CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 23 octobre 1997 *

1. Par le présent recours en manquement, il est reproché à la République fédérale d'Allemagne (qui l'a partiellement reconnu) de ne pas avoir complètement transposé la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures [1] (ci-après la « directive ») ou de ne pas avoir informé la Commission de ses mesures de transposition.

I — Procédure précontentieuse

2. L'un des objectifs de la directive est d'actualiser la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures [2] (ci-après la « directive de 1976 »), modifiée à de nombreuses reprises, et d'y incorporer plusieurs modifications d'ordre rédactionnel afin d'améliorer la clarté de certaines dispositions existantes [3]. Elle introduit également plusieurs modifications de fond, concernant la définition du pouvoir adjudicateur [4], l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de motiver le rejet d'une candidature ou d'une offre et d'établir un procès-verbal pour chaque marché passé [5] ainsi que les règles de participation aux adjudications et d'attribution des marchés [6]. L'article 34, paragraphe 1, de la directive impose aux États membres de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour s'y conformer avant le 14 juin 1994 et d'en informer immédiatement la Commission.

3. N'ayant reçu aucune notification en ce sens de la part de la République fédérale d'Allemagne, la Commission a adressé le 9 août 1994 à cet État membre une lettre de mise en demeure au titre de l'article 169 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après le « traité »), l'invitant à présenter ses observations dans un délai de deux mois. Dans sa réponse du 6 octobre 1994, la République fédérale d'Allemagne s'est référée à une lettre antérieure à la Commission, du 25 juillet 1994, dans laquelle elle avait expliqué que la directive serait transposée au moyen d'une modification de la partie A du *Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen* (cahier de prescriptions pour les marchés publics à l'exclusion du secteur de la construction, ci-après le « VOL/A »). Le projet de modification était alors en cours de dis-

* Langue originale: l'anglais.

1 — JO L 199, p. 1.

2 — JO 1977, L 13, p. 1. Cette directive a été modifiée par les directives du Conseil 80/767/CEE, du 22 juillet 1980 (JO L 215, p. 1), 88/295/CEE, du 22 mars 1988 (JO L 127, p. 1), et 92/50/CEE, du 18 juin 1992 (JO L 209, p. 1).

3 — Voir les premier et quatrième considérants de la directive.

4 — Article 1er, sous b), de la directive.

5 — Article 7 de la directive.

6 — Titre IV de la directive.

cussion au sein du *Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen* (comité allemand des marchés publics) et devait être publié à l'automne 1994. La République fédérale d'Allemagne a par ailleurs déclaré qu'elle avait d'ores et déjà repris la nouvelle définition des « pouvoirs adjudicateurs » à l'article 57 de la *Haushaltsgrundsätzegesetz* (loi relative aux principes budgétaires) et qu'elle avait, en attendant une transposition complète, adressé le 22 juin 1994 à tous les pouvoirs adjudicateurs une communication écrite visant à l'observation des termes de la directive, celle-ci étant directement applicable depuis le 14 juin 1994.

4. Le 16 janvier 1996, la Commission a adressé à la République fédérale d'Allemagne un avis motivé énonçant qu'elle n'avait toujours reçu aucune information, en application de l'article 34, au sujet de la transposition de la directive et fixant à cet État membre un délai de deux mois pour prendre les mesures nécessaires. Dans sa réponse du 10 avril 1996, la République fédérale d'Allemagne a déclaré que, dans la mesure où la directive constituait une refonte du texte modifié de la directive de 1976, elle avait d'ores et déjà été transposée par la deuxième loi portant modification de la *Haushaltsgrundsätzegesetz*, du 26 novembre 1993 [7], par le *Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge* (règlement relatif aux marchés publics, ci-après le « VgV »), du 22 février 1994 [8], et par le VOL/A, du 3 août 1993 [9]. La transposition des innovations contenues dans la directive était à l'étude. Un projet de modification du VOL/A et du VgV avait été envoyé à la Commission le 29 septembre 1994, mais nécessitait encore l'approbation du gouvernement fédéral et du Bundesrat. La République fédérale d'Allemagne a expliqué ce retard imprévu par la structure fédérale de l'État.

7 — *BGBl.* I, p. 1928.

8 — *BGBl.* I, p. 321.

9 — Bundesanzeiger n° 175a du 17 septembre 1993.

II — Procédure devant la Cour

5. N'ayant reçu aucune autre information relative à la transposition de la directive, la Commission a saisi la Cour le 15 octobre 1996, au titre de l'article 169 du traité, en lui demandant de constater que, en omettant d'adopter les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive ou d'en informer la Commission, la République fédérale d'Allemagne avait manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu du traité, et de condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens. Conformément à l'article 44 bis de son règlement de procédure, la Cour, avec l'accord exprès des parties, a décidé que la procédure ne comporterait pas de phase orale.

III — Analyse

6. Il est admis que la République fédérale d'Allemagne n'a pas adopté et, dès lors, n'a pas communiqué à la Commission toutes les dispositions nécessaires pour se conformer

pleinement à la directive dans le délai prescrit. En particulier, les aspects de la directive qui vont au-delà d'une simple codification n'ont pas été transposés en droit allemand, à l'exception, semble-t-il, de la nouvelle définition des pouvoirs adjudicateurs. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que le manquement d'un État membre à ses obligations, y compris celles relatives à la transposition de directives, ne peut être excusé par des obstacles découlant de l'ordre constitutionnel interne de cet État. En outre, le fait qu'une directive est susceptible de produire un effet direct en l'absence de mesures de transposition ne dispense pas un État membre de son obligation d'adopter de telles dispositions. L'effet direct, lorsqu'il intervient, est simplement une conséquence de la défaillance des États membres à cet égard et ne garantit pas que la directive soit transposée pleinement et, conformément au principe de la sécurité juridique, au moyen de dispositions nationales contraignantes.

IV — Conclusion

7. A la lumière de ce qui précède, nous proposons à la Cour:

1) de constater que, en omettant d'adopter et de communiquer à la Commission, dans le délai prescrit, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer pleinement à la direc-tive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive et du traité instituant la Communauté européenne;

2) de condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.