ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)

7 décembre 2000 *

Dans l'affaire C-324/98,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), par le Bundesvergabeamt (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Telaustria Verlags GmbH,
Telefonadress GmbH

et

Telekom Austria AG, anciennement Post & Telekom Austria AG,

en présence de:

Herold Business Data AG,

une décision à titre préjudiciel 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 (JO L 209, p. 1), et 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les

* Langue de procédure: l'allemand.

secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84),

LA COUR (sixième chambre),

composée de MM. V. Skouris (rapporteur), président de la deuxième chambre, faisant fonction de président de la sixième chambre, J.-P. Puissochet et M^me^ F. Macken, juges,

avocat général: M. N. Fennelly,
greffier: M^me^ L. Hewlett, administrateur,

considérant les observations écrites présentées:

— pour Telaustria Verlags GmbH, par M^e^ F. J. Heidinger, avocat à Vienne,

— pour Telekom Austria AG, par M^es^ C. Kerres et G. Diwok, avocats à Vienne,

— pour le gouvernement autrichien, par M. W. Okresek, Sektionschef à la Chancellerie, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement danois, par M. J. Molde, chef de division au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement français, par M[mes] K. Rispal-Bellanger, sous-directeur à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, et A. Bréville-Viéville, chargé de mission à la même direction, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement néerlandais, par M. M. A. Fierstra, conseiller juridique adjoint au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. M. Nolin et J. Schieferer, membres du service juridique, en qualité d'agents, assistés de M[e] R. Roniger, avocat au barreau de Bruxelles,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de Telaustria Verlags GmbH, représentée par M[e] F. J. Heidinger, de Telekom Austria AG, représentée par M[e] C. Kerres, M. P. Asenbauer et M[me] M. Gregory, Director of Commercial Law au bureau du service juridique de Telekom Austria AG, en qualité d'agent, de Herold Business Data AG, représentée par M[e] T. Schirmer, avocat à Vienne, du gouvernement autrichien, représenté par M. M. Fruhmann, de la Chancellerie, en qualité d'agent, du gouvernement français, représenté par M. S. Pailler, chargé de mission à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, et de la Commission, représentée par M. M. Nolin, assisté de M[e] R. Roniger, à l'audience du 23 mars 2000,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 18 mai 2000,

rend le présent

Arrêt

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 article 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 (JO 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 (JO L 199, p. 84).

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Telaustria Verlags GmbH (ci-après «Telaustria») 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 cadre normatif

La réglementation communautaire

La directive 92/50

3 L'article 1er de la directive 92/50 dispose:

«Aux fins de la présente directive:

a) les 'marchés publics de services' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion:

[...]»

4 Le huitième considérant de la directive 92/50 précise:

«[...] la prestation de services n'est couverte par la présente directive que dans la mesure où elle est fondée sur des marchés; [...] la prestation de services sur d'autres bases, telles que des dispositions législatives ou réglementaires ou des contrats d'emploi, n'est pas couverte».

5 En outre, le dix-septième considérant de la directive 92/50 indique:

«[...] les règles relatives aux marchés de services, telles qu'elles figurent dans la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 297, p. 1), ne doivent pas être affectées par la présente directive».

La directive 93/38

6 Conformément à l'article 45, paragraphe 3, de la directive 93/38, la directive 90/531 ne produit plus d'effets à partir de la date de mise en application de la directive 93/38. Ladite disposition précise en outre, à son paragraphe 4, que les références faites à la directive 90/531 s'entendent comme faites à la directive 93/38.

7 Aux termes du vingt-quatrième considérant de la directive 93/38:

«[...] la fourniture de services n'est couverte par la présente directive que dans la mesure où elle est fondée sur des marchés; [...] la fourniture de services sur d'autres bases, telles que des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou des contrats d'emploi, n'est pas couverte».

8 L'article 1er, point 2, de la directive 93/38 définit l'«entreprise publique» comme «toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée

lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:

— détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise

[...]»

9 L'article 1er, point 4, de la directive 93/38 définit les «marchés de fournitures, de travaux et de services» comme «des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre l'une des entités adjudicatrices définies à l'article 2 et un fournisseur, entrepreneur ou prestataire de services et ayant pour objet:

a) dans le cas des marchés de fournitures [...]

b) dans le cas des marchés de travaux [...]

c) dans le cas des marchés de services, tout autre objet que ceux visés aux points a) et b) et à l'exclusion:

[...]»

10 Le dernier alinéa de la même disposition précise:

«Les marchés qui incluent des services et des fournitures sont considérés comme des marchés de fournitures lorsque la valeur totale des fournitures est supérieure à la valeur des services couverts par le marché».

11 En outre, l'article 1er, point 15, de la directive 93/38 définit les «services publics de télécommunications» et les «services de télécommunications» comme suit:

«'services publics de télécommunications': les services de télécommunications dont les États membres ont spécifiquement confié l'offre, notamment à une ou plusieurs entités de télécommunications;

'services de télécommunications': les services qui consistent, en tout ou en partie, en la transmission et l'acheminement de signaux sur le réseau public de télécommunications par des procédés de télécommunications, à l'exception de la radiodiffusion et de la télévision».

12 L'article 2, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/38 dispose:

«1. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2;

[...]

2. Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes:

[...]

d) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications.»

La réglementation nationale

13 Le Telekommunikationsgesetz (loi sur les télécommunications, BGBl. I, 1997, n° 100), qui est entré en vigueur le 1er août 1997, fixe, notamment, les obligations des prestataires, des concessionnaires ou des exploitants d'un service de téléphonie vocale.

14 Conformément à l'article 19 du Telekommunikationsgesetz, tout prestataire d'un service public de téléphonie vocale est dans l'obligation de tenir un annuaire téléphonique sur une base actualisée, d'assurer un service de renseignements sur les numéros d'abonnés, de mettre à la disposition la prise en compte gratuite des services d'appels d'urgence et de mettre les annuaires téléphoniques à la disposition de l'autorité réglementaire, gratuitement sur sa demande et, en ce qui concerne les autres prestataires, moyennant une rémunération raisonnable au

moins de façon hebdomadaire sous une forme lisible électroniquement, aux fins de la communication de renseignements ou de la publication d'annuaires.

15 En vertu de l'article 26, paragraphe 1, du Telekommunikationsgesetz, l'autorité réglementaire doit garantir qu'un annuaire global unique regroupant tous les abonnés aux services publics de téléphonie vocale est disponible. Les concessionnaires qui offrent un service public de téléphonie vocale sur un réseau fixe ou mobile sont tenus de communiquer, contre rémunération, les données relatives à leurs abonnés à l'autorité réglementaire afin qu'elle s'acquitte de cette tâche.

16 En outre, selon l'article 96, paragraphe 1, de la même loi, l'exploitant d'un service public de télécommunications doit établir un annuaire téléphonique. Ce dernier peut prendre la forme d'un document imprimé ou bien d'un service de renseignements téléphoniques, d'un « Bildschirmtext » (système de vidéotex), d'un support électronique ou toute autre forme technique de communication. Ladite disposition régit également les exigences minimales relatives aux données, aux structures de ces annuaires ainsi que la condition de communication des données relatives aux abonnés à l'autorité réglementaire ou à un tiers.

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 1998/1999, puis pour une durée indéterminée ».

20 Telaustria 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, BGBl. 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 demanderesses 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, Telaustria 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 demanderesses, 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, dans l'occurrence 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, JO 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?

À titre de complément aux trois premières questions:

Dans l'hypothèse d'un contrat conclu par une entité adjudicatrice relevant du champ d'application personnel de la directive 93/38/CEE qui comporte des éléments propres à un marché de services au sens de l'article 1er, point 4, sous a), de la directive 93/38/CEE en même temps que des éléments d'une autre nature contractuelle qui ne relèvent pas du champ d'application de cette directive, l'entité adjudicatrice est-elle tenue de dissocier la partie du contrat global qui est soumise à la directive, pour autant que cela soit techniquement possible et économiquement raisonnable, pour la soumettre à une procédure de passation au sens de l'article 1er, point 7, de cette directive, à l'instar de ce que la Cour de justice a prescrit dans l'affaire C-3/88, avant l'entrée en vigueur de la

directive 92/50/CEE, à propos d'un marché qui n'était pas, dans sa totalité, soumis à la directive 77/62/CEE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette question:

La concession, par contrat, du droit d'exploitation économique exclusive du produit d'une prestation de services, qui procure au prestataire un revenu qui ne peut certes pas être déterminé, mais qui, selon l'expérience générale, ne sera pas négligeable et dépassera vraisemblablement les coûts de la prestation de services, doit-elle être considérée comme une rémunération de l'exécution de la prestation, comme l'a affirmé la Cour dans l'affaire C-272/91 à propos d'un marché de fournitures comportant, au lieu d'une rémunération, l'attribution d'un droit reconnu par la puissance publique?

À titre de complément aux questions précédentes:

Les dispositions de l'article 1er, point 4, sous a) et c), de la directive 93/38/CEE doivent-elles être interprétées en ce sens qu'un marché prévoyant l'exécution de prestations de services au sens de l'annexe XVI, partie A, catégorie 15, perd son caractère de marché de services pour devenir un marché de fournitures, lorsque la prestation de services a pour résultat la fabrication d'une quantité importante de biens corporels identiques qui ont une valeur économique et donc de marchandises au sens des articles 9 et 30 du traité CE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette question:

L'arrêt de la Cour dans l'affaire C-3/88 doit-il être interprété en ce sens qu'un tel marché de fournitures doit être séparé des autres parties constitutives du contrat de prestations et soumis à une procédure de passation au sens de l'article 1er, point 7, de la directive 93/38/CEE, pour autant que cela soit techniquement possible et économiquement raisonnable?»

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 État membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet État 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.

31 En vue de répondre au premier problème soulevé, il y a lieu de relever à titre liminaire que, ainsi qu'il ressort du dix-septième considérant de la directive 92/50, les dispositions de cette dernière ne doivent pas affecter celles de la directive 90/531 qui, ayant précédé la directive 93/38, s'appliquait également, comme cette dernière, aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

32 La directive 90/531 ayant été remplacée par la directive 93/38, ainsi qu'il résulte de l'article 45, paragraphe 3, de cette dernière, et les références faites à la directive 90/531 devant être entendues, selon le paragraphe 4 de cette même disposition, comme faites à la directive 93/38, il convient de conclure, à l'instar du régime applicable lorsque la directive sectorielle 90/531 était en vigueur, que les dispositions de la directive 92/50 ne doivent pas affecter les dispositions de la directive 93/38.

33 Par conséquent, 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.

34 Dans ces conditions, il convient donc seulement d'examiner si le contrat en cause au principal est susceptible d'être visé, en raison des personnes contractantes et de son objet spécifique, par la directive 93/38.

35 À cet égard, il y a lieu de déterminer, d'une part, si une entreprise, telle que Telekom Austria, relève du champ d'application personnel de la directive 93/38 et, d'autre part, si un contrat, ayant pour objet les prestations mentionnées au point 26 du présent arrêt, entre dans le champ d'application matériel de cette dernière.

36 Concernant le champ d'application personnel de la directive 93/38, il est constant, ainsi qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi, que Telekom Austria, dont le capital appartient entièrement aux pouvoirs publics autrichiens, constitue une entreprise publique sur laquelle ces derniers peuvent, du fait de la détention de l'ensemble de son capital par la république d'Autriche, exercer une influence dominante. Il s'ensuit que Telekom Austria doit être considérée comme une entreprise publique au sens de l'article 1er, point 2, de ladite directive.

37 Par ailleurs, il est constant que cette entreprise publique exerce, en vertu du Telekommunikationsgesetz qui l'a créée, l'activité consistant en la fourniture de services publics de télécommunications. Il s'ensuit que 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.

38 En outre, puisqu'il est également constant que ledit contrat prévoit l'exécution de prestations qui incombent, en vertu du Telekommunikationsgesetz, à Telekom Austria et consistent en la fourniture de services publics de télécommunications, il suffit, pour déterminer si le contrat en cause au principal entre dans le champ d'application matériel de la directive 93/38, de vérifier si l'objet spécifique dudit contrat est visé par les dispositions de la directive 93/38.

39 À cet égard, 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 (JO 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 À 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 États 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 À 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 (JO 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 (JO 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 États 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 (voir 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 (JO 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 État 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 États membres dans lesdits secteurs, de procéder à la réglementation de ces dernières.

51 À 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 (JO 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 (JO 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 (JO 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 État membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet État 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. À 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 À 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.

Sur les troisième et cinquième questions

64 Eu égard à la réponse fournie aux première et deuxième questions, il n'y a pas lieu de répondre à la troisième, étant donné que cette dernière a été posée à la Cour dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la deuxième question.

65 En outre, la cinquième question étant déférée à la Cour en vue d'une clarification portant sur la troisième question, il n'y a pas non plus lieu d'y répondre.

Sur les quatrième, sixième et septième questions

66 Eu égard à la réponse fournie aux première et deuxième questions, il n'y a pas non plus lieu de répondre aux quatrième, sixième et septième questions, étant donné qu'elles sont posées dans l'hypothèse où la Cour constaterait que la directive 93/38 est applicable au contrat en cause au principal.

Sur les dépens

67 Les frais exposés par les gouvernements autrichiens, danois, français et néerlandais, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

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 État membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet État 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.

Skouris Puissochet Macken

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 7 décembre 2000.

Le greffier

R. Grass

Le président de la sixième chambre

C. Gulmann