

Marchés publics de services. - Directive 93/38/CEE. - Non-discrimination. - Transparence. - Publicité.

Cour de justice des Communautés européennes

07-12-2000
n° C-324/98

Sommaire :

Concession de service public

*
**

Texte intégral :

Cour de justice des Communautés européennes 07-12-2000 N° C-324/98

1 - Par ordonnance du 23 avril 1998, parvenue à la Cour le 26 août suivant, le Bundesvergabeamt (Office fédéral des adjudications) a posé, en vertu de l'article 177 du traité CE (devenu art. 234 CE), sept questions préjudicielles sur l'interprétation des directives 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*JOCE* L 209, p. 1) et 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*JOCE* L 199, p. 84).

2 - Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Telaarstria Verlags GmbH (ci-après Telaarstria) et Telefonadress GmbH (ci-après Telefonadress) à Telekom Austria AG (ci-après Telekom Austria) au sujet de la conclusion par cette dernière d'un contrat de concession avec Herold Business Data AG (ci-après Herold) portant sur la fabrication et la publication de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques). [...]

Le litige au principal et les questions préjudicielles

17 - Telekom Austria, créée par le Telekommunikationsgesetz, est une société anonyme dont l'ensemble des actions est détenu par la République d'Autriche. Elle a succédé à l'ancienne Post & Telegraphenverwaltung (administration des Postes et des Télégraphes) et a pris en charge les anciennes fonctions de cette dernière, parmi lesquelles l'obligation de garantir qu'un annuaire regroupant tous les abonnés aux services publics de téléphonie vocale est disponible.

18 - Alors que, avant 1992, la Post & Telegraphenverwaltung assurait par ses propres moyens son obligation de publication, notamment d'un annuaire officiel, connu sous la dénomination de « Pages blanches », elle a décidé, à partir de 1992, en raison du coût élevé de l'impression et de la distribution de cet annuaire, de chercher un partenaire et a conclu un contrat avec une entreprise privée en vue de la publication dudit annuaire.

19 - Ce contrat devant expirer le 31 décembre 1997, Telekom Austria, qui s'est substituée à la Post & Telegraphenverwaltung, a publié, le 15 mai 1997, dans l'*Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (bulletin annexé au Journal officiel autrichien), une invitation à lui « soumettre des offres en vue de l'obtention d'une concession de services publics pour la fabrication et la publication de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques) à compter de l'édition à paraître en 1998-1999, puis pour une durée indéterminée ».

20 - Telaarstria et Telefonadress, ayant estimé que les procédures d'adjudication prescrites par le droit communautaire et national en matière de marchés publics auraient dû être appliquées au contrat qui serait conclu à la suite de l'invitation à soumettre les offres susmentionnées, ont introduit, respectivement les 12 et 17 juin 1997, auprès de la Bundes-Vergabekontrollkommission (Commission fédérale de contrôle des adjudications) des demandes d'ouverture d'une procédure de conciliation, en application de l'article 109 du Bundesvergabegesetz 1997 (loi fédérale sur la passation des marchés publics, *BGBI. I*, 1997, n° 56, ci-après le BVerG).

21 - Après avoir procédé à la jonction de ces demandes, la Bundes-Vergabekontrollkommission a émis une recommandation motivée en faveur des demandereses en concluant, le 20 juin 1997, que les dispositions du BVerG étaient applicables au contrat envisagé.

22 - Les négociations relatives à la conclusion dudit contrat ayant été poursuivies par Telekom Austria, Telaarstria a, le 24 juin 1997, saisi le Bundesvergabeamt d'une demande d'ouverture d'une procédure de recours, assortie d'une demande en référé. Par requête du 4 juillet 1997, Telefonadress s'est jointe à la procédure. Le 8 juillet 1997, Herold, qui est la société avec laquelle Telekom Austria était en négociation, est intervenue à l'appui des conclusions de cette dernière.

23 - Devant le Bundesvergabeamt, Telekom Austria a soutenu que le contrat à conclure échappait au champ d'application des directives en matière de passation de marchés publics de services, aux motifs, d'une part, que le contrat n'avait pas de caractère onéreux et, d'autre part, qu'il s'agissait en l'occurrence d'une « concession de service public » exclue du champ d'application des directives 92/50 et 93/38.

24 - Ayant dans un premier temps adopté une ordonnance de référé en faveur des demandereses, le Bundesvergabeamt a, le 10 juillet 1997, substitué à celle-ci une nouvelle ordonnance autorisant provisoirement la conclusion du contrat entre Telekom Austria et Herold, à la condition que soit prévue la possibilité de mettre fin audit contrat en vue de reprendre une procédure d'adjudication adéquate, au cas où il apparaîtrait que le contrat envisagé entre dans le champ d'application des règles communautaires et nationales en matière d'adjudications.

25 - Le 1er décembre 1997, Herold, à laquelle la concession devait être attribuée peu après, est devenue propriété de l'entreprise GTE qui, le 3 décembre 1997, a accordé à Telekom Austria une participation de 26 % dans le capital de Herold, cette dernière devenant ainsi une filiale commune de GTE et de Telekom Austria. Le 15 décembre 1997, le contrat en cause au principal a été formellement conclu entre Herold et son actionnaire minoritaire, à savoir Telekom Austria.

26 - Dans les motifs de l'ordonnance de renvoi, le Bundesvergabeamt relève que ce contrat, composé de plusieurs contrats qui s'imbriquent en partie, concerne la fabrication d'annuaires téléphoniques imprimés et comprend, notamment, les prestations de services suivantes de la part de Herold : la collecte, le traitement et l'organisation des données concernant les abonnés, la fabrication d'annuaires téléphoniques et certains services publicitaires. En ce qui concerne la rétribution du cocontractant, ledit contrat prévoit que Herold n'est pas directement rémunérée pour ses prestations de services, mais qu'elle peut les exploiter commercialement.

27 - Au vu de l'ensemble de ces éléments, et notamment du mode de rétribution du prestataire de services, de nature à conduire à la qualification dudit contrat de « concession de services », ainsi que de ses propres considérations, le Bundesvergabeamt, ayant des doutes quant à l'interprétation des directives 92/50 et 93/38, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes.

Question principale : Peut-on déduire de la genèse de la directive 92/50/CEE, en particulier de la proposition de la Commission [COM(90) 372, *JOCE* C 23 du 31 janvier 1991] ou de la définition de la notion de « marché public de services » qui figure à l'article 1er, sous a, de cette même directive, que certaines catégories de contrats conclus par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la directive avec des entreprises prestataires de services sont *a priori* exclues du champ d'application de la directive sur la seule base de certaines caractéristiques communes, telles qu'elles sont énumérées dans la proposition COM(90) 372 de la Commission, et sans qu'il y ait lieu d'appliquer les articles 1er, sous a), lettres i à viii, ou 4 à 6 de la directive 92/50/CEE ?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la question principale, de telles catégories de contrats relèvent-elles également du champ d'application de la directive 93/38/CEE, eu égard en particulier au vingt-quatrième considérant de cette même directive ?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la deuxième question, ces catégories de contrats exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE peuvent-elles être suffisamment définies, par analogie avec ce qui figure dans la proposition COM(90) 372, en ce sens que leur caractéristique essentielle consiste en ce qu'une entité adjudicatrice, relevant du champ d'application personnel de la directive 93/38/CEE, confie à une entreprise de son choix l'exécution d'une prestation de services dont cette entité a la responsabilité en échange du droit, concédé à l'entreprise, d'exploiter économiquement la prestation en question ? [...]

Sur les première et deuxième questions

28 - Par les première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction nationale soulève en substance deux problèmes.

29 - Le premier consiste à savoir si un contrat à titre onéreux est visé, en raison des personnes contractantes et de son objet spécifique, par les directives 92/50 ou 93/38, lorsque par ce contrat, conclu par écrit entre, d'une part, une entreprise qui est spécifiquement chargée par la législation d'un Etat membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet Etat membre et, d'autre part, une entreprise privée, la première entreprise confie à la seconde la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques).

30 - Par le second problème posé, la juridiction de renvoi demande en substance si un tel contrat, ayant pour objet spécifique les prestations mentionnées au point précédent, bien qu'il soit visé par l'une desdites directives, est exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de la directive dont il relève, en raison du fait notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation.

[...]

33 - [...] Lorsqu'un marché est visé par la directive 93/38 régissant un secteur spécifique de services, les dispositions de la directive 92/50, qui ont vocation à s'appliquer aux services en général, ne sont pas applicables.

[...]

37 - [...] Telekom Austria constitue une entité adjudicatrice au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a, de la directive 93/38, lu en combinaison avec le paragraphe 2, sous d, de cette disposition.

[...]

39 - [...] Il y a lieu de constater, à l'instar de l'ordonnance de renvoi, que les prestations qui incombent à Herold comportent :

- la collecte, le traitement et l'organisation des données relatives aux abonnés, afin de les rendre techniquement exploitables, opérations qui exigent des saisies de données, des traitements sur ordinateur, des services des banques de données, lesquels sont rattachés à la catégorie 7, intitulée « Services informatiques et services connexes », de l'annexe XVI A de la directive 93/38 ;

- l'impression même des annuaires téléphoniques, laquelle relève de la catégorie 15 de l'annexe XVI A de ladite directive, cette catégorie visant les « services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle » ;

- les services de publicité qui relèvent de la catégorie 13 de l'annexe XVI A de la directive 93/38.

40 - Ces prestations étant directement liées à une activité relative à la fourniture de services publics des télécommunications, il y a lieu de conclure que le contrat en cause au principal ayant pour objet spécifique les prestations mentionnées au point précédent est visé par la directive 93/38.

41 - Pour répondre au second problème soulevé par la juridiction nationale, il y a lieu de constater à titre liminaire que cette dernière, d'une part, rattache ses questions à la proposition de directive 91/C 23/01 du Conseil, du 13 décembre 1990, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*JOCE* 1991, C 23, p. 1, ci-après la « proposition du 13 décembre 1990 ») et, d'autre part, fait sienne la définition de la concession de service public proposée dans ce document par la Commission.

42 - A cet égard, il importe de préciser que la Cour est en mesure de répondre au second problème soulevé, sans qu'il soit nécessaire pour elle d'entériner la définition de la concession de service public mentionnée à l'article 1er, sous h, de la proposition du 13 décembre 1990.

43 - En effet, il y a lieu de relever d'emblée que l'article 1er, point 4, de la directive 93/38 se réfère aux contrats à titre onéreux conclus par écrit et fournit seulement des indications sur les personnes contractantes ainsi que sur l'objet du

contrat, sans que soient expressément visées les concessions de service public, définies notamment au regard du mode de rémunération du prestataire de services, et sans que soit opérée une quelconque distinction entre les contrats dont la contrepartie est fixe et ceux dont la contrepartie consiste en un droit d'exploitation.

44 - Telaustria propose d'interpréter la directive 93/38 en ce sens qu'un contrat dont la contrepartie consiste en un droit d'exploitation relève également de son champ d'application. Selon elle, pour que la directive 93/38 s'applique à un tel contrat, il suffit que ce dernier, conformément à l'article 1er, point 4, de cette directive, soit à titre onéreux et conclu par écrit. Il serait donc injustifié de déduire que de tels contrats sont exclus du champ d'application de la directive 93/38 en raison du silence de cette dernière sur le mode de rétribution du prestataire de services. Telaustria ajoute que le fait que la Commission n'a pas proposé d'inclure des dispositions relatives à ce type de contrats dans le champ d'application de la directive signifie qu'elle a considéré que celle-ci couvre tout contrat de prestation de services, indépendamment des modalités de rémunération du prestataire.

45 - Telekom Austria, les Etats membres ayant présenté des observations ainsi que la Commission contestant cette interprétation, il y a lieu d'examiner son bien-fondé à la lumière de l'historique des directives pertinentes, notamment en matière de marchés publics de services.

46 - A cet égard, il y a lieu de rappeler que, tant dans sa proposition du 13 décembre 1990 que dans sa proposition modifiée de directive 91/C 250/05 du Conseil, du 28 août 1991, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*JOCE* C 250, p. 4, ci-après la « proposition du 28 août 1991 »), lesquelles ont abouti à l'adoption de la directive 92/50 qui vise les marchés publics de services en général, la Commission avait expressément proposé d'inclure la « concession de service public » dans le champ d'application de cette directive.

47 - Cette inclusion étant justifiée par l'intention de « garantir la cohésion des procédures de passation », la Commission a précisé, au dixième considérant de la proposition du 13 décembre 1990, qu'« il importe que les concessions de service public soient couvertes par la présente directive de la même façon que la directive 71/305/CEE s'applique aux concessions de travaux publics ». Bien que la mention de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*JOCE* L 185, p. 5) ait été retirée du dixième considérant de la proposition du 28 août 1991, cette dernière a toutefois expressément conservé l'objectif de « cohérence des procédures de passation » dans ledit considérant.

48 - Cependant, au cours du processus législatif, le Conseil a supprimé toute référence aux concessions de service public, notamment en raison des différences existant entre Etats membres en ce qui concerne la délégation de la gestion des services publics, ainsi que les modalités de cette délégation, lesquelles pourraient créer une situation de très grand déséquilibre dans l'ouverture de ces marchés de concession (v. document n° 4444/92 ADD 1, du 25 février 1992, point 6, intitulé « Motivation du Conseil » et joint à la position commune de la même date).

49 - Un sort analogue avait également été réservé à la position de la Commission exprimée dans sa proposition modifiée de directive 89/C 264/02 du Conseil, du 18 juillet 1989, sur les procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*JOCE* C 264, p. 22), ayant abouti à l'adoption de la directive 90/531 qui fut la première directive dans ces secteurs en matière de passation des marchés publics et a précédé la directive 93/38 dans laquelle la Commission avait également proposé pour lesdits secteurs certaines dispositions destinées à régir les concessions de service public.

50 - Néanmoins, ainsi qu'il résulte du point 10 du document n° 5250/90 ADD 1, du 22 mars 1990, intitulé « Motivation du Conseil » et joint à la position commune de la même date de ce dernier sur la proposition modifiée de directive du Conseil sur les procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, le Conseil n'a pas donné suite à cette proposition de la Commission d'inclure dans la directive 90/531 des règles relatives aux concessions de service public, au motif que de telles concessions n'étaient connues que dans un seul Etat membre et qu'il n'y avait pas lieu, en l'absence d'étude approfondie sur les diverses formes de concessions de service public octroyées dans les Etats membres dans lesdits secteurs, de procéder à la réglementation de ces dernières.

51 - A la lumière de ces éléments, il y a lieu de constater que la Commission n'a pas proposé d'inclure les concessions de service public dans sa proposition de directive 91/C 337/01 du Conseil, du 27 septembre 1991, modifiant la directive 90/531 (*JOCE* C 337, p. 1), laquelle a abouti, par la suite, à l'adoption de la directive 93/38.

52 - Cette constatation est également corroborée par l'évolution du champ d'application des directives en matière de marchés publics de travaux.

53 - En effet, l'article 3, paragraphe 1, de la directive 71/305, qui fut la première directive en la matière, excluait expressément de son champ d'application les contrats de concession.

54 - Néanmoins, la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305 (*JOCE* L 210, p. 1), a inséré dans la directive 71/305 l'article 1er *ter*, qui a expressément pris en considération les concessions de travaux publics en rendant applicables à celles-ci les règles de publicité définies à ses articles 12, paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13, ainsi que 15 *bis*.

55 - Par la suite, la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*JOCE* L 199, p. 54), qui a remplacé la directive 71/305 telle que modifiée, mentionne expressément la concession de travaux publics au nombre des contrats qui relèvent de son champ d'application.

56 - En revanche, la directive 93/38, adoptée le même jour que la directive 93/37, n'a prévu aucune disposition relative aux concessions de service public. Il s'ensuit que le législateur communautaire a décidé de ne pas soumettre ces dernières au champ d'application de la directive 93/38. S'il en était autrement, il l'aurait expressément indiqué, ainsi qu'il l'a fait lors de l'adoption de la directive 93/37.

57 - Les contrats de concession de service public ne relevant donc pas du champ d'application de la directive 93/38, il y a lieu de conclure que, contrairement à l'interprétation proposée par Telaustria, de tels contrats ne sont pas inclus dans la notion de « contrats à titre onéreux conclus par écrit » figurant à l'article 1er, point 4, de ladite directive.

58 - Il y a dès lors lieu de répondre aux première et deuxième questions que :

- Est visé par la directive 93/38 un contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre, d'une part, une entreprise qui est spécifiquement chargée par la législation d'un Etat membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet Etat membre et, d'autre part, une entreprise privée, lorsque par ce contrat la première entreprise confie à la seconde la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques).

- Bien qu'il soit visé par la directive 93/38, un tel contrat est exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de cette dernière, en raison du fait notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la

seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation.

59 - Toutefois, le fait qu'un tel contrat ne relève pas du champ d'application de la directive 93/38 ne fait pas obstacle à ce que la Cour fournisse à la juridiction nationale qui lui a adressé une série de questions préjudicielles une réponse utile. A cet effet, la Cour peut être amenée à prendre en considération d'autres éléments d'interprétation susceptibles de s'avérer utiles à la solution du litige au principal.

60 - A cet égard, il convient de relever que, nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier.

61 - En effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S* (C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31), ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

62 - Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

63 - Il appartient au juge national de statuer sur le point de savoir si cette obligation a été respectée dans l'affaire au principal et d'apprécier en outre la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet.

[...]

Par ces motifs,

La Cour (sixième chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par le Bundesvergabeamt, par ordonnance du 23 avril 1998, dit pour droit :

1) - Est visé par la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, un contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre, d'une part, une entreprise qui est spécifiquement chargée par la législation d'un Etat membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet Etat membre et, d'autre part, une entreprise privée, lorsque par ce contrat la première entreprise confie à la seconde la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques).

- Bien qu'il soit visé par la directive 93/38, un tel contrat est exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de cette dernière, en raison du fait notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation.

2) Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

3) Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

4) Il appartient au juge national de statuer sur le point de savoir si cette obligation a été respectée dans l'affaire au principal et d'apprécier en outre la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet.

Composition de la juridiction : MM. Skouris, prés. et rapp. ; Fennelly, av. gén.

Décision attaquée :

Texte(s) appliqué(s) :