

Affaire C-28/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

24 février 2023

Jurisdiction de renvoi :

Okresný súd Bratislava III

Date de la décision de renvoi :

16 février 2023

Partie requérante :

NFŠ, a. s.

Parties défenderesses :

la République slovaque, agissant par l'intermédiaire du Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky

OKRESNÝ SÚD BRATISLAVA III

[OMISSIS]

[OMISSIS]

OBJET : Dépôt d'une demande de décision préjudicielle (article 267 TFUE)

La juge de l'Okresný súd Bratislava III (tribunal de district de Bratislava III, Slovaquie ; ci-après la « juridiction de renvoi ») [OMISSIS] introduit la demande de décision préjudicielle suivante, au titre de l'article 267 TFUE :

I. Identification des parties :

[OMISSIS] Partie requérante : NFŠ, a. s. [OMISSIS]

- 1 Première partie défenderesse: **la République slovaque, agissant par l'intermédiaire du Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky**

Deuxième partie défenderesse de deuxième rang : **Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (ministère de l'Éducation, des Sciences, de la Recherche et des Sports de la République slovaque ; ci-après le « ministère de l'Éducation »)** [OMISSIS]

II. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie des questions préjudicielles suivantes en application de l'article 267 TFUE :

- 2 « Un contrat de subvention et une promesse d'achat conclus entre un ministère (l'État) et une entité de droit privé sélectionnée de manière non concurrentielle constituent-ils un "marché public de travaux" au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 ou de l'article 2, paragraphe 6, sous c), de la directive 2014/24, dans la mesure où le contrat de subvention est une aide d'État approuvée par la Commission en application de l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE, que les obligations contenues dans le contrat de subvention comportent une obligation à charge de l'État d'octroyer la subvention ainsi qu'une obligation à charge de l'entité de droit privé de construire un bâtiment conformément aux conditions spécifiées par le ministère et de permettre à une organisation sportive d'en utiliser une partie, et que les obligations contenues dans la promesse d'achat contiennent une option unilatérale au bénéfice de l'entité de droit privé correspondant à une obligation pour l'État d'acheter le bâtiment construit, sachant que ces contrats constituent un cadre d'obligations réciproques entre le ministère et l'entité de droit privé, présentant un lien matériel et temporel ? »
- 3 « L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 ou l'article 2, paragraphe 6, sous c), de la directive 2014/24 s'opposent-ils à une réglementation de droit national d'un État membre en vertu de laquelle un acte juridique qui, par son contenu ou son objet, contrevient à la loi ou la contourne ou est contraire aux bonnes mœurs est frappé de nullité absolue (c'est-à-dire est nul ab initio/ex tunc) si cette violation de la loi consiste en une violation grave des règles en matière de marchés publics ? »
- 4 « L'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous a), et l'article 2 quinquies, paragraphe 2, de la directive 89/665 s'opposent-ils à une réglementation de droit national d'un État membre en vertu de laquelle un acte juridique qui, par son contenu ou son objet, contrevient à la loi ou la contourne ou est contraire aux bonnes mœurs est frappé de nullité absolue (c'est-à-dire est nul ab initio/ex tunc) lorsque cette violation de la loi consiste en une violation grave (contournement) des règles en matière de marchés publics, comme dans l'affaire au principal ? »
- 5 « L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 ou l'article 2, paragraphe 6, sous c), de la directive 2014/24 doivent-ils être interprétés comme s'opposant à la reconnaissance ex tunc d'effets juridiques d'une promesse d'achat telle que celle en cause au principal ? »

III. Objet du litige, résumé des faits qui sous-tendent les questions préjudicielles

- 6 Le projet de construction du Národný futbalový štadión (stade national de football ; ci-après le « stade national de football ») en Slovaquie, répondant aux normes de l'UEFA, a déjà fait l'objet de la résolution n° 420/2006 du gouvernement de la République slovaque du 10 mai 2006. Au cours des années ayant suivi la résolution en question d'autres résolutions gouvernementales ont été adoptées concernant le projet de construction du stade national de football, prévoyant que l'investisseur/l'entrepreneur du projet devait être sélectionné par le biais d'une procédure d'appel d'offres.
- 7 Sans aucune inscription dans un acte ou un registre relative aux négociations préalables, sans aucun processus de sélection ou d'appel d'offre, le gouvernement de la République slovaque a adopté la résolution n° 400/2013 du 10 juillet 2013, sur la base de laquelle le ministère de l'Éducation devait conclure, avec une entreprise déterminée – la Národný futbalový štadión, a. s. -, un mémorandum qui devait définir les conditions d'octroi de la subvention et celles relatives à la construction du stade national de football. Le texte final du mémorandum faisait déjà partie de la résolution en cause du gouvernement de la République slovaque. Le mémorandum sur la coopération dans la réalisation de la construction et l'exploitation de l'infrastructure sportive « Národný futbalový štadión » (Stade national de football) a été conclu le 11 juillet 2013 (ci-après, le « mémorandum »).
- 8 Le 15 août 2013, le ministère de l'Éducation et la société Národný futbalový štadión, a. s. (prédécesseur en droit de NFŠ, a. s.) ont conclu un contrat sur les conditions d'octroi de la subvention pour la construction du stade national de football.
- 9 L'article 6, paragraphes 1 et 2, du contrat sur les conditions d'octroi de la subvention, intitulé « Octroi de la subvention », est rédigé comme suit : « [L'autorité octroyant le crédit] s'engage, conformément à l'article 11 du zákon č. 528/2010 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2008 Z. z. o organizácii a podpore športu a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (loi n° 528/2010 portant modification de la loi n° 300/2008 sur l'organisation et la promotion du sport, modifiant et complétant certaines lois, telle que modifiée), à publier, dans les 60 jours suivant l'entrée en vigueur du présent contrat, une invitation à introduire une demande de subvention pour la construction du stade, conformément à la résolution du gouvernement de la République slovaque et au mémorandum. [L'autorité octroyant le crédit] s'engage à conclure, avec le candidat retenu dans le cadre de l'appel publié conformément au paragraphe 1 du présent article, un contrat de subvention pour la construction du stade dans les 30 jours suivant la date de clôture de cette invitation, qui fixera les droits, devoirs, conditions et obligations des parties dans la mesure prévue par ce contrat et par la législation d'application générale ».

- 10 Conformément aux dispositions précitées du contrat sur les conditions d’octroi de la subvention, l’appel à introduire une demande de subvention dans le domaine du sport n° 2013-11 – « Stade national de football » (ci-après « l’appel à introduire une demande ») a été dûment publié le 20 septembre 2013 dans un délai de 60 jours à compter de la date de l’entrée en vigueur du contrat. Selon l’appel à introduire une demande, seule la société Národný futbalový štadión, a. s. a été désignée comme entité éligible à soumettre une candidature.
- 11 Le 21 novembre 2013, le ministère de l’Éducation a conclu avec la société Národný futbalový štadión, a. s. un contrat de subvention, financée par le budget de l’État, sur la base de l’appel à introduire une demande. La subvention a été accordée sans sélection parmi un plus grand nombre de candidats (de manière non concurrentielle), car la seule entité éligible selon l’appel à introduire une demande était la société Národný futbalový štadión, a. s., comme il ressort de la résolution gouvernementale n° 400/2013.
- 12 Le ministère de l’Éducation s’est engagé à fournir la somme de 27.200.000,– euros à titre de subvention pour le projet de construction du stade national de football.
- 13 La société Národný futbalový štadión, a. s. s’est engagée à cofinancer l’objet de la subvention à hauteur d’au moins 60 % des coûts de construction.
- 14 Le 10 mai 2016, le ministère de l’Éducation, au nom de la République slovaque en tant que futur acquéreur, a conclu avec la société NFŠ, a. s. (ci-après « NFŠ »), en tant que futur vendeur, la promesse d’achat n° 0385/2016 (ci-après la « promesse d’achat »), qui avait pour objet les conditions de la conclusion du contrat (« strictement ») d’achat du stade national de football sur la base de l’appel adressé à NFŠ, c’est-à-dire la possibilité de transférer à la République slovaque, par le biais d’une vente, les risques de propriété et d’exploitation du stade national de football. La promesse d’achat comprenait des annexes contenant des spécifications techniques détaillées et les paramètres matériels du stade national de football. Les caractéristiques de l’ouvrage ont donc été déterminées par la République slovaque, représentée par le ministère de l’Éducation.
- 15 À la même date, le 10 mai 2016, le ministère de l’Éducation et NFŠ ont conclu l’avenant n° 1 au contrat de subvention, qui modifiait l’ensemble du texte du contrat de subvention et supprimait, entre autres, la possibilité, pour la Fédération slovaque de football, d’utiliser gratuitement certains locaux du stade national de football. Dans le libellé original du contrat de subvention, l’utilisation des locaux était concédée à titre gratuit.
- 16 L’entrée en vigueur de la promesse d’achat était subordonnée au respect de trois conditions, : 1) sa publication au registre central des contrats de l’État, 2) l’adoption d’une décision de la Commission concernant l’évaluation des transactions envisagées par la promesse d’achat et le contrat de subvention au regard des critères d’admissibilité d’une l’aide d’État (ci-après la « deuxième

condition ») et 3) l'adoption d'un avis de l'Úrad pre verejnú obstarávanie (Autorité de régulation des marchés publics, Slovaquie, ci-après l'« autorité de régulation ») sur la conformité des transactions envisagées par la promesse d'achat avec la législation en matière de marchés publics (ci-après la « troisième condition »).

- 17 Aux fins de la troisième condition d'entrée en vigueur de la promesse d'achat, en dépit de la demande du ministère de l'Éducation, l'autorité de régulation n'a pas émis d'avis contraignant et n'a effectué aucun contrôle en relation avec l'opération envisagée par la promesse d'achat, c'est-à-dire qu'elle n'a ni approuvé ni accepté l'opération envisagée par la promesse d'achat, seule la présidente de l'autorité de régulation a envoyé une réponse non contraignante sous la forme d'une lettre du 8 juillet 2016.
- 18 Par décision SA.46530 du 24 mai 2017, l'aide d'État, sous la forme de la subvention directe susmentionnée et sous la forme d'une option, a été considérée par la Commission comme étant compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107, paragraphe 3, point c), TFUE, remplissant ainsi la deuxième condition d'entrée en vigueur de la promesse d'achat.
- 19 Selon la déclaration de NFŠ, [OMISSIS] sans l'aide d'État fournies par ces deux instruments (subvention et option) [OMISSIS], le projet de construction du stade national de football n'aurait pas été réalisable pour un investisseur privé (la requérante) – les risques commerciaux liés à sa construction auraient été inacceptables. La requérante fait valoir que la promesse d'achat est valable et ne relevait pas du régime de la loi sur les marchés publics. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour qu'un contrat puisse être qualifié de marché public, il doit contenir une obligation, légalement exécutoire, de réaliser les travaux correspondants.
- 20 Les procédures judiciaires suivantes sont actuellement pendantes : 1) le ministère de l'Éducation et la République slovaque réclament à NFŠ la restitution de la totalité du montant de la subvention de 27.200.000,- euros, augmenté des accessoires, en raison de la nullité absolue du contrat de subvention du fait de son illégalité ; 2) NFŠ reproche au ministère de l'Éducation et à la République slovaque d'avoir prévu dans la promesse d'achat une disposition inapplicable qui définit la méthodologie de calcul du prix d'achat du stade national de football ; 3) NFŠ réclame à la République slovaque et au ministère de l'Éducation le paiement d'une pénalité contractuelle de 48 000 000,00 euros au titre de la non conclusion du contrat (« strictement ») d'achat du stade national de football selon les termes de la promesse d'achat ; et 4) NFŠ intente à l'encontre du ministère de l'éducation et de la République slovaque un action en dommages-intérêts en rapport avec le projet de stade national de football pour un montant de 47 349 262,73 euros, augmenté des accessoires.
- 21 Le ministère de l'Éducation soutient que les procédures de marchés publics n'ont absolument pas été appliquées dans le processus de construction du stade national

de football, en violation des règles des marchés publics. À la lumière des dispositions de l'article 39 du zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (loi n° 40/1964 établissant le code civil, telle que modifiée ; ci-après le « code civil »), les actes juridiques qui contreviennent à la loi ou la contournent sont frappés de nullité absolue. La non-application des procédures de marchés publics, d'appel d'offres public et l'attribution pratiquement directe du marché à NFŠ ont enfreint non seulement les règles relatives aux marchés publics, mais aussi d'autres règles de la République slovaque, qui prévoient l'application des règles de concurrence ou imposent l'obligation de gérer les fonds publics de manière rationnelle et efficace.

- 22 Le ministère de l'Éducation fait valoir qu'il a eu une influence déterminante sur le projet de stade national de football. Le contrat de subvention stipulait les conditions que devait remplir le stade national de football [il devait s'agir d'un stade de catégorie 4 au sens des UEFA Stadium Infrastructure Regulations (règles de l'UEFA relatives aux infrastructures des stades) du 24 mars 2010], le bâtiment devait également répondre aux exigences en matière d'infrastructures sportives d'un intérêt particulier au sens de l'article 13 du zákon 300/2008 Z. z. z 2. júla 2008 o organizácii a podpore športu a o zmene a doplnení niektorých zákonov (loi n° 300/2008 relative à l'organisation et à la promotion du sport, telle que modifiée ; ci-après la « loi 300/2008 »), c'est-à-dire répondre aux exigences des fédérations sportives internationales, notamment en termes de capacité, d'équipement, de dimensions, d'exigences techniques pour les bâtiments, y compris en matière d'utilisation par les personnes à mobilité réduite et d'orientation et de sécurité des athlètes et des spectateurs, ainsi que pour la préparation des athlètes nationaux.
- 23 Le ministère de l'Éducation, par l'intermédiaire du comité de pilotage et de suivi, a fixé les exigences/exigences supplémentaires pour la construction du stade national de football.
- 24 Le ministère de l'Éducation était également membre du comité de pilotage et de suivi pour la construction du stade national de football, ce qui lui a donné l'occasion de présenter des observations sur l'avancement des travaux de construction, la réception des travaux, ainsi que sur d'autres questions relatives à la construction, au financement et aux analyses et expertises des consultants externes. Selon les statuts du comité de pilotage de la mise en œuvre du projet de « Stade national de football », le comité de pilotage est en grande partie composé de représentants du ministère de l'Éducation. Le comité de pilotage était présidé par le ministre de l'Éducation et son vice-président était le directeur du bureau des projets du ministère de l'Éducation. Selon les statuts, le comité de pilotage est l'organe de direction suprême du projet et est responsable de sa bonne exécution. Relèvent notamment de ses compétences :
- l'approbation du début des travaux du projet ;

- l’approbation de la conception du projet (documentation initiale du projet – charte de projet et plan du projet) ;
- l’approbation, le début et l’achèvement des différentes étapes du projet ;
- l’adoption des décisions stratégiques ayant une incidence sur la gestion du projet, l’approbation de la réalisation des objectifs et projets prévus, l’approbation des contrats, l’approbation des dépenses et de la réalisation des résultats ;
- l’approbation du rapport sur l’état du projet et les risques ;
- l’approbation des résultats finaux du projet et la confirmation de l’achèvement du projet ;
- l’approbation des étapes de livraison et de facturation et de toute modification pertinente du projet.

Le rôle et le contrôle du comité de suivi ont également été directement fixés dans les dispositions de la promesse d’achat. Conformément au point 4.1.1 de la promesse d’achat, le comité de suivi devait exercer un contrôle et un suivi de la construction du stade national de football.

IV. Libellé de la législation nationale et des dispositions du droit de l’Union applicables en l’espèce.

- 25 L’article 1^{er}, paragraphe 2, sous m), du zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (loi n° 25/2006 du 14 décembre 2005 relative aux marchés publics, modifiant et complétant certaines lois, telle que modifiée ; ci-après la « loi 25/2006 ») dispose : « La présente loi ne s’applique pas à l’acquisition ou à la location de biens immobiliers et de droits connexes, à l’exception des services financiers y afférents, dans le cas d’un contrat civil. »
- 26 L’article 1^{er}, paragraphe 7, de la loi 25/2006 dispose : « Le pouvoir adjudicateur ne peut pas attribuer un marché en application des paragraphes 2 à 5 dans le but de contourner les procédures de passation de marchés en vertu de la présente loi. »
- 27 L’article 3, paragraphe 3, de la loi 25/2006 dispose : « Un marché public de travaux de construction au sens de la présente loi est un contrat ayant pour objet soit l’exécution de travaux de construction, soit conjointement la conception et l’exécution de travaux de construction relatifs à une des activités énumérées à la section 45 du vocabulaire commun pour les marchés publics (ci-après le « vocabulaire des marchés publics »), ou la réalisation d’une construction. Une construction au sens de la présente loi est le résultat d’un ensemble de travaux de construction qui remplit une fonction économique ou une fonction technique, et dont l’exécution répond aux exigences du pouvoir adjudicateur ou de l’entité adjudicatrice. »

- 28 L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous c), du zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (loi n° 343/2015 du 18 novembre 2015 relative aux marchés publics, modifiant et complétant certaines lois, telle que modifiée ; ci-après, la « loi 345/2015 ») dispose : « La présente loi ne s'applique pas à l'acquisition de bâtiments existants ou à la location de bâtiments existants et d'autres biens immobiliers ou à l'acquisition de droits sur ceux-ci par quelque moyen de financement que ce soit. »
- 29 L'article 3, paragraphe 3, de la loi 343/2015 dispose : « Un marché de travaux au sens de la présente loi est un marché dont l'objet est
- a) soit l'exécution de travaux de construction, soit conjointement la conception du projet et l'exécution de travaux de construction relatifs à l'une des activités énumérées à la section 45 du vocabulaire commun pour les marchés publics,
 - b) l'exécution de travaux, ou la conception et l'exécution de travaux, ou
 - c) l'exécution de travaux de quelque manière que ce soit selon les exigences fixées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, qui a une incidence déterminante sur le type de construction ou le projet de construction. »
- 30 L'article 10, paragraphe 3, de la loi 343/2015 dispose : « La préparation et l'attribution des marchés, des concessions et des concours, y compris leur classification en application de l'article 5, paragraphe 1, ne peuvent être effectuées dans l'intention de se prévaloir illégalement d'une dérogation à la présente loi ou de fausser la concurrence en favorisant ou en défavorisant de manière injustifiée certains opérateurs économiques. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution adéquate et en temps voulu de leurs tâches, qui résultent d'une réglementation spécifique [OMISSIS] et qui sont également conformes aux règles des marchés publics. »
- 31 L'article 39 du zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (loi n° 40/1964 du 26 février 1964 établissant le code civil, telle que modifiée ; ci-après, le « code civil ») dispose : « Est nul l'acte juridique qui, par son contenu ou son objet, contrevient à la loi, la contourne ou est contraire aux bonnes mœurs. » C'est ce qu'on appelle la nullité absolue d'un acte juridique. L'acte juridique est considéré comme nul ex tunc.
- 32 L'article 40a du code civil dispose : « Si le motif de nullité d'un acte juridique est l'un de ceux visés aux articles 49a, 140, 145, paragraphe 1, 479, 589 et 701, paragraphe 1, l'acte juridique est réputé valide à moins que la personne concernée par cet acte n'invoque la nullité de l'acte juridique. La nullité ne peut pas être invoquée par la personne qui l'a causée. Il en va de même si l'acte juridique n'a pas été pris dans la forme requise par l'accord des parties (article 40). Lorsqu'un acte juridique est contraire à une règle juridique d'application générale en matière de prix, il n'est nul que dans la mesure où il est contraire à cette règle, si la

personne concernée par cet acte invoque la nullité. » Il s'agit d'une nullité dite relative de l'acte juridique.

- 33 L'article 111 du code civil dispose : « Sauf dispositions contraires, le délai de prescription est de trois ans et court à partir de la date à laquelle le droit aurait pu être exercé pour la première fois. »
- 34 L'article 147a du zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (loi n° 25/2006 du 14 décembre 2005 relative aux marchés publics, modifiant et complétant certaines lois, telle que modifiée ; ci-après la « loi 25/2006 ») dispose : « Si un pouvoir adjudicateur, une entité adjudicatrice ou une personne visée à l'article 7 conclut un contrat, un contrat de concession, un accord-cadre ou un avenant à un contrat, à un contrat de concession ou à un accord-cadre en violation de la présente loi, [l'Úrad pre verejné obstarávanie (autorité de régulation des marchés publics)] ou le procureur introduit, dans un délai d'un an à compter de leur conclusion, une action en nullité devant un tribunal. »
- 35 L'article 181, paragraphe 1, du zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (loi n° 343/2015 relative aux marchés publics, modifiant et complétant certaines lois, telle que modifiée ; ci-après la « loi 343/2015 ») dispose : « Un soumissionnaire, un candidat, un participant ou une personne qui aurait pu être concernée par l'obtention d'un marché ou d'une concession spécifique dépassant le seuil et dont les droits ou les intérêts légalement protégés ont été ou auraient pu être affectés par la procédure du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice (ci-après la « l'intéressée ») peut, après la conclusion du marché, du contrat de concession ou de l'accord-cadre, saisir le tribunal d'une demande de nullité du marché, du contrat de concession ou de l'accord-cadre. »
- 36 L'article 181, paragraphe 11, de la loi 343/2015 dispose : « Le droit de demander la constatation de la nullité d'un contrat, d'un contrat de concession ou d'un accord-cadre s'éteint s'il n'est pas invoqué
- a) dans un délai de 30 jours à compter de la date de publication de l'avis relatif au résultat de la procédure de passation des marchés publics au Journal officiel de l'Union européenne conformément à la présente loi, si l'avis contient également une justification de la non publication de l'avis de marché, de l'avis utilisé en tant qu'appel à la concurrence, de l'avis de concession ou de l'avis de concours,
 - b) dans un délai de six mois
 1. à compter de la date de publication de l'avis relatif au résultat du marché au Journal officiel de l'Union européenne, si l'avis ne contient pas de justification au titre du point a) ; ou

2. à compter de la date de conclusion du contrat, du contrat de concession de travaux ou de l'accord-cadre dans les cas autres que ceux visés au point a) et au premier alinéa. »

- 37 Contrairement à la nullité absolue ayant des effets ab initio (ex tunc), la nullité d'un acte juridique invoquée sur la base des dispositions de la loi sur les marchés publics (loi n° 25/2006, ainsi que la nouvelle réglementation figurant dans la loi n° 343/2015) est relative, et a des effets dès le moment où la nullité est constatée par le tribunal compétent (ex nunc).
- 38 L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b) de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, p. 18 ; ci-après la « directive 2004/18 ») dispose : « Les "marchés publics de travaux" sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un "ouvrage" est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »
- 39 L'article 2 de la directive 2004/18/CE dispose : « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »
- 40 L'article 16, sous a), de la directive 2004/18 dispose : « La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services : a) ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente directive ; »
- 41 Aux termes du quatrième considérant de la 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 du 28.3.2014 ; ci-après la « directive 2014/24 »), les règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services à titre onéreux au moyen d'un marché public. Il convient de préciser que ces acquisitions de travaux, de fournitures ou de services devraient relever de la présente directive, qu'elles soient réalisées au moyen d'un achat, d'un crédit-bail ou d'autres formes contractuelles.
- 42 La notion d'« acquisition » devrait être comprise au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des travaux, fournitures ou services en question, ne

nécessitant pas nécessairement de transfert de propriété aux pouvoirs adjudicateurs.

- 43 Aux termes du neuvième considérant de la directive 2014/24, le fait que le contractant réalise tout ou partie de l'ouvrage par ses propres moyens ou qu'il en assure la réalisation par d'autres moyens ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification du marché en tant que marché de travaux, tant que le contractant a l'obligation directe ou indirecte, légalement exécutoire, de garantir la réalisation des travaux.
- 44 L'article 2, [paragraphe 1, point] 6, sous c), de la directive 2014/24 dispose : « Aux fins de la présente directive, on entend par : "marchés publics de travaux" des marchés publics ayant l'un des objets suivants : la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. »
- 45 L'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24 dispose : « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques. »
- 46 L'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 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 (ci-après, la « directive 89/665/ ») dispose :
- « 1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants :
- a) si le pouvoir adjudicateur a attribué un contrat sans avoir préalablement publié un avis de contrat au Journal officiel de l'Union européenne, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE ; »
- 47 L'article 2 quinquies, paragraphe 2, de la directive 89/665 dispose :
- « 2. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national.

Le droit national peut prévoir l’annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l’annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les États membres prévoient l’application d’autres sanctions au sens de l’article 2 sexies, paragraphe 2. »

- 48 Aux termes du point 57 de l’arrêt du 29 octobre 2009, Commission/Allemagne (C-536/07, EU:C:2009:664) : « [...] conformément à la jurisprudence de la Cour, lorsqu’un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c’est l’objet principal du contrat qui détermine les règles communautaires applicables. »
- 49 Comme l’a indiqué la Cour au point 41 de l’arrêt du 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067), « (...) lorsqu’un contrat comporte à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à un autre type de marché, il convient de se référer à son objet principal pour déterminer sa qualification juridique et les règles de l’Union applicables (voir, en ce sens, arrêts Auroux e.a., C-220/05, EU:C:2007:31, point 37 ; Commission/Italie, C-412/04, EU:C:2008:102, point 47, et Commission/Allemagne, EU:C:2009:664, point 57). »
- 50 Selon des commentaires renommés sur les marchés publics, « ce n’est pas la dénomination du contrat qui importe, mais sa substance », (AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P. : Zákon o verejnom obstarávaní, komentár, Bratislava : C.H. Beck 2019, p. 54, podobne RÓWEKAMP, H., KUS, A., PORTZ, N., PRIEÍŽ, H.-J. : Kommentar zum GWB-Vergaberecht, HÜRTH : Wolters Kluwer 2020, p. 421.)
- 51 Comme l’a indiqué la Cour aux points 43 et 44 de l’arrêt du 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067), « 43. (...) encore faut-il, pour pouvoir conclure à l’existence d’un “marché public de travaux”, au sens de la directive 93/37, que la réalisation de l’ouvrage projeté réponde aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur (arrêt Commission/Allemagne, EU:C:2009:664, point 55).
44. Il en va ainsi lorsque ce dernier a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l’ouvrage ou, à tout le moins, d’exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci (voir, en ce sens, arrêt Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, point 67). »
- 52 Il ressort du point 49 de l’arrêt du 22 avril 2021, Commission/Autriche (Location d’un bâtiment non encore construit) (C-537/19, EU:C:2021:319), qu’il n’est pas question d’une exception aux règles de passation des marchés publics si la réalisation de l’ouvrage réponde aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur : « Toutefois, ainsi qu’il ressort de la jurisprudence de la Cour, le pouvoir adjudicateur ne saurait se prévaloir de l’exclusion prévue à cette disposition lorsque la réalisation de l’ouvrage projeté constitue un “marché public de travaux”, au sens de l’article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18,

dès lors que cette réalisation répond aux besoins précisés par ce pouvoir adjudicateur (voir, par analogie, arrêts du 29 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-536/07, EU:C:2009:664, point 55, ainsi que du 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 43 et jurisprudence citée). »

- 53 « Il en va ainsi lorsque [le pouvoir adjudicateur] a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou à tout le moins d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci » (arrêt du 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 44 et jurisprudence citée).

V. Motifs de la demande de décision préjudicielle et rapport entre les dispositions du droit de l'Union et la législation applicable à la procédure nationale

- 54 La demande de décision préjudicielle vise essentiellement à clarifier le point de savoir si un contrat qui accorde à une entité de droit privé une subvention pour la construction d'un bâtiment qui, outre sa finalité commerciale, servira également à la promotion publique du sport et une promesse de contrat qui contient une option, à savoir le droit de l'entité de droit privé de vendre le bâtiment construit à l'État, ne relèvent pas du régime juridique de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 (citée au point 4 ci-dessus) ou de l'article 2, paragraphe 6, sous c), de la directive 2014/24 (citée au point 4 ci-dessus).
- 55 Il convient de clarifier le point de savoir si le contournement des règles de passation des marchés publics prévues pour les marchés de travaux au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 ou de l'article 2, paragraphe 6, sous c), de la directive 2014/24 peut entraîner la nullité absolue (ex tunc) d'un acte juridique (contrat).
- 56 Le ministère de l'Éducation est d'avis que la conclusion du contrat de subvention, financé par le budget de l'État, a violé la loi, étant donné que la subvention a été allouée et que le contrat a été conclu sur la base d'une invitation ne prévoyant pas de mise en concurrence des demandeurs de fonds, ce qui constitue une violation de la loi 300/2008. Ce fait est également étayé par la conclusion du mémorandum de coopération pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure sportive « Stade national de football », dont le ministère de l'Éducation était signataire, tout comme le bénéficiaire ultérieur de la subvention. Selon le ministère de l'Éducation, le contrat de subvention est donc nul au sens de l'article 39 du code civil (nullité absolue).
- 57 Selon la requérante, le contrat sur les conditions d'octroi de la subvention constituait, avec le mémorandum, un arrangement cadre qui visait à garantir à la société Národný futbalový štadión, a. s. que, si elle était retenue dans le cadre de l'appel à candidatures pour la subvention pour la construction du stade national de football, elle serait assurée du soutien de l'État. NFS affirme que sans le soutien de l'État, le projet de construction du stade national de football n'aurait pas été

commerciallement réalisable par un investisseur privé. Le soutien de l'État au projet consistait en deux instruments de soutien, à savoir une subvention fournie sur la base d'un contrat de subvention et une option fournie sous la forme d'une promesse d'achat.

- 58 NFS cherche à exercer l'option prévue par la promesse d'achat aux fins de la vente du stade national de football à l'État, représenté par le ministère de l'Éducation, et elle a, à cet égard, introduit devant la juridiction de renvoi une demande visant à établir le contenu de la promesse d'achat en ce qui concerne la détermination du prix d'achat.
- 59 Le ministère de l'Éducation considère que le contrat de subvention, financé par le budget de l'État, et la promesse d'achat constituent un ensemble complet de droits et d'obligations réciproques du ministère de l'Éducation et de NFS, présentant un rapport temporel et matériel, qui vise intentionnellement à contourner la loi n° 343/2015, de sorte qu'il est frappé de nullité absolue ab initio en raison de son illégalité ou du contournement de la loi sur les marchés publics.
- 60 Le ministère de l'Éducation considère que la sélection de l'entrepreneur ou de l'investisseur aurait dû faire l'objet d'une concurrence transparente et ne pas favoriser une entité de droit privé particulière.
- 61 NFS fait valoir que la promesse d'achat n'implique pas l'obligation pour elle de réaliser le stade national de football et de le céder ensuite au ministère de l'Éducation. Ainsi, selon NFS, la promesse d'achat ne répond pas à la définition d'un marché public, car, pour que le contrat puisse être qualifié de marché public, il faut une obligation, légalement exécutoire, à charge des deux parties ; or, la promesse d'achat ne contient pas une telle obligation.
- 62 NFS conteste le caractère onéreux de la promesse d'achat, en faisant valoir que l'objet de la promesse d'achat n'est qu'une option au bénéfice de NFS et non une obligation à charge de NFS d'exécuter le contrat.
- 63 Le ministère de l'Éducation considère que le point 2.2 de la promesse d'achat exprime clairement la contrepartie monétaire au travers du calcul du prix d'achat (voire même en fixant une limite supérieure). Ainsi, la promesse d'achat elle-même indique la procédure à suivre pour la fixation du prix du stade national de football par l'État dans le cadre d'un contrat (« strictement ») d'achat. Ainsi, l'ensemble de la transaction envisagée par la promesse d'achat peut être évalué de manière réaliste en termes monétaires et il est totalement indifférent que le montant final sera inscrit dans un contrat (« strictement ») d'achat, puisqu'il ressort déjà clairement de la promesse d'achat qu'il s'agit d'une transaction à titre onéreux entre les parties au contrat. Si l'on accueillait la thèse relative au « caractère onéreux/gratuit » avancée par NFS, il serait possible, en pratique, de transformer tout contrat à titre onéreux en un contrat à titre gratuit par une telle approche illégale appliquée à des fins détournées, en donnant au contrat à titre (« strictement ») onéreux la forme d'une promesse de contrat, qui reconnaît un

droit d'« option unilatérale » de conclure un contrat (« strictement ») à titre onéreux exclusivement à une partie au contrat (le soumissionnaire).

- 64 Il convient de clarifier le point de savoir si le contrat de subvention et la promesse d'achat conclus entre le ministère de l'Éducation (l'État) et une entité de droit privé sélectionnée de manière non concurrentielle est un « marché public de travaux » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 ou de l'article 2, paragraphe 6, sous c), de la directive 2014/24, dans la mesure où le contrat de subvention est une aide d'État approuvée par la Commission en application de l'article 107, paragraphe 3, sous c), de la directive 2014/24, que les obligations contenues dans le contrat de subvention comportent une obligation à charge de l'État d'octroyer la subvention ainsi qu'une obligation à charge de l'entité de droit privé de construire un bâtiment conformément aux conditions spécifiées par le ministère et de permettre à une organisation sportive d'en utiliser une partie, et que les obligations contenues dans la promesse de vente contiennent une option unilatérale au bénéfice de l'entité de droit privé correspondant à une obligation pour l'État d'acheter le bâtiment construit, sachant que ces contrats constituent un cadre d'obligations réciproques entre le ministère et l'entité de droit privé, présentant un lien matériel et temporel.

Nullité absolue/relative du contrat pour violation des règles de passation des marchés publics.

- 65 Les parties au litige soulignent qu'il n'est pas établi dans la doctrine et la jurisprudence qu'une violation de la loi sur les marchés publics fonde une nullité absolue du contrat (nullité ab initio – ex tunc) ou une nullité relative du contrat (ex nunc).
- 66 NFS se réfère aux arrêts du Krajský súd (tribunal régional) de Bratislava du 7 février 2018 (affaire n° 3 Cob/290/2016), du 25 juillet 2018 (affaire n° 3Cob/139/2017), et du 20 février 2017 (affaire n° 14Co/590/2012), qui ont appliqué la notion de nullité relative du contrat dans le contexte de la violation des règles de passation des marchés publics.
- 67 En revanche, le ministère de l'Éducation se réfère à la décision de l'Ústavný súd (Cour constitutionnelle) de la République slovaque du 7 juillet 2010 (affaire III. ÚS 69/2010), qui rattache la violation des règles de passation des marchés publics à une nullité absolue ex tunc : « Les dispositions de la loi 25/2006 n'excluent donc pas l'application de l'article 39 du code civil dans les cas où un acte juridique contrevient à la loi ou la contourne par son contenu ou son objet, ou est contraire aux bonnes mœurs. [...] Il doit s'agir d'une violation de la loi sur les marchés publics dont la nature et la gravité font que le contenu même d'un tel contrat est contraire aux dispositions de la loi, ou ont pour effet que ce contrat contrevient à la loi ou la contourne quant à son objet. »
- 68 De même, le Krajský súd (tribunal régional) de Bratislava, dans son arrêt du 9 mars 2015 (affaire n° 1Cob/84/2014), a considéré que l'attribution d'un marché

qui aurait dû être passé selon la procédure prévue par la loi, alors qu'il ne l'a pas été, établit en même temps la nullité absolue d'un tel marché.

- 69 Dans son recours visant à déterminer le contenu de la promesse d'achat en ce qui concerne la détermination du prix d'achat (affaire n° 26Cb/240/2020), NFŠ a fait observer ceci : « Il n'est pas entièrement établi dans la doctrine et la jurisprudence qu'une violation de la loi sur les marchés publics doit donner lieu à une nullité absolue ou relative du marché ». Dans ce contexte, NFŠ rappelle que la nullité d'un acte juridique (contrat) ne peut être pas invoquée par celui qui l'a provoquée.
- 70 Le ministère de l'Éducation demande l'application d'une nullité absolue de l'acte juridique (le marché), car le schéma contractuel contesté relatif à la construction et à la vente du stade national de football constitue un contournement flagrant des règles de passation des marchés publics prévues par la loi sur les marchés publics ainsi que par le droit de l'Union.
- 71 Aux termes de l'article 2 quinquies, paragraphe 1, point d), de la directive 89/665, « les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants : a) si le pouvoir adjudicateur a attribué un contrat sans avoir préalablement publié un avis de contrat au Journal officiel de l'Union européenne, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2014/24 ou de la directive 2014/23 ».
- 72 Aux termes de l'article 2 quinquies, paragraphe 2, de la directive 89/665, « les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national. Le droit national peut prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. »
- 73 Compte tenu des circonstances précitées, il y a lieu de déterminer si l'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous d), et paragraphe 2, de la directive 89/665, s'opposent à une réglementation du droit national d'un État membre en vertu de laquelle un acte juridique qui, par son contenu ou son objet, contrevient à la loi ou la contourne ou est contraire aux bonnes mœurs est frappé de nullité absolue (c'est-à-dire est nul ab initio/ex tunc) lorsque cette violation de la loi consiste en une violation grave (contournement) des règles en matière de marchés publics, comme dans l'affaire au principal.

[OMISSIS] À la lumière des circonstances factuelles et juridiques susmentionnées, il est possible de conclure que, en l'espèce, la juridiction nationale a été saisie de nouvelles questions d'interprétation du droit de l'Union qui présentent un intérêt général pour l'application uniforme du droit de l'Union et que, parallèlement, la jurisprudence existante n'apporte pas les éclaircissements nécessaires dans le nouveau cadre factuel (acte clair/acte éclairé).

[OMISSIS]