CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 13 juin 2002 [1]

1. Par le présent recours, la Commission des Communautés européennes entend faire constater que le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1er et 2 de la directive 89/665/CEE [2]. Elle lui reproche, en substance, de ne pas avoir correctement et complètement transposé lesdits articles dans son ordre juridique interne parce que les mesures nationales de transposition excluent:

— a priori de leur champ d'application les organismes publics ayant un statut privé;

— l'introduction de recours contre certaines décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs durant la procédure de passation des marchés publics, et

— la possibilité de prendre tout type de mesures conservatoires utiles à l'égard des décisions adoptées par les pouvoirs adjudicateurs, en subordonnant l'adoption de pareilles mesures à l'introduction préalable d'un recours au fond contre l'acte illégal.

I — Le cadre juridique

La réglementation communautaire

2. La directive 89/665 vise à garantir l'application effective des directives en matière de marchés publics [3], et notamment de la directive 71/305/CEE [4], abrogée et remplacée par la directive 93/37/CEE [5], de la directive 77/62/CEE [6], abrogée et remplacée par la directive 93/36/CEE [7], ainsi

1 — Langue originale: le français.

2 — Directive 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, ci-après, autrement nommée, la «directive recours»).

3 — Voir premier, troisième et quatrième considérants.

4 — Directive du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5).

5 — Directive du Conseil, du 14 juin 1993 (JO L 199, p. 54).

6 — Directive du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1).

7 — Directive du Conseil, du 14 juin 1993 (JO L 199, p. 1).

que de la directive 92/50/CEE [8]. Les directives 92/50, 93/36 et 93/37 ont pour objet de coordonner les procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les États membres.

3. L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665, tel que modifié par l'article 41 de la directive 92/50, dispose:

«Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/CEE et 92/50/CEE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2, paragraphe 7 [9], au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.»

4. L'article 2, paragraphe 1, de la directive recours précise que:

«Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant:

a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document, se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation.»

8 — Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1). Les directives 92/50, 93/36 et 93/37 seront autrement nommées ci-après les «directives procédures» ou encore les «directives procédures opérant dans les secteurs dits 'traditionnels'» (sur le sens de cette dernière expression, voir point 48 des présentes conclusions).

9 — Selon cette disposition, «[l]es États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace».

5. Aux termes de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665, «[l]orsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel [...]».

6. La notion de «pouvoirs adjudicateurs» est définie dans les directives 92/50, 93/36 et 93/37.

7. Aux termes de l'article 1er, sous b), de la directive 93/37, dont le contenu est en substance identique à celui de l'article 1er, sous b), des directives 92/50 et 93/36, par «pouvoirs adjudicateurs», il faut comprendre:

«[...] l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

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

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

et

— doté de la personnalité juridique

et

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

La réglementation nationale

8. Le champ d'application ratione personae de la législation espagnole en matière de marchés publics est défini à l'article 1er de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas [10], qui inclut toutes les administrations publiques territoriales, qu'il s'agisse de l'administration de l'État ou des administrations des communautés autonomes et des collectivités locales. Ledit article prévoit au paragraphe 3 que:

«Devront également exercer leur activité de passation des marchés conformément à la présente loi les organismes autonomes dans tous les cas et les autres entités de droit public dotées d'une personnalité juridique propre, liées à une administration publique ou dépendant d'elle, qui répondent aux critères suivants:

a) avoir été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;

b) être des entités dont soit l'activité est financée majoritairement par les administrations publiques ou d'autres entités de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces dernières, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par les administrations publiques et d'autres entités de droit public.»

9. La sixième disposition additionnelle de la loi n° 13/1995, intitulée «Principes de passation des marchés dans le secteur public», est libellée comme suit:

«Les sociétés commerciales dans le capital desquelles les administrations publiques ou leurs organismes autonomes, ou des entités de droit public, détiennent une participation, directe ou indirecte, majoritaire respectent, dans leur activité de passation de marchés, les principes de publicité et de concurrence, sauf si la nature de l'opération à réaliser est incompatible avec ces principes.»

10. Depuis l'introduction du présent recours, le royaume d'Espagne a adopté une nouvelle version codifiée de la loi susmentionnée [11], qui ne fait que réunir et ordonner les dispositions antérieures, sans en modifier la substance.

10 — BOE n° 119, du 19 mai 1995, p. 14601, ci-après la «loi n° 13/1995».

11 — Il s'agit du Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n° 148, du 21 juin 2000, p. 21775).

11. En ce qui concerne les recours administratifs, l'article 107 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, telle que modifiée par la Ley 4/1999 [12], énonce que sont susceptibles de recours direct:

«[...] les actes de procédure, s'ils tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure, entraînent l'impossibilité de se défendre, ou causent des préjudices irréparables à des droits ou intérêts légitimes [...]»

12. Pour ce qui est du recours contentieux administratif, l'article 25, paragraphe 1, de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [13] (loi sur les juridictions administratives), s'exprime en des termes identiques à ceux de la loi nº 30/1992, en disposant que:

«Le recours de contentieux administratif est recevable à l'égard des dispositions de caractère général et des actes explicites et implicites de l'administration publique qui mettent fin à la voie administrative, qu'ils soient définitifs ou de procédure, s'ils tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure, entraînent l'impossibilité de se défendre ou causent des préjudices irréparables à des droits ou intérêts légitimes.»

13. L'article 111 de la loi nº 30/1992, dispose, sous le titre «Sursis à exécution»:

«1. Sauf disposition contraire, l'introduction d'un recours ne suspendra pas l'exécution de l'acte attaqué.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe précédent, l'organe chargé de statuer sur le recours pourra, après une mise en balance suffisamment motivée du préjudice que la suspension causerait à l'intérêt public ou à des tiers et du préjudice causé à la partie requérante par la prise d'effet immédiate de l'acte attaqué, surseoir, d'office ou à la demande de la partie requérante, à l'exécution de l'acte contesté dans l'un de cas suivants:

a) L'exécution est susceptible de causer des préjudices irréparables ou difficilement réparables.

b) La contestation est fondée sur l'une des causes de nullité de plein droit [...].

12 — BOE nº 12, du 14 janvier 1999, p. 1739 (ci-après la «loi nº 30/1992»).

13 — BOE nº 167, du 14 juillet 1998, p. 23516 (ci-après la «loi nº 29/1998»).

3. À défaut pour l'organe compétent d'avoir rendu une décision expresse sur la demande de sursis à l'exécution de l'acte entrepris à l'expiration d'un délai de 30 jours à compter de l'inscription de la demande au rôle, le sursis sera réputé accordé.»

14. Les articles 129 et suivants de la loi n° 29/1998 instaurent un système d'adoption rapide de mesures conservatoires. Selon l'article 129, paragraphe 1:

«Les intéressés pourront demander, à n'importe quel stade de la procédure, l'adoption de toutes mesures susceptibles de garantir l'exécution de l'arrêt.»

15. L'article 136 de ladite loi dispose:

«1. Dans les cas visés aux articles 29 et 30, la mesure conservatoire sera prise, sauf s'il apparaît à l'évidence que les situations prévues dans lesdits articles ne sont pas réunies ou que la mesure perturbe gravement les intérêts généraux ou de tiers, que le juge appréciera de façon circonstanciée.

2. Dans les cas visés au paragraphe précédent, les mesures pourront également être demandées avant l'introduction du recours, la demande étant instruite conformément aux dispositions de l'article précédent. Dans ce cas, l'intéressé devra en demander la confirmation lors de l'introduction du recours qui devra obligatoirement avoir lieu dans un délai de dix jours à compter de la notification de l'adoption des mesures conservatoires [...].

Si le recours n'est pas formé, les mesures accordées seront automatiquement sans effet, et le demandeur sera tenu d'indemniser les dommages et préjudices causés par la mesure conservatoire.»

16. Les articles 29 et 30 de la loi n° 29/1998 visent: a) les cas où l'administration est tenue, en vertu d'une disposition, d'un contrat ou d'un acte, de réaliser une prestation concrète en faveur d'une ou de plusieurs personnes déterminées; b) les cas où l'administration n'exécute pas ses actes définitifs, ou c) la voie de fait.

II — Le cadre procédural

A — *La phase précontentieuse*

17. Par lettre du 18 décembre 1991, le gouvernement espagnol a communiqué à la Commission les textes des lois en vigueur qui, selon lui, assuraient la transposition en

droit national de la directive 89/665, à savoir la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (loi sur les juridictions administratives) du 27 décembre 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo (code de procédure administrative) du 18 juillet 1958, la Ley de Contratos del Estado (loi relative aux marchés publics) et la Constitution espagnole.

18. À la suite de différents échanges, courant 1994, entre les services de la Commission et les autorités espagnoles sur la conformité des textes nationaux avec les dispositions communautaires, estimant que les réponses données par lesdites autorités n'étaient pas satisfaisantes, la Commission a notifié au gouvernement espagnol, le 29 mai 1996, une lettre de mise en demeure.

19. Dans cette lettre, la Commission reproche aux mesures de transposition espagnoles ce qui suit:

— leur champ d'application personnel ne coïnciderait pas avec celui de la directive recours;

— les actes dits «de procédure» ne pourraient faire l'objet d'un recours direct que dans des cas exceptionnels, et

— la suspension d'un acte administratif illégal serait subordonnée à l'introduction d'un recours au fond contre celui-ci.

20. Le 9 octobre 1996, en réponse à la lettre de mise en demeure, le gouvernement espagnol a fait valoir, au sujet du premier point, que la loi n° 13/1995 contenait une transcription littérale de la notion d'«organisme de droit public» visée par les directives 92/50, 93/36 et 93/37. Sur les deux autres points, il a rappelé les cas dans lesquels un acte de procédure peut faire l'objet d'un recours direct et a insisté sur l'exigence légale de former au préalable un recours au fond contre la décision illégale pour pouvoir suspendre cette décision.

21. Malgré les différents échanges qui ont eu lieu courant 1998, les autorités espagnoles et la Commission ont maintenu leurs positions respectives sur les premier et troisième griefs — tenant au champ d'application et aux mesures provisoires. S'agissant du deuxième grief — tiré de la mauvaise transposition de la notion d'«actes attaquables» —, lesdites autorités ont fait savoir à la Commission, le 14 janvier 1999, que la nouvelle loi sur les juridictions administratives modifiait partiellement le régime applicable aux actes de procédure.

22. Le 2 février 1999, les autorités espagnoles ont communiqué officiellement à la Commission les lois n^{os} 29/1998 et 4/1999.

23. Estimant que ces nouveaux textes ne lui permettaient toujours pas de conclure que le royaume d'Espagne avait mis fin aux manquements qui lui étaient reprochés dans la lettre de mise en demeure, la Commission lui a adressé, le 25 août 1999, un avis motivé. Dans cet avis, elle réitérait la teneur de la lettre de mise en demeure et invitait le gouvernement espagnol à adopter les mesures nécessaires pour s'y conformer dans un délai de deux mois à compter de sa notification.

24. En réponse à l'avis motivé, le 8 novembre 1999, le gouvernement espagnol a contesté les manquements invoqués et a réfuté l'analyse de la Commission.

25. Considérant que la réponse ainsi donnée ne lui permettait pas de conclure que le royaume d'Espagne s'était conformé aux obligations résultant des dispositions de la directive recours, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

B — *Les conclusions des parties*

26. Le recours de la Commission a été enregistré au greffe de la Cour le 30 mai 2000.

27. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

«1) constater que, en omettant de prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions des articles 1er et 2 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, et notamment en omettant:

— d'étendre le système de recours garantis par ladite directive aux décisions prises par tous les pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'article 1er, paragraphe 1, des directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE, y compris les sociétés de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dotées de la personnalité juridique, dont soit l'activité est financée majoritairement par les administrations publiques ou d'autres entités de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de celles-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par les administrations publiques ou d'autres entités de droit public;

— de permettre l'introduction de recours contre toutes les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, y compris tous les actes de procédure, durant la procédure de passation d'un marché public;

— de prévoir la possibilité de prendre tout type de mesures conservatoires utiles à l'égard des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, y compris les mesures visant à permettre la suspension d'une décision administrative en éliminant à cet effet les difficultés et obstacles de toute nature et, notamment, la nécessité d'introduire préalablement un recours contre la décision du pouvoir adjudicateur,

le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire;

2) condamner le royaume d'Espagne aux dépens.»

28. Le royaume d'Espagne conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

«— rejeter le recours et

— condamner la Commission aux dépens.»

III — Sur le premier moyen relatif à la transposition incorrecte du champ d'application ratione personae de la directive recours (violation de l'article 1er, paragraphe 1, de ladite directive)

A — *Arguments des parties*

1) Les arguments de la Commission

29. La Commission reproche au royaume d'Espagne d'avoir considéré à tort que les entités de droit privé étaient exclues a priori du champ d'application personnel de la directive recours.

30. La Commission rappelle que, lorsqu'ils transposent les directives communautaires en droit national, les États membres sont tenus de respecter le sens des termes et des notions qui y figurent, afin de garantir l'uniformité d'interprétation et d'application des textes dans les différents États membres.

31. Par conséquent, les autorités espagnoles sont tenues de donner à l'expression «organisme de droit public», utilisée dans les directives procédures, le sens qu'elle a en droit communautaire. Selon la Commission, les directives 92/50, 93/36 et 93/37 ne font aucune mention du régime, public ou privé, sous lequel les organismes de droit public ont été constitués ni de la forme juridique adoptée, mais s'intéressent plutôt à d'autres critères, parmi lesquels le but pour lequel les organismes en question ont été créés. Cette lecture aurait été confirmée dans l'arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. [14]. La Cour y aurait, en effet, jugé que cette expression doit être interprétée d'une manière fonctionnelle. Dès lors, la forme juridique d'une entité est dénuée de pertinence.

32. Or, la Commission soutient que le libellé de l'article 1er de la loi nº 13/1995, qui reprend presque littéralement celui des dispositions correspondantes des directives procédures, contient cependant une différence substantielle. Aux termes de cette disposition, les entités de droit privé seraient exclues du champ d'application de ladite loi. À cet égard, la Commission souligne que, dans l'ordre juridique espagnol, la notion d'«organisme de droit public» est liée au mode de constitution de ces entités. Elle en déduit que la loi nº 13/1995, lue en combinaison avec la sixième disposition additionnelle de cette loi, ajoute une condition préalable qui n'est pas prévue par la législation communautaire, à savoir que l'entité soit de droit public. En conséquence, les entités de droit privé seraient par définition toujours exclues du champ d'application de ladite loi, même si elles répondent par ailleurs en tous points aux dispositions de l'article 1er, paragraphe 3, de celle-ci.

33. Étant exclus du champ d'application de cette législation espagnole, les organismes publics ayant un statut de droit privé ne relèveraient pas non plus du champ d'application des dispositions qui régissent les procédures de passation des marchés publics et, partant, du régime de recours en matière de marchés publics, qu'ils aient été créés pour répondre à des besoins d'intérêt général ou à des besoins purement industriels ou commerciaux. Cette exclusion contreviendrait donc aux dispositions des directives 92/50, 93/36 et 93/37 qui en définissent le champ d'application, de même qu'aux dispositions de la directive 89/665, dans la mesure où elle empêche l'application des garanties procédurales que cette dernière prévoit.

34. En ce qui concerne la thèse du gouvernement espagnol selon laquelle la solution des difficultés d'interprétation concernant l'expression «besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial» nécessite une analyse détaillée, au cas par cas, afin de déterminer si un organisme ou une entité remplit ou non les conditions d'assujettissement aux directives, la Commission relève que ces difficultés ne peuvent justifier que l'on exclue a priori, comme le fait ce gouvernement, tout un groupe d'organismes — les entités de droit privé qui remplissent les trois condi-

14 — C-44/96, Rec. p. I-73 (points 17 à 35).

tions énoncées par les directives 92/50, 93/36 et 93/37 — du champ d'application de la directive 89/665, même si cette exclusion est soumise à un réexamen au cas par cas.

2) Les arguments du royaume d'Espagne

35. À titre principal, le gouvernement espagnol fait valoir que la Commission aurait mal fondé son recours et, donc, que c'est à tort qu'elle soutiendrait que la notion de «pouvoirs adjudicateurs» prévue à l'article 1er de la directive recours aurait été incorrectement transposée dans l'ordre juridique espagnol.

36. Selon le gouvernement espagnol, la Commission, en lui reprochant formellement d'avoir violé les dispositions de l'article 1er de la directive recours, se plaint, en réalité, de la mauvaise transposition de l'article 1er des directives procédures. Toutefois, en omettant de saisir la Cour de la violation de ces dernières dispositions, la Commission se serait privée de la possibilité d'obtenir une décision de la Cour sur ce point. Le gouvernement espagnol soutient dès lors qu'il appartient à la Commission de mieux se pourvoir, donc d'engager une procédure distincte pour faire constater la violation des directives 92/50, 93/36 et 93/37 si elle entend poursuivre le royaume d'Espagne d'une mauvaise transposition de leur champ d'application personnel.

37. En tout état de cause, le gouvernement espagnol soutient que l'article 1er des directives procédures serait dénué de pertinence pour interpréter la notion de «pouvoirs adjudicateurs» contenue à l'article 1er de la directive recours et ce pour deux raisons. D'une part, les directives recours et procédures n'ont pas le même objet. D'autre part, elles interviennent à des stades différents de la procédure de passation de marchés publics. La directive 89/665 prévoit expressément que les États membres doivent organiser des procédures de recours efficaces et rapides en cas d'infraction aux règles des directives sur les procédures de passation des marchés publics. La directive 89/665 intervient donc postérieurement aux directives procédures. La notion de «pouvoirs adjudicateurs» contenue dans la directive 89/665 ne pourrait, dès lors, pas être interprétée à la lumière de la notion d'«organisme de droit public» antérieurement définie dans les directives procédures.

38. À titre subsidiaire, le gouvernement espagnol fait valoir que le champ d'application personnel des directives procédures a été correctement transposé.

39. S'agissant d'abord de l'interprétation des règles applicables, le gouvernement espagnol souligne que l'expression «organisme de droit public» qui est utilisée dans les directives procédures se réfère à une entité de droit public et que, en Espagne, on utilise indistinctement les expressions «entité de droit public» et «organisme de droit public».

40. La notion d'«organisme de droit public» ne se prêterait pas à une définition autonome et générale.

41. Le gouvernement espagnol relève ainsi que, dans les directives 92/50, 93/36 et 93/37, la notion d'«organisme de droit public» n'inclut pas les sociétés commerciales sous contrôle public. Selon lui, le fait que la directive 93/38/CEE [15], relative à la passation des marchés publics dans des secteurs particuliers, opère une distinction entre la notion d'«organisme de droit public», qui est identique dans les quatre directives, et la notion d'«entreprise publique», dont la définition correspond à celle de «société commerciale publique», démontre qu'il s'agit de deux concepts distincts. Le gouvernement espagnol estime que les sociétés commerciales au capital majoritairement public relèvent de la notion d'«entreprise publique» à laquelle s'applique uniquement la directive 93/38. Ces sociétés ne pourraient jamais entrer dans le champ d'application des directives 92/50, 93/36 et 93/37, puisque la notion d'«entreprise publique» n'apparaît que dans la directive 93/38 alors qu'elle aurait pu également figurer dans les deux autres directives adoptées le même jour (à savoir les directives 93/36 et 93/37) si le législateur l'avait voulu.

42. Le gouvernement espagnol note également que, afin de cerner la notion d'«organisme de droit public», il faut avant tout préciser le caractère commercial ou industriel du «besoin d'intérêt général» poursuivi. Il souligne que, dans l'ordre juridique espagnol, les sociétés commerciales publiques ont, en principe, pour mission de répondre à des besoins d'intérêt général, ce qui explique qu'elles sont sous contrôle public. Ces besoins ont toutefois un caractère commercial et industriel, car, si tel n'était pas le cas, ils ne constitueraient pas l'objet d'une société commerciale. En d'autres termes, en Espagne, la forme juridique de l'entité est primordiale pour définir le régime applicable à son activité. C'est ainsi que, en Espagne, une entité de droit public, constituée sous une forme publique, est régie par le droit public. En revanche, une entité de droit privé, constituée sous une forme privée, est régie par le droit privé. Elle ne peut pas être considérée comme un organisme de droit public et ne relève pas, en principe, des règles qui régissent les marchés publics.

43. Puisque l'interprétation de la notion d'«organisme de droit public» n'est pas uniforme dans les différents États membres, le gouvernement espagnol estime qu'il n'est pas possible d'apporter une solution définitive à caractère général pour déterminer le champ d'application personnel des directives procédures et recours. Selon lui, il faut au contraire analyser chaque cas concret et, notamment, le contexte dans lequel il évolue. Le gouvernement espagnol conclut donc que, afin de déterminer si un organisme ou une entité remplit ou non les conditions qui le feraient entrer dans le champ d'application personnel des directives communautaires, il faut procéder à un examen détaillé, au cas par cas.

15 — Directive 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).

B — *Appréciation*

44. Il résulte de la lecture combinée de l'article 1er de la loi nº 30/1992 et de la sixième disposition additionnelle de ladite loi que les organismes publics ayant un statut privé sont en principe exclus des règles en matière de passation des marchés publics.

45. Le libellé de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive recours ainsi que ses objectifs s'opposent cependant à ce que la forme et le régime juridiques de droit privé d'un organisme soient de nature à l'exclure du champ d'application ratione personae de la directive recours.

46. L'article 1er, paragraphe 1, de la directive recours prévoit expressément que la notion de «pouvoirs adjudicateurs» est définie par référence au champ d'application des directives procédures tel qu'il est explicité à l'article 1er, sous b), desdites directives.

47. L'article 1er, paragraphe 1, de la directive recours dispose, en effet, que:

«Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives [92/50, 93/36 et 93/37], les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants [...] au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.»

48. Cet article énonce ainsi, en substance, que les *décisions des pouvoirs adjudicateurs* doivent faire l'objet de recours efficaces et rapides. Il ne définit pas *directement* la notion de «pouvoirs adjudicateurs», mais renvoie *spécialement* aux dispositions relatives au champ d'application des directives régissant les procédures de passation des marchés publics dans les secteurs dits «traditionnels», par opposition aux secteurs dits «spéciaux» [16]. Les procédures de passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux sont énoncées dans la directive 90/531/CEE [17], abrogée et remplacée par la directive 93/38. La directive 92/13/CEE [18] a été spécialement [19] adoptée pour mettre en place les procédures de recours contre les décisions des pouvoirs

16 — Par «secteurs spéciaux», on entend les secteurs d'utilité publique tels que l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications.

17 — Directive du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 297, p. 1).

18 — Directive du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14).

19 — Le quatrième considérant de la directive 92/13 précise, en effet, que la directive 89/665 est limitée aux procédures de passation des marchés publics dans les secteurs dits «traditionnels».

adjudicateurs prises dans le cadre de la directive 93/38. Elle adapte aux secteurs d'utilité publique les moyens de recours prévus par la directive 89/665 pour les secteurs traditionnels et prévoit, en outre, des moyens de recours spécifiques [20].

49. Le champ d'application de la directive recours est donc clairement circonscrit au champ d'application des directives procédures opérant dans les secteurs dits «traditionnels». Par voie de conséquence, les règles édictées dans la directive 89/665 ne concernent pas les procédures de recours engagées contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la directive 93/38. L'argument du gouvernement espagnol, selon lequel la distinction opérée dans la directive 93/38 entre les notions de «pouvoirs adjudicateurs» et d'«entreprise publique» milite en faveur de l'impossibilité de donner une définition autonome de la notion de «pouvoirs adjudicateurs» figurant à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive recours n'est dès lors pas pertinent.

50. Il découle de ce qui précède que la notion de «pouvoirs adjudicateurs» prévue à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive recours doit être appréciée à la lumière de l'article 1er, sous b), des directives procédures qui définit le champ d'application personnel desdites directives.

20 — Voir procédure d'attestation (articles 3 à 7 de la directive 92/13), mécanisme correcteur (article 8 de la directive 92/13) et procédure de conciliation (articles 9 à 11 de la directive 92/13).

51. L'objectif de la directive recours confirme le libellé de son article 1er, paragraphe 1, donc le lien étroit qui existe entre cette directive et les directives procédures.

52. Il résulte, en effet, des premier, troisième et quatrième considérants de la directive recours que le but de la directive 89/665 consiste à mettre en place des moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des directives en matière de marchés publics de travaux, de fournitures et de services afin de garantir l'application effective de ces directives procédures.

53. L'identité du champ d'application de la directive recours par rapport à celui des directives procédures adoptées antérieurement justifie, en outre, le recours à une technique législative qui permet d'éviter de surcharger inutilement un texte, donc d'en simplifier la lecture. En effet, une notion commune à une matière unique, telle que les travaux publics, déjà définie dans des directives antérieures, peut être explicitée par le renvoi exprès aux dispositions pertinentes des directives adoptées précédemment, sans pour autant qu'il puisse être reproché à cette technique législative de ne pas satisfaire aux exigences de clarté et de sécurité juridique.

54. Il découle des développements qui précèdent que la notion de «pouvoirs adjudicateurs» contenue à l'article 1er de

la directive recours est définie à l'article 1er, sous b), des directives procédures. Reste à définir ce qu'il faut entendre par cette notion.

55. Aux termes des dispositions de l'article 1er, sous b), des directives 92/50, 93/36 et 93/37, il résulte que les pouvoirs adjudicateurs sont:

«[...] l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

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

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

et

— doté de la personnalité juridique

et

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

56. S'agissant de cette définition, la Cour a constamment jugé [21] que «[...] la notion de pouvoir adjudicateur, y compris celle d'organisme de droit public, doit recevoir une interprétation fonctionnelle» [22].

57. De même, la Cour a invariablement jugé que, par «organisme de droit public», il faut entendre un organisme qui remplit les trois conditions cumulatives énoncées à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, des directives procédures [23].

58. En outre, selon la Cour, la troisième condition énoncée à l'article 1er, sous b),

21 — Depuis l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité (points 20 à 29).

22 — Voir arrêt du 1er février 2001, Commission/France (C-237/99, Rec. p. I-939, point 43).

23 — Ibidem (points 39 et 40).

deuxième alinéa, troisième tiret, des directives procédures énumère des critères alternatifs qui reflètent chacun la dépendance étroite d'un organisme à l'égard de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public [24].

59. C'est à la lumière de cette jurisprudence que la Cour apprécie si un organisme doit être qualifié ou non de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, sous b), des directives procédures.

60. Dans l'arrêt Commission/France, précité, la République française s'opposait à ce que les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré [25], relevant des articles L. 411-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation français, soient qualifiées d'organismes de droit public, au sens de la directive 93/37. Selon elle, si les deux premières conditions étaient assurément remplies, la troisième condition énoncée à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, de ladite directive faisait, en revanche, défaut dans la mesure où cet organisme ne présentait pas de liens suffisamment étroits avec les pouvoirs publics de nature à influencer leurs décisions en matière de marchés publics. Le gouvernement français soutenait, en conséquence, que les SA HLM ne pouvaient pas être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs et que les procédures en matière de passation de marchés publics de travaux ne leur étaient donc pas applicables.

61. La Cour ne s'est pas arrêtée à la forme et au régime juridiques de ces organismes qui relèvent du droit privé, mais a apprécié si les trois conditions cumulatives énoncées à l'article 1er, sous b), de la directive 93/37 étaient réunies. À cet égard, elle a considéré, contrairement au gouvernement français, que la troisième condition était également remplie dans la mesure où la gestion des SA HLM était soumise à un contrôle des pouvoirs publics qui leur permettait d'influencer les décisions de ces dernières en matière de marchés publics [26].

62. De même, dans l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, la Cour a estimé qu'une entité telle que l'Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) devait être qualifiée d'organisme de droit public et, par conséquent, de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 93/37. La Cour observait pourtant que, selon la loi qui l'avait créée, cette entité possédait la qualité de commerçant au sens du code de commerce, était inscrite dans le registre du commerce du Tribunal de commerce de Vienne (Autriche) et exerçait ses activités selon les règles régissant le commerce.

24 — Ibidem (point 44).

25 — Ci-après les «SA HLM».

26 — Arrêt Commission/France, précité (point 60).

63. Pareillement, dans l'arrêt du 10 novembre 1998, BFI Holding [27], la Cour a jugé que la société anonyme ARA, société commerciale de droit privé, à laquelle les communes d'Arnhem et de Rheden (Pays-Bas) avaient confié des tâches dans le domaine de l'enlèvement des ordures et de la voirie, pouvait relever de la notion d'«organisme de droit public» et, par voie de conséquence, être considérée comme un pouvoir adjudicateur, au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 92/50, si elle remplissait les conditions que ce texte énonçait. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que «le libellé de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 ne contient aucune référence au fondement juridique des activités de l'organisme concerné» [28] et que, «en vue de donner plein effet au principe de la libre circulation, la notion de 'pouvoirs adjudicateurs' doit recevoir une interprétation fonctionnelle [...]. Cette nécessité s'oppose à ce qu'une distinction soit faite selon la forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire» [29].

64. Il résulte de ce qui précède que les organismes, les entités et les entreprises [30] qui relèvent du champ d'application des directives procédures sont concernés par la directive recours. En d'autres termes, ces entités doivent être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive recours, si elles remplissent les trois conditions cumulatives énoncées à l'article 1er, sous b), des directives procédures. À cet égard, il convient de souligner que, conformément à l'article 1er, sous b), des directives procédures, la forme et le régime juridiques d'un organisme ne constituent pas un des critères permettant de qualifier cet organisme d'organisme de droit public ou de pouvoir adjudicateur.

65. Nous estimons donc que les textes de transposition espagnols de la directive recours, en excluant, a priori, du champ d'application personnel de cette directive les entités dont la forme et le régime juridiques relèvent du droit privé, ne respectent pas la notion de «pouvoirs adjudicateurs» énoncée à l'article 1er de la directive recours et définie dans les directives relatives aux procédures de passation des marchés publics et, notamment, dans les directives 92/50, 93/36 et 93/37.

66. De l'ensemble des développements qui précèdent nous concluons que, en s'abstenant d'étendre le système de recours garantis par la directive 89/665 aux décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'article 1er, sous b), des directives 92/50, 93/36 et 93/37, constitués sous la forme de sociétés de droit privé qui remplissent les conditions énoncées audit article, le royaume d'Espagne a manqué aux obligations découlant des articles 1er et 2 de la directive 89/665.

27 — C-360/96, Rec. p. I-6821.
28 — Ibidem (point 61).
29 — Ibidem (point 62).
30 — La terminologie utilisée en l'espèce importe peu.

IV — Sur le deuxième moyen relatif à la transposition incorrecte de la notion d'«actes attaquables» (violation des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, de la directive recours)

A — *Arguments des parties*

1. Les arguments de la Commission

67. La Commission reproche au royaume d'Espagne de restreindre la possibilité d'attaquer certaines décisions prises par le pouvoir adjudicateur, notamment certains actes de procédure.

68. La Commission rappelle que la directive 89/665 ne prévoit aucune exception à la possibilité d'attaquer une décision illégale prise par les pouvoirs adjudicateurs. Elle fait valoir, en conséquence, que, dans la mesure où les dispositions espagnoles en matière de recours excluent la possibilité d'attaquer certaines décisions illégales prises par les pouvoirs adjudicateurs, le champ d'application de la directive 89/665 a été indûment réduit. Elle souligne que, dans son arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. [31], la Cour a jugé qu'il ressort de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 que les recours y visés ont pour objet les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales sans que cette disposition prévoie une restriction en ce qui concerne la nature et le contenu de ces décisions.

69. Or, les dispositions espagnoles applicables en la matière (à savoir les articles 107 de la loi n° 30/1992 et 25, paragraphe 1, de la loi n° 29/1998) limitent les possibilités de former des recours lorsqu'il s'agit d'attaquer des actes de procédure, c'est-à-dire des actes administratifs qui ne mettent pas fin à une procédure administrative.

70. Au soutien de ce moyen, la Commission cite deux types d'actes de procédure qui, en méconnaissance des dispositions de la directive 89/665, ne seraient pas susceptibles de recours.

71. Le premier exemple est tiré d'une décision rendue par le Tribunal Supremo (Espagne) et concerne la demande de documents complémentaires. D'après la Commission, la demande de production de documents complémentaires à une entreprise qui concourt à un appel d'offres ne pourrait être attaquée que si l'entreprise concernée est exclue de la procédure en raison de la non-production des documents supplémentaires réclamés. Or, selon la Commission, cette entreprise, sans être exclue de ladite procédure, pourrait quand

31 — C-81/98, Rec. p. I-7671 (point 35).

même se trouver dans une position de faiblesse par rapport aux autres entreprises qui concourent. C'est pourquoi, elle estime que la demande de production de pièces supplémentaires en tant que telle devrait pouvoir faire l'objet d'un recours.

72. Le second exemple a trait aux propositions d'adjudication émanant des commissions placées sous l'autorité du pouvoir adjudicateur. Selon la Commission, les propositions de ces commissions chargées par le pouvoir adjudicateur de préparer l'acte d'adjudication ne seraient pas attaquables en violation de la directive recours.

73. La Commission conclut que la législation de transposition espagnole exclut de tout recours juridictionnel certaines décisions du pouvoir adjudicateur en raison de leur nature et de leur contenu. En cela, cette législation nationale contrevient aux dispositions de l'article 1er de la directive recours.

2) Les arguments du royaume d'Espagne

74. Le royaume d'Espagne conteste ce moyen au motif que la Commission n'a pas établi l'existence d'un manquement. En effet, selon lui, les actes dont la Commission fait état ne sauraient être considérés comme attaquables parce qu'ils ne font pas grief ou qu'ils ne sont que des actes préparatoires. Selon lui, les articles 1er et 2 de la directive recours prévoient expressément que seules les décisions qui font grief peuvent faire l'objet d'un recours. La jurisprudence invoquée par la Commission ne le contredirait pas. L'arrêt Alcatel Austria e.a., précité, serait dès lors dénué de pertinence en l'espèce.

75. Le gouvernement espagnol prétend que la position de la Commission repose sur la méconnaissance de la notion d'«acte de procédure», au sens du droit espagnol.

76. En droit espagnol, par définition, un acte de procédure n'entraîne pas un préjudice pour l'intéressé mais prépare tout au plus une décision définitive qui lui sera favorable ou défavorable. Ainsi, l'acte de procédure n'implique pas une prise de position, mais fait partie d'une procédure engagée en vue d'élaborer une décision. Le gouvernement espagnol affirme que si un acte, qui a l'apparence d'un acte de procédure, impliquait en lui-même une prise de position, il cesserait d'être un acte de procédure à proprement parler et serait susceptible de recours. En effet, si tel n'était pas le cas, le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective se trouverait menacé.

77. La distinction entre les actes de procédure ou les actes préparatoires[32] et les

32 — À cet égard, la terminologie utilisée importe peu.

décisions opérée par le droit espagnol ne serait pas singulière. En effet, selon le gouvernement espagnol, les systèmes de recours existant dans les différents États membres connaissent également la règle selon laquelle les actes de procédure destinés à faciliter l'adoption d'une décision ne peuvent pas être discutés isolément, mais uniquement à l'occasion d'un recours en annulation contre cette décision, à moins que le requérant ne démontre qu'il ne s'agit pas d'un simple acte de procédure, mais bien d'un acte qui lui cause un préjudice définitif. Le système espagnol ne serait donc pas différent des autres systèmes de recours existant dans les différents États membres.

78. En tout état de cause, le gouvernement espagnol ne comprend pas quelle serait l'utilité pour l'intéressé d'attaquer un acte de procédure qui, en lui-même, ne lui porterait pas préjudice. De même, il soutient que le but de la directive recours ne peut consister à paralyser le bon déroulement de la procédure de passation des marchés publics en permettant les recours dilatoires et intempestifs contre tout acte préparatoire à une décision du pouvoir adjudicateur.

79. En ce qui concerne l'affirmation de la Commission selon laquelle le système espagnol compromet la mise en œuvre uniforme de la directive 89/665, le gouvernement espagnol fait observer que la Commission n'a pas démontré en quoi ce système compromet les objectifs de la directive recours. Il rappelle que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, il appartient à la Commission de rapporter la preuve du manquement allégué. Or, en l'espèce, la Commission n'a fourni aucun exemple concret lui permettant de démontrer que la législation espagnole ne permet pas aux intéressés de bénéficier d'une protection juridictionnelle effective et efficace contre tout acte de procédure leur faisant grief.

80. S'agissant du premier exemple présenté par la Commission, il observe que cette dernière n'a pas non plus exposé la raison pour laquelle les critères appliqués par le Tribunal Supremo dans l'arrêt qu'elle a cité seraient contraires à l'objectif de la directive 89/665. Dans cet arrêt, le Tribunal Supremo aurait expliqué que:

— l'acte entrepris est aussi bien la décision finale d'adjudication du marché que l'obligation faite par l'administration aux trois entreprises adjudicataires de lui fournir une certaine documentation complémentaire (premier motif de l'arrêt);

— cette obligation est un acte de procédure puisqu'il ne met pas fin à l'appel d'offres, mais n'est qu'une étape permettant d'aboutir à l'adjudication. Il ne s'agit pas d'une décision susceptible d'un recours autonome mais bien d'un simple préalable à la décision. La régularité de cette demande de docu-

mentation complémentaire ne peut être mise en cause que dans le cadre d'une procédure de révision de l'acte définitif (deuxième motif de l'arrêt);

— le grief fait à la demande d'information ne rend pas la décision d'adjudication nulle (cinquième motif de l'arrêt);

— l'adjudication finale du marché a été contestée parce que l'entreprise adjudicataire n'avait pas fourni la documentation demandée par l'administration. Selon cette dernière, la documentation manquante n'était pas essentielle et son absence était un vice auquel il pouvait parfaitement être remédié (quatrième motif de l'arrêt).

81. Quant au second exemple, le Tribunal Supremo soutient que les commissions en cause ne peuvent pas être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs, qu'elles ne rendent pas des décisions, mais qu'elles interviennent seulement dans le processus de prise de décision.

82. Par conséquent, le gouvernement espagnol estime que, faute pour la Commission d'avoir démontré en quoi la directive 89/665 n'a pas été correctement transposée en droit espagnol et pourquoi elle n'y produit pas tous ses effets aussi longtemps que la règle générale — selon laquelle un acte de procédure, au sens du droit espagnol, n'est pas susceptible de recours — n'aura pas été modifiée, le deuxième moyen doit être rejeté.

B — *Appréciation*

83. Selon l'article 1[er], paragraphe 1, de la directive 89/665, les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs font l'objet de *recours efficaces* aussi *rapides* que possible en cas de violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou de règles nationales transposant ce droit. L'article 1[er], paragraphe 3, de ladite directive précise que les procédures de recours instituées doivent être *accessibles* au moins à toute *personne* ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures, de travaux ou de services déterminé et ayant été ou *risquant d'être lésée par une violation alléguée*.

84. L'article 2, paragraphe 1, de la directive recours énumère les mesures à prendre dans le cadre des procédures de recours que les États membres édictent dans leur droit national. Sous a), ladite disposition précise que les mesures provisoires sont adoptées par voie de référé; sous b), elle prévoit la possibilité d'annuler ou de faire annuler des décisions illégales, et sous c), elle prévoit l'attribution de dommages-intérêts.

85. L'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive recours ne définit pas les *décisions illégales* dont l'annulation peut être demandée. Cette disposition se contente, en effet, de prévoir que les *décisions illégales* comprennent notamment des décisions concernant des spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents se rapportant à la procédure de passation du marché en cause [33].

86. Il ressort également de la lecture combinée des articles 1er et 2 de la directive 89/665 et des objectifs de cette directive [34] que les recours contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs sont destinés à assurer, à tout moment de la procédure d'adjudication, l'application effective des directives communautaires en matière de passation des marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées [35]. Les recours qui seraient limités à la possibilité d'obtenir une réparation pécuniaire des préjudices subis du fait du non-respect des directives communautaires en matière de passation des marchés publics seraient dès lors insuffisants pour garantir la pleine effectivité de ces règles.

87. La Cour a déduit de ces éléments que toutes les décisions des pouvoirs adjudicateurs, quels que soient leur nature et leur contenu, peuvent être attaquées [36]. La directive recours a été, en conséquence, interprétée comme s'opposant à ce que des dispositions nationales n'offrent pas la possibilité à un requérant lésé de demander l'annulation de la décision du pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat, par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire ayant participé à la procédure de passation du marché avec lequel il conclura le contrat. De même, il a été jugé que la limitation des recours contre cette décision aux seules demandes d'octroi de dommages-intérêts [37] ne permet pas d'assurer l'effectivité des dispositions des directives procédures.

88. Tenant compte des objectifs poursuivis par la directive recours et du libellé de ses articles 1er et 2, la Cour a entendu ainsi donner une définition large de la notion de «décision», au sens de ces dispositions. Par «décision», il faut donc comprendre tout acte ou toute mesure, prétendu illégal au regard des dispositions des directives procédures, adopté au cours de la procédure de passation du marché en cause, qui produit des effets ou des résultats susceptibles d'être pris en compte par le pouvoir adjudicateur dans la décision finale d'adjudication.

89. Une telle interprétation de la directive recours est conforme à son objectif qui consiste à assurer l'application effective des

33 — Arrêt Alcatel Austria e.a., précité (point 31).

34 — Voir, notamment, ses premier et deuxième considérants.

35 — Arrêt Alcatel Austria e.a., précité (points 33 et 34).

36 — Ibidem (point 35).

37 — Ibidem (point 43).

directives communautaires en matière de passation des marchés publics, à un stade où les violations peuvent encore être corrigées ou évitées. Cet objectif ne pourrait donc pas se satisfaire de recours contre les seuls actes qui font grief et, a fortiori, contre les seuls actes qui mettent fin à la procédure de passation du marché en cause. À ce stade, en effet, on voit mal quelles mesures destinées à «corriger la violation alléguée ou [à] empêcher d'autres dommages d'être causés» [38] pourraient être adoptées.

90. Or, en l'espèce, le gouvernement espagnol reconnaît que, dans l'ordre juridique espagnol, y compris dans le cadre des procédures de passation des marchés publics, seuls les actes qui font grief peuvent faire l'objet d'un recours. Par acte faisant grief, il faut comprendre, notamment, l'acte qui met fin à la procédure d'appel d'offres. Cela résulte expressément des motifs dudit arrêt [39]. Le gouvernement espagnol admet également, et cela ressort explicitement des motifs de l'arrêt rendu par le Tribunal Supremo [40], que l'acte par lequel le pouvoir adjudicateur demande des documents complémentaires par rapport au cahier des charges initial ne peut pas faire l'objet de recours de manière autonome. En d'autres termes, une décision susceptible de faire grief et de violer le droit communautaire en matière de marchés publics, en tant que telle, ne peut pas être immédiatement attaquée par le soumissionnaire qui s'estime lésé. Pour ce faire, il doit attendre la fin de l'appel d'offres, soit l'adoption par le pouvoir adjudicateur de la décision d'adjudication.

91. Selon nous, en imposant au requérant de rapporter la preuve du préjudice qu'il subit et en le privant, par voie de conséquence, de la possibilité d'attaquer un acte susceptible de lui faire grief, le droit espagnol ne transpose pas correctement les dispositions des articles 1er et 2 de la directive recours. Ces dispositions nationales ne permettent pas, en effet, d'attaquer une décision susceptible de produire des effets préjudiciables, en raison de la violation du droit communautaire en matière de marchés publics, au moment le plus approprié. Elles privent de ce fait le justiciable d'obtenir les mesures provisoires destinées à corriger la violation alléguée ou à empêcher des dommages à venir. L'obligation de rapporter la preuve du préjudice subi constitue, dès lors, une condition supplémentaire non prévue par la directive recours et contraire à celle-ci.

92. Il résulte des développements qui précèdent que, en ne permettant pas l'introduction d'un recours contre tout acte ou toute mesure, prétendu illégal au regard des dispositions des directives procédures, adopté au cours de la procédure de passation des marchés publics, qui produit des effets ou des résultats susceptibles d'être pris en compte par le pouvoir adjudicateur dans la décision finale d'adjudication, le royaume d'Espagne a manqué aux obligations découlant des articles 1er et 2 de la directive 89/665.

38 — Article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive recours.

39 — Tel qu'énoncé par le gouvernement espagnol (voir point 80, deuxième tiret, des présentes conclusions).

40 — Idem.

V — Sur le troisième moyen relatif à la transposition incorrecte des dispositions concernant l'adoption des mesures provisoires (violation des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, de la directive recours)

A — *Arguments des parties*

1) Les arguments de la Commission

93. Selon la Commission, contrairement aux dispositions de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665, les dispositions de transposition espagnoles, à savoir les articles 111 de la loi n° 30/1992 et 129 à 136 de la loi n° 29/1998, ne permettent pas *d'obtenir* des mesures conservatoires en l'absence d'introduction simultanée d'un recours au fond contre la décision illégale adoptée par le pouvoir adjudicateur. La Commission observe que ce n'est que dans des cas exceptionnels, par exemple aux termes de l'article 136, paragraphe 2, de la loi n° 29/1998, que des mesures conservatoires peuvent être *demandées* en l'absence d'un recours au fond contre la décision illégale. Il résulte des textes de transposition espagnols de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive recours que l'adoption des mesures provisoires et conservatoires est liée à l'introduction d'un recours au fond contre l'acte illégal adopté par le pouvoir adjudicateur. Ces mesures sont de ce fait nécessairement accessoires à un tel recours et ne peuvent en aucun cas être demandées de manière autonome.

94. La Commission observe qu'il résulte du libellé des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, de la directive recours, de son économie générale, de son objectif et de la jurisprudence de la Cour [41] que les mesures conservatoires ne sont pas des mesures accessoires à un litige principal, mais constituent des mesures autonomes qui peuvent être demandées indépendamment de l'introduction d'un recours au fond contre la décision illégale.

2) Les arguments du royaume d'Espagne

95. Le gouvernement espagnol ne conteste pas que, dans son ordre juridique interne, sous réserve de quelques exceptions [42], l'*adoption* d'une mesure conservatoire, comme le sursis à exécution, est liée à l'introduction préalable d'un recours au fond. La demande de mesures provisoires doit, en tout état de cause, être introduite au moment de l'engagement d'un recours au fond ou après l'introduction de ce recours. Le recours destiné à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires n'est donc pas conçu de manière autonome, mais est lié au recours au fond destiné à obtenir l'annulation de la décision illégale.

96. Toutefois, selon le gouvernement espagnol, l'obligation d'attaquer au fond la

41 — Notamment, arrêt du 19 septembre 1996, Commission/Grèce (C-236/95, Rec. p. I-4459).

42 — Notamment article 136 de la loi n° 29/1998.

légalité d'un acte du pouvoir adjudicateur simultanément à l'introduction de la demande de mesures conservatoires ne prive pas le système mis en place par la directive recours de son efficacité, puisque, selon lui, toute demande de mesures conservatoires comporte un examen du fond, fût-il limité à une appréciation prima facie du problème. En outre, cette exigence ne nuirait pas à l'efficacité du système ni à la réalisation des objectifs poursuivis par ladite directive, puisque l'obligation d'attaquer la légalité d'un acte du pouvoir adjudicateur simultanément à l'introduction d'une demande de mesures conservatoires ne nécessite pas le respect d'un formalisme contraignant. En effet, le requérant peut se contenter de rédiger une simple lettre. Il ne lui est donc pas demandé de déposer immédiatement la requête conformément aux règles formelles instituées.

97. Selon le gouvernement espagnol, le régime adopté en Espagne est au contraire pleinement efficace. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 29/1998, la juridiction du contentieux administratif peut, conformément à l'article 29 de ladite loi, adopter tout type de mesures conservatoires positives, et pas seulement de simples sursis.

98. Le gouvernement espagnol conteste, en outre, l'affirmation selon laquelle l'obligation d'engager un recours au fond avant l'adoption des mesures conservatoires serait incompatible avec les dispositions de la directive 89/665, voire prohibée par ces dispositions.

99. Il soutient que cette interprétation est confortée par le fait que le droit communautaire est lui-même régi par des critères analogues à ceux qui sous-tendent la réglementation espagnole. À cet égard, il se réfère aux dispositions des articles 242 CE et 243 CE, 36 du statut CE de la Cour de justice, 83 à 90 du règlement de procédure de la Cour ainsi que 104 à 110 du règlement de procédure du Tribunal de première instance. Citant à titre d'exemple l'article 83 du règlement de procédure de la Cour, il fait observer que la demande de mesures provisoires n'est pas une voie de recours autonome, mais bien une demande accessoire de la demande principale, à savoir le recours en annulation.

100. En ce qui concerne la conclusion tirée par la Commission de l'arrêt Commission/Grèce, précité, le gouvernement espagnol soutient que la Cour ne s'est pas prononcée sur le fond. En effet, la République hellénique a reconnu qu'elle n'avait pas transposé dans son ordre juridique interne les dispositions de la directive recours dans le délai imparti par l'avis motivé. La Cour n'aurait donc pas eu à statuer sur le fond du manquement reproché. Elle n'a donc pas dit pour droit que le fait de subordonner les mesures conservatoires, telles que le sursis à exécution, à l'introduction d'un recours au fond contre l'acte illégal constituait une transposition incorrecte de la directive recours.

101. Il en conclut que réclamer pour les mesures provisoires l'indépendance absolue qu'exige la Commission n'a pas de sens,

puisque, par définition, toute mesure conservatoire est une mesure accessoire. Dès lors, il demande à votre Cour de déclarer le troisième moyen mal fondé et de le rejeter.

B — *Appréciation*

102. Contrairement au gouvernement espagnol, nous estimons qu'il résulte du libellé des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, de la directive recours, de l'objectif de cette directive et de la jurisprudence de la Cour que les mesures conservatoires ne peuvent pas être considérées comme accessoires à un recours au fond, mais constituent des mesures qui doivent pouvoir être adoptées de manière autonome.

103. Nous l'avons vu, le système mis en place par la directive recours est destiné à permettre l'application effective des directives procédures. La directive recours exige donc que les procédures de recours contre les décisions illégales du pouvoir adjudicateur soient efficaces et rapides. À cette fin, toutes les décisions illégales du pouvoir adjudicateur adoptées au cours de la procédure de passation des marchés publics sont susceptibles d'être attaquées en référé par les personnes lésées [43]. Il s'agit ainsi de prévenir, de corriger ou de réparer les illégalités commises.

43 — Voir, à cet égard, le deuxième moyen formulé par la Commission contre le royaume d'Espagne.

104. Il résulte de ce qui précède que *toute décision illégale* prise par le pouvoir adjudicateur avant la conclusion du contrat entre l'entreprise adjudicataire et le pouvoir adjudicateur peut *non seulement* être attaquée, *mais* des mesures provisoires peuvent *également* être obtenues avant l'introduction d'un recours au fond contre la décision illégale. En d'autres termes, ce n'est pas seulement la demande de mesures provisoires qui doit pouvoir être faite, mais cette demande doit également pouvoir être satisfaite par le juge saisi avant tout recours au fond contre la décision illégale. À défaut, l'objectif poursuivi par la directive recours consistant, notamment, à éviter ou à corriger les illégalités commises par le pouvoir adjudicateur ne pourrait manifestement pas être atteint. La nécessité d'adopter des mesures urgentes et efficaces se concilie mal avec l'exigence d'un recours préalable au fond.

105. Cette interprétation a été confirmée par la Cour dans l'arrêt Commission/Grèce, précité.

106. Il était reproché à la République hellénique de ne pas avoir correctement transposé les dispositions de la directive recours.

107. Tout en reconnaissant ne pas avoir pris dans le délai fixé par l'avis motivé les mesures nécessaires à la transposition de cette directive, le gouvernement hellénique

faisait valoir qu'une loi avait été adoptée depuis et qu'elle répondait aux exigences de la directive recours.

108. La Cour n'a pas manqué toutefois de souligner que les dispositions de cette loi ne transposaient pas correctement les dispositions de la directive recours. Elle a observé, notamment, que s'agissant de la suspension des procédures de passation des marchés publics, visée à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive recours, la disposition de la loi nationale de transposition, parce qu'elle subordonnait la mesure de sursis à l'introduction d'un recours en annulation contre l'acte administratif attaqué, ne satisfaisait pas aux exigences de la directive recours.

109. Le point 11 de l'arrêt Commission/Grèce, précité, précisait tout particulièrement ce qui suit:

«À cet égard, il suffit de relever que l'article 52 du décret présidentiel n° 18/89 n'est relatif qu'aux seules procédures de sursis à exécution et présuppose l'existence d'un recours principal en annulation de l'acte administratif attaqué, tandis que, en vertu de l'article 2 de la directive [89/665], les États membres sont tenus, plus généralement, de doter leurs instances de recours du pouvoir de prendre, *indépendamment de toute action préalable* [44], toutes mesures provisoires 'y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de marché public en cause'.»

110. La Cour a observé, en outre, que la législation nationale invoquée ne contenait aucun élément relatif à l'indemnisation, prévue à l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive recours, des personnes lésées en cas de violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit [45].

111. Il résulte dudit arrêt que, contrairement à ce que prétend le royaume d'Espagne, la Cour ne s'est pas contentée de constater le défaut de transposition de la directive dans le délai fixé par l'avis motivé, mais s'est livrée à une analyse de la loi hellénique qui devait intervenir et a motivé les raisons pour lesquelles celle-ci ne transposait pas correctement les dispositions de la directive recours.

112. Des développements précédents, nous concluons que les États membres doivent mettre en place un régime prévoyant l'adoption de tout type de mesures d'urgence, y compris à caractère positif, des-

44 — Souligné par nous.
45 — Ibidem (point 15).

tinées tant à éviter et à corriger qu'à réparer les illégalités commises par le pouvoir adjudicateur tout au long de la procédure de passation du marché public en cause. Cette exigence est incompatible avec l'exigence d'un recours préalable au fond contre la décision illégale.

113. Le gouvernement espagnol ne conteste pas que, dans son ordre juridique interne, les mesures provisoires ou conservatoires ne peuvent pas être adoptées avant l'introduction d'un recours au fond contre la décision illégale. Cependant, il prétend que le système espagnol n'est pas contraignant, puisqu'une simple lettre non motivée, par laquelle le requérant fait savoir qu'il entend attaquer la décision au fond, satisfait à cette obligation. Si tel était effectivement le cas, nous avouons ne pas comprendre les raisons de cette «simple formalité» à laquelle le législateur espagnol attache toutefois une importance particulière. En effet, il nous semble disproportionné de subordonner la mise en œuvre effective de la directive sur le point en question [46] à l'accomplissement préalable d'une simple formalité.

114. S'agissant de l'argument du gouvernement espagnol selon lequel le régime espagnol des mesures conservatoires est celui qui est suivi par le droit communautaire dans les procédures devant la Cour, on ne peut que constater que les dispositions et les arrêts cités par le gouvernement espagnol ne concernent pas le régime spécial de recours mis en place par la directive 89/665 ni sa transposition par les États membres. En application du principe lex specialis derogat generali [47], le régime spécifique prévu par la directive 89/665 s'impose nécessairement.

115. Il découle des développements qui précèdent que, en subordonnant l'octroi des mesures conservatoires à l'obligation d'introduire un recours au fond contre la décision illégale adoptée par le pouvoir adjudicateur, le royaume d'Espagne a manqué aux obligations découlant des articles 1er et 2 de la directive 89/665.

VI — Sur les dépens

116. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation du royaume d'Espagne et celui-ci ayant succombé en sa défense, il y a lieu de le condamner aux dépens.

46 — À savoir l'adoption de mesures provisoires et conservatoires.

47 — Voir, notamment, arrêts du 12 décembre 1995, Chiquita Italia (C-469/93, Rec. p. I-4533, point 61), et du 24 janvier 2002, Commission/Italie (C-372/99, Rec. p. I-819, point 19).

VII — Conclusions

117. Pour les raisons précédemment exposées, nous proposons à votre Cour de:

1) constater que, en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions des articles 1er et 2 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, et notamment en omettant:

— d'étendre le système de recours garantis par ladite directive aux décisions prises par tous les pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'article 1er, paragraphe 1, des directives du Conseil 92/50/CEE, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, 93/36/CEE, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, et 93/37/CEE, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, y compris les sociétés de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dotées de la personnalité juridique, dont soit l'activité est financée majoritairement par les administrations publiques ou d'autres entités de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de celles-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par les administrations publiques ou d'autres entités de droit public,

— de permettre l'introduction d'un recours contre toutes les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, y compris tous les actes de procédure, durant la procédure de passation d'un marché public,

— de prévoir la possibilité de prendre tout type de mesures conservatoires utiles à l'égard des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, y compris les mesures visant à permettre la suspension d'une décision administrative, en éliminant à cet effet les difficultés et les obstacles de toute nature et, notamment, la nécessité d'introduire préalablement un recours contre la décision du pouvoir adjudicateur,

le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire;

2) condamner le royaume d'Espagne aux dépens.