ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

2 juin 2005 *

Dans l'affaire C-394/02,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 8 novembre 2002,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. M. Nolin et M. Konstantinidis, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République hellénique, représentée par M. P. Mylonopoulos et M^mes^ D. Tsagkaraki et S. Chala, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: le grec.

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann (rapporteur), président de chambre, MM. K. Lenaerts, J. N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič et E. Levits, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs,
greffier: M[me] K. Sztranc, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 8 décembre 2004,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 24 février 2005,

rend le présent

Arrêt

1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en raison de l'attribution par l'entreprise publique d'électricité Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy (ci-après «DEI») du marché portant sur la fabrication d'un système de bandes transporteuses pour la centrale thermoélectrique de Megalopolis au moyen d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des

transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), telle que modifiée par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 (JO L 101, p. 1, ci-après la «directive 93/38»), et, en particulier, des articles 20 et suivants de ladite directive.

Le cadre juridique

2 En vertu de l'article 15 de la directive 93/38, «les marchés de [...] travaux [...] sont passés conformément aux dispositions des titres III, IV et V».

3 L'article 20, paragraphe 1, de la même directive prévoit que «[l]es entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article 1er point 7 [à savoir une procédure ouverte, restreinte ou négociée], pour autant que, sous réserve du paragraphe 2, une mise en concurrence ait été effectuée en vertu de l'article 21».

4 Selon le paragraphe 2 de cet article 20:

«Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable [...]:

[...]

c) lorsque, en raison de leur spécificité technique [...], l'exécution du marché ne peut être confiée qu'à un [...] entrepreneur [...] déterminé;

d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes;

[...]»

5 L'article 21, paragraphe 1, de la directive 93/38 précise les moyens par lesquels une mise en concurrence peut être effectuée, à savoir, pour l'essentiel, la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* d'un avis conforme aux modèles figurant dans les annexes de la même directive.

Les faits et la procédure précontentieuse

6 En octobre 1997, DEI a, en vue d'une procédure d'évaluation des incidences sur l'environnement au sens de la directive 85/337/CEE du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (JO L 175, p. 40), présenté à l'autorité compétente, à savoir le ministère de l'Environnement, de l'Aménagement du territoire et des Travaux publics, un projet relatif à l'installation d'un système de désulfuration, de

stabilisation, de transport et de dépôt des dérivés solides de la centrale thermoélectrique de Megalopolis.

7 Par décisions des 29 octobre 1998 et 30 décembre 1999, ledit ministère, a donné son approbation pour ce projet, tout en exigeant que DEI, d'une part, introduise dans les neuf mois, à savoir pour septembre 2000, une demande d'autorisation définitive d'élimination des déchets produits par ladite centrale et, d'autre part, installe dans les douze mois, à savoir pour décembre 2000, un système de bandes transporteuses pour le transport des cendres entre cette dernière et la mine de Thoknia, où les cendres sont traitées.

8 Compte tenu de ces délais, DEI a, le 27 juillet 1999, décidé de mettre en œuvre une procédure d'attribution négociée sans publication d'avis et a invité le groupement d'entreprises Koch/Metka ainsi que l'entreprise Dosco Overseas Engineering Ltd (ci-après l'«entreprise Dosco») à présenter leurs offres.

9 Le 18 janvier 2000, cette dernière entreprise a déclaré qu'elle ne souhaitait pas participer à ladite procédure.

10 Le 29 août 2000, après plusieurs mois de négociations, DEI a confié la fabrication du système de bandes transporteuses pour le transport des cendres entre la centrale thermoélectrique de Megalopolis et la mine de Thoknia (ci-après le «marché litigieux») au groupement d'entreprises Koch/Metka.

11 Après avoir mis la République hellénique en mesure de présenter ses observations, la Commission a, le 21 décembre 2001, émis un avis motivé constatant que le

marché litigieux aurait dû faire l'objet d'un avis dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, conformément à la directive 93/38. Elle a, dès lors, invité cet État membre à prendre les mesures nécessaires pour se conformer à l'avis motivé dans un délai de deux mois à compter de sa notification. Insatisfaite de la réponse apportée par les autorités helléniques par lettre du 3 avril 2002, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Sur le recours

Sur la recevabilité

12 Le gouvernement hellénique soulève quatre exceptions d'irrecevabilité tirées respectivement du défaut d'intérêt à agir de la Commission, du défaut d'objet du recours, du caractère imprécis de l'avis motivé et d'un détournement de procédure.

Sur le défaut d'intérêt à agir de la Commission

13 Selon le gouvernement hellénique, la Commission n'avait pas d'intérêt légitime à ouvrir une procédure en manquement dans la mesure où la prétendue violation du droit communautaire était, à la date d'expiration du délai pour se conformer à l'avis motivé, totalement ou à tout le moins dans une large mesure achevée.

14 À cet égard, il convient de rappeler que, dans le cadre des compétences qu'elle tient de l'article 226 CE, la Commission n'a pas à démontrer l'existence d'un intérêt à agir (voir arrêts du 4 avril 1974, Commission/France, 167/73, Rec. p. 359, point 15, et du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 29).

15 En effet, la Commission a pour mission de veiller d'office et dans l'intérêt général à l'application par les États membres du droit communautaire et de faire constater, en vue de leur cessation, l'existence de manquements éventuels aux obligations qui en dérivent (voir arrêts précités Commission/France, point 15, et Commission/Allemagne, point 29 ainsi que jurisprudence citée).

16 L'article 226 CE ne vise donc pas à protéger les droits propres de cette institution. Il appartient à elle seule de décider s'il est opportun ou non d'engager une procédure en constatation de manquement et, le cas échéant, en raison de quel agissement ou omission cette procédure doit être introduite (voir, en ce sens, arrêts du 11 août 1995, Commission/Allemagne, C-431/92, Rec. p. I-2189, point 22; du 5 novembre 2002, Commission/Allemagne, C-476/98, Rec. p. I-9855, point 38, et du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, précité, point 30).

Sur le défaut d'objet du recours

17 Le gouvernement hellénique soutient que le recours est dépourvu d'objet, dans la mesure où le contrat de travaux passé entre DEI et le groupement d'entreprises Koch/Metka dans le cadre du marché litigieux avait, à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, épuisé presque tous ses effets. À cette date, les travaux en

cause auraient été achevés dans une large mesure, c'est-à-dire à hauteur de 85 %. De facto, il n'aurait donc plus été possible de se conformer à l'avis motivé.

18 À cet égard, il est vrai que, en matière de passation des marchés publics, la Cour a jugé qu'un recours en manquement est irrecevable si, à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, le contrat en question avait déjà épuisé tous ses effets (voir, en ce sens, arrêts du 31 mars 1992, Commission/Italie, C-362/90, Rec. p. I-2353, points 11 et 13).

19 Or, en l'espèce, le contrat passé entre DEI et le groupement d'entreprises Koch/Metka dans le cadre du marché litigieux était, à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, en cours d'exécution, les travaux n'étant achevés qu'à hauteur de 85 %. Ledit contrat n'avait donc pas épuisé tous ses effets.

Sur le caractère imprécis de l'avis motivé

20 Le gouvernement hellénique soutient que l'avis motivé était trop imprécis, en ce que la Commission n'avait pas spécifié les mesures à prendre afin de s'y conformer.

21 À cet égard, il ressort d'une jurisprudence constante que, si l'avis motivé doit contenir un exposé cohérent et détaillé des raisons ayant amené la Commission à la conviction que l'État membre concerné a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du traité CE, la Commission n'est toutefois pas tenue d'indiquer

dans cet avis les mesures qui permettraient d'éliminer le manquement reproché (voir, en ce sens, arrêts du 11 juillet 1991, Commission/Portugal, C-247/89, Rec. p. I-3659, point 22, et du 28 octobre 1999, Commission/Autriche, C-328/96, Rec. p. I-7479, point 39).

22 En effet, la procédure précontentieuse a pour but de circonscrire l'objet du recours en manquement afin de donner audit État membre l'occasion de se conformer à ses obligations découlant du droit communautaire ou de faire utilement valoir ses moyens de défense à l'encontre des griefs formulés par la Commission (voir, en ce sens, arrêts précités Commission/Autriche, point 34, et du 5 novembre 2002, Commission/Allemagne, points 46 et 47).

23 Par conséquent, c'est seulement lorsque la Commission entend faire du défaut d'adoption des mesures qui permettraient de remédier au manquement reproché l'objet de son recours en manquement, qu'elle doit indiquer de manière spécifique ces mesures dans l'avis motivé (voir, en ce sens, arrêt Commission/Autriche, précité, point 39).

24 Or, en l'espèce, l'objet du recours est limité à la constatation d'un manquement en raison de l'attribution du marché litigieux sans publication préalable d'un avis. Il ne vise donc pas la constatation d'un manquement additionnel, fondé sur le défaut de prendre des mesures qui permettraient de remédier au premier manquement.

Sur le détournement de procédure

25 Le gouvernement hellénique estime que, au lieu d'intenter un recours en manquement, la Commission aurait dû intervenir directement et ordonner la

suspension de l'attribution du marché litigieux au titre de l'article 3 de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33).

26 À cet égard, il convient de constater que, s'agissant du secteur de l'énergie, ce n'est pas la directive 89/665, mais la directive 92/13/CEE 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), qui est d'application.

27 Or, à supposer même que le gouvernement hellénique ait visé l'article 8 de la directive 92/13, qui prévoit une procédure en substance identique à celle prévue à l'article 3 de la directive 89/665, il résulte d'une jurisprudence constante que, même s'il était préférable que la Commission utilise la procédure d'intervention directe établie par lesdites directives, une telle procédure constitue une mesure préventive qui ne peut ni déroger ni se substituer aux compétences de la Commission au titre de l'article 226 CE (voir, dans le contexte de la directive 89/665, arrêts du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas, C-359/93, Rec. p. I-157, point 13; du 4 mai 1995, Commission/Grèce, C-79/94, Rec. p. I-1071, point 11; du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, Rec. p. I-8565, point 22, et Commission/Autriche, précité, point 57). Le fait que la Commission ait utilisé ou non ladite procédure est donc sans incidence lorsqu'il s'agit d'apprécier la recevabilité d'un recours en manquement.

28 En effet, la Commission est seule compétente pour décider s'il est opportun d'engager une procédure en manquement au titre de l'article 226 CE (voir, en ce sens, arrêts précités du 11 août 1995, Commission/Allemagne, point 22, et du

5 novembre 2002, Commission/Allemagne, point 38). Ainsi, le choix entre les deux procédures relève de son pouvoir discrétionnaire.

29 Il résulte des considérations qui précèdent que les exceptions d'irrecevabilité doivent être rejetées.

Sur le fond

30 À l'appui de son recours, la Commission invoque un seul grief tiré, en substance, d'une violation de l'article 15 de la directive 93/38, lu en combinaison avec les articles 20, paragraphe 1, et 21 de cette même directive, au motif que DEI a attribué le marché litigieux sans publier au préalable un avis dans le *Journal officiel des Communautés européennes*.

31 À cet égard, il convient de constater que le gouvernement hellénique ne conteste pas que le marché litigieux relève de l'article 15 de la directive 93/38 et devait donc, en principe, être passé conformément aux titres III à V de cette directive, qui prévoient, notamment, la mise en concurrence par la publication d'un avis dans ledit Journal officiel.

32 Ce gouvernement fait cependant valoir que, en vertu de l'article 20, paragraphe 2, sous c) et d), de la directive 93/38, le marché litigieux pouvait, exceptionnellement, être attribué sans publication d'avis. Selon lui, d'une part, seul le groupement d'entreprises Koch/Metka était en mesure d'effectuer les travaux en question au

regard des particularités du produit à transporter et du sous-sol du site ainsi que de la nécessité de raccorder les bandes transporteuses au système déjà existant. D'autre part, l'exécution de ces travaux était très urgente en raison des délais prescrits par le ministère de l'Environnement, de l'Aménagement du territoire et des Travaux publics.

33 À cet égard, il convient, à titre liminaire, de rappeler que, en tant que dérogations aux règles relatives aux procédures de passation des marchés publics, les dispositions de l'article 20, paragraphe 2, sous c) et d), de la directive 93/38 doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. En outre, la charge de la preuve incombe à la partie qui souhaite s'en prévaloir (voir, en ce sens, dans le contexte des directives 71/305 et 93/37, arrêts du 10 mars 1987, Commission/Italie, 199/85, Rec. p. 1039, point 14; du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23, et du 14 septembre 2004, Commission/Italie, C-385/02, Rec. p. I-8121, point 19).

34 S'agissant, en premier lieu, de l'article 20, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38, il ressort de la jurisprudence que l'application de cette disposition est soumise à deux conditions cumulatives, à savoir, d'une part, qu'il existe une spécificité technique des travaux faisant l'objet du marché et, d'autre part, que cette spécificité technique rende absolument nécessaire d'accorder ledit marché à une entreprise déterminée (voir, en ce sens, dans le contexte des directives 71/305 et 93/37, arrêts précités du 18 mai 1995, Commission/Italie, point 24, et du 14 septembre 2004, Commission/Italie, points 18, 20 et 21).

35 Or, en l'espèce, comme l'a relevé M. l'avocat général aux points 40 à 45 de ses conclusions, si les travaux en question revêtent une spécificité technique au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38, force est de constater que le gouvernement hellénique n'a pas démontré de manière convaincante que seul le groupement d'entreprises Koch/Metka était en mesure de les effectuer et qu'il était, par conséquent, absolument nécessaire de lui attribuer le marché.

36 En effet, ni les propriétés particulières du produit à transporter ni la nature instable du sous-sol ou la nécessité de raccorder le système de bandes transporteuses avec celui déjà existant ne prouvent, à elles seules, que ledit groupement d'entreprises était l'unique entrepreneur dans la Communauté à disposer du savoir-faire nécessaire pour effectuer les travaux en question.

37 Au demeurant, ayant également fait appel à l'entreprise Dosco, DEI estimait elle-même qu'une entreprise autre que le groupement Koch/Metka était, en principe, également capable d'effectuer ces travaux.

38 En outre, il résulte du dossier que, s'agissant de travaux similaires à réaliser sur le même site, DEI avait, dans le passé, déjà engagé des procédures de passation de marché avec publication d'un avis.

39 Il ne saurait donc être soutenu que, en raison de sa spécificité technique, l'exécution du marché litigieux ne pouvait être confiée qu'au groupement d'entreprises Koch/Metka.

40 S'agissant, en second lieu, de la dérogation prévue à l'article 20, paragraphe 2, sous d), de la directive 93/38, la jurisprudence l'a assortie de trois conditions cumulatives, à savoir l'existence d'un événement imprévisible, d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés en cas de mise en concurrence et d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte (voir, en ce sens, dans le contexte de la directive 71/305, arrêts du 2 août 1993, Commission/Italie, C-107/92, Rec. p. I-4655, point 12, et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 14).

41 Or, le gouvernement hellénique n'a pas démontré que ces conditions étaient remplies en l'espèce.

42 En effet, la nécessité d'effectuer les travaux en question dans les délais imposés par l'autorité compétente pour l'évaluation des incidences du projet sur l'environnement ne saurait être considérée comme une urgence impérieuse résultant d'un événement imprévisible.

43 Le fait qu'une autorité qui doit approuver le projet concerné puisse imposer des délais constitue un élément prévisible de la procédure d'approbation dudit projet (voir, en ce sens, dans le contexte de la directive 71/305, arrêt du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, précité, point 18).

44 De plus, DEI aurait pu, s'agissant du marché litigieux, lancer la procédure de passation avec publication d'un avis dès le début de la procédure d'évaluation des incidences sur l'environnement, soit environ trois ans avant l'échéance des délais imposés.

45 Il ne saurait donc être davantage soutenu qu'une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour DEI ne permettait pas de respecter les délais exigés en cas de mise en concurrence.

46 Eu égard à tout ce qui précède, il convient de constater que, en raison de l'attribution par DEI du marché portant sur la fabrication d'un système de bandes transporteuses pour la centrale thermoélectrique de Megalopolis au moyen d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/38 et, en particulier, des articles 20, paragraphe 1, et 21 de celle-ci.

Sur les dépens

47 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 de la République hellénique et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il convient de la condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête:

1) **En raison de l'attribution par l'entreprise publique d'électricité Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy du marché portant sur la fabrication d'un système de bandes transporteuses pour la centrale thermoélectrique de Megalopolis au moyen d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, et, en particulier, des articles 20, paragraphe 1, et 21 de celle-ci.**

2) **La République hellénique est condamnée aux dépens.**

Signatures.