CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. SIEGBERT ALBER

présentées le 3 avril 2003 [1]

I — Introduction

1. Dans le cadre du présent recours en manquement, la Commission des Communautés européennes reproche au royaume de Belgique un manquement aux obligations résultant de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [2] (ci-après la «directive» — les articles qui seront cités sans autre référence sont ceux de cette directive). Le royaume de Belgique aurait en particulier méconnu les articles 11, paragraphe 3, et 15, paragraphe 2, en attribuant de manière irrégulière (sans publication préalable d'un avis), dans le cadre d'une procédure négociée, un marché ayant pour objet la surveillance de la côte par photodétection aérienne, et sans faire connaître au préalable son intention de recourir à une telle procédure. Cet État membre estime, quant à lui, que la directive ne s'appliquait pas au motif que le marché touche à la sécurité.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 209, p. 1.

II — Le cadre juridique

La directive 92/50

2. Les articles suivants sont ainsi rédigés:

Article 4, paragraphe 2

«2. La présente directive ne s'applique pas aux services lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet État l'exige.»

Article 8

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI.»

Article 9

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux articles 14 et 16.» [3]

Article 10

«Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe I A et des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI lorsque la valeur des services figurant à l'annexe I A dépasse celle des services figurant à l'annexe I B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément aux articles 14 et 16.»

Article 11, paragraphe 3

«3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de services en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants:

[...]

b) pour les services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé;

[...]»

Article 15, paragraphe 2

«2. Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public de services en recourant à une procédure ouverte, restreinte ou, dans les conditions prévues à l'article 11, à une procédure négociée font connaître leur intention au moyen d'un avis.»

Article 30, paragraphe 1

«1. Lorsque les candidats à un marché public de services ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.»

3 — L'article régit les règles communes dans le domaine technique tandis que l'article 16 a trait à l'avis concernant les résultats de la procédure d'attribution.

La catégorie 12 de l'annexe I A est ainsi définie:

Catégorie	Titre	Référence CPC n°
12	Services d'architecture, services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie, services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques	867

La catégorie 27 de l'annexe I B est ainsi définie:

Catégorie	Titre	Référence CPC n°
27	Autres services	—

3. L'abréviation CPC désigne la «classification commune des produits» des Nations unies.

III — Les faits et la procédure

4. Le 7 avril 1988, l'administration des voies hydrauliques et de la marine[4], qui était nationale à cette époque en Belgique, a lancé un appel d'offres restreint concernant l'observation de la côte belge par télédétection aérienne. Le marché a été attribué à l'entreprise belge Eurosence Belfotop NV (ci-après «Eurosence Belfotop») qui avait été considérée comme la société la mieux classée tant du point du vue technique que financier.

5. Dans la perspective de la régionalisation, le comité ministériel pour l'industrialisation économique et sociale de l'époque a

4 — De administratie Waterwegen en Zeewezen.

décidé de n'attribuer le marché que pour une année. Puis, le 29 juin 1989, le gouvernement flamand de l'époque a décidé de reconduire ce contrat pour une période de six ans, sur la base de l'appel d'offres de 1988. Le contrat avait principalement pour objet l'observation régulière par télédétection aérienne du cordon de dunes et des plages émergées et inondées de la côte belge, ainsi que le traitement des données rassemblées.

6. À partir de 1992, les autorités flamandes ont envisagé d'adapter le contrat au moyen d'un avenant. Le 13 avril 1995, à l'issue d'une procédure négociée non précédée de mesures de publicité, le ministre flamand des travaux publics a signé un avenant au contrat avec Eurosence Belfotop, pour un montant de 534 millions de BEF [hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA)] et une durée de neuf ans.

7. Le 27 décembre 1995, ouvrant une procédure d'infraction, la Commission a adressé aux autorités belges une mise en demeure, faisant valoir que l'avenant signé le 13 avril 1995 relevait du champ d'application de la directive et que, conformément aux dispositions de l'article 15, paragraphes 1 et 2, de cette directive il aurait fallu publier un «avis indicatif» et faire connaître l'intention de passer un marché, au moyen d'une publication dans le *Journal officiel des Communautés européennes*. L'absence de publicité constituerait une violation de l'article 15, paragraphes 1 [5], et 2. Elle a ajouté que la passation du marché dans le cadre d'une procédure négociée non précédée de publicité ne se justifiait pas non plus au regard de l'article 11, paragraphe 3, de la directive.

8. Par lettre du 2 février 1996, le gouvernement belge a réfuté ces griefs. Selon lui, d'une part, la directive ne s'appliquait pas au marché litigieux en raison des dispositions de l'article 4, paragraphe 2, et, d'autre part, la passation du marché dans le cadre d'une procédure négociée était justifiée au regard de l'article 11, paragraphe 3, sous b), de la directive. Cinq conditions étaient exigées pour l'obtention du marché:

a) disposer d'un certificat de sécurité militaire;

b) disposer d'une autorisation de la direction de l'aviation permettant d'effectuer tout travail aérien;

c) disposer du savoir-faire, de la technologie et de l'équipement requis;

5 — L'article 15, paragraphe 1, concerne l'avis indicatif relatif au montant total prévu des marchés de services pour l'exercice budgétaire en cours.

d) réunir tous ces éléments au sein de la même entreprise;

e) et avoir une capacité financière suffisante pour fournir chaque année des services à concurrence de 80 millions de BEF.

Enfin, d'autres facteurs justifieraient la passation du marché dans le cadre de la procédure négociée, tels que l'existence de droits d'exclusivité, et notamment de droits de propriété intellectuelle, la disponibilité d'avions basés dans un rayon de deux heures de vol et la maîtrise de la langue néerlandaise.

9. La Commission a néanmoins adressé à l'État belge un avis motivé, le 10 mars 1999, dans lequel elle a maintenu ses griefs. Le gouvernement belge y a répondu par lettre du 1er juin 1999. Il a soutenu, en particulier, que l'élément principal du marché de services était la photographie aérienne, laquelle relève non pas de la catégorie 12 de l'annexe I A de la directive, mais de la catégorie 27 (autres services) de l'annexe I B.

10. Par acte du 29 juin 2001, la Commission a introduit un recours en manquement. Elle conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater, conformément à l'article 226, paragraphe 1, du traité CE, que le royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 92/50, et en particulier des articles 11, paragraphe 3, et 15, paragraphe 2,

— en négligeant de procéder, ainsi que l'exige cette directive, à la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* d'un avis de marchés de services relatif à l'observation de la côte au moyen de photographies aériennes,

et

— en recourant sans justification à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché,

— condamner le royaume de Belgique aux dépens.

11. Il est vrai que le gouvernement belge n'a pas formellement conclu au rejet du recours, mais il a expressément soutenu qu'il n'y avait aucun manquement aux obligations découlant de la directive.

IV — Les prétentions des parties

12. Les arguments des parties s'articulent autour de la ligne de défense adoptée, dans le cadre de la procédure précontentieuse, par l'État membre défendeur. Nous exposerons donc les prétentions des parties en reprenant les trois points soulevés.

A — *Inapplicabilité de la directive en vertu de l'article 4, paragraphe 2 (mesures particulières de sécurité)*

13. La *Commission* estime que la disposition dérogatoire que constitue l'article 4, paragraphe 2, qu'il convient d'interpréter de façon stricte, ne s'applique pas au cas d'espèce. Le fait que les entreprises chargées de réaliser des photos aériennes et d'en assurer le traitement doivent disposer d'un certificat de sécurité militaire ne pourrait pas être assimilé à une «mesure particulière de sécurité» au sens de cette disposition, mais s'apparenterait plutôt à une licence ou «autorisation spécifique» dont les candidats ou soumissionnaires devraient justifier, au sens de l'article 30, paragraphe 1.

14. Le *gouvernement belge* est, au contraire, d'avis que l'article 4, paragraphe 2, est applicable au motif que l'un des critères d'attribution était la possession d'un certificat de sécurité militaire. Il explique que les entreprises qui, dans le cadre de l'exécution de marchés publics, sont conduites à avoir accès à des données ou à des lieux et ou à des équipements classés par les autorités nationales ou par l'OTAN, peuvent se voir délivrer un certificat de sécurité militaire, à l'issue d'un contrôle de sécurité. Seules les entreprises ainsi agréées recevraient une liste des objets classés qui leur permettrait de travailler sur la base des prises originales et, en cas de publications ou d'annonces, de masquer les objets classés, en les rendant impossibles à identifier. Les entreprises qui ne disposent pas d'un tel certificat de sécurité militaire devraient, avant tout traitement des données, les transmettre au service des renseignements généraux [6] qui examine si elles contiennent des objets classés et les masque le cas échéant. L'application d'une telle procédure serait inconcevable en l'espèce, d'une part, parce qu'elle entraîne des retards incompatibles avec les cas d'urgence, tels que les tempêtes, et d'autre part, parce qu'elle implique la disparition d'informations pertinentes puisque l'interprétation des négatifs n'est plus possible.

B — *Inapplicabilité de la directive en vertu de l'annexe I B*

15. La Commission estime que le marché en question relève de la rubrique 867 (services d'architecture, de consultation technique et d'ingénierie) de la nomencla-

6 — Algemene Dienst Inlichting en Veiligheit.

ture CPC, et, par voie de conséquence, de la catégorie 12 de l'annexe I A de la directive, si bien que toutes les dispositions de la directive, sans exception, seraient applicables au marché litigieux. La rubrique 867 regroupe plusieurs sous-rubriques, dont, par exemple, le code n° 8675 (services connexes de consultation scientifiques et techniques) qui, à leur tour, se subdivisent en sous-catégories. Les prestations de services formant l'objet du marché litigieux relèveraient des sous-catégorie 86753 (services de prospection de la surface terrestre) et 86754 (services d'établissement de cartes).

16. Bien que le marché comporte des prestations de service de photographies aériennes, qui peuvent, en elles-mêmes, relever de la sous-catégorie 87404, l'objet du marché serait bien plus large, car étroitement lié au programme de surveillance de la côte élaboré par l'administration dans le but d'assurer la sécurité de la côte et de ses habitants.

17. En outre, les prestations de télédétection n'auraient pas une part prépondérante dans la valeur totale du marché. La Commission estime que, sur un montant de 527 194 225 BEF, les photographies aériennes représenteraient 245 464 732 BRF, soit 46,56 %.

18. Le gouvernement belge soutient, de son côté, que l'élément principal du marché réside dans les prestations de photographies aériennes, lesquelles ne doivent pas être rangées dans la catégorie 12 de l'annexe I A mais dans la catégorie 27 (autres services) de l'annexe I B. Aucune des 27 catégories mentionnées dans les annexes I A et I B de la directive ne reprend l'intitulé «services de photographies aériennes». Outre ces intitulés, la directive se réfère aussi à la nomenclature CPC des Nations unies qui cite la photographie aérienne sous le numéro 87504.1. Cependant, les annexes de la directive ne renvoient pas à ce numéro. En revanche, la catégorie 27 de l'annexe I B, dénommée «autres services», constitue une catégorie ouverte, non liée à la nomenclature CPC. La photographie aérienne devrait donc être classée dans cette catégorie.

19. Le marché porterait principalement sur la photographie aérienne. Il se composerait essentiellement de la prise de photos et des processus et opérations connexes. En outre, les critères qualitatifs exigés pour l'attribution du marché en question concerneraient la photographie aérienne. Enfin, la photographie aérienne représenterait une somme de 295 202 732 BEF sur un total de 527 194 225 BEF, ce qui signifie que la majeure partie du budget, à savoir 56 %, serait consacrée aux photographies aériennes. Le marché de services litigieux devrait par conséquent être qualifié de marché de services de photographies aériennes et relever par conséquent de la catégorie «autres services». C'est pourquoi, en définitive, la directive ne serait pas applicable.

C — *Sur la justification du recours à la procédure négociée pour la passation du marché, sans publicité préalable, ainsi que le prévoit l'article 11, paragraphe 3, sous b), de la directive.*

20. Selon la Commission, l'article 11, paragraphe 3, sous b) ne peut être valablement invoqué. Elle fait valoir, tout d'abord, que l'obligation de disposer d'un certificat de sécurité militaire n'aurait rien avoir avec des «raisons techniques» au sens où l'entend cette disposition, et fait simplement référence à la possession d'une autorisation spécifique ou d'un agrément.

21. D'ailleurs, le gouvernement belge n'aurait pas affirmé ni prouvé que Eurosence Belfotop était la seule entreprise à posséder le savoir-faire, la technologie et l'équipement nécessaire. Dans la mesure où les règles concernant la publicité des marchés publics sont demeurées inappliquées, d'autres candidats n'ont pas eu la possibilité de prouver qu'ils remplissaient bien les conditions exigées. Au surplus, il faudrait noter que le contrat fait obligation à l'entreprise concernée de développer une nouvelle technologie appelée aérolaserhypsométrie [7]. Or, cette technologie est déjà utilisée à l'étranger, ce qui confirmerait que les critères techniques ont bien été choisis en fonction de l'entreprise en question, et non le contraire. On ne pourrait exclure, non plus, que plusieurs entreprises auraient été en mesure, à une certaine échéance, de développer des logiciels identiques ou comparables au logiciel spécialisé qui n'est, à l'heure actuelle, utilisé que par Eurosence Belfotop.

22. Quant aux droits d'exclusivité et de propriété intellectuelle sur le procédé et le logiciel en question, ils ne pourraient constituer des droits d'exclusivité au sens de l'article 11, paragraphe 3, de la directive, dès lors qu'ils n'ont pris naissance qu'à l'issue du développement des procédés spéciaux effectué dans le cadre de l'exécution du marché de 1989. Ils ne peuvent donc pas être considérés comme indispensables pour l'exécution proprement dite du marché. Tout autre contractant aurait, de la même manière, pu acquérir certains droits d'exclusivité au cours de l'exécution du marché.

23. Ensuite, on pourrait penser que les résultats des prises de vue réalisées sont devenus la propriété de la Région flamande et que, par conséquent, Eurosence Belfotop ne détient sur elles aucun droit d'exclusivité au sens de l'article 11, paragraphe 3, sous b). Enfin, compte tenu de la nécessité d'interpréter strictement les dispositions dérogatoires, il serait pour le moins douteux que des droits d'auteur soient à considérer comme des droits d'exclusivité au sens de l'article 11, paragraphe 3, sous b).

24. Le *gouvernement belge* soutient, quant à lui, pour le cas uniquement où le marché litigieux relèverait de l'annexe I A de la

7 — Qui a trait à la mesure de hauteur.

directive — ce qu'il conteste formellement —, que l'attribution du marché dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité préalable se justifiait en application de l'article 11, paragraphe 3, de la directive. Il affirme que la fourniture des services en question ne pouvait être confiée qu'à la société Eurosence Belfotop, tant pour des raisons techniques que pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité.

25. Les raisons techniques tiendraient aux critères qualitatifs de sélection utilisés par la Région flamande dans la négociation. Ainsi, il était nécessaire de disposer d'un certificat de sécurité militaire pour l'exécution du marché. Or, Eurosence Belfotop possédait déjà un tel certificat à l'époque des négociations, tout comme trois autres sociétés. La Région flamande ne pouvait pas attribuer le marché à une entreprise ne possédant pas ce certificat, car la procédure d'obtention du certificat est très longue et coûteuse. Au surplus, la prise de photos aériennes, supposait la possession d'une autorisation de photographies aériennes dans le domaine de la photographie spécialisée.

26. Qui plus est, les résultats des prises de vue, c'est-à-dire les films comportant les clichés aériens et les clichés par scanner multispectral doivent, en exécution du marché, être traités de manière très spécifique et transformés en données chiffrées, tableaux, graphiques et cartes, ce qui implique l'utilisation de techniques particulières et de logiciels spécialement développés à cette fin. L'enregistrement des données obtenues par télédétection aérienne, de même que leur traitement et leur interprétation, ne pouvaient être réalisés que grâce à du matériel de haute technologie, et utilisé par un personnel qualifié disposant d'une expérience spécialisée.

27. Le savoir-faire, la technologie et l'équipement nécessaires devaient également être réunis à l'intérieur d'une même entreprise, sans qu'il soit possible de recourir à la sous-traitance. Le certificat de sécurité militaire permet en effet de fournir à la société une liste des secrets militaires afin qu'elle puisse elle-même masquer ses photos. En vue de la délivrance de ce certificat, les autorités procèdent à un contrôle approfondi tant du personnel que des installations. Des procédures très strictes relatives à l'accès au matériel photographique sont également imposées. Les installations d'archivage et de conservation, de même que celles destinées à l'utilisation des documents de base, doivent obéir à de nombreuses prescriptions de sécurité. L'une des conditions contractuelles était que le contractant conserve tout le matériel de base dans ses propres installations, agrées par le certificat militaire. Cette exigence exclut donc clairement tout lien temporaire avec un autre cocontractant ou le recours à la sous-traitance.

28. En outre, le personnel volant devait être disponible à bref délai (deux heures au plus) et la langue néerlandaise devait pouvoir être utilisée pour les communications

avec la Région flamande dans ce domaine particulièrement complexe. Le candidat devait en outre offrir suffisamment de garanties financières pour assurer la continuité de ses services lors de la conclusion d'un contrat à long terme. Tant l'expérience d'Eurosence Belfotop que celle de l'administration des voies hydrauliques et de la marine belge avaient donc conduit à conclure qu'aucune autre société n'était en mesure de mener à bien le marché et de veiller à la continuité du programme.

29. En ce qui concerne les droits d'exclusivité, c'est-à-dire tant les droits d'auteur portant sur les différents logiciels que les droits exclusifs relatifs aux données obtenues, la Région flamande avait été conduite à considérer que Eurosence Belfotop était la seule société avec laquelle elle pouvait et devait négocier. Cette société avait elle-même développé le logiciel et les techniques de mesure et d'établissement des cartes adaptés à l'observation de la côte belge. Ces programmes et techniques seraient uniques. La société détiendrait des droits d'auteur et des brevets sur ces programmes et techniques. En outre, le marché initial de 1989 prévoyait que les clichés demeuraient la propriété exclusive d'Eurosence Belfotop. Ce marché prévoyait aussi que les résultats des prises de vue ne pouvaient être utilisés par la Région flamande que pour son usage personnel et ne pouvaient pas être communiqués ou transférés à des tiers sans l'accord d'Eurosence Belfotop. Cette obligation valait pendant toute la durée du contrat et durant les trois années suivantes. C'est pourquoi, il était impossible à une autre entreprise qu'Eurosence Belfotop d'utiliser les données rassemblées par Eurosence Belfotop et, partant, de suivre l'évolution de la côte belge.

V — Appréciation

A — *Sur l'application ou non de la directive en vertu de l'article 4, paragraphe 2*

30. Il convient tout d'abord de rechercher si la directive s'applique effectivement au marché litigieux. L'article 4, paragraphe 2, prévoit expressément que la directive ne s'applique pas aux marchés publics de services dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré. Le gouvernement belge est d'avis que dans le cas du marché en question on est en présence de mesures particulières de sécurité au sens de cet article.

31. Il est vrai qu'elle n'invoque, d'une part, aucune disposition législative, réglementaire ou administrative d'où résulterait l'obligation de vérification de toute prise de vue aérienne par le service des renseignements généraux, ce qui constitue, selon

le gouvernement belge, incontestablement une «mesure particulière de sécurité» au sens de la disposition précitée, et, d'autre part, aucune disposition d'où l'on pourrait déduire que cette obligation de vérification systématique peut être remplacée par un certificat de sécurité militaire. Cependant, même si le gouvernement belge n'a pas invoqué de dispositions précises, il n'y a pas de raison de mettre leur existence en doute. En effet, la Commission n'a pas mis en question l'existence de cette obligation ni son fondement légal, mais a seulement contesté sa qualification de «mesure particulière de sécurité» au sens de l'article 4, paragraphe 2.

32. Il convient en premier lieu de se demander dans quelle mesure l'obligation générale de vérification des prises de vues aériennes par les services de renseignements peut entrer en considération pour la qualification du marché litigieux, dès lors que cette obligation disparaît pour toute entreprise détentrice d'un certificat de sécurité militaire, étant rappelé que ce certificat est précisément exigé comme condition d'attribution du marché dans le cas d'espèce.

33. Il nous semble tout à fait possible de considérer la vérification systématique de toute prise de vue aérienne par les services des renseignements, pour des motifs de sécurité politique, comme une «mesure particulière de sécurité». Le gouvernement belge a fait état, dans ce contexte, de la possibilité d'actes de sabotages ou d'attaques terroristes qui imposent de tenir secrets l'existence de certaines installations militaires et certains points stratégiques. À l'audience, l'agent du gouvernement belge a cité, à titre d'exemple, la base militaire de Koksijde, sur la côte belge. À notre avis, il ne fait pas de doute que l'imposition de certaines mesures de sécurité dans le cas des prises de vues aériennes se justifie, et leur qualification de «mesures particulières de sécurité» au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive n'est, à notre sens, pas discutable.

34. On peut, en revanche, se demander si, en l'espèce, il est possible de considérer que des mesures spéciales de sécurité sont requises par l'«exécution» [8] du marché, lorsque l'entreprise sélectionnée dispose d'un certificat de sécurité militaire qui supprime la vérification systématique des prises de vues aériennes par les services de renseignements dans le cadre de l'exécution du marché.

35. La Commission est d'avis que le certificat de sécurité militaire, exigé en tant que critère de qualification de l'adjudicataire, doit être considéré comme une «autorisation spécifique» au sens de l'article 30, paragraphe 1, de la directive. Il s'agit d'une condition pour l'obtention du marché. Toutefois, dès lors que le titulaire du marché est en possession d'un tel certificat de sécurité, aucune autre «mesure particulière de sécurité» n'est plus imposée dans le cadre de l'exécution du contrat.

8 — Selon les termes mêmes de l'article 7, paragraphe 2, de la directive.

36. À notre avis, cet argument ne tient pas compte du fait que la délivrance ou la possession du certificat de sécurité militaire ne dispense pas de toute autre mesure de sécurité. Seule est supprimée l'intervention systématique du service de renseignements. Au cours de la procédure devant la Cour, il a été expliqué qu'une entreprise qui dispose d'un certificat de sécurité militaire se voit confier des listes comportant des objets classés par les autorités nationales et par l'OTAN. Sur cette entreprise pèse la charge de tenir compte des exigences de la sécurité et, en cas de publication des prises de vues aériennes, l'obligation de masquer elle-même les objets ayant une importance du point de vue militaire. À notre avis, l'entreprise qui s'est vu délivrer un certificat de sécurité militaire se voit ainsi confier la mise en œuvre de mesures particulières de sécurité. Ce transfert de responsabilité explique d'ailleurs pourquoi l'obtention du certificat de sécurité militaire suppose une procédure aussi longue. Le certificat de sécurité militaire n'est pas accordé à l'entreprise soumise à l'obligation de sécurité pour une prise de vue ponctuelle il doit conférer une certaine protection, garantissant que les exigences de la sécurité seront respectées lors des opérations de traitement ultérieures.

37. Nous sommes par conséquent d'avis que la condition de possession d'un certificat de sécurité militaire ne se réduit pas à une «autorisation spécifique» au sens de l'article 30, paragraphe 1, qui exclurait que l'on considère un marché exécuté par une entreprise qui en est pourvue comme un marché devant s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

38. La documentation complète réalisée sur la côte belge, y compris le port de Zeebrugge, constituée au moyen de photographies aériennes, prises sur le long terme, nous semble par conséquent susceptible de toucher aux intérêts de la sécurité de l'État belge. Il nous paraît donc plausible, ainsi que l'évoque le gouvernement belge, que l'exécution du marché nécessite des mesures particulières de sécurité.

39. Nous sommes également d'avis que c'est principalement aux gouvernements des États membres qu'il appartient d'apprécier et de définir les intérêts de la sécurité de l'État. Si, par conséquent, le gouvernement belge affirme que l'exécution du marché requiert des mesures particulières de sécurité et que cette affirmation ne soulève pas de doute manifeste, cela doit suffire à la Cour pour appliquer l'article 4, paragraphe 2, de la directive. C'est pourquoi nous estimons que le royaume de Belgique est fondé à invoquer l'article 4, paragraphe 2, de la directive, ce qui conduit à écarter l'application de la directive. Dans ces conditions, aucun manquement ne peut être reproché à l'État belge.

40. À titre subsidiaire, pour le cas où la Cour ne nous suivrait pas sur ce point, il y a lieu d'examiner les autres arguments des parties.

B — *Sur le caractère applicable de la directive en raison de la classification du marché au regard de l'annexe I B*

41. Si l'on part de l'hypothèse que la directive s'applique au marché de services litigieux, alors se pose la question de savoir si les prestations de services concernées relèvent de l'annexe I A ou de l'annexe I B. La directive prévoit une «application à deux niveaux» [9]. Le 21ème considérant du préambule explique que «l'application intégrale de la présente directive doit être limitée pour une période transitoire aux marchés de services pour lesquels ces dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges transfrontaliers; [...] les marchés des autres services doivent être surveillés pendant une période déterminée avant qu'une décision soit prise dans l'application intégrale de la présente directive [...]».

42. Le septième considérant est ainsi rédigé:

«Considérant que, pour l'application des règles de procédures et aux fins de la surveillance, la meilleure définition du domaine des services consiste à subdiviser ceux-ci en catégories correspondant à certaines positions d'une nomenclature commune; que les annexes I A et I B de la présente directive font référence à la nomenclature CPC (classification commune des produits) des Nations unies; que cette nomenclature est susceptible d'être remplacée dans le futur par une nomenclature communautaire [...]» [10].

43. En vertu de l'article 8 de la directive, les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à IV. Il y a donc lieu de leur appliquer intégralement les dispositions de la directive. En revanche, selon l'article 9 de la directive, les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux articles 14 et 16. Dans ce cas, seules s'appliquent les règles communes dans le domaine technique; prévues à l'article 14, et l'obligation de publier les résultats de la procédure d'attribution prévue à l'article 16. Pour déterminer si le droit communautaire impose l'obligation de respecter des règles de passation des marchés, il est donc primordial de savoir de quelle catégorie de l'annexe I relèvent les services qui constituent l'objet du marché.

44. La Commission est d'avis que le marché litigieux relève de la catégorie 12 de l'annexe I A, tandis que le gouvernement belge soutient qu'il relève de la catégorie 27 de l'annexe I B. Il nous semble incontestable que le marché en cause comporte des aspects d'aménagement du territoire et des services connexes de consultations écono-

9 — Voir intitulé du titre II de la directive.

10 — Une telle classification communautaire des produits à des fins statistiques a été adoptée dans le cadre eu règlement (CEE) n° 3696/93 du Conseil, du 29 octobre 1993, relatif à la classification statistique des produits associée aux activités (CPA) dans la Communauté économique européenne (JO L 342, p. 1).

miques et techniques. Mais il est indéniable que le marché porte sur la prise de photographies aériennes qui, a priori, ne relèvent pas de la catégorie 12 de l'annexe I A. Il est également certain que la prise de photographies aériennes n'est pas mentionnée expressément dans l'annexe I A ni dans l'annexe I B.

45. Le gouvernement belge a fait valoir que la nomenclature CPC comporte explicitement une position «photo aérienne» sous le n° 87504. La classification des produits communautaires, dénommée «CPA» [11] dans le règlement n° 3696/93 comporte, en regard de la référence CPC 875 a une catégorie 74.81.2 dénommée «services de l'industrie photographique». La sous-catégorie 74.81.25 dénommée «photographie aérienne» correspond à la référence CPC 87504.1 [12]. Dès lors qu'elle ne peut correspondre à aucune des catégories visées à l'annexe I de la directive, elle est comprise dans la catégorie 27, dénommée «autres services». Cette catégorie constitue une sorte de «catégorie fourre-tout», la seule catégorie qui ne corresponde pas à une référence CPC. Le fait que la photographie aérienne relève de la catégorie 27 ne peut donc pas être sérieusement discuté. La Cour a d'ailleurs décidé dans son arrêt Tögel [13] que le renvoi à la nomenclature CPC dans les annexes I A et I B de la directive est impératif.

46. La seule question qui se pose est de savoir en vertu de quelles règles le marché doit être passé dans le cas où il a pour objet en partie des services relevant de l'annexe I A et des services relevant de l'annexe I B. L'article 10 prévoit, en pareil cas, une règle obligatoire:

«Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe I A et des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI lorsque la valeur des services figurant à l'annexe I A dépasse celle des services figurant à l'annexe I B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément aux articles 14 et 16.»

47. Dans son arrêt Felix Swoboda [14], la Cour a jugé que l'article 10 fournit «un critère univoque de détermination du régime applicable à un marché composé de services divers, qui est fondé sur la comparaison de la *valeur des services* visés à l'annexe I A de cette directive avec celle des services visés à son annexe I B». [15]

48. Dans cet arrêt, la Cour a explicitement rejeté l'idée selon laquelle ce serait l'objet principal du marché qui détermine le

11 — Voir article 2, paragraphe 1, du règlement n° 3696/93.

12 — Voir règlement n° 3696/93, p. 113 et suiv.

13 — Arrêt du 24 septembre 1998 (C-76/97, Rec. p. I-5357, point 37).

14 — Arrêt du 14 novembre 2002 (C-411/00, Rec. p. I-10567).

15 — Arrêt Felix Swoboda, précité à la note 14, point 52 (passage mis en italique par nos soins).

régime applicable. [16] Elle n'a pas laissé de doute sur le fait que les services d'un marché, tout en pouvant être de nature différente, contribuent à la réalisation d'un but unique, ce qui explique que le marché doit être passé de manière uniforme [17].

49. Il faut donc s'attacher à la valeur respective des divers services. Dans l'arrêt Felix Swoboda, rendu dans le cadre d'un recours préjudiciel, la Cour a jugé que «la classification de services dans les annexes I A et I B de la directive est, avant tout, une question de fait dont l'appréciation *incombe au pouvoir adjudicateur*, sous le contrôle des juridictions nationales.» [18]

50. Dans la présente affaire, il ne peut être question de contrôle par les juridictions nationales puisqu'il s'agit d'un recours en manquement. La question de fait doit donc être appréciée, pour les besoins de la présente procédure, par la Cour.

51. Tant la Commission que le gouvernement belge ont présenté des calculs pour déterminer la valeur relative de la photographie aérienne dans le marché. La Commission est parvenue à une part de 46,56 %, tandis que le gouvernement belge a proposé d'autres calculs, que nous n'entendons pas reprendre en détail ici, mais qui aboutissent tous à attribuer à la photographie aérienne un poids économique bien supérieur à 50 % du marché.

52. En réaction au chiffre de 46,56 % avancé par la Commission, le gouvernement belge a proposé un contre-calcul. La Commission aurait, dans le cadre de son calcul, pris en compte uniquement les services de type I, II et III du marché de services, en n'attribuant aux services de type IV («somme réservée») [19] aucune part pour les prises de vues aériennes. La «somme réservée» est destinée à couvrir les besoins de toute nature qui se révèleraient nécessaires sans avoir été prévus lors de la conclusion du contrat. Le terme «en particulier» [20] montre que la somme en question peut être utilisée pour d'autres

16 — Arrêt Felix Swoboda, précité à la note 14, point 49.

17 — Arrêt Felix Swoboda, précité à la note 14, points 56 et 59.

18 — Arrêt Felix Swoboda, précité à la note 14, point 62 (le passage est mis en italique par nos soins).

19 — «Voorbehouden som». La description des prestations de type IV figure à l'article 7 du contrat du 13 janvier 1995: —«la somme réservée (prestations de type IV — [...]) s'élève à 15 millions BEF (sauf pour les années contractuelles 1998-1999 et 1999-2000 où seul un montant de 12,5 millions BEF est prévu pour des raisons budgétaires) et peut notamment être utilisé pour:
1. le contrôle, après chaque vol de mesure, de la situation de la plage et des dunes par rapport aux normes et réglementations énoncées par le 'Doindecreet' d'une part et le 'Normstelling Kust 2000' d'autre part, et ce tant en ce qui concerne la morphologie de la plage que la construction des dunes;
2. la livraison des résultats de mesure sur un support magnétique compatible avec le matériel de l'administration;
3. permettre au contractant d'obtenir la norme ISO 9000 pour les activités qui sont indispensables à l'exécution du présent marché;
4. des techniques de mesures nouvelles ou rénovées qui apparaissent pendant la durée du contrat et qui peuvent être utilisées pour améliorer qualitativement ou quantitativement la tâche de contrôle.»

20 — Voir formulation de l'article 7 du contrat du 13 janvier 1995 (note 19 ci-dessus).

prestations de services que celles visées à l'article 7, c'est-à-dire également pour des services de type I, II et III.

53. Si l'on part de la proportion attribuée à la photographie aérienne par la Commission dans le cadre des services de type I, II et III, c'est-à-dire 46,56 %, et que l'on étend cette proportion aux services de type IV, on doit considérer que la part totale de la photographie aérienne représente 61,80 % de la valeur du marché. Cette appréciation s'impose dans le cadre de l'examen a priori qui doit être effectué au moment de la passation du marché. Si l'on examine les services effectivement fournis dans le cadre d'une appréciation a posteriori, il apparaît que la part de la photographie aérienne dans les prestations de type IV représente 56 %. Dans tous les cas, la part de la photographie aérienne représente plus de 50 % de la valeur totale du marché.

54. L'argumentation du gouvernement belge qui vient d'être résumée ne soulève à notre avis aucune objection de principe. Nous pensons en outre qu'il résulte de la formulation de l'arrêt Felix Swoboda [21] que la classification de services dans les annexes I A et I B de la directive est avant tout une question de fait relevant de l'appréciation du pouvoir adjudicateur, ce qui nous amène à conclure que la Cour doit laisser au pouvoir adjudicateur une certaine marge d'appréciation dans cette classification.

55. Nous ne voyons donc pas de raison de mettre en doute l'appréciation du gouvernement belge selon laquelle la photographie aérienne représenterait en valeur la part principale du marché. Il en résulte que le marché relève de l'annexe I B, avec pour conséquence que la procédure d'adjudication prévue par les règles communautaires aux titres III à IV de la directive n'avait pas besoin d'être respectée. Le recours en manquement doit donc, sous cet angle également, être rejeté.

56. Il est, dès lors, inutile de rechercher si le gouvernement belge est fondé à se prévaloir de l'article 11, paragraphe 3, sous b).

VI — Sur les dépens

57. Conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, la partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il a été conclu en ce sens. Le gouvernement belge n'a cependant pas conclu sur les dépens. Chaque partie supporte par conséquent ses propres dépens.

21 — Arrêt précité à la note 14, point 62.

VII — Conclusion

58. Au regard des considérations qui précèdent, nous suggérons à la Cour de:

1) rejeter le recours;

2) dire et juger que chaque partie supporte la charge de ses propres dépens.