

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: Ελληνογαλλικό Εξειδικευμένο Δημόσιο Δίκαιο

ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: Εξειδικευμένο Δημόσιο Δίκαιο

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2019-2020

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Κυριακή Μ. Κύργιου

A.M. 7340012419010

“La protection juridictionnelle dans le domaine des marchés publics”

Επιβλέπουσα:

Eleftheria Neframi, Professeure, Section droit public, Université du Luxembourg

Αθήνα, 2020

Copyright © [Kyriaki Kyrgiou, 2020]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Faculté de Droit et Science Politique

Université National et Kapodistrian d’Athènes – Université Montesquieu Bordeaux IV

Master Franco-hellénique de Droit Public Spécialisé

Année universitaire 2019-2020

MEMOIRE

Kyriaki M. Kyrgiou

“La protection juridictionnelle dans le domaine des marchés publics”

Enseignant Responsable:

Eleftheria Neframi, Professeure, Section droit public, Université du Luxembourg

Athènes, 2020

Copyright © [Kyriaki Kyrgiou, 2020]

'Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de Bordeaux'

Remerciements

Je voudrais tout d'abord remercier Madame Eleftheria Neframi, professeure et directrice de mon mémoire, qui a été ma source d'inspiration et m'a donné l'opportunité d'étudier ce sujet, qui est pour moi d'un grand intérêt. Ses conseils sur le fond et ses remarques clés ont guidé mon travail de manière décisive. Je dois remercier les principaux professeurs et membres du comité de sélection du programme de troisième cycle de droit public spécialisé de la faculté de droit de l'Université nationale Kapodistrian d'Athènes et de l'Université de Bordeaux, qui m'ont donné l'opportunité de participer à ce programme de troisième cycle. Je dois un grand merci à ma professeure de français Renée Lefur, qui a été à l'origine de mon premier pas dans ma préoccupation avec le sujet éducatif actuel et une aide précieuse dans le voyage de la connaissance. Sans elle, rien de tout cela ne serait arrivé. Je dois remercier ma fidèle amie et collègue Stefania Koletti, qui a écouté mes préoccupations de temps en temps et a contribué à la réalisation de ce projet. Je tiens à remercier chaleureusement ma famille pour les encouragements et toutes sortes de soutien qu'ils m'ont apporté.

Pour toute omission ou erreur, l'auteur en est le seul responsable.

Sigles et abréviations

art. article

c. contre

CEDH Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés
Fondamentales

CJCE Cour de justice des Communautés européennes

CJUE Cour de justice de l'Union européenne

COM Document de travail de la Commission européenne

Cour AELE Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange

Cour EDH Cour européenne des droits de l'Homme

doc. document

éd. édition

ibid. ibidem

JO Journal officiel

TFUE Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

UE Union européenne

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PARTIE I: APPROCHE TECHNIQUE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS DE L'UE	4
CHAPITRE 1 - SOURCES ET NATURE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS	4
CHAPITRE 2 - CRITÈRES CONSTITUTIFS ET CONDITIONS D'ATTRIBUTION DES DOMMAGES- INTÉRÊTS	10
PARTIE II: LA DEMANDE DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS LES MARCHÉS PUBLICS	25
CHAPITRE 1 - DOMMAGES-INTÉRÊTS EN VERTU DU PRINCIPE D'EFFECTIVITÉ	25
CHAPITRE 2- APPROCHE JURISPRUDENTIELLE DES PRINCIPES D'EFFECTIVITE /D'EQUIVALENCE ET DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS LE CADRE DES MARCHES PUBLICS	33
CONCLUSION	44
BIBLIOGRAPHIE	46

INTRODUCTION

Les marchés publics peuvent être définis comme le processus qu'utilisent les autorités publiques, telles que les services gouvernementaux ou les autorités locales, pour acheter de travail, des biens ou des services aux entreprises. Ils constituent un moteur de premier plan dans les domaines de la croissance économique, de la création d'emplois et de l'innovation en l'Europe. Les marchés publics représentent près de 14 à 16% du PIB de l'UE.¹ Ils sont réglementés par une loi qui maximise le rapport qualité-prix pour le secteur public et garantit le respect de trois principes clés : égalité de traitement, non-discrimination et transparence. Afin de créer des conditions de concurrence équitables pour les entreprises dans toute l'Europe, le droit de l'UE établit des règles minimales harmonisées en matière de marchés publics. Celles-ci régissent la manière dont les pouvoirs publics et certains opérateurs de services publics achètent des biens, des travaux et des services. La stratégie des marchés publics de la Commission européenne a pour but d'améliorer les pratiques de l'UE en matière de marchés publics de manière collaborative en travaillant avec les autorités publiques et d'autres parties prenantes.

Les marchés publics sont régis par le droit dérivé de la CEE depuis 1971². Le droit matériel des marchés publics est régi par la directive 2014/24/UE (marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs classiques) et par la directive 2014/25/UE (marchés de services publics ou de secteurs spéciaux)³. Le champ d'application des règles de l'UE a été étendu pour couvrir à la fois les marchés de défense et de sécurité (directive 2009/81/CE) et les concessions de travaux et de services (directive 2014/23/UE)⁴. Les recours en cas de violation des règles de fond en matière de passation des marchés ont fait l'objet d'une codification précoce dans le droit de l'UE. Comme il apparaît dans les considérations de la directive 89/665/CEE : 'dans certains États membres, l'absence de recours effectifs ou l'insuffisance des recours existants dissuadent les entreprises communautaires de présenter des offres dans l'État membre où le pouvoir adjudicateur est établi'.

¹ J. Becker et al, «Contribution to Growth, European Public Procurement, Delivering Economic Benefits for Citizens and Businesses», Study for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2018, p. 6. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/631048/IPOL_STU\(2018\)631048_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/631048/IPOL_STU(2018)631048_EN.pdf)

² H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 20.

³ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE, JO L 94, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj> ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Directive 2004/17/CE, Union européenne, JO L 94, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/25/oj> .

⁴ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE JO L216/76, <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/81/oj> . Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession JO L94/1, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/23/oj> .

Par conséquent, ‘des recours efficaces et rapides doivent être disponibles en cas d’infraction au droit communautaire dans le domaine des marchés publics ou aux règles nationales mettant en œuvre ce droit’⁵. La directive 92/13/CEE a été promulguée peu de temps après, prévoyant des recours en cas de violation des règles de passation des marchés dans les secteurs des services publics. Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE accordaient aux opérateurs économiques un droit d'accès à un tribunal et prévoyaient des recours en référé (suspension), en annulation et en dommages-intérêts.

Les deux directives ont été modifiées par la directive 2007/66/CE⁶. La directive 2007/66/CE a ajouté des règles très détaillées introduisant des obligations de statu quo et le nouveau remède contre l'inefficacité du contrat conclu à la suite d'une liste de violations flagrantes du droit matériel de l'UE. Selon le considérant 3, les consultations des parties intéressées et la jurisprudence de la Cour de justice ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de contrôle dans les États membres. Plus précisément, ‘dans certains États membres, l’absence de recours effectifs ou l’insuffisance des recours existants dissuadent les entreprises communautaires de présenter des offres dans l’État membre où le pouvoir adjudicateur est établi’. Par conséquent, ‘des recours efficaces et rapides doivent être disponibles en cas d’infraction au droit communautaire dans le domaine des marchés publics ou aux règles nationales mettant en œuvre ce droit’.

Il est donc entendu que les directives sur les recours, fixant les conditions minimales à remplir par les procédures de réexamen - notamment les nouvelles - établies dans les systèmes juridiques nationaux, renforcent la protection juridictionnelle. Cependant, ce qui n'avait pas changé avec cette dernière modification était la disposition relative aux dommages-intérêts. Le caractère indéterminable des détails de cette disposition rend son application compliquée, surtout lorsque l'exécution devant les juridictions nationales est soumise à des modalités très divergentes. Si l'on ajoute le fait que les dommages-intérêts sont un processus long et coûteux, du fait qu'il s'agit d'une action au fond devant les tribunaux ordinaires, alors nous pouvons comprendre l'existence de motifs dissuasifs pour tenter une action en dommages-intérêts. Dans le même temps, la Cour de justice de l'UE est appelée à interpréter la disposition relative aux dommages-intérêts, en utilisant des doctrines générales, et afin d'assurer le respect des principes d'effectivité et d'équivalence et du principe de protection juridictionnelle effective.

⁵ 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, Conseil des Communautés européennes, JO L 395/33, <http://data.europa.eu/eli/dir/1989/665/oj>

⁶ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 modifiant les Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L 335, <http://data.europa.eu/eli/dir/2007/66/oj>.

L'analyse du présent mémoire sera divisée en deux parties. Dans la première partie, l'analyse portera essentiellement sur la présentation technique des dommages. La nature et les sources des dommages seront examinés en particulier la distinction entre les dommages-intérêts au titre de la directive sur les recours et les dommages-intérêts relevant de la responsabilité des États membres n'étant pas nette. Les critères constitutifs des dommages-intérêts seront également examinés, ainsi que les deux difficultés importantes en la matière, à savoir la causalité et le chef des dommages. Dans la seconde partie, l'analyse sera centrée sur les exigences d'une protection juridictionnelle effective et de l'interprétation sous l'outil d'effectivité et d'équivalence. Un aperçu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE est nécessaire pour prendre en considération la pratique de la Cour et faire un bref commentaire sur la manière dont elle aborde toutes ces questions soulevées en dommages-intérêts en relation avec ce qui précède des principes.

PARTIE I – APPROCHE TECHNIQUE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS DE L'UE

Cette partie présente d'abord les Directives sur les recours en relation avec les dommages-intérêts et présente une discussion sur la distinction entre les dommages-intérêts en vertu du droit dérivé de l'UE et les dommages-intérêts relevant de la responsabilité des États membres. Ensuite, une présentation des exigences du droit de l'UE en matière de réclamations en dommages-intérêts est faite. Conformément au principe de l'autonomie procédurale, les conditions de réglementation de ce droit à réparation sont reportées à la législation des États membres, sous réserve du respect des principes généraux d'effectivité et d'équivalence⁷. Cependant, les critères constitutifs des dommages, tels que la violation du droit de l'UE, qui peut entraîner des pertes, seront examinés. Parallèlement, il convient d'examiner la position de la CJUE sur les exigences en matière de faute dans les Directive sur le Recours. En outre, le lien de causalité entre les violations du droit des marchés publics et les dommages est nécessaire pour accorder des dommages-intérêts au demandeur. La quantification des pertes pouvant être réclamées est, bien entendu, un point de discussion, car la question du chef de dommages-intérêts est également abordée.

CHAPITRE 1 - SOURCES ET NATURE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Section A - Dommages-intérêts dans les Directives sur les Recours

Les Directives de fond sur les marchés publics sont accompagnées d'un régime législatif secondaire qui traite des recours en cas de violation des marchés publics. Les recours dont disposent les soumissionnaires lésés par des décisions d'attribution sont prévus par la Directive 89/665 /CEE⁸ pour le secteur public et la Directive 92/13/CEE⁹ pour les services publics. Ces deux sont applicables aux marchés publics couverts par les directives marchés publics. Les deux Directives sur les Recours (ci-après Directives Recours) ont été substantiellement modifiées par la Directive 2007/66 /CE¹⁰.

⁷ CJUE, arrêt du 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG et autres*, C-314/09, EU:C:2010:567, par. 33-34; CJUE, arrêt du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie et autres c. Provincie Drenthe*, C-568/08, ECLI:EU:C:2010:751, par. 92.

⁸ 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, Conseil des Communautés européennes, JO L 395/33, <http://data.europa.eu/eli/dir/1989/665/oj>.

⁹ 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, Conseil des Communautés européennes, JO L 76/14, <http://data.europa.eu/eli/dir/1992/13/oj>.

¹⁰ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 modifiant les Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L 335, <http://data.europa.eu/eli/dir/2007/66/oj>.

Parmi les dispositions de recours initialement rudimentaires, les dommages-intérêts dans les marchés publics ont longtemps été identifiés comme particulièrement difficiles par le législateur de l'UE. Ces difficultés se trouvent principalement dans la diversité des systèmes nationaux, car la demande de dommages-intérêts varie d'un État membre à l'autre et est souvent soumise à des limites¹¹. Les Directives Recours n'apportent pas grand-chose en matière de dommages¹². L'article 2, paragraphe 1, point c) de la Directive 89/665/CEE prévoit simplement qu'outre le pouvoir d'adopter des mesures provisoires et d'annulation, les juridictions nationales et autres organes compétents pour les procédures de réexamen peuvent être habilités à 'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation'. La Directive 92/13/CEE est un peu plus détaillée. L'article 2, paragraphe 1, point d), est rédigé dans le même sens que l'article 2, paragraphe 1, point c), de la Directive 89/665/CEE. Toutefois, il est indiqué à l'article 2, paragraphe 1, point 7, de la Directive 92/13/CEE que :

“Lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise.”

La première modification substantielle de la Directive 89/665/CEE et de la Directive 92/13/CEE a eu lieu le 20 décembre 2009, date de fin de la période de transposition de la Directive 2007/66/UE¹³. Les modifications apportées n'ont pas modifié directement la disposition relative aux dommages. Cela a été considéré comme une décision délibérée, car les demandes d'indemnisation étaient considérées comme un problème¹⁴. La Commission a donc décidé de ne pas les inclure dans la proposition finale. Mais même cette inaction est l'expression de la volonté du législateur. Cela fait peser une charge sur les ordres juridiques internes des États membres. Cependant, il est reconnu qu'il s'agit là d'un problème, mais les demandes de dommages-intérêts sont maintenant

¹¹ Commission des Communautés Européennes, Exposé des motifs du 8 décembre 1988 de la révision de la «Directive Recours» COM (88) 733, p. 9.

¹² R. Caranta, «Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses», dans Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2011, p. 170.

¹³ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 modifiant les Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, Union européenne JO L 335, <http://data.europa.eu/eli/dir/2007/66/oj>.

¹⁴ Commission des Communautés Européennes, Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts SEC (2006) 557, 12 (également les paragraphes 20 et 26-27), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2006/EN/2-2006-557-EN-1-0.Pdf>.

lues par rapport aux autres recours disponibles¹⁵. En tout cas, ces dispositions constituent un minimum, et les États membres ont donc le pouvoir d'améliorer les recours prévus dans les Directives, comme le montre clairement le fait que l'article 2, paragraphe 1, des deux Directives Recours stipule que les recours accordés au niveau national le niveau doit inclure ceux énumérés par la disposition.

La question à ce stade est de savoir si la disposition spécifique de l'article 2, paragraphe 1, point 7 de la Directive 92/13/CEE est applicable par analogie aux contrats régis par la Directive 2004/18/CE. Les institutions européennes ont raté l'occasion de reformuler la Directive 89/665/CEE dans le même sens que celui prévu à l'article 2, paragraphe 1, point 7, de la Directive 92/13/CEE. Il est avancé qu'il n'y a aucune raison pour que la question des dommages-intérêts récupérables soit traitée différemment dans le cadre de la Directive 'classique' par opposition à la Directive dans les 'services publics'¹⁶. Ce qui ressort de l'article 2, paragraphe 1, point 7, de la Directive 92/13/CEE, c'est que les demandes de dommages-intérêts représentant les frais de préparation d'une offre ou de participation à une procédure d'attribution sont soumises à une charge de la preuve plus légère quant au lien de causalité lorsque par rapport aux réclamations liées à d'autres types de dommages, comme par exemple 'manque à gagner'. Cependant, ce sont des problèmes qui seront abordés plus en détail ci-dessous.

En règle générale, les dispositions générales relatives aux dommages-intérêts peuvent être fondées sur la sensibilité politique associée à l'établissement de dispositions du droit dérivé de l'UE sur les actions en dommages-intérêts. Cela explique probablement dans une large mesure l'hésitation du législateur, mais aussi le libellé large et non spécifique des dispositions qui en résultent. Après tout, moins ces dispositions sont spécifiques, plus les États membres ont généralement une marge de manœuvre pour conserver leurs règles préexistantes de droit national et plus il peut donc être facile de parvenir à un accord au niveau de l'UE. Dans le même temps, il n'est donc pas surprenant que les difficultés que les demandeurs ont tendance à éprouver dans la pratique ne soient pas toujours pleinement résolues¹⁷.

Section B - Le principe général de responsabilité des États membres et la responsabilité des institutions de l'UE en vertu du 340 TFUE

¹⁵ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 27.

¹⁶ R. Caranta, «Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses», dans Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2011, p. 171.

¹⁷ F. Wilman, «The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for», *Common Market Law Review*, 2016, 53, p. 905.

La réglementation des marchés publics représente l'un des cadres les plus harmonisés de l'ordre juridique de l'UE avec des recours réglementés en détail dans le cadre de la législation dérivée applicable. En ce qui concerne la réparation des dommages-intérêts, il n'y a pas de critères et de procédure détaillés prescrits au niveau de l'UE¹⁸. En conséquence, il existe une grande diversité en matière de dommages-intérêts liés aux marchés publics au sein des ordres juridiques de l'État membre et une difficulté à harmoniser la responsabilité dans toute l'UE. En outre, la CJUE a établi deux règles de responsabilité à travers sa jurisprudence, à savoir la norme stricte de responsabilité et l'applicabilité du principe de responsabilité des États membres (également connu sous le nom de doctrine Francovich¹⁹) pour violation du droit de l'Union²⁰.

Cela a conduit la communauté académique et judiciaire à un débat sur la réglementation des recours en cas de violation du droit communautaire des marchés publics et en particulier sur la relation contestée entre la responsabilité potentielle en dommages-intérêts découlant de la Directive Recours et le principe général de la responsabilité de l'État pour les violations de l'UE loi. En outre, le débat est le suivant : la question de savoir si les dommages-intérêts doivent être classés comme une particularisation du principe de la responsabilité des États membres en vertu du droit de l'UE ou comme un recours compensatoire spécial en cas de violation des règles de passation des marchés²¹. C'est donc *la thèse 'fédératrice'* dans le premier cas et *la thèse de la 'séparation'* dans le second cas.

La thèse fédératrice entraînerait la superposition de l'exigence de la 'violation suffisamment caractérisée' à l'octroi de dommages-intérêts au titre de la Directive Recours. D'un autre côté, la thèse de la séparation²² entraînerait une interprétation autonome du seuil de responsabilité dans la Directive Recours, et peut-être une réduction du seuil d'infraction déclenchant une responsabilité potentielle en dommages-intérêts²³. Il y a eu deux décisions discutables relativement récentes, qui

¹⁸ En fait, après une consultation sur la révision des Directives Recours en 2015, la Commission a conclu dans son rapport de 2017 qu'il n'y avait ni besoin majeur ni urgent de modifier la Directive Recours. Voir Commission européenne, Évaluation REFIT des modifications introduites par la Directive 2007/66/CE aux Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE concernant le cadre juridique européen des recours dans le domaine des marchés publics http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2015_grow_048_remedies_evaluation_en.pdf

¹⁹ CJUE, arrêt 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, C-6/90; C-9/90, EU:C:1991:428.

²⁰ R. Vornicu, «The Sufficiently Serious Breach Test in Action. Damages in Procurement Law and a Tale of Three Courts: the CJEU, the UK Supreme Court and the EFTA Court», *European Public Law*, 2019, 25, no. 4, p. 591.

²¹ A. Sanchez-Graells, «You Can't Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law after the EFTA Court's Fosen-Linjen Opinion», *Nordic Journal of European Law*, 2018, p. 1-23, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3129430>.

²² Comme spécifiquement exprimé par H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 67-68.

²³ A. Sanchez-Graells, «You Can't Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law after the EFTA Court's Fosen-Linjen Opinion», *Nordic Journal of European Law*, 2018, p. 1-23, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3129430>.

ont traité de la source et de la nature des dommages-intérêts, ainsi que du seuil de responsabilité²⁴. En particulier, ils portaient sur la question de savoir si l'octroi de dommages-intérêts devait dépendre d'une 'violation suffisamment caractérisée' des règles de passation des marchés ou si toute violation pouvait engager la responsabilité.

Auparavant, la question de la responsabilité dans le droit des marchés publics était un sujet de discussion à la CJUE, concernant la réparation des dommages-intérêts. Dans les affaires de la *Commission c. Portugal*²⁵ et *Strabag*²⁶, la CJUE a établi une norme stricte de responsabilité, qui est exigée en dommages-intérêts pour violation du droit des marchés publics. Cependant, dans l'affaire *Spijker*²⁷, la CJUE a appliqué la doctrine de la responsabilité des États membres et l'exigence d'une 'violation suffisamment caractérisée', déclarant que l'art.2(1)(c) de la Directive Recours '[...] constitue une concrétisation du principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit de l'Union qui lui sont imputables²⁸' et 'les particuliers lésés ont un droit à réparation dès lors que la règle du droit de l'Union violée a pour objet de leur conférer des droits, que la violation de cette règle est suffisamment caractérisée²⁹'. Ainsi, la Cour a introduit ici la responsabilité des États membres comme une source de droit, selon laquelle la disposition en matière de dommages-intérêts de la Directive Recours doit être interprétée.

À ce point, il convient de noter que, souvent, la responsabilité des États membres est lue conjointement avec les conditions de responsabilité des institutions de l'UE. La jurisprudence semble avoir abordé cette position dans les affaires *Brasserie et Bergaderm*³⁰. Elle a souligné que 'la responsabilité du dommage causé aux particuliers par la violation du droit communautaire ne saurait, en l'absence de justification spécifique, différer de celle régissant la responsabilité de la Communauté dans de telles circonstances'³¹. La distinction est bien entendu évidente ; les Directives sur les marchés publics sont applicables, elles sont souvent régies en outre par un ensemble distinct de règles. Le recours à la jurisprudence de la responsabilité institutionnelle ne peut se faire que par analogie et non par application directe. Cependant, un champ d'interprétation

²⁴ Cour suprême du Royaume-Uni, arrêt du 11 Avril 2017, *Nuclear Decommissioning Authority* et Cour AELE, arrêt du 31 octobre 2017, *Fosen-Linjen AS c. ATB AS*, E-16/16, JOC_2018_186_R_0006,

²⁵ CJUE, arrêt du 14 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, C-275/03, EU:C:2004:632.

²⁶ CJUE, arrêt du 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG et autres*, C-314/09, EU:C:2010:567.

²⁷ CJUE, arrêt du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie et autres c. Provincie Drenthe*, C-568/08, EU:C:2010:751.

²⁸ *Ibid*, par. 87.

²⁹ *Ibid*, par. 92.

³⁰ CJUE, arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, C-46/93 et C-48/93, EU:C:1996:79, par. 41-42.

³¹ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 63.

est susceptible de s'ouvrir qui fait de la jurisprudence institutionnelle en matière de responsabilité une source de pertes dans les marchés publics.

Le débat a atteint son point le plus haut avec l'arrêt de Nuclear Decommissioning Authority de la Cour Suprême du Royaume-Uni et l'arrêt de la Cour AELE dans l'affaire Fosen-Linjen AS. Dans ce dernier, la Cour a déclaré que le droit à des dommages-intérêts en droit des marchés publics suit la doctrine Francovich et exige 'violation suffisamment caractérisée' du droit des marchés publics par le pouvoir adjudicateur. La même position a été exprimée par l'ancien juge du Tribunal, M. Collis, soulignant que toutes les erreurs de droit ne suffisent pas pour soulever la demande de dommages-intérêts³². Il a fait valoir qu'il existe trois sources différentes pour le recours en dommages-intérêts dans le droit des marchés publics : les dispositions de la Directive Recours, la doctrine Francovich et la responsabilité des institutions de l'UE en vertu du 340 TFUE. En revanche, la Cour AELE a statué sur le même point qu'une simple infraction au droit des marchés publics suffit à engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur. Sinon, la limitation de responsabilité serait contraire à l'objectif de la Directive Recours.

La question reste controversée, soulevant de sérieuses questions, comme celle déjà évoquée, à savoir si les dommages-intérêts doivent être classés comme une particularisation du principe de la responsabilité des États membres en vertu du droit de l'UE ou comme un recours compensatoire spécial en cas de violation des règles de passation des marchés. Certains commentateurs ont critiqué la jurisprudence de la CJUE susmentionnée, la jugeant incohérente³³. Et tandis que l'on soutient qu'il n'est pas question d'incohérences dans la jurisprudence, puisque l'arrêt Spijker est postérieure à Strabag. De plus, les décisions sont généralement prises au cas par cas, en fonction du contexte de chaque cas. Enfin, la norme stricte de responsabilité dans le droit des marchés publics n'est pas incompatible avec les facteurs subjectifs de responsabilité des États membres ; bien que non entièrement objective, celle-ci s'articule autour d'un type de droit de l'Union ou facteur subjectif, établi dans l'affaire Brasserie du Pêcheur, c'est-à-dire 'une notion de faute qui ne va pas au-delà de celle d'une infraction assez grave'³⁴. Cela étaye l'argument selon lequel les dommages-intérêts dans le droit des marchés publics sont une spécification du principe de la

³² A. Collins, «Damages in Public Procurement – An Illusory Remedy?», dans K. Bradley, N. Travers & A. Whelan (Dir.), *Of Courts and Constitutions: Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, London: Hart Publishing, 2014, p. 339–352.

³³ S. Treumer & F. Lichère, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, DJØF Publishing Copenhagen, 2011, p. 39.

³⁴R. Vornicu, «The Sufficiently Serious Breach Test in Action. Damages in Procurement Law and a Tale of Three Courts: the CJEU, the UK Supreme Court and the EFTA Court», *European Public Law*, 2019, 25, no. 4, p. 596-597; CJUE, arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, C-46/93 and C-48/9, EU:C:1996:79, par. 78-79.

responsabilité des États membres en vertu du droit de l'UE, c'est-à-dire l'application de la doctrine Francovich.

La principale contradiction dans ce qui précède est que la responsabilité des États membres est un niveau de responsabilité distinct, un instrument constitutionnel qui impose spécifiquement les obligations de mise en œuvre des États membres de transposer, de donner effet et d'appliquer le droit de l'UE. C'est, en d'autres termes, un recours constitutionnel, le gardien judiciaire du traité³⁵³⁶. Les points principaux exprimés ici par la thèse de la séparation sont qu'une distinction est faite entre le pouvoir adjudicateur et l'État. Le premier n'est pas toujours un organe de l'État, mais est soumis aux dispositions de la Directive Recours et est responsable des dommages-intérêts. Pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'État membre, une condition nécessaire est que l'acte ait été accompli par l'État³⁷. En outre, les justifications au titre de la responsabilité des États membres se réfèrent aux obligations de mise en œuvre du droit de l'Union entre les États membres et elles sont fondées sur l'intention de l'État membre. Ce ne sont pas des raisons de fond pour la législation pertinente. Lors du contrôle du test de 'violation suffisamment caractérisée', des facteurs tels que la clarté et l'exactitude de la règle d'infraction et le degré de discrétion que la règle d'infraction laisse aux autorités nationales sont pris en compte³⁸. En revanche, les justifications au titre de la loi sur les marchés publics sont contenues dans le régime législatif et un strict respect des règles est requis. Une dérogation n'est autorisée que pour des raisons d'intérêt public. Enfin, il convient de mentionner que la responsabilité des États membres a le statut de droit du traité, avec une notion générale. Mais les dommages-intérêts dans le droit dérivé sont fondés sur des raisons de fond et spécifiques. En d'autres termes, lorsqu'une violation se produit et que des recours efficaces sont disponibles, une protection secondaire du droit de l'UE est activée.

CHAPITRE 2 - CRITÈRES CONSTITUTIFS ET CONDITIONS D'ATTRIBUTION DES DOMMAGES- INTÉRÊTS

³⁵ Cela distingue les dommages-intérêts de droit public pour les délits relevant de la responsabilité des États membres et les dommages-intérêts pour violation d'une législation européenne spécifique (thèse de la «séparation»). Au contraire, il est soutenu que la responsabilité des États membres couvre *en principe* le droit des marchés publics. Voir A. Sanchez-Graells, «You Can't Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law after the EFTA Court's Fosen-Linjen Opinion», *Nordic Journal of European Law*, 2018, p. 1-23, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3129430> .

³⁶ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 65-66.

³⁷ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 65-66.

³⁸ CJUE, arrêt du 25 janvier 2007, *Robins et autres*, C-278/05, EU:C:2007:56, par. 77.

Section A - l'existence d'une infraction des règles et la faute comme l'un des critères constitutifs

§1. L'infraction des règles

La Directive Recours dans le secteur public n'apporte pas beaucoup d'aide pour clarifier les critères d'application de la demande de dommages-intérêts. L'article 2, paragraphe 1, point c), de la Directive 89/665/CEE ne prévoit essentiellement pas plus que les États membres doivent garantir que les personnes lésées par une infraction puissent se voir octroyer des dommages-intérêts. Bien que cela, la Directive 92/13/CEE sur les recours dans les services publics contient des dispositions plus spécifiques en matière de dommages-intérêts à l'article 2, paragraphe 7, comme déjà représenté. Plus précisément, le régime de la Directive Recours dans les services publics accorde un droit plus précis de soumissionner sur les coûts et garantit que sa disponibilité n'est pas liée à la preuve qu'un marché aurait été attribué au soumissionnaire lésé³⁹.

D'une manière générale, les demandes d'indemnisation pour passation de marchés sont susceptibles de satisfaire aux critères de responsabilité du membre périmé (une violation suffisamment caractérisée d'une disposition visant à conférer des droits et une causalité entre la violation et la perte subie). Il est déjà présenté dans le chapitre précédent la distinction entre la responsabilité des États membres et les dommages-intérêts en vertu des directives sur les marchés publics.

Les dispositions citées ci-dessus indiquent clairement que le droit à des dommages et intérêts au titre des directives pertinentes dépend, en premier lieu, de l'existence d'une infraction définie comme une violation des règles de droit matériel applicables qui ont été exposées ailleurs⁴⁰. La question de savoir si la Directive Recours est considérée comme une privatisation de la doctrine de la responsabilité de l'État (thèse 'fédératrice') ou comme un système parallèle pour garantir l'effectivité du droit des marchés publics de l'UE (thèse de la 'séparation') peut avoir d'autres implications normatives concernant la question du niveau requis de la gravité d'une violation. Dans *Combinatie Spijker Infrabouw*, la Cour n'a pas appliqué les critères de l'État membre, mais elle a

³⁹ La signification de cet article est soulignée par les considérants de la Directive 92/13/CEE, qui se lisent comme suit: «*Considérant que les demandes de dommages-intérêts doivent toujours être possibles; Attendu que, lorsqu'une réclamation est faite pour des dommages-intérêts représentant les frais de préparation d'une offre ou de participation à une procédure d'attribution, la personne qui fait la réclamation n'est pas tenue, pour obtenir le remboursement de ses frais, de prouver que le contrat lui ont été attribués en l'absence d'une telle infraction*».

⁴⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE, JO L 94, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj> ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et Conseil, du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Directive 2004/17/CE, Union européenne, JO L 94, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/25/oj>.

confondu l'article des dommages secondaires avec des dommages-intérêts relevant de la responsabilité de l'État membre. Déjà avant l'arrêt, il avait été soutenu que la jurisprudence sur la responsabilité des États membres au titre de Francovich et Brasserie pouvait être pertinente pour les demandes de dommages-intérêts pour violations du droit de l'Union.

Comme déjà indiqué, la responsabilité de l'État membre requiert une violation suffisamment caractérisée d'une disposition destinée à conférer des droits et une causalité entre la violation et le préjudice subi. La question de savoir si une règle communautaire vise ou non à conférer des droits aux particuliers est uniquement déterminée par les juridictions de l'Union, car cette détermination concerne exclusivement l'interprétation du contenu d'un instrument juridique de l'Union⁴¹. La Cour a régulièrement interprété le critère du 'droit individuel' comme signifiant qu'une disposition du droit de l'UE doit protéger un intérêt individuel, sans toutefois exiger la force exécutoire d'un droit individuel au sens strict. En revanche, il est soutenu que certaines dispositions ne s'étendent qu'à la protection, par exemple, du 'marché' ou d'autres intérêts plus généraux, et ne confèrent donc pas de droits individuels⁴². Dans ce contexte, la Cour a jugé que les dispositions relatives au droit de faire contrôler efficacement les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs (article 1er, paragraphe 1, de la Directive 89/665) et le droit des décisions illégales annulées (article 2, paragraphe 1, point b), sont directement applicables⁴³. Étant donné que les obligations énoncées aux articles 2, paragraphe 1, point a) et c) sur les dommages-intérêts sont formulées avec précision, elles doivent être considérées comme susceptibles de disposer également d'un effet direct.

En ce qui concerne le niveau de 'gravité' de la violation, à ce jour, il n'a pas été déterminé quelles violations des règles de passation des marchés publics doivent être considérées comme 'suffisamment caractérisées' pour engager la responsabilité de l'État membre. La question entre 'simple violation' et 'violation suffisamment caractérisée' a déjà été soulevée dans le chapitre précédent. La Cour a fait une distinction entre une marge d'appréciation large et limitée pour l'établissement de la responsabilité de l'État membre et ses conditions. La question est de savoir si une infraction à une directive constituerait une violation 'suffisamment caractérisée', qui est subordonnée à la question de savoir si elle concerne un domaine dans lequel l'État membre dispose d'une marge d'appréciation large ou limitée. Dans les marchés publics, on peut penser à deux violations distinctes des États membres, dont l'une serait la loi effectivement adoptée, ce qui serait en fait un cas 'classique' de responsabilité de l'État membre pour légiférer. Les États membres

⁴¹A. Biondi & M. Farley, *The right to damages in European Law*, Kluwer Law International, 2009, p. 32.

⁴² CJUE, arrêt du 12 octobre 2004, *Peter Paul, Cornelia Sonnen-Lütte et Christel Mörkens c. Bundesrepublik Deutschland*, C-222/02, EU:C:2004:606.

⁴³ CJUE, arrêt du 2 juin 2005, *Koppensteiner GmbH c. Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, C-15/04, EU:C:2005:345, par. 38.

peuvent également engager la responsabilité de simples actes administratifs, c'est-à-dire de décisions prises par un pouvoir adjudicateur. Dans les dispositions très détaillées contenues dans les directives sur les marchés publics, ce manque de pouvoir discrétionnaire est manifeste. Une simple infraction aux directives pourrait alors être 'suffisamment caractérisée', équivalant ainsi à une responsabilité proche de la responsabilité objective⁴⁴.

§2. Le critère de la faute

En ce qui concerne la faute comme l'un des critères constitutifs, la CJUE a déclaré, avec une intention d'intervention claire, que la disposition relative aux dommages-intérêts de la Directive Recours est une exigence stricte sans faute⁴⁵. Un concept opposé de faute constituerait une violation du droit de l'UE. La fameuse affaire *Commission c. Portugal*⁴⁶ concernait la condition de la preuve de la faute de fraude, qui était considérée comme devant être remplie pour l'octroi de dommages-intérêts dans les marchés publics, en vertu du droit national. Dans son observation, la Commission a souligné qu'une telle preuve est extrêmement difficile à fournir, étant donné qu'il est difficile de discerner l'individu derrière l'acte fautif du pouvoir adjudicateur. L'objectif de la directive en matière de réexamens efficaces et rapides n'est pas satisfait. Malgré les arguments avancés par le Portugal, la CJUE a conclu que la législation nationale portugaise violait les articles 1, paragraphe 1 et 2, paragraphe 1, point c dans la mesure où la preuve est requise pour la faute ou d'un dol commis par les agents d'une entité administrative déterminent. Toute nécessité de prouver une faute enfreint l'article respectif de la Directive Recours en matière de marchés publics. La notion de faute reste ouverte à être interprétée si elle inclut ou non des notions de négligence. Ceci est important pour les systèmes juridiques où la négligence semble être une condition de fond pour une demande de dommages-intérêts avec succès.

Ce qui précède est confirmé par l'affaire *Strabag*. La Cour, considérant non seulement l'interdiction des exigences en matière de faute, mais aussi la charge de la preuve, a statué que:

À cet égard, il importe de relever, tout d'abord, que le libellé des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphes 1, 5 et 6, ainsi que du sixième considérant de la directive 89/665, n'indique aucunement que la violation de la réglementation relative aux marchés publics susceptible d'ouvrir un droit à des dommages et intérêts en faveur de la personne lésée devrait revêtir des caractéristiques particulières, comme celle d'être liée à une faute, prouvée ou présumée, du

⁴⁴ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 62; A. Ward, *Judicial review and the rights of private parties in EU law*, Oxford University Press, 2007, p. 230; A. Biondi & M. Farley, *The right to damages in European Law*, Kluwer Law International, 2009, p. 45.

⁴⁵ M. Dischendorfer, «The Conditions Member States May Impose for the Award of Damages under the Public Remedies Directive: Case C-275/03 *Commission v Portugal*», *Public Procurement Law Review*, 2005, p. 19.

⁴⁶ CJUE, arrêt du 14 octobre 2004, *Commission c. Portugal*, C-275/03, EU:C:2004:632.

pouvoir adjudicateur, ou encore de n'être couverte par aucune cause d'exonération de responsabilité. Cette analyse est corroborée par les contexte et objectif généraux de la voie de recours tendant à l'octroi de dommages et intérêts, prévue par la directive 89/665.⁴⁷

Et que la Directive 89/665/CEE: doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale subordonnant le droit d'obtenir des dommages et intérêts en raison d'une violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur au caractère fautif de cette violation, y compris lorsque l'application de cette réglementation repose sur une présomption de faute dudit pouvoir adjudicateur ainsi que sur l'impossibilité pour ce dernier d'invoquer l'absence de capacités individuelles et, partant, d'imputabilité subjective de la violation alléguée.

De manière générale, la CJUE souligne que la preuve de la culpabilité serait un processus long, qui irait à l'encontre des objectifs de la directive mentionnés ci-dessus. De plus, toute application de la doctrine de l'erreur excusable constituerait un moyen d'évasion pour le pouvoir adjudicateur, qui utiliserait cette clause et ne serait pas responsable. La CJUE semble adopter une position dogmatique sur l'interdiction de la faute, ne laissant aucune place à la possibilité que cela se justifie dans certains cas.

Section B – La condition de causalité et les dommages

§1. Le problème de causalité

Point a) Jurisprudence

L'exigence du lien de causalité pourrait être considérée comme problématique⁴⁸ car les violations du droit procédural peuvent être de simples technicités⁴⁹. Dans le domaine des marchés publics, l'un des avantages est que la violation des règles d'attribution d'un marché rend l'attribution du marché illégale. En particulier, le lien de causalité en tant que condition est généralement laissé à l'appréciation des juridictions nationales⁵⁰. Qu'il s'agisse d'une condition sine qua non ou d'un

⁴⁷ CJUE, arrêt du 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG et autres*, C-314/09, EU:C:2010:567, par. 35-36.

⁴⁸ ⁴⁸ F. Wilman, «The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for», *Common Market Law Review*, 2016, 53, p. 901. Une telle condition s'applique également dans les cas relevant du principe de la responsabilité de l'État membre ainsi que dans la plupart des juridictions nationales. La causalité peut donc être considérée comme inhérente à la responsabilité en dommages et intérêts. En ce sens, cette condition ne pose pas de problème. Cependant, il existe des difficultés pratiques pour le demandeur pour prouver l'existence de cette condition.

⁴⁹ G. Anagnostaras, «Not as Unproblematic as You Might Think: The Establishment of Causation in Government Liability Actions», *European Law Review*, 2002, 27, p. 663.

⁵⁰ Il en a été de même pour les actions en dommages et intérêts au titre du principe de la responsabilité des États membres. Voir A. Biondi & M. Farley, *The right to damages in European Law*, Kluwer Law International, 2009, p. 55.

équilibre des possibilités⁵¹, on observe que les tribunaux l'abordent instinctivement et non comme le cours logique du raisonnement judiciaire pourrait le définir⁵². Cela se justifie par le fait que l'issue des procédures d'attribution n'est pas déterminée par une chaîne d'événements basée sur des règles naturelles. Certains systèmes juridiques exigent un certain lien de causalité, tandis que d'autres reposent sur la prépondérance des probabilités. Des différences sont observées sur la lecture du lien de causalité plus ou moins limitant la responsabilité. Les différentes interprétations de la théorie de la chance perdue, qui seront examinées ci-dessous, créent d'autres problèmes de causalité.

En examinant quelques exemples de violations, on conclue que plus la violation a lieu tôt dans la procédure, plus la présomption de causalité est difficile. Par exemple, tout entrepreneur potentiel peut contester la décision de publicité en cas de violation de ses règles. L'article 1er, paragraphe 3, de la Directive 89/665/CEE dispose que les procédures de réexamen sont accessibles 'au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée'. Mais à ce stade de la passation des marchés, il est impossible de savoir à qui aurait été attribué le contrat s'il n'y avait pas eu de rupture. Il en va de même pour les infractions aux règles de qualification et aux spécifications techniques au stade de la publicité. Il y a également des difficultés dans le cas de l'exclusion illégale de la phase d'appel d'offres dans les procédures en deux étapes, où il est impossible de savoir quelles chances de succès le candidat avait, car aucune offre n'a été soumise. En outre, les soumissionnaires et les offres peuvent être exclus en raison du non-respect des exigences de qualification ou des spécifications techniques ou en cas d'offres anormalement basses. Dans ce cas, il peut être possible de prévoir le classement qu'aurait eu l'offre si elle n'avait pas été exclue illégalement. Cependant, une distinction doit être faite entre l'exclusion formelle et substantielle, car malgré l'existence d'une illégalité formelle, l'offre serait de toute façon exclue. Des erreurs peuvent également être commises dans l'évaluation et le classement des offres, ce qui peut affecter à la fois l'offre retenue et celle soumise par le demandeur, notamment en cas de classement selon le critère le plus économiquement avantageux. Et dans ce cas, il est difficile de savoir à qui le contrat aurait dû être attribué⁵³. L'incertitude, qui est ici le problème, a conduit divers systèmes juridiques à se tourner vers le choix

⁵¹ Ces approches sont observées respectivement dans les tribunaux français et anglais. Voir M. Bowsher et P. Moser, «Damages for Breach of EC Public Procurement Rules in the United Kingdom», *Public Procurement Law Review* 2006, p. 195 et 205; M. Burgi, «Damages and EC Procurement Law German Perspectives», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011.

⁵² D. Fairgrieve, *State Liability in Tort*, Oxford University Press, 2002; R. Caranta, «Public law illegality and governmental liability», dans D. Fairgrieve, M. Andenas, J. Bell (dir.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BULL, 2002, p. 271.

⁵³ R. Caranta, «Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses», dans Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2011, p. 168.

des probabilités, offrant réparation en dommages-intérêts⁵⁴. Cependant, la situation peut devenir encore plus compliquée lorsqu'il y a plus de demandeurs qui contestent le statut d'autres demandeurs.

La CJUE a traité les problèmes ci-dessus dans un certain nombre d'affaires. Dans l'affaire *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH*⁵⁵, deux opérateurs économiques avaient présenté une offre dans le cadre d'une procédure négociée avec publication préalable, mais celle de la requérante a été rejetée en raison du manque de documents. Le consortium a contesté l'exclusion, qui a été confirmée par le tribunal. Dans une procédure distincte, elle a également contesté la décision d'attribution. La juridiction de renvoi s'est demandé si le principe de l'égalité de traitement pouvait donner des raisons d'accorder à un tel soumissionnaire définitivement exclu le droit de demander la révision de la décision d'attribution. La CJUE a lu cette affaire de manière restrictive en trouvant sa raison de se prononcer sur le fait que la légalité de l'exclusion était déjà couverte par la *res iudicata*. La Cour n'a pas examiné ce qui précède sous l'angle de l'effectivité et de la protection juridictionnelle effective.

Dans l'affaire *Grossmann Air*⁵⁶, la demanderesse a contesté l'attribution du marché et ses délégations en faisant valoir que la spécification technique était discriminatoire de sorte que seul l'autre opérateur économique, qui avait obtenu le marché, pouvait les respecter. *Grossmann* n'a pas contesté le cahier des charges discriminatoire lors de son appel d'offres ni présenté une offre. La CJUE a tout d'abord déclaré qu'un État membre peut exiger que la personne concernée ait été ou risqué d'être lésée par l'infraction. Mais cela serait difficile à prouver sans la soumission d'une offre. Cependant, il a estimé qu'il serait trop lourd d'exiger d'un opérateur économique lésé par des documents discriminatoires qu'il soumette une offre avant même de pouvoir se prévaloir des procédures de réexamen au titre de la directive 89/665/CEE par rapport à de telles spécifications, même si ses chances de l'attribution du marché sont inexistantes en raison de l'existence de ces spécifications.

Un autre cas qui mérite d'être mentionné est celui de *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA*⁵⁷. Dans ce cas, cinq opérateurs de services publics de base contestés ont contesté la décision du

⁵⁴ D. Fairgrieve, *State Liability in Tort*, Oxford, Oxford University Press, 2002; R. Caranta, «Public law illegality and governmental liability», dans D. Fairgrieve, M. Andenas, J Bell (dir.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BULL, 2002, p. 271.

⁵⁵ CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH contre Universität für Bodenkultur Wien et VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien*, C-355/15, EU:C:2016:988.

⁵⁶ CJUE, arrêt du 12 février 2004, *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG c. Republik Österreich*, C-230/02 *Grossmann Air Service*, EU:C:2004:93.

⁵⁷ CJUE, arrêt du 28 novembre 2018, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA e.a. contre Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA et Regione Liguria*, C-328/17, EU:C:2018:958.

gouvernement régional de Ligurie de lancer un appel d'offres informel pour attribuer un seul contact destiné à couvrir l'ensemble de la région plutôt que - comme c'était le cas auparavant - un contrat divisé en lots. N'ayant pas les capacités requises pour se voir attribuer un marché aussi important, ils ont contesté la procédure sans y participer. La CJUE a déclaré que dans la mesure où ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'un droit de recours est accordé à un opérateur qui n'a pas présenté d'offre, il ne peut être considéré comme excessif d'exiger de cet opérateur qu'il démontre que les clauses de l'appel d'offres il est impossible de soumettre un soumissionner'. Même cette exigence de preuve pourrait, dans certaines circonstances, conduire à une violation du droit d'intenter des poursuites découlant des directives sur les recours. S'il appartient généralement à la juridiction nationale de procéder à une appréciation détaillée de l'affaire, en tenant compte de toutes les informations pertinentes caractérisant le contexte de l'affaire portée devant elle, la Cour a estimé qu'elle pourrait fournir à la juridiction de renvoi des indications précieuses pour cette appréciation fondée sur les informations contenues dans le fichier.

En général, en ce qui concerne les dommages au sein de l'UE, l'approche 'tout ou rien' du principe de causalité prévaut. Cela a pour résultat d'accorder une compensation complète lorsque le lien de causalité peut être établi. En revanche, il n'y a pas de compensation là où le lien de causalité ne peut être ou n'a pas été établi. Dans ces cas, soit une certitude «complète» est requise ou, en cas d'incertitude quant au lien entre une activité et un dommage, une probabilité ou un seuil spécifique tel qu'un pourcentage doit être atteint - le tout aboutissant à une compensation complète. Un contrepoint à ce qui précède est le changement des degrés de certitude, en introduisant des éléments de proportionnalité, par lesquels les degrés de probabilité de causalité sont compensés par une compensation proportionnelle. La chance perdue se situe ici et d'un point de vue fonctionnel doit être comprise comme une tentative d'accepter l'incertitude. cependant, la manière dont cela se fait dans les systèmes juridiques est divergente et peut être classée sous les concepts de causalité ou de chef de dommage.

Point b) La chance perdue

La nature théorique des chances potentielles d'une soumission d'avoir obtenu un contrat, connue sous le nom de question de la charge de la preuve, de la causalité ou du chef de dommages-intérêts, est la difficulté centrale de l'attribution de dommages-intérêts⁵⁸. Nous pourrions penser que le cas le plus simple pour tout ce qui précède est l'annulation de la décision d'attribution de l'offre retenue et le bénéfice du deuxième meilleur soumissionnaire. Cette annulation peut être invoquée comme preuve de causalité. Cependant, certaines juridictions sont assez exigeantes et se concentrent sur

⁵⁸ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 206.

les chances. Il est donc nécessaire d'examiner la théorie de la chance perdue qui affecte le lien causal. La terminologie de la chance perdue est utilisée dans la Directive Recours dans les services publics.

Au niveau théorique, différents systèmes juridiques appliquent différents concepts de 'chance perdue'. Ainsi, une approche de la chance perdue consiste à assouplir la charge de la preuve. Dans ce cas, la chance perdue fait office de standard de preuve, s'il est prouvé qu'il y avait une possibilité que l'événement avantageux se produise en l'absence de violation. Une autre approche de la chance perdue est la responsabilité proportionnelle, dans laquelle la probabilité que l'événement avantageux se produise pour déterminer quelle partie de la perte totale potentielle sera indemnisée. Enfin, la chance perdue peut apparaître comme un type de perte autonome, c'est-à-dire comme un chef de dommage, indemnisable.

Les différentes approches ci-dessus se reflètent clairement dans les différents systèmes juridiques. En France, par exemple, on ne sait pas quelle version de la théorie de la chance est déployée dans les affaires de marchés publics⁵⁹. On soutient que les tribunaux administratifs utilisent la doctrine de la perte de chance comme une sorte de présomption de causalité. Ainsi, il existe une classification des dommages-intérêts pouvant être réclamés, dépendante de l'existence du hasard. S'il n'y a aucune chance de se voir attribuer le contrat, il en résulte une exclusion des dommages-intérêts. S'il y a une chance sérieuse ou très sérieuse, les frais de soumission ou la perte de profit peuvent être attribués⁶⁰. La chance perdue est donc systématiquement utilisée comme allègement de la preuve. Aux Pays-Bas, la chance perdue est discutée en relation avec le dommage récupérable, c'est-à-dire en tant que chef de dommage. Les tribunaux ont utilisé la doctrine de la perte de chance dans les cas où le mauvais acte d'un pouvoir adjudicateur était clairement établi et les soumissionnaires lésés occupaient une position privilégiée. Les profits perdus potentiels ont ensuite été divisés par le nombre de concurrents, ce qui signifie que s'il y avait 3 concurrents, 1/3 des profits perdus étaient attribués, s'il n'y avait qu'un seul concurrent, la moitié. Bien que peu nombreux, ces jugements déployaient systématiquement une approche proportionnelle de la théorie du hasard perdu⁶¹. En Allemagne, la chance perdue est mise en œuvre par une disposition législative⁶². La législation allemande fait référence à une chance 'réelle', qui découle de l'article

⁵⁹ F. Lichere, «Damages for violation of the EC public procurement rules in France», *Public Procurement Law Review*, 2006, p. 171 et 176.

⁶⁰ N. Gabayet, «Damages for Breach of Public Procurement Law: A French Perspective» dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011, p. 9: "[...] le candidat n'était pas dépourvu de tout chance d'emporter le marché' et 'En France, une chance de 1% serait considérée comme suffisante par les tribunaux'".

⁶¹ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 213.

⁶² Loi allemande c. les restrictions de concurrence (GWB) para.126.

2, paragraphe 7, de la Directive 92/13/CE. Selon l'opinion dominante, la perte d'une chance est considérée comme une modification de l'élément de causalité des critères constitutifs donnant droit à une action en dommages-intérêts au titre de §126 GWB⁶³. Ainsi, la chance réelle est renvoyée aux entreprises, dont les offres, non exclues pour des raisons formelles ou en raison d'un prix extrêmement bas, remplissent les critères de sélection qualitative et dont l'offre, lors de l'application des critères d'évaluation, aurait pu être prise en considération pour l'attribution du contrat, c'est-à-dire étaient dans le premier rang des soumissionnaires. En fin, les dommages-intérêts en Angleterre bénéficient d'une forte autorité pour la version de responsabilité proportionnelle de la chance perdue. L'affaire Harmon⁶⁴ a utilisé la théorie du hasard perdu au lieu du standard générale de la prépondérance des probabilités. Dans cette affaire, le tribunal a soutenu l'idée de la véritable théorie de la probabilité perdue proportionnelle.

Nous pourrions supposer que tous les différents cas et scénarios théoriques ci-dessus ont conduit toutes les juridictions à accepter la théorie de la perte de chance dans le domaine des marchés publics afin de dégager des dommages. Bien entendu, nous devons tenir compte, d'autre part, du fait que le pouvoir adjudicateur est libre de conclure un contrat sur la base de l'autonomie des parties et de la liberté de contracter. Cela conduit à une incertitude, qui peut être résolue s'il est prouvé qu'il existe une chance, ou en d'autres termes un contrat attribué à tort.

En guise de commentaire final, la théorie de la chance perdue est vivement critiquée. Cela est dû au fait que, comme argumenté⁶⁵, conduit à une détérioration de la causalité en tant qu'élément constitutif de la responsabilité. En outre, il n'accorde une compensation partielle que si elle est justifiée. S'il est en fait injustifié, il constitue une surcompensation. Enfin, en utilisant une approche statistique par probabilité, elle crée une causalité au moyen d'un calcul⁶⁶, sans prendre en compte les circonstances particulières de l'affaire. Cependant, contre les critiques, il existe de solides

⁶³ M. Burgi, «Damages and EC Procurement Law German Perspectives», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011, p. 24 et A. Rubach-Larsen, «Damages under German Law for Infringement of EU Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, 2006, p. 179 et 182.

⁶⁴ Arrêt du 29 juin 2000, *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd c. The Corporate Officer of the House of Commons, EWHC Technology 199* et F. Banks & M. Bowsher, «The Availability and Primacy of the Damages Remedy for Breach of Procurement Obligations in England and Wales and Northern Ireland», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011, p. 63.

⁶⁵ R. Savatier, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir cause?*, Dalloz, 1970, p. 123.

⁶⁶ La pratique des tribunaux administratifs italiens en est un bon exemple. Les chances des soumissionnaires potentiels en cas de contrat direct illégal sont évaluées sur la base du nombre moyen de participants à des procédures similaires. Ainsi, si le contrat concerne des services très spécifiques que peu d'entreprises fournissent, le nombre moyen serait par exemple de cinq. Pour plus de contrats standard, le nombre serait plus élevé, peut-être vingt. La chance sera alors fixée à 20 pour cent dans le premier cas, à 5 pour cent dans le second. S. Ponzio, «State Liability in Public Procurement: The Case of Italy», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011, p. 107.

arguments en faveur d'une augmentation de la disponibilité des dommages-intérêts liés aux marchés publics. La suggestion est de suivre une approche véritablement proportionnelle, comme dans l'affaire Harmon, avec l'ajout du renversement de la charge de la preuve. Le pouvoir adjudicateur étant dans une meilleure position, et à condition qu'il y ait eu manquement, le soumissionnaire agrégé serait considéré par défaut comme ayant eu 100% de chances d'obtenir un contrat, présomption qui peut ensuite être modifiée par des pouvoir adjudicateur⁶⁷. Une telle proposition aurait pu améliorer l'efficacité des dommages-intérêts liés aux marchés publics.

§2 – La sérieuse limitation du dommage réussi ; l'incertitude de quantification et la disponibilité des chefs de dommage

Point a) L'incertitude de quantification

Une condition essentielle de la responsabilité pour les dommages à encourir est l'élément de dommage du côté du demandeur. Des difficultés pratiques peuvent exister concernant les questions de qualification et de quantification. La Directive Recours en matière de marchés publics ne qualifie pas davantage le terme 'dommage'. La Commission avait initialement proposé de préciser dans cette directive que la compensation devrait inclure les coûts d'études inutiles, les profits perdus et les opportunités manquées, mais la disposition a été supprimée au cours du processus législatif⁶⁸. La Directive Recours dans les services publics comprend une disposition pour un chef de dommages-intérêts spécifique, à savoir les frais de soumission. En tout état de cause, il est évident que la quantification des dommages-intérêts, en tant que dernière étape de la transformation des normes juridiques en résultats réels dans une procédure judiciaire, peut avoir un impact significatif sur le montant octroyé.

Et si toutes les juridictions prétendent adhérer au principe général de l'indemnisation intégrale, les systèmes varient quant à savoir si et dans quelle mesure ils considèrent les pertes. Chaque chef de dommages-intérêts dans le domaine des marchés publics démontre l'existence de concepts différents, normatifs ou factuels.

Les questions liées à la quantification du préjudice causé par une infraction sont l'un des principaux goulots d'étranglement pour le succès des litiges en dommages-intérêts dans les affaires d'exécution privées. La Commission a cherché à résoudre cette difficulté par des mesures législatives. En effet, en 1990, il a proposé de fixer la compensation des frais d'appel d'offres dans

⁶⁷ A. Reich & O. Shabat, *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform*, SSRN eLibrary, 2013, p. 28-29, <http://ssrn.com/abstract=2244909>.

⁶⁸ Commission Européenne, Proposition de Directive sur les voies de recours en matière de passation de marchés, COM (87) 134 final, art. 1, par. 3 et 7.

les affaires de marchés publics à un taux fixe de 1% de la valeur du marché mis en adjudication⁶⁹. Le législateur de l'UE a rejeté les propositions. En effet, le législateur européen préfère une approche plus flexible à des règles plus rigides, telles que des taux fixes de mécanismes de fixation des dommages. Ces derniers pourraient éventuellement conduire, comme on l'a dit, à une surcompensation, qui doit être évitée⁷⁰.

La question clé à ce stade est de savoir ce qui compte comme dommage légalement reconnu. La réponse à cette question va quantifier le type de préjudices, ce qui est une étape importante pour la demande de dommages-intérêts. Avant cela, il faut mentionner la distinction entre les intérêts positifs et négatifs. L'intérêt positif est renvoyé à l'intérêt de l'exécution d'un contrat fidèlement exécuté, tandis que l'intérêt négatif est renvoyé à l'intérêt de la non-exécution d'un contrat juridiquement défectueux. Ces deux formes sont mutuellement exclusives l'une ou l'autre des comparaisons. Il faut distinguer les pertes de profits (gains non réalisés en raison d'un incident) et les coûts positifs (diminution des actifs ou augmentation des passifs), qui peuvent être déclarés dans une seule comparaison. Il s'agit d'une distinction très importante dans les marchés publics, car certaines juridictions conçoivent les dommages-intérêts liés à la passation de marchés en responsabilité délictuelle, tandis que d'autres ont recours à des considérations (précontractuelles). En vertu d'une approche délictuelle de la conduite fautive, les frais de soumission ne peuvent pas être réclamés, car ils auraient été faits même sans le délit, tandis que dans le cadre d'une approche contractuelle, les frais de soumission pourront être réclamés⁷¹.

Les différences entre les juridictions ne concernent pas seulement les distinctions ci-dessus. Dans certaines juridictions, la quantification peut avoir lieu dans le cadre de la même procédure juridique que la responsabilité, comme en France. Dans d'autres juridictions, il existe une procédure juridique de quantification distincte dans laquelle le montant des dommages-intérêts est établi, comme aux Pays-Bas et en Allemagne. Dans ce cas, le juge aura moins de discrétion pour estimer le montant des dommages-intérêts accordés. Nous devons garder à l'esprit que la quantification est un exercice plus technique qui, lorsqu'il est fondé sur le large pouvoir discrétionnaire du juge, crée une indétermination. En effet, dans l'affaire Harmon, le juge anglais jouissait d'un large pouvoir discrétionnaire pour estimer les dommages. Les profits perdus doivent être calculés sur une large marge, en tenant compte des événements réels et de la situation financière spécifique. En France,

⁶⁹ Commission Européenne, Proposition de Directive Recours en matière de marchés publics dans le secteur des services publics, COM (90) 297 final, p. 13 et 19.

⁷⁰ A.G. Geelhoed, Conclusions de L'Avocat Général présentées le 26 janvier 2006 dans l' Arrêt de la CJUE du 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, C-295-298/04, EU:C:2006:67, par. 69.

⁷¹ H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 185.

le Conseil d'Etat est intervenu à plusieurs reprises, donnant des orientations en stabilisant la doctrine des différentes chances et chefs de dommages, les marges bénéficiaires applicables, le taux des intérêts et intérêts et la fiscalité. C'est une approche plus systématique.

La Commission européenne a reconnu le problème de l'évaluation dans le domaine du droit de la concurrence. Il a commandé une étude systématique des méthodes de valorisation qui a été publiée en 2010, dont le principe directeur est la rémunération intégrale⁷². L'objectif est clairement d'approximer et de modéliser au plus près les pertes réelles. Dans le même temps, une approche commune des méthodes de quantification conduirait à la clarté et à la transparence, à l'exhaustivité et à la reproductibilité des résultats. Bien qu'il n'existe pas de méthode d'évaluation horizontale pour chaque cas, une orientation commune sur la quantification et une certaine flexibilité doivent être accordées. Cela permettrait aux demandeurs d'établir leurs revendications sans faute pour des raisons de procédure.

Point b) La disponibilité des chefs de dommage

Par son arrêt, la CJUE précise qu'en cas de violation du droit de l'UE, les coûts positifs, le manque à gagner et les intérêts doivent tous faire l'objet d'une réclamation. Ceci est au moins confirmé par les arrêts *Courage*⁷³ et *Manfredi*⁷⁴. Là encore, une diversité est observée dans les différents systèmes juridiques, concernant la disponibilité de chaque chef de dommage. Le premier chef de dommages pertinent dans le cadre des marchés publics est les frais de soumission, c'est-à-dire les frais encourus pour participer à la procédure d'attribution. Ceux-ci comprennent les coûts liés à l'obtention des documents d'appel d'offres et des certificats et documents requis. Également, peut-être l'analyse des offres, le développement d'une solution et de modèles d'offre, des calculs, etc. Cependant, une distinction doit être faite entre les coûts de préparation de la procédure d'appel d'offres, tels que le dépôt de la documentation, et les coûts liés à l'exécution du contrat, comme une étude. Dans ce second cas, un pouvoir adjudicateur peut s'enrichir du coût encouru, lorsqu'il attribue le marché à une autre offre, mais se fier toujours à l'étude soumise, bénéficiant d'un avantage.

La question qui se pose ici est de savoir s'il faut ou non accorder des dommages-intérêts pour la préparation des offres, ou surtout qui est tenu responsable de ces frais. Il existe différentes

⁷² Oxera Consulting Ltd., *Quantifying Antitrust Damages-Towards Non-binding Guidance for Courts*, Study prepared for the European Commission, Publications Office of the European Union, 2009, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

⁷³ CJUE, arrêt du 20 septembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan et Bernard Crehan c. Courage Ltd et autres*, C-453/99, EU:C:2001:465.

⁷⁴ CJUE, arrêt du 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, C-295-298/04, EU:C:2006:461, par. 94.

approches à cet égard, soit que les coûts sont inclus dans le risque économique du soumissionnaire, soit doivent être couverts par celui qui les cause. Mais un autre problème se pose ici; si on admet qu'un pouvoir adjudicateur a empêché les soumissionnaires d'avoir la chance de remporter la procédure de passation de marché, alors il est responsable de tous les coûts des participants. Un autre élément de responsabilité devrait alors être ajouté, tel que l'éligibilité des offres, afin de limiter l'obligation de payer tous ces frais. La préparation des offres doit être examinée par rapport au manque à gagner. Le problème de leur revendication parallèle est le double comptage. Pour l'éviter, soit ces deux chefs de dommages ne sont pas disponibles en parallèle, soit la méthode de quantification utilisée doit tenir compte de cette allocation.

En France, les frais de soumission sont récupérables depuis 1930⁷⁵. En fait, les frais de soumission et les manques à gagner sont recouvrables sous une seule cause d'action commune. Dans un système fondé sur la responsabilité délictuelle, comme aux Pays-Bas, les frais de soumission ne sont pas attribués seuls en vertu du principe de pleine compensation, ce qui rend les frais de soumission indisponibles. Dans le même temps, les profits perdus sont théoriquement disponibles dans toutes les juridictions, mais rarement revendiqués avec succès. Le célèbre cas Harmon⁷⁶, au Royaume-Uni, a jeté les bases d'une récompense pour perte de profit réussie, mais le nombre de cas similaires est faible. Aux Pays-Bas, les profits perdus sont disponibles, mais sous une lourde charge de preuve que le soumissionnaire lésé aurait obtenu le contrat. En France, depuis 1970⁷⁷, les pertes de profits sont disponibles et régulièrement attribuées. En général, en ce qui concerne la mesure de la perte de profit, différents critères peuvent être utilisés. Une approche consiste à examiner le budget de soumission du demandeur, ou les indices spécifiques de l'industrie. Dans l'affaire suédoise Arkitektjänst, la Cour a inclus dans le calcul du manque à gagner une somme se référant à des travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur choisi illégalement⁷⁸. Les tribunaux italiens partent d'un bénéfice moyen présumé de 10 pour cent, puis appliquent éventuellement des facteurs atténuants⁷⁹.

Quant à l'intérêt, il n'apparaît pas clairement s'il est concerné en tant que chef de dommage ou en tant que question de procédure. Bien qu'il soit souvent traité comme un chef de dommage, il est factuellement résumé au regard des considérations d'autonomie procédurale par la CJUE. Ainsi,

⁷⁵ N. Gabayet, «Damages for Breach of Public Procurement Law: A French Perspective» dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011, p.10.

⁷⁶ Arrêt du 29 juin 2000, *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd c. The Corporate Officer of the House of Commons*, EWHC Technology 199.

⁷⁷ N. Gabayet, «Damages for Breach of Public Procurement Law: A French Perspective» dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011, p.10.

⁷⁸ M. Slavicek, «Damages for Breaches of EC Public Procurement Rules in Sweden», *Public Procurement Law Review*, 2006, p. 234.

⁷⁹ S. Ponzio, «State Liability in Public Procurement: The Case of Italy», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011, p. 107.

dans l'affaire *Metallgesellschaft*⁸⁰, la Cour a jugé qu'en l'absence de droit communautaire, il appartenait à l'ordre juridique interne de l'État membre de fixer les règles procédurales détaillées concernant le paiement des intérêts. Bien sûr, sous le principe d'effectivité. La Cour n'est pas intervenue, donnant le fil à l'autonomie procédurale. Cependant, selon le droit de l'UE, les intérêts ont tendance à être mentionnés dans la même ligne que les dommages positifs et la perte de profit. Dans l'affaire *Manfredi*, il est observé que la CJUE considère l'intérêt comme un chef de dommage. Dans tous les cas, les intérêts sont une exigence du droit de l'UE, inscrite dans le cadre de l'indemnisation complète dans la directive 2014/104/UE⁸¹ (directive sur les dommages à la concurrence). Il convient de conclure la même chose dans le domaine du droit des marchés publics.

⁸⁰ CJUE, arrêt du 8 mars 2001, *Metallgesellschaft Ltd et autres, Hoechst AG et Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue et HM Attorney General*, C-397/98 et C-410/98, EU:C:2001:134, par. 95.

⁸¹ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO L 349, art. 3, par.2, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/104/oj>.

PARTIE II: LA DEMANDE DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Dans la partie précédente, la source et la nature des dommages au titre des directives recours ont été examinées. Les dispositions succinctes et non détaillées des directives pertinentes n'apportent pas beaucoup d'aide en ce qui concerne les critères constitutifs et les conditions d'une demande de dommages-intérêts. En conséquence, dans divers aspects techniques, il existe une diversité entre les États membres. Par conséquent, la dissemblance des systèmes juridiques peut conduire à l'incertitude, car bon nombre des questions sont laissées à la réglementation en vertu du droit interne. On ne sait pas si le législateur de l'UE prendra des mesures pour limiter cette incertitude. Jusque-là, il appartient à la CJUE, à travers la procédure d'interprétation, de faire face aux difficultés déjà présentées.

Les questions relatives aux dommages-intérêts liés aux marchés publics sont laissées aux tribunaux, aux niveaux national et européen, et grâce à la procédure de renvoi préjudiciel, l'application uniforme des directives est renforcée. Les directives pertinentes appellent à l'utilisation de moyens de recours efficaces en cas de violation du droit communautaire. Cette exigence expresse ne suffit pas. Les dommages-intérêts liés aux marchés publics doivent être considérés à la lumière des principes d'effectivité et d'équivalence, en relation, bien entendu, avec le principe de protection juridictionnelle effective qui en est le but. C'est ce qui sera traité dans cette partie, avec un aperçu nécessaire de la jurisprudence de la CJEU et une critique de celle-ci.

CHAPITRE 1 - DOMMAGES-INTÉRÊTS EN VERTU DU PRINCIPE D'EFFECTIVITÉ

Section A - Le principe d'effectivité comme formule et comme contrepoids et la relation avec le principe de l'autonomie procédurale

§1. L'effectivité comme formule -la norme Rewe- et comme contrepoids -van Schijndel test-

Le principe d'effectivité a été introduit pour la première fois par la CJE dans la célèbre affaire *Rewe-Zentralfinanz*⁸², en tant que limitations à l'autonomie procédurale des États membres en l'absence de règles européennes spécifiques de procédures administratives et judiciaires régissant les actions des particuliers visant à protéger leurs droits sur la base du droit de l'UE. Le principe d'effectivité exige que les règles de procédure ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union. De plus, selon le

⁸² CJUE, arrêt du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, EU:C:1976:188.

principe d'équivalence, ces règles ne peuvent être moins favorables que celles aux actions similaires de nature interne⁸³. Ces droits, bien que façonnés au niveau européen, sont jugés par les tribunaux nationaux, transformant le juge en juge de droit commun⁸⁴. Il s'agit d'une manière décentralisée de faire appliquer le droit de l'UE.

Les tribunaux, par conséquent, à la lumière de l'effectivité et en appliquant le critère de la Rewe, examinent le fait qu'une règle nationale ne doit pas rendre virtuellement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union ou l'application du droit de l'Union. En vertu de cette norme formulée négativement⁸⁵, nous pouvons distinguer entre l'approche objective, c'est-à-dire la protection du droit de l'UE, et l'approche subjective, c'est-à-dire la protection d'un droit individuel. Ce dernier diffère du principe de la protection juridictionnelle et de son effectivité, qui seront examinés ultérieurement.

En d'autres termes, l'effectivité de Rewe de la répression est un minimum dans les règles de procédure nationales et est utilisée comme un instrument pour les objectifs de l'Union et l'application du droit de l'UE. Comme minimum, l'effectivité de Rewe est une norme modérée, qui ne fonctionne pas comme un outil pour intervenir dans l'ordre juridique interne. En fait, une atteinte à l'effectivité de Rewe pourrait être justifiée par la règle procédurale de la raison. Dans ce cas, la CJCE procède à une analyse contextuelle du système juridique de l'État membre, ce qui signifie que le système de règles procédurales dans son ensemble pourrait compenser des situations dans lesquelles la règle en tant que telle rend 'pratiquement impossible ou excessivement difficile' d'exercer les droits de l'UE⁸⁶.

Dans plusieurs arrêts, la CJUE a interprété la Directive Recours et la disposition relative aux dommages et intérêts dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel. Au nom de l'effectivité⁸⁷, elle n'a pas hésité à interférer avec les règles de procédure et de réparation, en ce qui concerne la législation nationale sur les délais pour intenter l'action ou les règles sur la preuve, la qualité à agir, la découverte de documents, les exigences en matière de faute, etc. Deux de ces affaires ont été

⁸³ Mais le test de non-discrimination nécessite un comparateur. Et s'il n'y a pas le contexte correspondant d'un ordre juridique national?

⁸⁴ K. Lenaerts, «The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union», *Common Market Law Review*, 2007, Vol. 44 p. 1645.

⁸⁵ Ceci est important dans la distinction qui sera faite ci-dessous par rapport au principe de la protection juridictionnelle effective, qui impose des obligations positives.

⁸⁶ CJUE, arrêt 14 décembre 1995, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten*, C-430/93 et C-431/93, EU:C:1995:441, par. 19-20.

⁸⁷ CJUE, arrêt du 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG et autres* C-314/09, EU:C:2010:567, par. 34; CJUE, arrêt du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie et autres c. Provincie Drenthe*, C-568/08, EU:C:2010:751, par. 90.

tranchées au début de l'année 2010⁸⁸. Elles se sont concentrées sur les règles de prescription anglaises et irlandaises qui, tout en prévoyant des délais par défaut raisonnablement longs, stipulaient également que les procédures devaient être engagées rapidement ou le plus tôt possible. Dans les deux arrêts, la Cour de justice a souligné que l'objectif de rapidité poursuivi par la directive 89/665/CEE 'ne permet pas aux États membres de méconnaître le principe d'effectivité'. Un délai de prescription, dont la durée est laissée à la discrétion de la juridiction compétente, n'est pas prévisible dans ses effets' et, par conséquent, une disposition nationale prévoyant un tel délai n'assure pas une transposition effective de la directive.

Une extension très intéressante de l'application du principe d'effectivité est qu'il concerne également les cas qui ne relèvent pas du champ d'application d'une certaine règle de l'UE. Même si les directives recours ne s'appliquent pas, les règles découlant du principe d'effectivité s'étendront aux marchés publics qui ne sont pas (ou pas entièrement) couverts par les directives de fond. Une indication importante en ce sens se trouve dans une déclaration d'AG Sharpston à l'affaire Loutraki⁸⁹. Elle a en effet soutenu que dans la mesure où la demande d'indemnisation est fondée sur une violation de l'une des règles et principes fondamentaux du traité applicable à la procédure de passation de marché en question, les exigences des principes d'équivalence et d'effectivité continueront s'appliquer, même s'il s'avère que la procédure elle-même ne relève pas du champ d'application de la Directive Recours. Donc, on note que la Cour a systématiquement utilisé le principe d'effectivité comme norme.

Comme mentionné ci-dessous, le principe d'effectivité à travers la norme Rewe fixe un minimum. Par conséquent, il n'est pas question d'imposer horizontalement un test d'effectivité, sans prendre en compte d'autres facteurs d'ordre juridique interne dans l'application d'une règle de procédure qui s'écarte de ce principe. Dans ce cas, la norme classique est le test de van Schijndel. La CJUE a déclaré que :

Pour l'application de ces principes, chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes

⁸⁸ CJUE, arrêt du 28 janvier 2010, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority*, C-406/08, EU:C:2010:45; CJUE, arrêt du 28 janvier 2010, *Commission Européenne c. Irlande*, C-456/08, EU:C:2010:46.

⁸⁹ CJUE, arrêt du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE et autres c. Ethnico Symvoulio Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias et Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) c. Ethnico Symvoulio Radiotileorasis* C-145/08 et C-149/08, EU:C:2010:247, par. 69.

qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure.

En l'occurrence, il convient de relever que le principe de droit national selon lequel, dans une procédure civile, le juge doit ou peut soulever d'office des moyens est limité par l'obligation, pour celui-ci, de s'en tenir à l'objet du litige et de baser sa décision sur les faits qui ont été présentés devant lui⁹⁰.

Ainsi, la logique ou le but d'une règle de procédure peut justifier une restriction ou une limitation à l'introduction d'une action fondée sur le droit de l'Union. Les facteurs limitatifs peuvent être le droit de la défense, la sécurité juridique, le bon déroulement de la procédure, mais aussi l'enrichissement injustifié, comme il a été indiqué dans l'affaire Manfredi⁹¹. L'équilibre obtenu grâce à la pondération des exigences de l'UE et des règles de procédure nationales, ainsi que des facteurs mentionnés, est une innovation⁹². En effet, les règles de procédure nationales acquièrent ainsi un statut. La pondération est un mécanisme qui ne remet pas en arrière le principe d'effectivité : au premier niveau, elle est utilisée pour identifier avec précision les exigences de l'UE pour l'application de la règle de l'UE. Au deuxième niveau, il est pondéré et harmonisé avec les dispositions procédurales nationales. Or, maintenant, cet équilibre entre effectivité des pôles et autonomie procédurale des pôles, met de côté la norme. Mais maintenant, cet équilibre devient entre le pôle de l'effectivité et le pôle de l'autonomie procédurale, écartant la norme de van Schijndel.

§2. En relation avec l'autonomie procédurale

Or, le dipôle de la jurisprudence de la CJUE est le principe d'effectivité / équivalence et le principe d'autonomie procédurale. Ce dernier n'est pas défini avec précision: d'une part, il est pris dans son sens négatif, comme un champ d'action restant pour ce qui n'est pas réglementé par le droit communautaire. En revanche, il est pris en compte comme un impératif, qui interdit toute ingérence dans le droit procédural national. Cette discussion est assez théorique. Cependant, il

⁹⁰ CJUE, arrêt du 14 décembre 1995, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* C-430/93 et C-431/93, EU:C:1995:441, par. 19-20 ; CJUE, arrêt du 17 juillet 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, C-169/14, EU:C:2014:2099, par. 34 et CJUE, arrêt du 27 février 2014, *Pohotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta* C-470/12, EU:C:2014:101, par 51.

⁹¹ CJUE, arrêt du 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA.*, C-295-298/04, EU:C:2006:461.

⁹² H. Schebesta, «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation* 6, Springer, 2016, p. 37.

convient de mentionner qu'il a été utilisé pour la première fois en 2004 dans l'affaire Wells⁹³, et à ce jour, il est constamment invoqué, avec plus de 1400 références dans la database de données de la Cour. Par conséquent, même pour ceux qui nient le concept, il est clair que l'autonomie procédurale est une interprétation réussie.

En ce qui concerne le domaine des dommages-intérêts, la CJUE a pleinement soumis les demandes de dommages-intérêts à l'utilisation de l'autonomie de procédure. Dans les marchés publics, le législateur choisit de ne pas intervenir⁹⁴ dans une action en dommages-intérêts au motif de l'autonomie procédurale des États membres. Mais même la Cour, en interprétant la directive recours, a évité de se référer à l'autonomie procédurale. Cependant, il est enfin fait référence à l'autonomie procédurale dans l'affaire Strabag⁹⁵. L'autonomie procédurale n'a pas été invoquée ici de manière autonome, mais avec l'ajout de deux critères dans le contrôle de la mesure nationale. Tel est le contexte général et le but de la réparation judiciaire des dommages. Au regard de ces deux éléments, la Cour a constaté que la directive invoquait le besoin de rapidité. En outre, la Cour a estimé que la réparation des dommages était considérée comme une alternative procédurale compatible avec le principe d'effectivité. En concluant que les demandes de dommages-intérêts ne peuvent pas être subordonnées à la culpabilité, la CJUE n'a pas fait état d'une autonomie procédurale, mais semble accepter ce principe.

La Cour a procédé et a évoqué l'indépendance procédurale dont jouissent les États membres dans l'arrêt Simvoulis⁹⁶ en ce qui concerne le droit de recours juridictionnel. L'affaire concernait la question de savoir si les États membres étaient tenus de prévoir, également pour les pouvoirs adjudicateurs, un droit de recours juridictionnel contre les décisions des organes non judiciaires chargés des procédures de recours. La Cour a fait valoir le caractère non harmonisant de la Directive 89/665, comme il ressort de l'article 1er, paragraphe 3, en déclarant qu'elle ne cherchait pas à harmoniser complètement la législation nationale pertinente. Cette terminologie est nouvelle, offrant un élément tribunal autonome. Dans cet arrêt, la CJUE s'est appuyée sur la nature et

⁹³ CJUE, arrêt du 7 janvier 2004, *The Queen, à la demande de Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, EU:C:2004:12.

⁹⁴ Document de travail des services de la Commission, annexe à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en vue d'améliorer l'efficacité des procédures de contrôle en matière de passation de marchés publics; Rapport d'analyse d'impact du 4 mai 2006: Mesures correctives dans le domaine des marchés publics, SEC (2006) 557, p. 12.

⁹⁵ CJUE, arrêt du 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG et autres*, C-314/09, EU:C:2010:567, par. 34: «Si, dès lors, la mise en œuvre de l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 relève, en principe, de l'autonomie procédurale des États membres, encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité, il convient, toutefois, d'examiner si cette disposition, interprétée au regard du contexte et de l'objectif généraux dans lesquels s'inscrit la voie de recours tendant à l'octroi de dommages et intérêts, s'oppose à ce qu'une disposition nationale telle que celle en cause au principal subordonne, dans les conditions reproduites au par. 30 du présent arrêt, pareil octroi au caractère fautif de la violation, par le pouvoir adjudicateur, du droit des marchés publics».

⁹⁶ CJUE, arrêt du 21 octobre 2010, *Symvoulis Apochetefseon Lefkosias c. Anatheoritiki Archi Prosforon*, C-570/08, EU:C:2010:621, par. 36.

l'intensité du degré d'harmonisation envisagé et s'est abstenue de statuer l'opposition d'une règle nationale sur la base d'exigences d'effectivité. L'approche de la Cour dans les marchés publics reflète la nature juridiquement indéterminée de la doctrine de l'autonomie procédurale en vertu du droit général de l'UE.

Section B - Le principe d'une protection juridictionnelle effective

§1. Une protection juridictionnelle effective comme outil d'interprétation ou comme critère autonome

Si la position du principe d'effectivité et d'équivalence est claire dans la jurisprudence de la Cour de Justice et dans l'interprétation du droit communautaire, celle d'une protection juridictionnelle effective ne l'est pas. Son placement systématique dans le raisonnement judiciaire reste un problème. Les partisans d'une distinction⁹⁷ entre effectivité et protection juridictionnelle effective considèrent cette dernière comme le troisième niveau supplémentaire de contrôle de l'effectivité et de l'équivalence. En revanche, une protection juridictionnelle effective est considérée comme un outil d'interprétation de l'effectivité.

Une protection juridictionnelle effective trouve ses sources dans la Charte des droits fondamentaux, la Convention des droits de l'homme et la tradition commune des États membres. L'article 6, paragraphe 1 de la CEDH garantit un procès équitable, tandis que l'article 13 de la CEDH garantit le droit à un recours effectif contre toute personne dont les droits garantis par la Convention sont violés. En conséquence, l'article 47 de la Charte garantit le droit à un recours effectif et à un procès équitable. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, la charte des droits fondamentaux de l'UE a la même valeur juridique que les traités de l'UE. L'application de la Charte est subordonnée au champ d'application du droit de l'UE à une affaire. Les droits garantis par la Charte ne sont donc pas autonomes.

Dans l'ordre juridique de l'UE, le principe de la protection juridictionnelle a été énoncé par la CJUE dans l'affaire Johnston⁹⁸. Dans ce cas, un recours a été fait aux traditions communes des États membres, ainsi qu'aux articles 6 et 13 de la CEDH. Plus tard, dans l'affaire Steffensen⁹⁹ concernant l'admissibilité des éléments de preuve dans une procédure, la Cour de Justice a déclaré que les

⁹⁷ C. Timmermans. Présentation: *Limits Imposed by EU law to Member States' Freedom of Action in Fields not Regulated by EU law*, Centre Robert Schuman pour les études avancées, Florence, 2011; S. Prechal and R. Widdershoven, «Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection», *Review of European Administrative Law*, 2011, 4, p.31.

⁹⁸ CJUE, arrêt du 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, EU:C:1986:206

⁹⁹ CJUE, arrêt du 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228, par. 77.

parties 'doivent se voir offrir une réelle possibilité de commenter efficacement cette question pour que la procédure atteigne le niveau d'équité requis'. Depuis Johnston, l'importance de l'effectivité de la protection juridictionnelle n'a cessé d'être soulignée¹⁰⁰.

Le contenu d'une protection juridictionnelle effective est donc clairement défini. Ce qui n'est pas clairement défini, c'est la position du principe ci-dessus dans le raisonnement judiciaire. Le principe de la protection juridictionnelle effective a été développé dans le contexte des droits fondamentaux, comme nous l'avons vu dans l'affaire Johnston, et incarne le principe de l'État de droit. De plus, ce principe sert de modèle en imposant des obligations procédurales positives¹⁰¹. Cela signifie que, pour être sûrs, des recours adéquats doivent être introduits ou, s'il n'y en a pas, ils doivent être intentés. Cette obligation découle également des articles 4, paragraphe 3, et 19 TUE¹⁰². Cela nécessite également, par exemple, un tribunal indépendant et impartial ou l'obligation de motiver une décision, la fourniture d'une aide juridictionnelle et l'octroi d'une mesure provisoire. C'est en fait pour cette raison que l'expression autonomie procédurale nationale a été critiquée¹⁰³. Le principe d'une protection juridictionnelle effective sert à protéger les individus, leur permettant de faire valoir leurs droits. En d'autres termes, c'est une fin en soi¹⁰⁴. En outre, le test d'une protection juridictionnelle effective est plus strict que le test Rewe¹⁰⁵. Les restrictions ici peuvent être acceptables en vertu de l'article 52, article 1 de la Charte¹⁰⁶. Enfin, le principe d'une protection juridictionnelle effective ne vient pas combler des lacunes pour ce qui n'est pas réglementé par le droit communautaire, mais est également applicable lorsque le droit de l'UE contient des règles de procédure¹⁰⁷.

¹⁰⁰ CJUE, arrêt du 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, C-432/05, EU:C:2007:163.

¹⁰¹ S. Prechal and R. Widdershoven, «Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection», *Review of European Administrative Law*, 2011, 4, p. 40-42. Mais le principe de la protection juridictionnelle effective inclut également les obligations négatives de non-application du droit procédural national; voir CJUE, arrêt du 23 octobre 2014, *Unitrading Ltd c. Staatssecretaris van Financiën*, C-437/13, EU:C:2014:2318, par. 31-32.

¹⁰² CJUE, arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, C-50/00 P, EU:C:2002:462, par. 41-42; CJUE, arrêt du 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quéré & Cie SA.*, C-263/02 P, EU:C:2004:210, par. 31-32; CJUE, arrêt du 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, C-432/05, EU:C:2007:163, par. 37-44.

¹⁰³ C. Kakouris, «Do the Member States possess judicial procedural 'autonomy'?', *Common Market Law Review*, Vol. 34, 1997, p. 502.

¹⁰⁴ M. Dougan, «The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts», dans Craig and De Bhrca (Dir.), *The Evolution of EULaw*, 2011, p. 431.

¹⁰⁵ S. Prechal et K. Cath, «The European Acquis of Civil Procedure: Constitutional Aspects», *Uniform Law Review*, 2014, 19, p. 179-198.

¹⁰⁶ Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

¹⁰⁷ M. Safjan and D. Dusterhaus, «A Union of effective judicial protection: Addressing a multi-level challenge through the lens of Article 47 CFREU», *Yearbook European Law*, 2014, Vol. 33, No. 1, p. 8.

Cette discussion peut sembler assez théorique. Cependant, c'est d'une importance pratique, comme nous le verrons dans la section suivante de ce mémoire, où une approche jurisprudentielle sera adoptée sur cette question. Les arrêts de la CJUE n'ont pas été concluants sur la question de la relation entre une protection juridictionnelle effective et l'effectivité / l'équivalence. D'une part, dans un certain nombre d'affaires, à savoir *Alassini*, *Pontin* et *Impact*¹⁰⁸, la Cour a déclaré que le principe d'effectivité et d'équivalence comprend l'obligation d'assurer une protection juridictionnelle effective en vertu du droit de l'Union. En revanche, dans l'affaire *Mono Car Styling*¹⁰⁹, la Cour a déclaré que le principe d'une protection juridictionnelle effective s'ajoutait à l'effectivité/équivalence. Cependant, dans toutes ces affaires, la Cour a évoqué l'autonomie procédurale.

§2. Le principe d'une protection juridictionnelle effective dans le domaine des marchés publics

À l'instar de ce qui précède, le droit des marchés publics reflète la montée du recours au domaine des droits fondamentaux. En particulier, dans l'affaire *Aktor/Club Hotel Loutraki*¹¹⁰, la Cour a déclaré qu'une protection juridictionnelle effective est un principe général du droit de l'Union. Cela signifie qu'une protection juridictionnelle effective exclut une règle nationale qui, dans ce cas, prive les membres individuels d'un consortium de la possibilité de demander réparation d'un préjudice. La Cour a déclaré qu'une protection juridictionnelle effective n'avait pas été accordée, car le demandeur était privé de toute possibilité de demander réparation du préjudice subi en raison d'une violation du droit de l'Union. Ainsi, nous observons que la Cour a interprété l'effectivité à la lumière d'une protection juridictionnelle effective. L'impossibilité pour le requérant d'accéder à la justice viole le principe d'effectivité.

L'attention accordée à une protection juridictionnelle effective dans le domaine des marchés publics peut être affectée par l'invocation de plus en plus fréquente de la Charte des droits fondamentaux. Dans l'affaire *Ministero dell'Interno c. Fastweb S.p.a.*¹¹¹, la Cour a été interrogée sur la validité des dispositions relatives à l'inefficacité de la Directive 89/665 au titre de l'article 47 de la Charte. La demande a été introduite dans le cadre d'une procédure entre le Ministère de l'Intérieur et *Fastweb SpA*, concernant l'attribution à *Telecom Italia SpA* d'un marché public de

¹⁰⁸ CJUE, arrêt du 18 mars 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA, Filomena Califano c. Wind SpA Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia SpA et Multiservice Srl c. Telecom Italia SpA*, C-317-320/08, EU:C:2010:146; CJUE, arrêt du 29 octobre 2009, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, C-63/08, EU:C:2009:666, par. 44, CJUE, arrêt du 15 avril 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food et autres*, C-268/06, EU:C:2008:223, par. 47-48.

¹⁰⁹ CJUE, arrêt du 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA, en liquidation c. Dervis Odemis et autres*, C-12/08, EU:C:2009:466.

¹¹⁰ CJUE, arrêt du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE et autres c. Ethnico Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias et Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) c. Ethnico Symvoulío Radiotileorasis*, C-145/08 et C-149/08, EU:C:2010:247.

¹¹¹ CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, *Ministero dell'Interno c. Fastweb SpA*, C-19/13, EU:C:2014:2194.

fourniture de services de communications électroniques dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché. La Cour a jugé que la directive ne violait pas l'article 47 sur le droit à un recours effectif en vertu de la Charte. Dans ce cas, les exigences d'une protection juridictionnelle effective ont été définies à la lumière et dans le contexte de la directive. Il ne s'agit donc pas d'une interprétation autonome de l'interprétation judiciaire effective en tant que droit fondamental. La Cour a utilisé la protection juridictionnelle effective comme outil d'interprétation. En fait, il a déclaré que :

(...)est de concilier les différents intérêts en jeu, c'est-à-dire les intérêts de l'entreprise lésée, auxquels il importe de mettre à disposition les recours en référé précontractuel et en annulation du contrat illégalement conclu, et les intérêts du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise choisie, ce qui implique la nécessité de prévenir l'insécurité juridique qui pourrait être engendrée par l'inefficacité du contrat.

La Cour a fait une interprétation très contextualisée, en tenant compte des autres voies de recours disponibles au titre de la Directive 89/665, et du besoin spécifique de rapidité et de sécurité juridique dans le domaine des procédures de passation de marchés.

CHAPITRE 2 - APPROCHE JURISPRUDENTIELLE DES PRINCIPES D'EFFECTIVITE /D'ÉQUIVALENCE ET DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS LE CADRE DES MARCHES PUBLICS

Section A - Accès à la justice et application des principes d'effectivité/d'équivalence et de protection juridictionnelle effective de la CJUE

Dans le cadre des marchés publics, la CJUE a été appelée à plusieurs reprises à répondre aux questions des juridictions nationales concernant l'accès à la justice. En particulier, cela concernait la question de savoir si les dispositions nationales conditionnant l'accès à la justice, telles que les délais, les conditions préalables à une action judiciaire et les frais de justice, pouvaient être considérées comme conformes au droit de l'UE.

Une difficulté s'est présentée dans le cas *Marina del Mediterráneo*¹¹². Le problème étant de savoir si les États membres étaient tenus de permettre aux opérateurs économiques de contester immédiatement une décision préparatoire avant même la fin de la procédure. Dans ce cas, le demandeur a voulu contester l'admission à la procédure du seul autre opérateur économique sans

¹¹² CJUE, arrêt du 5 avril 2017, *Marina del Mediterráneo SL et autres c. Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, C-391/15, EU:C:2017:268.

attendre la décision d'attribution. Cependant, le droit interne n'autorise que la contestation immédiate des décisions de procédure qui rendent impossible la poursuite de la procédure, rendent impossible la conduite d'une défense ou causent un préjudice irréparable aux droits ou intérêts légitimes¹¹³. Toutes les autres décisions préparatoires peuvent être contestées en même temps que la décision d'attribution finale. La juridiction de renvoi a demandé si ces dispositions étaient compatibles avec les articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, de la Directive 89/665/CEE lus sous les principes de coopération sincère et d'effectivité des Directives. L'Avocat Général Bobek a mis en balance le droit d'accès d'une part, et l'efficacité de la procédure de passation globale d'autre part¹¹⁴. Il a suggéré d'autoriser les contestations différées. La Cour a rappelé le principe d'équivalence et le principe d'effectivité comme limites à l'autonomie procédurale nationale. Elle a indiqué que les règles de procédure détaillées régissant les recours destinés à protéger les droits conférés par le droit de l'Union aux candidats et soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs ne doivent pas compromettre l'efficacité de la Directive 89/665. Selon la Cour, exiger d'un soumissionnaire qu'il attende une décision d'attribution du marché avant de demander le réexamen d'une décision autorisant un autre soumissionnaire à participer à cette procédure de passation de marché enfreint les dispositions de la Directive 89/665/CEE. Selon l'Avocat Général Bobek, la Directive Recours et les droits qu'elle énonce ne sont pas des fins en soi. Leur objet est une décision équitable, concurrentielle et non discriminatoire d'attribution d'un marché public, rendue dans les meilleurs délais, si possible. Pour y parvenir, il faut trouver un équilibre entre l'accès à un contrôle juridictionnel effectif et la conclusion d'un contrat dans un délai raisonnable. Mais les directives sur les recours ne concernent pas la rapidité des procédures de passation, car l'UE n'a aucune compétence pour édicter des règles permettant de conclure rapidement les contrats¹¹⁵.

Un autre cas intéressant était la *Cooperativa animazione Valdocco*¹¹⁶. En l'espèce, des règles prévoyaient que tant les exclusions que les admissions à la procédure d'attribution devaient être contestées dans les 30 jours à compter de la publication sur le site Web du pouvoir adjudicateur des informations concernant les opérateurs économiques qui avaient été ou non autorisés à participer à la procédure. Après le délai de 30 jours, il n'était plus possible de soulever des moyens d'illégalité, y compris incidemment en tant qu'appel incident dans une procédure introduite contre

¹¹³ *Ibid.*, par. 8.

¹¹⁴ *Ibid.*, par. 49.

¹¹⁵ M. Comba, «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of law, dans *Modernising Public Procurement: The New Directive*», *European Procurement Law Series*, 2014, p. 46; R. Caranta, «The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works», *Common Market Law Review*, 2015, p. 404.

¹¹⁶ CJUE, ordonnance du 14 février 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus c. Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo et Azienda Sanitaria Locale*, C-54/18, EU:C:2019:118.

les décisions d'attribution, comme cela avait été le cas dans *Fastweb*¹¹⁷. La juridiction de renvoi a demandé si une telle règle était compatible avec l'effectivité de la protection juridictionnelle prévue aux articles 6 et 13 de la CEDH, à l'article 47 de la Charte et aux directives sur les recours. La Cour a rappelé que les directives sur les recours permettent aux États membres de fixer des délais dans lesquels un recours peut être introduit. Le délai de 30 jours dépasse les délais minimaux qui y sont prévus et est donc, en principe, compatible avec le droit de l'Union, à condition que les règles soient suffisamment précises et que ces décisions contiennent un résumé des motifs pertinents¹¹⁸. Concernant ce dernier, la CJUE se réfère à une partie de l'affaire fondamentale sur la protection juridictionnelle effective telle que *Heylens*¹¹⁹, pour affirmer que :

*‘l'effectivité du contrôle juridictionnel garanti par l'article 47 de la Charte exige que la personne concernée soit en mesure d'en déterminer les raisons sur laquelle se fonde la décision prise à son égard, soit en lisant la décision elle-même, soit en demandant et en obtenant notification de ces motifs, de manière à lui permettre de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider, avec pleine connaissance des faits pertinents, s'il y a lieu de saisir la juridiction compétente et afin de mettre celle-ci pleinement en mesure de procéder au contrôle de la légalité de la décision nationale en cause’*¹²⁰.

La disposition italienne obligeait les soumissionnaires économiques à contester les décisions d'admission sans savoir si le concurrent admis se verrait finalement attribuer le marché, et donc pas sûr de leur intérêt à le faire. La Cour, à la suite de *Marina del Mediterraneo*, a déclaré qu'une décision permettant à un soumissionnaire de participer à une procédure d'attribution est une décision qui peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel indépendant en vertu de la Directive 89/665/CEE. S'agissant de l'impossibilité de soulever des motifs relatifs à l'admission à la procédure comme argument incident dans une procédure dirigée contre la décision d'attribution, la Cour a rappelé que la conséquence normale de l'expiration d'un délai est d'éviter que la question ne soit à nouveau soulevée, donc obligeant potentiellement le pouvoir adjudicateur à relancer l'ensemble de la procédure de passation. Néanmoins, en s'appuyant sur *Fastweb* et *eVigilo*¹²¹, la Cour a chargé la juridiction nationale de s'assurer que l'application des règles nationales, y compris

¹¹⁷CJUE, arrêt du 4 juillet 2013, *Fastweb SpA c. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, C-100/12, EU:C:2013:448.

¹¹⁸ CJUE, ordonnance du 14 février 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus c. Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo et Azienda Sanitaria Locale*, C-54/18, EU:C:2019:118, par. 29 et 32.

¹¹⁹ CJUE, arrêt du 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c. Georges Heylens et autres*, C-222/86, EU:C:1987:442, par. 15.

¹²⁰ CJUE, ordonnance du 14 février 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus c. Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo et Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo*, C-54/18, EU:C:2019:118, par. 63.

¹²¹ CJUE, arrêt du 12 mars 2015, *eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13, EU:C:2015:166.

celles relatives à l'accès aux documents, n'excluait pas toutes les possibilités pour la Cooperativa animazione Valdocco d'apprendre l'illégalité de la décision d'autoriser le consortium ad hoc à participer ou à introduire une action à partir du moment où il a eu connaissance de cette décision. D'une manière générale, le droit de l'Union sous toutes ses facettes n'exclut pas l'application de règles nationales prévoyant des délais à la possibilité d'intenter une action, à condition que le demandeur dispose de tous les éléments, y compris les informations, nécessaires pour plaider efficacement sa cause.

Dans certains cas, les dispositions procédurales nationales ont entravé les actions en dommages et intérêts. L'un de ces cas est le MedEval¹²². Le marché concerné dans l'affaire MedEval avait été attribué directement, sans publication d'un avis de marché. Le délai pour les actions en déclaration d'illégalité était de 6 mois après la date d'attribution du marché public. Ce délai courait indépendamment de la question de savoir si le requérant dans cette action était en mesure ou non de connaître l'illégalité affectant la décision du pouvoir adjudicateur. Les actions en dommages et intérêts ont été subordonnées à la constatation préalable de l'illégalité de la procédure de passation des marchés publics pour le marché en question, notamment en raison de l'absence de publication préalable d'un avis de marché. La Cour a rappelé que le délai minimal de six mois pour intenter une action en invoquant l'inefficacité d'un contrat conclu est fixé à l'article 2f, paragraphe 1, de la Directive 89/665/CEE. La même Directive prévoit, en vertu de l'article 2c, que les délais pour tous les autres recours sont déterminés par le droit national, de sorte qu'il appartient à chaque État membre de les définir. L'article 2, paragraphe 6, de la Directive habilite également les États membres à faire de l'annulation une condition préalable aux actions en dommages et intérêts. Ces règles procédurales détaillées doivent cependant respecter les principes d'équivalence et de protection juridictionnelle effective. En ce qui concerne ces derniers, la Cour de justice a relevé que 'le degré de nécessité de la sécurité juridique concernant les conditions de recevabilité des recours n'est pas identique pour les actions en dommages et intérêts et les actions visant à faire déclarer un contrat sans effet'¹²³. L'action en dommages et intérêts ne perturbe pas un contrat conclu ou son exécution. En outre, 'subordonner la recevabilité des actions en dommages-intérêts à la constatation préalable de l'illégalité de la procédure de passation de marché pour le marché en question en raison de l'absence de publication préalable d'un avis de marché, lorsque l'action en déclaration d'illégalité est soumise à un délai de prescription de six mois, que la personne lésée sache ou non qu'il y a eu violation d'une règle de droit, est susceptible de rendre impossible dans la pratique ou excessivement difficile l'exercice du droit d'intenter une action en dommages-

¹²² CJUE, arrêt du 12 octobre 2016, *Procédure pénale c. Aleksandrs Ranks et Jurijs Vasiļevičs*, C-166/15, EU:C:2015:779.

¹²³ *Ibid.*, par. 39-40.

intérêts'¹²⁴, car cela priverait le demandeur du seul recours restant. Dans cette affaire, la Cour a utilisé le principe d'une protection juridictionnelle effective pour limiter l'autonomie procédurale.

L'affaire Hochtief¹²⁵ est un exemple du fait que l'invocation de l'article 47 de la Charte n'entraîne aucun élargissement de la protection juridictionnelle prévue par la Directive Recours. Dans la première affaire Hochtief, Hochtief avait été exclu d'une procédure négociée avec mise en demeure préalable lancée par l'autorité locale de Budapest en raison d'un prétendu conflit d'intérêts. En particulier, il avait désigné comme chef de projet un expert qui avait participé à la préparation de l'appel d'offres avec le pouvoir adjudicateur. Le recours en annulation a été rejeté, le conflit d'intérêts ayant été jugé réel. Dans d'autres appels, Hochtief a tenté d'élargir la question du litige, y compris en déplorant qu'il n'avait pas été entendu avant d'être exclu, mais la cour de révision a exclu la possibilité d'aller au-delà des questions soulevées lors de la procédure arbitrale de première instance. Dans l'intervalle, la Commission européenne a ouvert une enquête et a constaté que la procédure avait été affectée par d'autres lacunes graves. Sur cette base, Hochtief a intenté une action en dommages-intérêts contre le pouvoir adjudicateur, mais son action a été exclue du fait que la législation hongroise soumet des actions en dommages-intérêts à l'annulation antérieure de la décision d'attribution illégale. La juridiction de renvoi a douté de la cohérence de cet arrangement avec le droit de l'Union. La Cour a beaucoup insisté sur l'autonomie procédurale des États membres. Selon la CJUE, en l'absence de circonstances exceptionnelles, les délais et les saisies contribuent à un jugement rapide des affaires de passation de marchés, lui-même un objectif poursuivi par la directive 89/665/CEE. Dans ce cadre, il incombe aux parties d'identifier les motifs d'illégalité sur lesquels fondent leurs actions. En fin de compte, 'le droit de l'Union, et en particulier l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la Directive 89/665, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens que, dans le cadre d'un recours pour les dommages et intérêts, il ne s'oppose pas à une règle procédurale nationale, telle que celle en cause au principal, qui restreint le contrôle juridictionnel des décisions arbitrales rendues par un comité d'arbitrage chargé en première instance du contrôle des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs en public procédures de passation de marchés pour examiner uniquement les moyens soulevés devant ce comité'¹²⁶.

Hochtief a saisi la CJUE une autre affaire, cette fois pour non-renvoi de l'affaire originale et sans doute mal tranchée. La CJUE n'a pas mis en jeu l'article 47 de la Charte comme on pouvait s'y

¹²⁴ *Ibid.*, par. 41.

¹²⁵ CJUE, arrêt du 7 août 2018, *Hochtief AG c. Budapest Főváros Önkormányzata*, C-300/17, EU:C:2018:635.

¹²⁶ *Ibid.*, par. 58.

attendre, mais elle s'est tournée vers le principe d'équivalence et d'effectivité, lorsqu'elle a déclaré que :

En ce qui concerne, en revanche, la deuxième série de questions préjudicielles, la Cour a interprété le droit de l'Union comme ne s'opposant pas à une législation d'un État membre qui ne permet pas le contrôle d'un arrêt, qui a acquis force de chose jugée, qui a statué sur un recours en annulation contre un acte d'un pouvoir adjudicateur sans aborder une question dont l'examen avait été envisagé dans un arrêt antérieur de la Cour en réponse à une demande de décision préjudicielle introduite au cours de la procédure relative à ce recours en annulation. Toutefois, lorsque les règles de procédure internes applicables incluent la possibilité pour les juridictions nationales d'annuler un jugement qui a acquis force de chose jugée, aux fins de rendre la situation résultant de cet arrêt compatible avec une décision judiciaire nationale antérieure devenue définitive — lorsque tant la juridiction qui a rendu cet arrêt que les parties à l'affaire ayant conduit à cet arrêt étaient déjà au courant de cette décision antérieure — cette possibilité doit, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité, dans les mêmes circonstances, prévaloir dans afin de rendre la situation compatible avec le droit de l'Union, tel qu'interprété par un arrêt antérieur de la Cour de justice.¹²⁷

La décision la plus intéressante sur la question de l'introduction des frais de justice et de l'accès à la justice qui en découle est celle de l'affaire *Orizzonte Salute*¹²⁸. La juridiction de renvoi a demandé si des dispositions législatives récentes qui avaient considérablement augmenté les frais de justice spécifiquement pour les affaires de passation de marchés étaient conformes aux principes découlant des directives sur les recours. La juridiction de renvoi a également demandé si ces règles internes étaient incompatibles avec le principe de protection juridictionnelle effective consacré à l'article 41 de la Charte. La Cour a d'abord examiné l'affaire sous l'angle de l'autonomie procédurale, puis sous le critère *Rewe*¹²⁹. Elle a déclaré que la Directive 89/665/CEE ne contient aucune disposition relative aux frais de justice et à leur montant et a avancé le test *Rewe* d'équivalence et d'effectivité. Réunissant le principe d'effectivité et de protection juridictionnelle, la Cour de justice a précisé que le principe d'effectivité implique une exigence de protection juridictionnelle, garantie par l'article 47 de la Charte, qui s'impose au juge national¹³⁰. Il a également relevé que 'l'article 1er de la Directive 89/665 doit être interprété à la lumière des droits

¹²⁷ CJUE, arrêt du 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe c. Fővárosi Törvényszék*, C-620/17, EU:C:2019:630, par. 66.

¹²⁸ CJUE, arrêt du 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute - Studio Infermieristico Associato c. Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino - Città di Levico Terme et autres*, C-61/14, EU:C:2015:665.

¹²⁹ *Ibid.*, par. 45-46.

¹³⁰ *Ibid.*, par. 48. Aussi CJUE, arrêt du 17 juillet 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, C-169/14, EU:C:2014:2099, par. 35.

fondamentaux énoncés dans la Charte, en particulier du droit à un recours effectif devant une juridiction, prévu à l'article 47 de celle-ci'¹³¹. Selon la Cour, le régime des frais de justice pour les affaires de marchés publics, qui ne dépasse pas 2% de la valeur du marché, n'est pas contraire au principe d'effectivité¹³². S'agissant du principe d'équivalence, la Cour a estimé qu'il n'était pas pertinent que ces frais de justice soient plus élevés que les frais facturés dans une procédure civile, car il s'agit de procédures de nature différente¹³³ et que le système italien de frais de justice ne traite pas les actions fondées sur des droits que les individus tirent du droit communautaire des marchés publics de manière différente des actions fondées sur le droit national.

Selon la législation italienne pertinente, les frais de justice standard ne devaient pas seulement être payés lors de l'enregistrement de la requête introductive d'instance, mais le même montant devait également être payé pour les demandes incidentes et les moyens supplémentaires introduisant de nouvelles demandes au cours de la même procédure. Les frais de justice multiples et cumulés ne sont en principe pas exclus par l'article 1er de la Directive 89/665, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, ou des principes d'équivalence et d'effectivité, comme l'a indiqué la Cour¹³⁴. En effet, ces frais garantissent le bon fonctionnement et le financement du système judiciaire et évitent les demandes manifestement infondées qui ne visent qu'à retarder la procédure¹³⁵. Toutefois, ces objectifs justifient l'application multiple de frais de justice 'uniquement lorsque l'objet des recours ou des moyens complémentaires est en fait distinct et équivaut à un élargissement significatif de l'objet du litige qui est déjà pendant'¹³⁶. Dans le cas contraire, la multiplication des honoraires est contraire à la disponibilité des voies de recours prévues par la Directive 89/665 et au principe d'effectivité. Il appartient aux juridictions nationales d'apprécier si les nouvelles demandes sont ou non distinctes de la demande initiale ou ne constituent pas ou non un élargissement significatif de l'objet du litige qui est déjà pendant. La Cour de justice a identifié un test pertinent du point de vue tant de l'effectivité de Rewe que de celle de la protection juridictionnelle. Outre et au-delà de l'application douteuse des principes pertinents au cas d'espèce, *Orizzonte Salute* revêt une importance extraordinaire puisque, pour la première fois, la Cour de justice a donné une lecture holistique à la fois de la Charte, des principes généraux du droit de l'Union et des directives sur les recours¹³⁷.

¹³¹ *Ibid.*, par. 49 et 72.

¹³² *Ibid.*, par. 58.

¹³³ *Ibid.*, par. 66.

¹³⁴ *Ibid.*, par. 72.

¹³⁵ *Ibid.*, par. 73.

¹³⁶ *Ibid.*, par. 140.

¹³⁷ De manière surprenante, cependant, dans une affaire pertinente, la *SC Star Storage SA*, la Cour aborde la question de l'exigence d'une 'garantie de bonne conduite' exclusivement en vertu de l'article 47 de la Charte. Par rapport à *Orizzonte Salute*, dans l'affaire *SC Star Storage*, la Cour de justice abandonne fondamentalement toute considération

Section B - Un aperçu critique

Il s'agissait d'un bref aperçu de certains des cas de marchés publics. La CJUE a parfois promu le test Rewe et a parfois insisté sur le principe d'une protection juridictionnelle effective. Les différences entre les deux ont nécessairement été examinées dans le chapitre précédente, car même la CJUE elle-même n'a pas exposé exactement leurs points distincts, ce qui est souvent souligné par les commentateurs¹³⁸. Il a été observé que la Cour abordait souvent les affaires à la lumière du critère Rewe, bien qu'elles concernaient principalement une protection juridictionnelle effective¹³⁹. Il s'agit par exemple de celles concernant l'accès à la justice, telles que celles évoquées dans le chapitre précédent. Dans d'autres cas, la Cour invoque uniquement le principe de la protection juridictionnelle effective et l'article 47 de la Charte¹⁴⁰.

Il y a cependant des cas où soit le principe de la protection juridictionnelle effective et l'effectivité de Rewe sont mentionnés ensemble, soit ce dernier est inhérent au premier en tant que sous-principe. Dans l'affaire Unibet¹⁴¹, la Cour a estimé que lorsque les États membres veillent à ce que le principe de la protection juridictionnelle effective soit protégé, ils doivent également s'assurer que les principes Rewe sont respectés. Il en va de même dans l'affaire Impact¹⁴², la Cour a déclaré que le principe Rewe incarnait l'obligation générale des États membres d'assurer la protection juridictionnelle. Dans l'affaire Pontin¹⁴³, la Cour a défini les exigences Rewe en relation avec le principe de la protection juridictionnelle effective. Dans tous ces cas, la CJUE s'est référée aux principes d'effectivité/équivalence et de protection juridictionnelle effective de manière interchangeable sans faire de distinction.

de l'efficacité de Rewe lorsqu'elle analyse les dispositions internes en cause, en se concentrant exclusivement sur la Charte. Sur cette seule base, la Cour de justice accepte parfaitement les limitations imposées à l'exercice du droit d'accès à un tribunal. Voir CJUE, arrêt du 15 septembre 2016, *SC Star Storage SA c. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) et SC Max Boegl România SRL et autres c. RA Aeroportul Oradea et autres*, C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688.

¹³⁸ K. Havu, «EU Law in Member State courts: 'Adequate judicial protection' and effective application: Ambiguities and nonsequiturs in guidance by the Court of Justice?» *Contemporary Readings* dans *Law & Social Justice*, 2016, p. 161.

¹³⁹ CJUE, arrêt du 12 mars 2015, *eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13, EU:C:2015:166; CJUE, arrêt du 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute - Studio Infermieristico Associato c. Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino - Città di Levico Terme et autres*, C-61/14, EU:C:2015:665.

¹⁴⁰ CJUE, arrêt du 15 septembre 2016, *SC Star Storage SA c. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) et SC Max Boegl România SRL et autres. c. RA Aeroportul Oradea et autres*, C-439/14, EU:C:2016:688.

¹⁴¹ CJUE, arrêt du 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, C-432/05, EU:C:2007:163, par. 37-44.

¹⁴² CJUE, arrêt du 15 avril 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food et autres*, C-268/06, EU:C:2008:223, par. 48.

¹⁴³ CJUE, arrêt du 29 octobre 2009, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, C-63/08, EU:C:2009:666, par. 43-44.

Dans d'autres cas, la CJUE fait une 'juxtaposition'¹⁴⁴, où les différences entre l'effectivité de Rewe et le principe de protection juridictionnelle effective sont transparentes. La CJUE met l'accent sur l'élément supplémentaire sur l'effectivité du REWE, qui est le principe de la protection juridictionnelle effective, en établissant une distinction claire¹⁴⁵. Il y a aussi des moments où la CJUE garde le silence sur la relation entre ces deux principes¹⁴⁶. Dans certains cas, la CJUE minimise la différence entre les deux principes, même si elle fait une référence passagère à l'article 47 de la Charte après la mention de l'effectivité de Rewe¹⁴⁷. Dans l'affaire Orizzonte, la Cour a fait un tour pour juger que le principe d'effectivité implique une exigence de protection juridictionnelle, c'est-à-dire que le principe de protection juridictionnelle effective fait partie de l'effectivité Rewe. En tout état de cause, ces exemples montrent que la CJUE est loin d'avoir clarifié la relation entre le principe de la protection juridictionnelle effective et l'effectivité de Rewe¹⁴⁸.

Il est soutenu que cette incohérence de la CJUE quant à la relation entre les principes ci-dessus repose sur deux explications. Premièrement, la première est la nature du différend sous-jacent. Ainsi, lorsque les affaires concernent la protection des droits fondamentaux des personnes physiques ou morales, l'article 47 de la Charte est remis en cause. Dans ce cas, la CJUE cherchera généralement une solution sur la base de l'article 47 de la Charte. En revanche, si le litige sous-jacent concerne un droit qui sauvegarde principalement les intérêts de l'Union, la CJUE cherchera une solution à la lumière de l'effectivité de Rewe. Ce n'est pas une explication absolue et horizontale, car nous avons observé certaines dérogations à la ligne ci-dessus. Même si, par exemple dans les affaires Varec et Fastweb¹⁴⁹, la question concernait un contrôle juridictionnel effectif au titre de la Directive 89/665, la Cour s'est concentrée sur l'article 47 de la Charte. Dans le cas de la Directive 89/665, ces intérêts coïncident largement et on pourrait soutenir que les intérêts de l'UE sont servis en accordant le droit à la protection juridictionnelle aux parties afin

¹⁴⁴S. Prechal and R. Widdershoven, «Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection», *Review of European Administrative Law*, 2011, 4, p. 45.

¹⁴⁵ CJUE, arrêt du 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA, en liquidation c. Dervis Odemis et autres*, C-12/08, EU:C:2009:466, par. 49.

¹⁴⁶ CJUE, arrêt du 18 mars 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA, Filomena Califano c. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia SpA et Multiservice Srl c. Telecom Italia SpA*, C-317-320/08, EU:C:2010:146, par. 52-60.

¹⁴⁷CJUE, arrêt du 21 février 2013, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai et Viktória Csipai*, C-472/11, EU:C:2013:88, par. 29; CJUE, arrêt du 12 février 2015, *Surgicare - Unidades de Saúde SA c. Fazenda Pública*, C-662/13, EU:C:2015:89, par. 33; CJUE, arrêt du 19 mars 2015, *E.ON Földgáz Trade Zrt c. Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal*, C-510/13, EU:C:2015:189, par. 50.

¹⁴⁸ J. Krommendijk, «Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte», *Common Market Law Review*, 2016, 53, p.1395 et 1411.

¹⁴⁹ CJUE, arrêt du 14 février 2008, *Varec SA c. État belge*, C-450/06, EU:C:2008:91; CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, *Ministero dell'Interno c. Fastweb SpA*, C-19/13, EU:C:2014:2194.

qu'elles puissent (indirectement) garantir les intérêts de l'UE. Cela explique très probablement aussi pourquoi la CJCE a explicitement déclaré dans *Orizzonte* que l'article 1er de la Directive 89/665 devait être interprété conformément à l'article 47 de la Charte¹⁵⁰.

L'autre explication est qu'il doit y avoir une distinction entre, d'une part, les règles de procédure qui font obstacle à l'accès au tribunal, telles que les frais de justice et la compétence, et, d'autre part, les règles qui n'entravent pas cet accès, mais compliquent procédures, telles que les règles de preuve et les délais de prescription. Les exigences *Rewe* s'appliquent à ces derniers et impliquent donc qu'il existe déjà un recours juridique. Le principe de la protection juridictionnelle effective est applicable en l'absence d'un tel recours. Mais ce n'est pas également un critère absolu, car il existe des cas où il est souvent difficile de faire la distinction susmentionnée dans la pratique, car des délais très courts pour engager des actions en justice pourraient, par exemple, rendre pratiquement impossible d'engager des poursuites judiciaires. et entravent ainsi également l'accès au tribunal. De même, des normes de preuve lourdes qui obligent essentiellement les parties à prouver l'impossible pourraient avoir un effet similaire¹⁵¹.

La seule remarque sûre que l'on puisse faire à propos de ce qui précède est qu'il n'y a pas de pratique uniforme. Qu'il s'agisse d'embarras de la part de la Cour ou d'opportunisme, la distinction entre les deux principes ci-dessus est d'une importance pratique. Certains auteurs, cependant, ont fait valoir que s'il n'y avait pas de différence, il serait peut-être préférable de les fusionner pour des raisons de clarté juridique¹⁵². La raison de cette fusion est qu'il serait plus facile pour les juridictions nationales d'appliquer le droit de l'UE et le cas de la CJUE aux règles de procédure de leur système juridique, car ces incohérences leur compliquent la tâche. Si l'on considère l'absence de justification de la CJUE lors de l'application des principes, alors la nécessité de cette fusion est plus indiscutable. Une proposition est que l'article 47 de la Charte soit toujours considéré comme un cadre, et l'effectivité de *Rewe*, examinée séparément mais en vertu de celle-ci¹⁵³.

Il convient également de noter que l'article 47 de la Charte est un principe général autonome de l'UE, doté d'un statut constitutionnel, qui appartient au droit primaire de l'UE. L'approche de

¹⁵⁰ J. Krommendijk, «Is there light on the horizon? The distinction between “*Rewe* effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte*», *Common Market Law Review*, 2016, 53, p. 1395 et 1412.

¹⁵¹ J. Krommendijk, «Is there light on the horizon? The distinction between “*Rewe* effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte*», *Common Market Law Review*, 2016, 53, p. 1395 et 1413.

¹⁵² J. Engstrom, «The principle of effective judicial protection after the Lisbon Treaty», *Review of European Administrative Law*, 2011, 4, p. 63.

¹⁵³ Conclusions De L'Avocat Général M. Pedro Cruz Villalón présentées le 4 juin 2015 dans l' affaire C-650/13, Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre-Médoc et Préfet de la Gironde, EU:C:2015:363, par. 43-45; Opinion d'A.G. Bot dans l'affaire C-93/12, Agrokonsulting, par. 36; Opinion de A.G. Jaaskinen dans C-562/22, Liivimaa Lihaveis, par. 47.

l'article 47 de la Charte comme base amènera la CJUE à s'appuyer de plus en plus souvent sur la Cour EDH, en quête de convergence avec Strasbourg¹⁵⁴. Ainsi, un dialogue judiciaire horizontal sera instauré, qui renforcera ensuite le dialogue judiciaire vertical. Le problème est que l'article 47 de la Charte est un modèle dynamique qui évolue constamment à travers la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJUE, ce qui rend la convergence ci-dessus encore plus difficile. Nous avons également vu que l'effectivité de Rewe peut être plus exigeante et en même temps favorable au demandeur, de sorte que le droit dérivé de l'UE offre un niveau de protection plus élevé que l'article 47 de la Charte¹⁵⁵. En général, il serait assez difficile pour la CJUE d'adopter une norme unique pour tous les cas. Après tout, une telle approche formaliste entraverait probablement cette interaction dynamique entre les deux principes et les interprétations faites par la CJUE. Ainsi, face à un formalisme inutile, la CJUE pourrait simplement expliquer de manière transparente les différences entre le principe d'effectivité/équivalence et une protection juridictionnelle effective, en donnant à chaque fois les raisons de son choix.

¹⁵⁴ S. Prechal and R. Widdershoven, «Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection», *Review of European Administrative Law*, 2011, 4, p. 47.

¹⁵⁵ CJUE, arrêt du 18 février 2016, *Finanmadrid EFC SA c. Jesús Vicente Albán Zambrano et autres*, C-49/14, EU:C:2016:98.

CONCLUSION

Malgré le changement apporté par la Directive 2007/66 au droit des marchés publics et au système de recours, l'attribution des dommages et intérêts n'a pas été entièrement éclairci. Une interprétation systémique doit être appliquée non seulement en ce qui concerne les conditions générales de la disposition relative aux dommages-intérêts, mais également en ce qui concerne la formulation divergente des dommages-intérêts dans la directive générale et dans la Directive Recours dans les services publics. Malgré toutes les difficultés liées aux demandes d'indemnisation, la Commission n'a pas jusqu'à présent pris de mesures législatives. En conséquence, la Cour de justice de l'UE subit des pressions, afin de renforcer la protection juridictionnelle et de donner satisfaction en donnant des ordres concernant la rapidité et l'efficacité des directives sur les recours.

En ce qui concerne l'interprétation des dommages-intérêts, dans l'arrêt *Combinatie Spijker Infrabouw*, la Cour a déclaré que les dommages-intérêts de la Directive Recours sont une expression de la responsabilité de l'État membre. Mais comme il a été soutenu, les dommages-intérêts accordés au titre de la responsabilité des États membres sont distincts des dommages-intérêts accordés en vertu du droit dérivé de l'UE. La Cour a également été appelée à examiner l'application de certains critères tels que la faute. Selon l'arrêt *Strabag*, un tel critère n'est pas accepté. La plupart des difficultés, cependant, sont identifiées dans la condition de causalité, en fonction du stade du processus. En d'autres termes, plus une infraction a été commise tôt, plus il était difficile pour l'opérateur économique de prouver le lien de causalité entre l'infraction et le préjudice subi. Voici la doctrine de la chance perdue et ses différentes perspectives, car il existe des interprétations diverses au sein des diverses juridictions.

En outre, une quantification des dommages serait nécessaire. Une méthode d'évaluation appropriée doit être utilisée lorsque les coûts des offres et les pertes de profits sont réclamés en parallèle, afin d'éviter un double comptage. Néanmoins, le montant des dommages-intérêts reçus varie en fonction du type de calcul choisi. Les systèmes juridiques nationaux ont une vision différente des coûts et des pertes de profit pouvant être réclamés et des méthodes de calcul différentes sont utilisées. La liquidité de la quantification des dommages appelle un traitement plus explicite et un raffinement méthodologique, afin de faire face à l'incertitude. Après tout, la quantification et le chef des dommages sont l'étape la plus significative d'une procédure judiciaire, déterminant l'efficacité des dommages.

Ainsi, malgré la procéduralisation du droit des marchés publics, des lacunes existent. Celles-ci peuvent être couvertes par la norme d'efficacité et d'équivalence, en respect avec l'autonomie

procédurale des États membres. On doit garder à l'esprit que la Directive 89/665/CEE a été adoptée au cours des mêmes années où le principe de la protection juridictionnelle effective était élaboré dans des arrêts tels que Francovich et Brasserie de Pêcheur. La question de savoir si et dans quelle mesure l'interprétation des directives a été influencée est déjà examinée dans ce mémoire. On peut considérer que la Cour a statué de manière incohérente, en raison de la différence, dans chaque cas, de se concentrer sur certains principes ou critères. Mais, le jugement avec l'utilisation de notions dynamiques ne peut pas faire l'objet d'approches formalistes.

BIBLIOGRAPHIE

Articles, ouvrages et publications

Anagnostaras G., «Not as Unproblematic as You Might Think: The Establishment of Causation in Government Liability Actions», *European Law Review*, 27, 2002

Banks F. & Bowsher M., «The Availability and Primacy of the Damages Remedy for Breach of Procurement Obligations in England and Wales and Northern Ireland», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011

Becker J. et al, «Contribution to Growth, European Public Procurement, Delivering Economic Benefits for Citizens and Businesses», Study for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2018

Biondi A. & Farley M., *The Right to Damages in European law*, Kluwer Law International, 2009

Bowsher M. et Moser P., M. Bowsher et P. Moser, «Damages for Breach of EC Public Procurement Rules in the United Kingdom», *Public Procurement Law Review* 2006

Burgi M., «Damages and EC Procurement Law German Perspectives», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011

Caranta R., «Damages for Breaches of EU Public Procurement Law, Issues of Causation and Recoverable Losses» dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy, Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011

Caranta R., «Public law illegality and governmental liability», dans D. Fairgrieve, M. Andenas, J Bell (dir.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BULL, 2002

Caranta R., «The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works», *Common Market Law Review*, 2015

Caranta R., «The interplay between EU legislation and effectiveness, effective judicial protection and the right to an effective remedy in EU public procurement law», *Review of European Administrative Law*, 2019

Collins A., A. Collins, «Damages in Public Procurement – An Illusory Remedy?», dans K. Bradley, N. Travers & A. Whelan (Dir.), *Of Courts and Constitutions: Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, London: Hart Publishing, 2014

Comba M., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of law», dans *Modernising Public Procurement: The New Directive, European Procurement Law Series*, 2014

Dischendorfer M., M. Dischendorfer, «The Conditions Member States May Impose for the Award of Damages under the Public Remedies Directive: Case C-275/03 Commission v Portugal», *Public Procurement Law Review*, 2005

Dougan M., «The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts», dans Craig and De Bhrca (dir.), *The Evolution of EU Law*, 2011

Dougan M., «The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts», dans Craig and De Bhrca (dir.), *The Evolution of EU Law*, 2011

Engstrom J., «The principle of effective judicial protection after the Lisbon Treaty», *Review of European Administrative Law*, 4, 2011

Faigrieve D., *State Liability in Tort*, Oxford University Press, 2002

Gabayet N., «Damages for Breach of Public Procurement Law: A French Perspective» dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011

Havu K., «EU Law in Member State courts: ‘Adequate judicial protection’ and effective application: Ambiguities and nonsequiturs in guidance by the Court of Justice?» *Contemporary Readings* dans *Law & Social Justice*, 2016.

Kakouris C., «Do the Member States possess judicial procedural ‘autonomy’?», *Common Market Law Review*, Vol. 34, 1997

Krommendijk J., «Is there light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte», *Common Market Law Review*, 53, 2016

Lenaerts K., «The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 44, 2007

Lichere F., «Damages for violation of the EC public procurement rules in France», *Public Procurement Law Review*, 2006

Ponzio S., «State Liability in Public Procurement: The Case of Italy», dans *Public Procurement Law, Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & François Lichère (dir.), Hart Publishing, 2011

Prechal S. and Widdershoven R., «Redefining the relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and effective judicial protection», *Review of European Administrative Law*, 4, 2011

Prechal S. et Cath K., «The European Acquis of Civil Procedure: Constitutional Aspects», *Uniform Law Review*, 19, 2014

Reich A. & Shabat O., *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform*, SSRN eLibrary, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2244909>

Rubach-Larsen A., «Damages under German Law for Infringement of EU Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, 2006

Safjan M. and Dusterhaus D., «A Union of effective judicial protection: Addressing a multi-level challenge through the lens of Article 47 CFREU», *Yearbook European Law*, Vol.33, No. 1, 2014

Sanchez-Graells A., «You Can't Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law after the EFTA Court's Fosen-Linjen Opinion», *Nordic Journal of European Law*, 2018
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3129430> .

Sanchez-Graells A., Koninck C., *Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015–2017*, Wolters Kluwer, 2018

Savatier R., *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir cause?*, Dalloz, 1970

Schebesta H., «Damages in EU Public Procurement law», *Studies in European Economic Law and Regulation*, Springer, 6, 2016

Slavicek M., «Damages for Breaches of EC Public Procurement Rules in Sweden», *Public Procurement Law Review*, 2006

Timmermans C., *Présentation: Limits Imposed by EU law to Member States' Freedom of Action in Fields not Regulated by EU law*, Centre Robert Schuman pour les études avancées, Florence, 2011

Treumer S. & Lichère F., *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, DJØF Publishing Copenhagen, 2011

Vornicu R., «The Sufficiently Serious Breach Test in Action. Damages in Procurement Law and a Tale of Three Courts: the CJEU, the UK Supreme Court and the EFTA Court», *European Public Law*, 25, no. 4, 2019

Ward A., *Judicial review and the rights of private parties in EU law*, Oxford University Press, 2007

Widdershoven R., «National Procedural Autonomy and General EU Law Limits», *Review of European Administrative Law*, 2019

Wilman F., «The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for», *Common Market Law Review*, 2016

Législation

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO L 349, art. 3, par.2, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/104/oj>.

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE, JO L 94, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj> ;

Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Directive 2004/17/CE, Union européenne, JO L 94, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/25/oj> .

Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE JO L216/76, <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/81/oj> .

Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 modifiant les Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L 335, <http://data.europa.eu/eli/dir/2007/66/oj> .

Directive 2004/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession JO L94/1, <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/23/oj> .

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, Conseil des Communautés européennes, JO L 76/14, <http://data.europa.eu/eli/dir/1992/13/oj>.

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, Conseil des Communautés européennes, JO L 395/33, <http://data.europa.eu/eli/dir/1989/665/oj>.

Loi allemand c. les restrictions de concurrence (GWB)

Jurisprudence

CJUE, arrêt du 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe c. Fővárosi Törvényszék*, C-620/17, EU:C:2019:630, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216546&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11664173>

CJUE, ordonnance du 14 février 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus c. Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo et Azienda Sanitaria Locale*, C-54/18, EU:C:2019:118, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139104&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12430699>

CJUE, arrêt du 28 novembre 2018, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA e.a. contre Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA et Regione Liguria*, C-328/17, EU:C:2018:958, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208242&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12517777>

CJUE, arrêt du 7 août 2018, *Hochtief AG c. Budapest Főváros Önkormányzata*, C-300/17, EU:C:2018:635, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204751&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12426771>

AELE, arrêt du 31 octobre 2017, *Fosen-Linjen AS c. ATB AS*, E-16/16, JOC_2018_186_R_0006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2016J0016&from=EN>

Cour Suprême du Royaume-Uni, arrêt du 11 Avril 2017, *Nuclear Decommissioning Authority*, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0006-judgment.pdf>

CJUE, arrêt du 5 avril 2017, *Marina del Mediterráneo SL et autres c. Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, C-391/15, EU:C:2017:268, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189625&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12433073>

CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH c. Universität für Bodenkultur Wien et VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien*, C-355/15, EU:C:2016:988, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186500&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12516690>

CJUE, arrêt du 12 octobre 2016, *Procédure pénale c. Aleksandrs Ranks et Juris Vasilevičs*, C-166/15, EU:C:2015:779, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184446&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12428350>

CJUE, arrêt du 15 septembre 2016, *SC Star Storage SA c. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) et SC Max Boegl România SRL et autres c. RA Aeroportul Oradea et autres*, C-439/14, EU:C:2016:688, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183368&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11662426>

CJUE, arrêt du 18 février 2016, *Finanmadrid EFC SA c. Jesús Vicente Albán Zambrano et autres*, C-49/14, EU:C:2016:98, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=174441&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=11652613>

CJUE, arrêt du 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute - Studio Infermieristico Associato c. Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino - Città di Levico Terme et autres*, C-61/14, EU:C:2015:665, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169187&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11661010>

Conclusions De L'avocat Général M. Pedro Cruz Villalón présentées le 4 juin 2015 dans l' affaire *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre-Médoc et Préfet de la Gironde*, C-650/13 EU:C:2015:363, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CC0650&from=FR>

CJUE, arrêt du 19 mars 2015, *E.ON Földgáz Trade Zrt c. Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal*, C-510/13, EU:C:2015:189, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=163025&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=11656597>

CJUE, arrêt du 12 mars 2015, *eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13, EU:C:2015:166,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162829&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11663302>

CJUE, arrêt du 12 février 2015, *Surgicare - Unidades de Saúde SA c. Fazenda Pública*, C-662/13, EU:C:2015:89,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162245&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11657773>

CJUE, arrêt du 23 octobre 2014, *Unitrading Ltd c. Staatssecretaris van Financiën*, C-437/13, EU:C:2014:2318,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=158841&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12468144>

CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, *Ministero dell'Interno c. Fastweb SpA*, C-19/13, EU:C:2014:2194,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=165733&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=12433565>

CJUE, arrêt du 17 juillet 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, C-169/14, EU:C:2014:2099,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155118&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11661517>

CJUE, arrêt du 27 février 2014, *Pohotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*, C-470/12, EU:C:2014:101,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148384&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12446318>

CJUE, arrêt du 4 juillet 2013, *Fastweb SpA c. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, C-100/12, EU:C:2013:448,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139104&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12432510>

CJUE, arrêt du 21 février 2013, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai et Viktória Csipai*, C-472/11, EU:C:2013:88,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134101&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11658196>

CJUE, arrêt du 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie et autres c. Provincie Drenthe*, C-568/08, EU:C:2010:751,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83857&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12442963>

CJUE, arrêt du 21 octobre 2010, *Symvoulío Apochetefseon Lefkosias c. Anatheoritiki Archi Prosforon*, C-570/08, EU:C:2010:621,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83636&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12470428>

CJUE, arrêt du 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG et autres*, C-314/09, EU:C:2010:567,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83731&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11592919>

CJUE, arrêt du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE et autres c. Ethnico Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias et Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) c. Ethnico Symvoulío Radiotileorasis* C-145/08 et C-149/08, EU:C:2010:247,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81179&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12435571>

CJUE, arrêt du 18 mars 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA, Filomena Califano c. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia SpA et Multiservice Srl c. Telecom Italia SpA*, C-317-320/08, EU:C:2010:146,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11659187>

CJUE, arrêt du 28 janvier 2010, *Commission Européenne c. Irlande*, C-456/08, EU:C:2010:46,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84093&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12520325>

CJUE, arrêt du 28 janvier 2010, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority*, C-406/08, EU:C:2010:45;

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75574&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12440537>

CJUE, arrêt du 29 octobre 2009, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, C-63/08, EU:C:2009:666,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73372&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11659910>

CJUE, arrêt du 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA, en liquidation c. Dervis Odemis et autres*, C-12/08, EU:C:2009:466,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72480&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11659596>

CJUE, arrêt du 15 avril 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food et autres*, C-268/06, EU:C:2008:223,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71395&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11660195>

CJUE, arrêt du 14 février 2008, *Varec SA c. État belge*, C-450/06, EU:C:2008:9,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71573&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11655676>

CJUE, arrêt du 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, C-432/05, EU:C:2007:163,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62136&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12469680>

CJUE, arrêt du 25 janvier 2007, *Robins et autres*, C-278/05, EU:C:2007:56,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65303&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12520127>

CJUE, arrêt du 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA.*, C-

295-298/04, EU:C:2006:461, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0295&from=EN>

A.G. Geelhoed, Conclusions de L'Avocat Général présentées le 26 janvier 2006 dans l'arrêt de la CJUE du 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, C-295-298/04, EU:C:2006:67,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=58002&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12353409>

CJUE, arrêt du 2 juin 2005, *Koppensteiner GmbH c. Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, C-15/04, EU:C:2005:345,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60185&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12519972>

CJUE, arrêt du 14 octobre 2004, *Commission c. Portugal*, C-275/03, EU:C:2004:632,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49215&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11592131>

CJUE, arrêt du 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quéré & Cie SA.*, C-263/02 P, EU:C:2004:210,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49063&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12468549>

CJUE, arrêt du 12 février 2004, *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG c. Republik Österreich*, C-230/02 Grossmann Air Service, EU:C:2004:93,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48915&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12517462>

CJUE, arrêt du 7 janvier 2004, *The Queen, à la demande de Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, EU:C:2004:12,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48824&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12471057>

CJUE, arrêt du 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48205&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12469434>

CJUE, arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, C-50/00 P, EU:C:2002:462,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47107&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12468344>

CJUE, arrêt du 20 septembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan et Bernard Crehan c. Courage Ltd et autres*, C-453/99, EU:C:2001:465,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12351416>

CJUE, arrêt du 8 mars 2001, *Metallgesellschaft Ltd et autres, Hoechst AG et Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue et HM Attorney General*, C-397/98 et C-410/98, EU:C:2001:134,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45879&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12350759>

CJUE, arrêt du 4 juillet 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c. Commission des Communautés européennes*, C-352/98 P, EU:C:2000:36, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0352>

Arrêt du 29 juin 2000, *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd c. The Corporate Officer of the House of Commons, EWHC Technology 199*, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8d160d03e7f57ecdc78>

CJUE, arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, C-46/93 and C-48/9, EU:C:1996:79, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0046>

CJUE, arrêt du 14 décembre 1995, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93 et C-431/93, EU:C:1995:441, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0430&from=EN>

CJUE, arrêt du 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, C-6/90; C-9/90, EU:C:1991:428, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A61990CJ0006>

CJUE, arrêt du 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c. Georges Heylens et autres*, C-222/86, EU:C:1987:442, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94920&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12429599>

CJUE, arrêt du 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, EU:C:1986:206, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0222&from=FR>

CJUE, arrêt du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, EU:C:1976:188, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89192&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12437736>

Textes Juridiques

Commission des Communautés Européennes, Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts SEC (2006) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2006/EN/2-2006-557-EN-1-0.Pdf>.

Commission européenne, Évaluation REFIT des modifications introduites par la Directive 2007/66/CE aux Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE concernant le cadre juridique européen des recours dans le domaine des marchés publics (2015), http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2015_grow_048_remedies_evaluation_en.pdf

Commission Européenne, Proposition de Directive sur les voies de recours en matière de passation de marchés, COM (87) (1988) 134 final

Conclusions de L'Avocat Général Geelhoed présentées le 26 janvier 2006 dans l' Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, C-295-298/04, EU:C:2006:67

Oxera Consulting Ltd., *Quantifying Antitrust Damages-Towards Non-binding Guidance for Courts*, Study prepared for the European Commission, Publications Office of the European Union, 2009, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

Proposition de la Commission de Directive sur les recours en matière de marchés publics dans le secteur des services publics, COM (90) 297 final

Rapport d'analyse d'impact - Mesures correctives dans le domaine des marchés publics, SEC (2006)

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	vii
INTRODUCTION.....	1
PARTIE I – APPROCHE TECHNIQUE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS DE L'UE	4
CHAPITRE 1 - SOURCES ET NATURE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS	4
Section A - Dommages-intérêts dans les Directives sur les Recours	4
Section B - Le principe général de responsabilité des États membres et la responsabilité des institutions de l'UE en vertu du 340 TFUE	6
CHAPITRE 2 - CRITÈRES CONSTITUTIFS ET CONDITIONS D'ATTRIBUTION DES DOMMAGES- INTÉRÊTS	10
Section A - l'existence d'une infraction des règles et règles et la faute comme l'un des critères constitutifs	11
Section B – La condition de causalité et les dommages.....	14
PARTIE II: LA DEMANDE DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS LES MARCHÉS PUBLICS	25
CHAPITRE 1 - DOMMAGES-INTÉRÊTS EN VERTU DU PRINCIPE D’EFFECTIVITÉ.....	25
Section A - Le principe d'effectivité comme formule et comme contrepoids et la relation avec le principe de l'autonomie procédurale	25
Section B - Le principe d'une protection juridictionnelle effective.....	30
CHAPITRE 2 - APPROCHE JURISPRUDENTIELLE DES PRINCIPES D’EFFECTIVITE /D’EQUIVALENCE ET DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS LE CADRE DES MARCHES PUBLICS.....	33
Section A - Accès à la justice et application des principes d'effectivité/d'équivalence et de protection juridictionnelle effective de la CJUE	33
Section B - Un aperçu critique	40
CONCLUSION.....	44
BIBLIOGRAPHIE	46
TABLE DES MATIERES.....	56