à saisir le Tribunal de conclusions nouvelles et à modifier ainsi l'objet du litige (voir arrêt du Tribunal du 12 juillet 2001, Banatrading/Conseil, T-3/99, Rec. p. II-2123, point 28, et la jurisprudence citée). Il en ressort que l'argumentation en question n'est pas recevable, dès lors qu'elle tend à élargir l'objet du litige par l'inclusion d'une partie de la communication non visée par la requête introductive d'instance.

100 En tout état de cause, il y a lieu de constater que la communication n'exclut pas cette pratique d'une manière absolue et définitive. Comme le prévoient les points 2.2.2. et 2.1.3. de la communication, les entités adjudicatrices ont la possibilité de limiter le nombre de candidats invités à soumettre une offre à un niveau approprié. Toutefois, la communication exige, à cet égard, que le principe de non-discrimination et l'obligation de transparence soient respectés (point 2.2.2. de la communication) pour assurer une concurrence suffisante. De surcroît, pour que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication puisse être effectué, le Tribunal considère qu'il résulte de l'obligation de transparence qu'une divulgation active émanant des pouvoirs adjudicateurs est nécessaire, comme l'adéquation des modalités de mise en concurrence préalable incombe aux entités adjudicatrices (arrêt Parking Brixen, point 36 supra, point 50). Dès lors, le contenu du point 2.1.1., troisième paragraphe, de la communication, tel que contesté par la République fédérale d'Allemagne et la République française, ne crée pas d'obligations spécifiques.

2. *Sur le deuxième grief, tiré de la spécification des obligations de publicité (point 2.2. de la communication)*

a) Arguments des parties

République fédérale d'Allemagne

101 La République fédérale d'Allemagne fait valoir que les obligations découlant du point 2.2. de la communication vont sensiblement au-delà de ce qui ressort de l'inter-

prétation des principes fondamentaux du traité CE par la Cour. Selon la République fédérale d'Allemagne, la Commission a d'abord décidé, au point 2.2. de la communication, que les marchés devaient être attribués conformément aux principes fondamentaux du traité CE, afin de garantir des conditions de concurrence équitables à l'ensemble des soumissionnaires intéressés, et a ensuite déduit de cette obligation générale un certain nombre d'obligations concrètes concernant la publicité de l'intention de passer un marché.

102 La République fédérale d'Allemagne soutient notamment que, selon le point 2.2. de la communication, les États membres doivent décrire l'objet du marché de telle sorte que tous les soumissionnaires potentiels puissent le comprendre de la même manière, tout en garantissant l'égalité d'accès aux opérateurs économiques de tous les États membres. De plus, si elles exigeaient que les soumissionnaires présentent des pièces écrites, les autorités devraient également accepter les documents établis dans d'autres États membres. Les délais accordés devraient être suffisants pour permettre aux soumissionnaires d'autres États membres de les tenir. Enfin, la procédure devrait être transparente pour tous les participants. Ce catalogue de règles serait complété par des dispositions de procédure, à l'attention des États membres souhaitant établir une liste restreinte de candidats invités à soumissionner pour le marché envisagé (point 2.2.2. de la communication), et de normes applicables à la décision d'attribution du marché (point 2.2.3. de la communication).

103 Tandis que l'obligation d'une description non discriminatoire de l'objet du marché figurant dans le premier tiret du catalogue du point 2.2.1. de la communication pourrait éventuellement découler de la jurisprudence de la Cour, dans l'ordonnance Vestergaard, point 38 supra (point 24), les autres obligations figurant au point 2.2.1. de la communication contiendraient des instructions concrètes, lesquelles ne seraient pas tirées du droit communautaire positif. Cela serait confirmé par l'affirmation de la Commission selon laquelle les principes susmentionnés seraient de nature à garantir, dans la pratique, le respect des principes fondamentaux du traité CE (point 1.2. de la communication). Il ne s'agirait donc pas d'une description de la jurisprudence de la Cour, mais bien de nouvelles règles d'attribution des marchés. La République fédérale d'Allemagne conteste ainsi, en substance, les différents moyens énoncés au

point 2.2.1. de la communication, lesquels introduisent, selon elle, de nouvelles obligations.

Parties intervenantes

104 Par rapport à la spécification des obligations de publicité prévue au point 2.2. de la communication, la République d'Autriche fait valoir que certains des aspects qui y sont abordés, tels que l'exigence de délais suffisamment longs et le nombre de candidats inscrits sur la liste restreinte, s'agissant de passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics, visent également à produire de nouveaux effets juridiques contraignants. Or, ces obligations ne pourraient être déduites de la jurisprudence de la Cour.

105 Le Parlement adhère aux conclusions de la République fédérale d'Allemagne concernant le point 2.2. de la communication, mais insiste sur quelques aspects supplémentaires, renforçant ainsi l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne. Selon le Parlement, la Commission établit, dans ce point, des règles détaillées sur le contenu et les délais des appels d'offres, sur une éventuelle procédure de présélection et sur la protection judiciaire.

106 La République de Pologne fait valoir qu'en indiquant les modalités de publicité et le contenu des annonces, et même en instituant des règles concernant les délais de procédure en matière de passation de marchés publics, la Commission ne mentionne aucun arrêt de la Cour au soutien de sa position. Or, de l'avis de la Commission, la communication servirait à interpréter la jurisprudence de la Cour à cet égard. Cela expliquerait pourquoi la déclaration de la Commission selon laquelle la communication résumerait la jurisprudence ne serait pas corroborée par son contenu.

Commission

107 La Commission réfute l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne et des parties intervenantes à l'encontre des critères prévus au point 2.2.1. de la communication. Pour elle, les principes d'égalité d'accès pour les opérateurs économiques de tous les États membres et de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, l'exigence de délais appropriés et celle d'une approche transparente et objective constituent des principes découlant du traité CE. Il ne s'agirait nullement de nouvelles règles sur la passation de marchés, mais bien d'une transposition des règles générales du droit communautaire dans le domaine des marchés publics.

b) Appréciation du Tribunal

108 Le point 2.2. de la communication a pour objet l'« attribution du marché ».

109 À cet égard, le point 2.2.1. de la communication dispose :

« Principes

Dans l'arrêt Telaustria, la [Cour] a déclaré que l'obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adé-

quat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. En pratique, la garantie d'une procédure équitable et impartiale constitue le corollaire nécessaire de l'obligation d'assurer une publicité transparente.

Il résulte de ce qui précède qu'un marché doit être attribué dans le respect des règles et des principes du traité CE afin de garantir des conditions de concurrence équitables à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés par ce marché. En pratique, les meilleurs moyens d'y parvenir sont :

— Une description non discriminatoire de l'objet du marché

La description des caractéristiques requises d'un produit ou d'un service ne doit pas faire référence à une fabrication ou à une provenance déterminée, ni à des procédés particuliers, ni se référer à une marque, un brevet, une origine ou une production déterminés, sauf si une référence de cette nature est justifiée par l'objet du marché et si elle est accompagnée de la mention 'ou équivalent'. En tout état de cause, il est préférable d'utiliser des descriptions plus générales en ce qui concerne l'exécution ou les fonctions.

— L'égalité d'accès pour les opérateurs économiques de tous les États membres

Le cahier des charges ne doit imposer aucune condition entraînant une discrimination directe ou indirecte à l'encontre de soumissionnaires potentiels d'autres États membres, comme l'obligation, pour une entreprise intéressée par

le marché, d'être établie sur le territoire du même État membre ou de la même région que l'entité adjudicatrice.

— La reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres

Si des candidats ou des soumissionnaires sont invités à présenter des certificats, des diplômes ou d'autres types de preuve écrite, les documents provenant d'autres États membres et offrant un niveau équivalent de garantie doivent être acceptés conformément au principe de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres.

— Des délais appropriés

Les délais accordés pour les manifestations d'intérêt ou soumissions d'offres doivent être suffisants pour permettre aux entreprises d'autres États membres de procéder à une évaluation pertinente et d'élaborer leur offre.

— Une approche transparente et objective

Tous les participants doivent pouvoir connaître à l'avance les règles applicables et avoir la certitude que ces règles sont appliquées de la même manière à tous les opérateurs. »

Observations liminaires

110 À titre liminaire, il convient de constater que l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne est fondée sur la prémisse selon laquelle les marchés concernés par la communication ne seraient soumis à aucune obligation générale de transparence découlant du droit communautaire. Force est toutefois de constater que, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus (voir points 68 à 100), cette prémisse est erronée.

111 Le Tribunal observe ensuite que le point 2.2.1. de la communication envisage d'assurer, d'une part, l'obligation de publicité mentionnée au point 2.1. de la communication et, d'autre part, l'attribution du marché dans le respect des règles et des principes du traité CE. Pour cela, la communication s'appuie sur la jurisprudence de la Cour, selon laquelle la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans le cadre d'une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que l'obligation de transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres (voir, en ce sens, s'agissant du stade de la comparaison des offres, arrêts de la Cour du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, Rec. p. I-2043, point 54, et du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Rec. p. I-11617, point 93).

112 En outre, il convient de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement, dont les articles 43 CE et 49 CE sont une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (arrêts de la Cour du 29 octobre 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Rec. p. 3427, point 7, et du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, Rec. p. 4035, point 8), pour faire en sorte que les marchés publics dans les différents États membres soient accessibles à tous les entrepreneurs de la Communauté. Enfin, la Cour a retenu le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires (arrêts de la Cour du 22 juin 1993, Com-

mission/Danemark, C-243/89, Rec. p. I-3353, point 23, et Commission/Belgique, point 111 supra, point 51). Il convient dès lors d'analyser les différents moyens cités au point 2.2.1. de la communication à la lumière de ce qui précède.

Sur le point 2.2.1. de la communication

— Sur le premier tiret du point 2.2.1. de la communication

113 Le premier tiret du point 2.2.1. de la communication prévoit une description non discriminatoire de l'objet du marché. Force est de constater, comme l'admet la République fédérale d'Allemagne elle-même, que cette exigence ressort déjà de l'ordonnance Vestergaard, point 38 supra. En effet, pour l'attribution d'un marché, cet objectif découle du principe d'égalité de traitement, dont les libertés fondamentales sont une expression particulière. C'est ainsi que la Cour, dans sa jurisprudence, a constaté que la légalité d'une clause contenue dans le cahier des charges relatif à un marché qui n'atteint pas le seuil de la directive 93/37 et qui ne relève donc pas du champ d'application de ladite directive doit être appréciée au regard des règles fondamentales du traité CE, dont la libre circulation des marchandises, énoncée à l'article 28 CE, fait partie (ordonnance Vestergaard, point 38 supra, point 21).

114 Par rapport à l'explication donnée au premier tiret du point 2.2.1. de la communication, le Tribunal observe que, selon la jurisprudence, dans le domaine des marchés publics de fournitures, le fait de ne pas ajouter la mention « ou équivalent » après la

désignation, dans le cahier des charges, d'un produit déterminé peut non seulement dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à ce produit de soumissionner à l'appel d'offres, mais aussi entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire, contrairement à l'article 28 CE, en réservant le marché aux seuls soumissionnaires se proposant d'utiliser le produit spécifiquement indiqué (arrêts de la Cour du 22 septembre 1988, Commission/Irlande, 45/87, Rec. p. 4929, point 22 ; du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas, C-359/93, Rec. p. I-157, point 27, et ordonnance Vestergaard, point 38 supra, point 24).

115 Dès lors, le contenu du premier tiret du point 2.2.1 de la communication correspond à l'interprétation, par la Cour, des principes fondamentaux du traité CE.

— Sur le deuxième tiret du point 2.2.1. de la communication

116 En ce qui concerne le deuxième tiret du point 2.2.1. de la communication, à savoir l'égalité d'accès pour les opérateurs économiques de tous les États membres, le Tribunal estime que cet objectif, lequel vise à garantir aux opérateurs économiques, quelle que soit leur origine, l'égalité d'accès aux marchés proposés, découle du respect des principes de liberté d'établissement et de prestation de services ainsi que de libre concurrence (voir, à cet égard, conclusions de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Rec. p. I-73, I-77, point 47, repris dans les conclusions de l'avocat général M. Mischo sous l'arrêt de la Cour du 1er février 2001, Commission/France, C-237/99, Rec. p. I-939, I-941, point 49), et notamment du principe d'égalité de traitement (voir ci-dessus, point 112) dans son expression du principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité posé à l'article 12 CE.

117 Il va de soi que le principe de non-discrimination interdit à un pouvoir adjudicateur d'imposer une condition entraînant une discrimination directe ou indirecte, comme le prévoit le deuxième tiret du point 2.2.1. de la communication. Selon la jurisprudence de la Cour, les conditions générales du cahier des charges doivent respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité CE en matière de droit d'établissement et de libre prestation de services, ainsi que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 9 juillet 1987, CEI et Bellini, 27/86 à 29/86, Rec. p. 3347, point 15, et du 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, points 29 et 30).

118 Par conséquent, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires couvre le contenu exposé aux premier et deuxième tirets du point 2.2.1. de la communication.

— Sur le troisième tiret du point 2.2.1. de la communication

119 Le troisième tiret du point 2.2.1. de la communication introduit le principe de reconnaissance mutuelle, lequel permet d'assurer la libre circulation des marchandises et des services sans qu'il soit nécessaire d'harmoniser les législations nationales des États membres (arrêt de la Cour du 20 février 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Rec. p. 649). À cet égard, il convient de rappeler que les autorités d'un État membre sont tenues de prendre en considération l'ensemble des diplômes, certificats et autres titres, ainsi que l'expérience pertinente de l'intéressé, en procédant à une comparaison entre, d'une part, les compétences attestées par ces titres et cette expérience et, d'autre part, les connaissances et les qualifications exigées par la législation nationale (voir, par analogie, notamment pour l'accès aux professions, arrêts de la Cour du 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Rec. p. I-2357, points 16, 19 et 20 ; du 9 février 1994, Haim, C-319/92, Rec. p. I-425, points 27 et 28 ; du 14 septembre 2000, Hocsman,

C-238/98, Rec. p. I-6623, point 23, et du 22 janvier 2002, Dreessen, C-31/00, Rec. p. I-663, point 24).

120 La Cour a souligné que cette jurisprudence n'est que l'expression jurisprudentielle d'un principe inhérent aux libertés fondamentales du traité CE et que ce principe ne saurait perdre une partie de sa valeur juridique du fait de l'adoption de directives relatives à la reconnaissance mutuelle des diplômes (arrêts Hocsman, point 119 supra, points 24 et 31, et Dreessen, point 119 supra, point 25), et qu'il s'ensuit que les États membres doivent respecter leurs obligations en matière de reconnaissance mutuelle, telles qu'elles résultent de l'interprétation donnée par la Cour aux articles 43 CE et 47 CE (voir, par analogie, notamment pour l'accès aux professions, arrêt Dreessen, point 119 supra, point 27, et la jurisprudence citée). À cet égard, la Cour a déjà jugé que la reconnaissance mutuelle doit permettre aux autorités nationales de s'assurer objectivement que le diplôme étranger atteste chez son titulaire des connaissances et des qualifications sinon identiques, du moins équivalentes à celles attestées par le diplôme national (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 15 octobre 1987, Heylens e.a., 222/86, Rec. p. 4097, point 13).

121 Il en résulte que l'objectif visé par le troisième tiret du point 2.2.1. de la communication ne crée pas de nouvelles obligations pour les États membres.

— Sur le quatrième tiret du point 2.2.1. de la communication

122 En ce qui concerne l'exigence de délais appropriés pour permettre aux entreprises d'autres États membres de procéder à une évaluation pertinente et d'élaborer leur offre, il convient de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter le principe de la libre prestation de services et le principe de non-discrimination, lesquels

visent à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre (arrêts de la Cour du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, point 16 ; du 1er février 2001, Commission/France, point 116 supra, point 41 ; HI, point 76 supra, point 43, et Universale-Bau e.a., point 111 supra, point 51). Leur objectif est d'exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou aux candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs (voir, en ce sens, arrêt Universale-Bau e.a., point 111 supra, point 52, et la jurisprudence citée).

123 Par conséquent, l'objectif du quatrième tiret du point 2.2.1. de la communication, lequel vise à empêcher qu'un pouvoir adjudicateur puisse exclure, par le biais de délais accordés aux soumissionnaires, la participation d'un opérateur économique établi dans un autre État membre, résulte des principes du traité CE, ce qui implique que cette partie de la communication n'introduit pas non plus de nouvelle obligation.

— Sur le cinquième tiret du point 2.2.1. de la communication

124 En ce qui concerne le contenu du cinquième tiret du point 2.2.1. de la communication, le Tribunal estime que, comme l'a déjà souligné la Cour, la garantie du respect des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence vise précisément à faire connaître à tous les soumissionnaires potentiels, avant la préparation de leurs offres, les critères d'attribution auxquels lesdites offres doivent répondre ainsi que l'importance relative de ces critères [à propos de la disposition de l'article 27, paragraphe 2, 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 (JO L 297, p. 1), qui est libellée en des termes substantiellement identiques à ceux de l'article 30, paragraphe 2, de la directive 93/37, voir arrêts Commission/Belgique, point 111 supra, points 88 et 89, et Universale-Bau

e.a., point 111 supra, point 99]. Ainsi, le cinquième tiret du point 2.2.1. de la communication vise à assurer que tous les soumissionnaires potentiels disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leur demande de participation ou de leur offre, conformément à la jurisprudence de la Cour.

125 Au vu de ce qui précède, le Tribunal considère que les moyens de parvenir à des conditions de concurrence équitables énoncés aux différents tirets du point 2.2.1. de la communication servent tant le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de l'obligation de transparence ainsi que le respect de la libre prestation des services pendant l'attribution d'un marché, conformément à la jurisprudence de la Cour (arrêts Commission/Belgique, point 111 supra, point 54, et Universale-Bau e.a., point 111 supra, point 93), et n'introduisent, par conséquent, pas d'obligations nouvelles.

Sur le point 2.2.2. de la communication

126 Le point 2.2.2. de la communication prévoit ce qui suit :

« Limitation du nombre de candidats invités à soumissionner

Les entités adjudicatrices ont la faculté de limiter le nombre de candidats à un niveau approprié, à condition de le faire d'une manière transparente et non discriminatoire. Elles peuvent, par exemple, appliquer des critères objectifs, tels que l'expérience des candidats dans le secteur en cause, la taille et l'infrastructure de leurs activités, leur capacité technique et professionnelle, etc. Elles peuvent même opter pour un tirage

au sort, soit comme seul mécanisme de sélection, soit en combinaison avec d'autres critères. En tout état de cause, le nombre de candidats inscrits sur la liste restreinte doit répondre à la nécessité d'assurer une concurrence suffisante.

Les entités adjudicatrices peuvent également envisager d'appliquer des systèmes de qualification, c'est-à-dire l'établissement d'une liste d'opérateurs qualifiés au moyen d'une procédure suffisamment transparente et ouverte qui aura fait l'objet d'une publicité appropriée. Ultérieurement, lorsqu'il s'agira d'attribuer les marchés individuels relevant du champ d'application du système, l'entité adjudicatrice pourra sélectionner, sur la liste des opérateurs qualifiés et sur une base non discriminatoire (à tour de rôle, par exemple), les opérateurs qui seront invités à présenter une offre. »

127 Le point 2.2.2. de la communication concerne la limitation du nombre de candidats invités à soumissionner à un niveau approprié et accorde aux entités adjudicatrices, à titre d'exemple, de recourir à certaines modalités et possibilités, à condition de le faire d'une manière transparente et non discriminatoire et dans le but d'assurer une concurrence suffisante. Ledit point de la communication demande notamment d'appliquer des critères objectifs et d'appliquer une procédure suffisamment transparente et ouverte qui aura fait l'objet d'une publicité appropriée.

128 À cet égard, force est de constater que ces exigences sont en complète adéquation avec les principes du traité CE et la jurisprudence de la Cour. Elles découlent notamment de la jurisprudence de la Cour selon laquelle la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou

de leurs offres (voir, en ce sens, s'agissant du stade de la comparaison des offres, arrêts Commission/Belgique, point 111 supra, point 54, et Universale-Bau e.a., point 111 supra, point 93).

Sur le point 2.2.3. de la communication

129 Le point 2.2.3. de la communication est ainsi libellé :

« Décision d'attribution du marché

Il importe que la décision définitive d'attribution du marché soit conforme aux règles procédurales fixées à l'origine et que les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement soient pleinement respectés. Cet aspect est particulièrement important dans le cas des procédures prévoyant une négociation avec les soumissionnaires inscrits sur une liste restreinte. Les négociations doivent être organisées de telle façon que tous les soumissionnaires aient accès au même volume d'informations et de manière à exclure l'octroi d'avantages injustifiés à un soumissionnaire déterminé. »

130 Le point 2.2.3 de la communication prévoit que la décision définitive d'attribution du marché doit respecter les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Cet objectif, ainsi que son contenu, ne va pas plus loin que les principes sur lesquels s'appuie ledit point.

131 Il résulte de ce qui précède que le catalogue de moyens énoncé au point 2.2. de la communication concernant l'attribution d'un marché vise à assurer, conformément à la jurisprudence de la Cour, le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels, celui de l'obligation de transparence ainsi que celui des principes de libre prestation des services (arrêts Commission/Belgique, point 111 supra, point 54, et Universale-Bau e.a., point 111 supra, point 93) et de libre concurrence (arrêt du 1er février 2001, Commission/France, point 116 supra, point 49), et ne crée donc pas de nouvelles obligations susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

3. *Sur le troisième grief, tiré des dérogations à la publicité préalable (point 2.1.4. de la communication)*

a) Arguments des parties

132 La République fédérale d'Allemagne soutient que la Commission a établi de nouvelles obligations juridiques en transposant le régime d'exception prévu dans les directives marchés publics pour les marchés de gré à gré aux marchés se situant en deçà des seuils d'application, et ce au point 2.1.4. de la communication, alors même que l'application des exceptions prévues par les directives marchés publics serait subordonnée au franchissement desdits seuils.

133 En outre, la République fédérale d'Allemagne conteste l'argument de la Commission selon lequel, en étendant les dérogations à l'obligation de publicité prévues dans les directives marchés publics aux marchés publics ne relevant pas du champ d'application de ces directives, elle ne ferait que procéder à une analogie licite, justifiant cette interpréta-

tion des principes fondamentaux du traité CE. En effet, selon la République fédérale d'Allemagne, pour que cette analogie soit licite, il aurait fallu être en présence d'un vide législatif, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, car, en adoptant des seuils, le législateur aurait expressément décidé de ne pas appliquer ces exigences de publicité à certains marchés.

134 La République fédérale d'Allemagne a précisé, lors de l'audience, que, selon elle, les dérogations prévues au point 2.1.4. de la communication sont exclusives et que, dès lors, d'autres dérogations sont impossibles. La communication comporterait alors une conception très stricte et exclusive des dérogations possibles, contraire en cela à la jurisprudence constante de la Cour sur les libertés fondamentales, comme la justification possible d'un traitement différencié par des circonstances objectives. En combinaison avec son point 2.1.1., la communication introduirait ainsi une obligation de publicité préalable inconditionnelle et exclurait toute autre forme de transparence.

135 Selon la République fédérale d'Allemagne, le libellé du point 2.1.4. de la communication, notamment dans sa dernière phrase, établit clairement un lien avec les dérogations relevant des directives marchés publics, et limite ainsi les exceptions à l'obligation de publicité préalable à ces dérogations. Dès lors, d'autres exceptions résultant du droit primaire seraient exclues par la communication. Cette conception exclusive des dérogations serait contraire à l'arrêt SECAP, point 42 supra, lequel prévoirait que d'autres dérogations pourraient être prises en considération.

136 Par rapport aux dérogations au principe de publicité préalable prévues au point 2.1.4. de la communication, le Parlement fait valoir que la Commission étend les dérogations prévues par les directives marchés publics en ce qui concerne la procédure négociée de gré à gré aux marchés dont le montant est inférieur aux seuils d'application de ces directives. Il serait particulièrement clair, dans cet exemple, que la Commission aurait établi dans sa communication des règles autonomes sur la passation de marchés, sans

tenir compte du fait que les conditions préalables à une telle analogie, c'est-à-dire une omission involontaire du législateur située en dehors du champ d'application des directives marchés publics, ne seraient pas réunies en l'espèce.

137 La Commission soutient que l'analogie proposée dans la communication, consistant à étendre les dérogations à l'obligation de publicité prévues dans les directives marchés publics aux marchés non visés par ces directives, ne fait que refléter l'interprétation des principes fondamentaux du traité CE proposée par la Commission et ne fixerait pas de règle de droit. De plus, la Commission est d'avis que le point 2.1.4. de la communication n'est pas restrictif, mais indique, au contraire, seulement les dérogations les plus importantes d'une manière non exhaustive. En prenant position sur le point spécifique consistant à appliquer des dérogations à l'obligation de publicité préalable prévues dans les directives marchés publics aux marchés visés par la communication, la Commission n'aurait pas voulu considérer qu'aucune autre exception à l'obligation de publicité préalable, conciliable avec les principes susmentionnés, ne serait admissible.

b) Appréciation du Tribunal

138 Selon son titre, le point 2.1.4. de la communication s'applique aux « [p]rocédures sans publicité préalable ». Ledit point dispose :

« Les directives '[m]archés publics' prévoient des dérogations spécifiques qui autorisent, dans certaines conditions, des procédures sans publicité préalable. Les cas les plus importants concernent les situations d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles et les marchés dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un opérateur économique déterminé.

La Commission estime que les dérogations pertinentes peuvent être appliquées aux marchés non visés par les directives. Aussi les entités adjudicatrices peuvent-elles attribuer ces marchés sans publicité préalable, à condition de respecter les conditions énoncées dans les directives pour l'une de ces dérogations. »

139 Le Tribunal considère d'abord que, contrairement à ce que fait valoir la République fédérale d'Allemagne, le point 2.1.4. de la communication n'exclut nullement la possibilité d'existence d'autres dérogations à l'obligation de publicité préalable. En effet, ainsi que le rappellent, d'ailleurs, les points 1.1. et 1.2. de la communication, les États membres ainsi que leurs entités adjudicatrices sont tenus de se conformer aux règles et aux principes énoncés dans le traité CE. Dans la mesure, donc, où ces règles et ces principes impliquent des exceptions à l'obligation de publicité préalable, de telles exceptions peuvent être invoquées de plein droit par les États membres ou les entités adjudicatrices passant un marché public visé par la communication.

140 À cet égard, il convient notamment de relever que, si l'État membre ou l'entité adjudicatrice peuvent invoquer une disposition du traité CE qui exclut de manière générale l'application du droit primaire, telle que l'article 86, paragraphe 2, CE ou les articles 296 CE ou 297 CE, ou si un motif justificatif expressément prévu dans ledit traité s'applique (voir, à titre d'exemples, l'ordre public et la santé, résultant des articles 46 CE et 55 CE, et l'autorité publique, résultant des articles 45 CE et 55 CE) ou si les conditions d'un motif de justification reconnu par la jurisprudence sont remplies (voir, pour un motif impératif d'intérêt général, arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Espagne, C-158/03, non publié au Recueil, point 35, et la jurisprudence citée), les principes du traité CE ne sont pas affectés. Par conséquent, dans de tels cas, l'obligation de publicité prévue par la communication, résultant des principes dudit traité, ne s'applique pas à la passation d'un marché public.

141 En outre, il importe de souligner que le point 2.1.4. de la communication vise seulement à permettre aux entités adjudicatrices d'invoquer les dérogations à l'obligation de publicité prévues dans les directives marchés publics, dans le respect des conditions d'une telle invocation prévues dans lesdites directives, et ce alors même que ces

directives ne sont pas applicables aux marchés publics concernés par la communication. Ainsi qu'il a été relevé dans les conclusions de l'avocat général M. Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 27 octobre 2005, Commission/Italie (C-525/03, Rec. p. I-9405, I-9407, points 46 à 49), lorsqu'une dérogation aux directives marchés publics est expressément autorisée, que les conditions de cette dérogation sont remplies et qu'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication est donc justifiée, alors il ne saurait exister d'obligation de publicité. Dès lors, les principes qui découlent du traité CE ne sauraient imposer une obligation de publicité, lorsque les directives prévoient expressément une dérogation, sinon cette dérogation serait inutile (voir également, en ce sens, conclusions de l'avocat général M[me] Stix Hackl sous l'arrêt Coname, point 36 supra, Rec. p. I-7289, point 93).

142 Il s'ensuit que, loin de créer de nouvelles obligations à la charge des États membres, le point 2.1.4. de la communication leur est plutôt favorable, en ce sens qu'il leur permet, dans l'hypothèse où les conditions de son application seraient réunies, de ne pas respecter l'obligation de publicité préalable.

143 En ce qui concerne l'argument de la République fédérale d'Allemagne tiré de l'arrêt SECAP, point 42 supra (voir ci-dessus, point 135), force est de constater que cet argument est fondé sur une prémisse erronée, puisque le point 2.1.4. de la communication n'exclut pas d'autres possibilités de dérogation.

4. *Sur le quatrième grief, tiré de la procédure en manquement (point 1.3. de la communication)*

a) Arguments des parties

144 La République fédérale d'Allemagne, soutenue par les parties intervenantes, fait enfin valoir que l'annonce faite par la Commission au point 1.3. de la communication, selon

laquelle elle engagerait une procédure d'infraction en cas de non-respect de la procédure prévue, montre que ce texte est destiné à produire des obligations à la charge des États membres. Cela serait confirmé par la procédure d'infraction nº 2005/4043 à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne concernant la passation d'un marché II B qui n'aurait pas fait l'objet d'une publicité préalable : la communication y serait citée comme s'il s'agissait d'une base juridique complémentaire. De plus, la Commission aurait déjà mené des procédures d'infraction contre quelques États membres pour faire appliquer les principes désormais formulés dans la communication pour les marchés ne relevant pas du champ d'application des directives marchés publics. À cet égard, la République fédérale d'Allemagne cite les affaires ayant donné lieu aux arrêts Commission/Finlande, point 39 supra, et du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, point 57 supra. Par conséquent, la production d'effets juridiques de la communication résulterait de son point 1.3. et de sa liaison avec la procédure en manquement.

145 En outre, selon la République fédérale d'Allemagne, les effets de la communication résultant de son point 1.3. ne sont pas seulement d'ordre informatif, mais dictent également des règles de comportement et sont donc juridiques. Cela serait reconnu par la Commission, selon laquelle la communication aurait pour effet d'établir une ligne de conduite. Un effet contraignant de la communication résulterait alors de l'intention annoncée de la Commission de fonder sa pratique en matière de procédure en manquement sur la communication.

146 De plus, par rapport au point 1.3. de la communication, le Parlement soutient que la Commission, en tant qu'auteur de la communication, occupe en même temps la position d'organe exécutif central de la Communauté et celle de gardienne des traités. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs des États membres devraient donc se conformer au contenu de la communication pour éviter un recours en manquement, pour lequel la Commission se fonderait sur les règles établies dans sa propre communication.

147 La République de Pologne ajoute qu'il faudrait s'attendre à ce que les lignes directrices figurant dans la communication servent de point de référence aux auditeurs de la Commission contrôlant les procédures de passation de marchés publics cofinancées

par le budget de l'Union européenne et incluant les mesures structurelles. Dans le cas d'éventuelles irrégularités des procédures menées par rapport aux lignes directrices figurant dans la communication, les auditeurs seraient enclins à refuser la qualification de frais à récupérer à partir des crédits communautaires. De cette façon, en dépit de l'affirmation inscrite au début de la communication, les recommandations qui y figurent seraient appliquées « comme du droit ». Or, eu égard à l'importance de l'aide financière du budget de l'Union européenne en Pologne, cette attitude des auditeurs serait une circonstance suffisante pour que les recommandations soient considérées comme contraignantes.

148 Contrairement à l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne, selon laquelle un effet juridique résulterait du point 1.3. de la communication, la Commission fait valoir que la possible incidence de la communication sur la politique de la Commission en matière de manquement ne serait pas créateur d'effets juridiques à l'égard des tiers, mais n'aurait de conséquences que pour la Commission elle-même. En effet, la Commission n'aurait pas le pouvoir de déterminer, par la politique qu'elle applique dans les procédures en manquement, les obligations incombant aux États membres. Ce ne serait qu'au stade de la Cour, dans le cadre d'une procédure en manquement, que la portée des droits et des obligations des États membres est établie d'une manière juridiquement contraignante.

b) Appréciation du Tribunal

149 Le dernier paragraphe du point 1.3. de la communication dispose :

« Quand la Commission aura connaissance d'une violation potentielle des normes fondamentales applicables à la passation des marchés non couverts par les directives '[m]archés publics', elle appréciera l'intérêt que présente le marché en question pour le marché intérieur en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. Elle

n'engagera de procédures d'infraction en application de l'article [226 CE] que dans les cas où elle le jugera approprié au regard de la gravité de l'infraction et de ses répercussions sur le marché intérieur. »

150 À cet égard, il convient de relever que l'engagement, par la Commission, d'une procédure en manquement en application de l'article 226 CE à l'encontre d'un État membre est tout à fait possible dans l'hypothèse où ledit État ne respecterait pas les obligations résultant pour les entités adjudicatrices des États membres, lors de la passation des marchés publics, des règles et des principes énoncés dans le traité CE. Par conséquent, le seul fait que le point 1.3. de la communication évoque la possibilité de l'engagement d'une telle procédure ne prouve nullement, contrairement à ce que fait valoir la République fédérale d'Allemagne, que ladite communication créerait de nouvelles obligations à la charge des États membres lors de la passation des marchés publics et serait donc un acte produisant des effets juridiques obligatoires.

151 S'il est, certes, vrai que ce point de la communication peut révéler à un État membre qu'il court un risque réel de se voir confronter à une procédure en manquement en cas de non-respect de ses obligations découlant du droit communautaire primaire et rappelées dans la communication, cela constitue une simple conséquence de fait et non pas un effet juridique contraignant (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 11 novembre 1981, IBM/Commission, 60/81, Rec. p. 2639, point 19, et du 1er décembre 2005, Italie/Commission, C-301/03, Rec. p. I-10217, point 30).

152 L'argumentation invoquée par la République fédérale d'Allemagne est d'autant plus inopérante que l'ouverture d'une procédure en manquement en vertu de l'article 226 CE ne constitue pas un acte ayant un effet contraignant ou obligatoire. Dans le cadre de ladite procédure, la partie de celle-ci précédant la saisine de la Cour constitue une phase précontentieuse destinée à inviter l'État membre à se conformer à ses obligations, la Commission n'énonçant son opinion par voie d'avis qu'après avoir mis l'État membre en mesure de présenter ses observations. Cette phase précontentieuse ne comporte, selon la jurisprudence de la Cour, aucun acte de la Commission revêtu

de force obligatoire (arrêt de la Cour du 1er mars 1966, Lütticke e.a./Commission, 48/65, Rec. p. 27, 39).

153 En outre, selon le système des articles 226 CE à 228 CE, la détermination des droits et des obligations des États membres ainsi que le jugement de leur comportement ne peuvent résulter que d'un arrêt de la Cour (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 27 mai 1981, Essevi et Salengo, 142/80 et 143/80, Rec. p. 1413, points 15 et 16, et du 29 septembre 1998, Commission/Allemagne, C-191/95, Rec. p. I-5449, point 45). Il s'ensuit que, contrairement à l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne, seul un arrêt de la Cour peut avoir en la matière un effet contraignant.

154 Par conséquent, l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne et des parties intervenantes, tirée d'un effet contraignant qui résulterait de l'engagement d'une procédure en manquement en cas de non-respect de la procédure prévue par la communication, doit être rejetée.

155 Ce résultat ne serait pas remis en cause par l'argument de la République fédérale d'Allemagne tiré du point 6 des conclusions de l'avocat général M. Tesauro sous l'arrêt du 16 juin 1993, France/Commission, point 28 supra (Rec. p. I-3292), lequel serait en faveur de la reconnaissance expresse d'effets juridiques contraignants résultant de la menace d'ouverture d'une procédure d'infraction.

156 Or, à la différence du cas d'espèce, la Commission n'avait jamais, au cours de toute la procédure à l'origine de l'arrêt du 16 juin 1993, France/Commission, point 28 supra, mis en doute la portée obligatoire de l'acte en cause. Partant de cette hypothèse, l'avocat général M. Tesauro a interprété l'ouverture d'une procédure en manquement comme un indice supplémentaire pour proposer à la Cour de ne pas déclarer

le recours d'office irrecevable, mais d'examiner son contenu (conclusions de l'avocat général M. Tesauro sous l'arrêt du 16 juin 1993, France/Commission, point 28 supra, point 6). De plus, il convient de relever que la Cour, n'a pas, dans ledit arrêt, repris ce raisonnement, sur lequel s'appuie l'argument de la République fédérale d'Allemagne.

157 Au vu des constatations faites aux points 150 à 153 ci-dessus, l'argument de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume des Pays-Bas et de la République de Pologne visant à établir une autolimitation de la part de la Commission par la communication, doit également être rejeté comme étant, à tout le moins, inopérant. Il ressort au surplus du libellé du point 1.3. de la communication que la Commission n'envisage pas d'ouvrir une procédure en manquement dans tous les cas de manquement dont elle aura connaissance, mais qu'elle ouvrira une procédure en manquement compte tenu des circonstances propres à chaque cas et se laissera guider par deux critères principaux, la gravité de l'infraction et les répercussions de l'infraction sur le marché intérieur.

158 En ce qui concerne enfin l'argument de la République fédérale d'Allemagne selon lequel la Commission se référerait à la communication comme à un acte législatif et aurait déjà mené plusieurs procédures d'infraction pour faire appliquer les principes de celle-ci, force est de constater qu'il ne saurait être retenu.

159 En ce qui concerne la procédure d'infraction nº 2005/4043, invoquée par la République fédérale d'Allemagne, il convient de constater que la Commission se réfère, en effet, au point 7 de l'avis motivé, à la communication. Toutefois, contrairement à ce que prétend la République fédérale d'Allemagne, la communication n'y figure pas en tant que base légale, mais à la fin dudit point en tant que simple référence entre parenthèses. Le dispositif de l'avis motivé se base sur les articles 43 CE et 49 CE ainsi que sur les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

160 Il en va de même pour les deux affaires invoquées par la République fédérale d'Allemagne ayant donné lieu aux arrêts Commission/Finlande, point 39 supra, et du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, point 57 supra. À cet égard, il convient de noter que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/Finlande, point 39 supra, la Cour avait déclaré le recours de la Commission irrecevable, étant donné qu'en fondant le recours sur certaines règles fondamentales du traité CE et, en particulier, sur le principe de non-discrimination, qui implique l'obligation de transparence, la Commission n'avait pas apporté d'éléments suffisants pour permettre à la Cour d'appréhender exactement la portée de la violation du droit communautaire reprochée à l'État membre (arrêt Commission/Finlande, point 39 supra, point 32). Par rapport à l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, point 57 supra, force est de constater qu'il découle de cet arrêt qu'une publicité ex post ne saurait garantir une publicité adéquate et que cet arrêt confirme l'existence d'une obligation de publicité préalable, ce qui a été reconnu par la République fédérale d'Allemagne lors de l'audience.

161 S'agissant de l'argument avancé par la République de Pologne selon lequel la communication aurait pour effet de révéler aux États membres qu'ils courent un risque de voir refuser au financement communautaire certaines dépenses effectuées, force est de constater qu'il s'agit, encore une fois, d'une simple conséquence de fait et non pas d'un effet juridique contraignant de ladite communication (voir point 151 ci-dessus).

162 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la communication ne comprend pas de nouvelles règles de passation des marchés publics allant au-delà des obligations découlant du droit communautaire existant. Dans ces conditions, il ne saurait être considéré que la communication produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter la situation juridique de la République fédérale d'Allemagne et des parties intervenantes, et le recours doit donc être rejeté comme irrecevable.

Sur les dépens

163 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La République fédérale d'Allemagne ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens de la Commission, conformément aux conclusions de cette dernière.

164 Aux termes de l'article 87, paragraphe 4, premier alinéa, du règlement de procédure, les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs dépens. En l'espèce, les parties intervenues au soutien de la République fédérale d'Allemagne supporteront leurs propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre)

déclare et arrête :

1) Le recours est rejeté comme irrecevable.

2) La République fédérale d'Allemagne supportera ses propres dépens ainsi que ceux exposés par la Commission européenne.

3) **La République française, la République d'Autriche, la République de Pologne, le Royaume des Pays-Bas, le Parlement européen, la République hellénique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord supporteront leurs propres dépens.**

Vilaras Prek Ciucă

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 20 mai 2010.

Signatures

Table des matières

Faits à l'origine du litige ..... II - 2036

Procédure ..... II - 2039

Conclusions des parties ..... II - 2041

Sur la recevabilité ..... II - 2042

A — Observations liminaires ..... II - 2042

B — Sur le contenu de la communication ..... II - 2045

1. Sur le premier grief, tiré de l'existence d'une obligation de publicité préalable (point 2.1.1. de la communication) ..... II - 2046

a) Arguments des parties ..... II - 2046

République fédérale d'Allemagne ..... II - 2046

Parties intervenantes ..... II - 2050

Commission ..... II - 2055

b) Appréciation du Tribunal ..... II - 2056

2. Sur le deuxième grief, tiré de la spécification des obligations de publicité (point 2.2. de la communication) ..... II - 2069

a) Arguments des parties ..... II - 2069

République fédérale d'Allemagne ..... II - 2069

Parties intervenantes ..... II - 2071

Commission ..... II - 2072

b) Appréciation du Tribunal ..... II - 2072

Observations liminaires ..... II - 2075

Sur le point 2.2.1. de la communication ..... II - 2076

— Sur le premier tiret du point 2.2.1. de la communication ..... II - 2076

— Sur le deuxième tiret du point 2.2.1. de la communication ..... II - 2077

— Sur le troisième tiret du point 2.2.1. de la communication ..... II - 2078

— Sur le quatrième tiret du point 2.2.1. de la communication..... II - 2079

— Sur le cinquième tiret du point 2.2.1. de la communication ..... II - 2080

Sur le point 2.2.2. de la communication ..... II - 2081

Sur le point 2.2.3. de la communication ..... II - 2083

3. Sur le troisième grief, tiré des dérogations à la publicité préalable (point 2.1.4. de la communication) ..... II - 2084

a) Arguments des parties ..... II - 2084

b) Appréciation du Tribunal..... II - 2086

4. Sur le quatrième grief, tiré de la procédure en manquement (point 1.3. de la communication)..... II - 2088

a) Arguments des parties ..... II - 2088

b) Appréciation du Tribunal..... II - 2090

Sur les dépens ..... II - 2095