ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

13 octobre 2005 *

Dans l'affaire C-458/03,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italie), par décision du 23 juillet 2003, parvenue à la Cour le 30 octobre 2003, dans la procédure

Parking Brixen GmbH

contre

Gemeinde Brixen,

Stadtwerke Brixen AG,

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, MM. K. Schiemann, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), K. Lenaerts et E. Juhász, juges,

* Langue de procédure: l'allemand.

avocat général: M^me^ J. Kokott,
greffier: M^me^ M.-F. Contet, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 13 janvier 2005,

considérant les observations présentées:

— pour Parking Brixen GmbH, par M^es^ K. Zeller et S. Thurin, avvocati,

— pour la Gemeinde Brixen, par M^e^ N. De Nigro, Rechtsanwalt,

— pour Stadtwerke Brixen AG, par M^e^ A. Mulser, Rechtsanwalt,

— pour le gouvernement italien, par M. I. M. Braguglia, en qualité d'agent, assisté de M. G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— pour le gouvernement néerlandais, par M^me^ C. Wissels, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. K. Wiedner, en qualtié d'agent,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 1er mars 2005,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 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), des articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, ainsi que des principes de non-discrimination, de transparence et d'égalité de traitement.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la société Parking Brixen GmbH (ci-après «Parking Brixen») à la Gemeinde Brixen (commune de Brixen) et à la société Stadtwerke Brixen AG au sujet de l'attribution à cette dernière de la gestion de deux parkings situés sur le territoire de cette commune.

Le cadre juridique

Le droit communautaire

3 L'article 43 CE dispose:

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. [...]

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

4 L'article 49, premier alinéa, CE prévoit:

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.»

5 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».

6 L'article 1er de ladite directive 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 [...]

[...]

b) sont considérés comme *'pouvoirs adjudicateurs'* l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

[...]»

Le droit national

7 L'article 22, paragraphe 3, de la loi italienne n° 142, du 8 juin 1990, portant organisation des autonomies locales (supplément ordinaire à la GURI n° 135, du 12 juin 1990, ci-après la «loi n° 142/1990»), prévoit que les communes et les provinces peuvent recourir aux formes de gestion suivantes des services publics locaux relevant de leur compétence aux termes de la loi:

«a) en régie, lorsqu'en raison des modestes dimensions ou des caractéristiques du service il n'est pas opportun de créer une institution ou une entreprise;

b) en concession à des tiers, lorsqu'il existe des raisons techniques, économiques ou d'opportunité sociale;

c) par des entreprises spéciales, y compris pour la gestion de plusieurs services d'intérêt économique et commercial;

d) par des institutions, pour l'exercice de services sociaux sans intérêt commercial;

e) par des sociétés par actions à capitaux publics locaux majoritaires, lorsque la participation d'autres personnes publiques ou privées apparaît opportune en fonction de la nature du service à fournir.»

8 L'article 44 de la loi régionale n° 1, du 4 janvier 1993, dans sa version initiale, a largement repris l'article 22 de la loi n° 142/1990. Par la suite, cet article 44 a été modifié par la loi régionale n° 10, du 23 octobre 1998.

9 L'article 44 de la loi régionale n° 1, telle que modifiée par la loi régionale n° 10, dispose:

«[...]

6. Les communes établissent par voie de règlement les procédures et les critères de sélection des formes d'organisation énoncées ci-après de la gestion des services publics d'intérêt économique et commercial:

a) constitution d'entreprises spéciales;

b) constitution ou participation à des sociétés appropriées par actions ou à responsabilité limitée, à influence dominante publique locale;

c) attribution de la gestion de services publics à des tiers, des procédures appropriées de mise en concurrence étant prévues pour leur détermination. Sans préjudice d'autres dispositions légales, ce rapport ne peut pas avoir une durée supérieure à vingt ans et ne peut être renouvelé avec le même sujet que selon les modalités visées par la présente lettre. Les coopératives, les associations représentant en vertu de la loi les invalides et les handicapés, ainsi que les associations bénévoles et les entreprises à but non lucratif se voient accorder la préférence à égalité de conditions.

[...]

18. Les collectivités locales associées peuvent confier à tout moment aux sociétés constituées au sens du paragraphe 6 et aux sociétés visées au paragraphe 17 l'exécution d'autres services publics compatibles avec l'objet de la société, par délibération du conseil approuvant simultanément le contrat de service y afférent.»

10 Les dispositions de l'article 44, paragraphes 6 et 18, de la loi régionale n° 1, telle que modifiée par la loi régionale n° 10, sont reprises textuellement en tant qu'article 88, paragraphes 6 et 18, du texte coordonné des dispositions relatives à l'organisation des communes de l'Autonome Region Trentino-Südtirol.

11 L'article 115 du décret-loi n° 267, du 18 août 2000, texte unique des lois sur l'organisation des collectivités locales (supplément ordinaire à la GURI n° 227, du 28 septembre 2000, ci-après le «décret-loi n° 267/2000»), autorise les communes à transformer leurs entreprises spéciales en sociétés par actions et à en rester l'actionnaire unique pendant une période n'excédant pas deux ans à compter de la date de cette transformation.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

12 En application de l'article 22 de la loi n° 142/1990, la Gemeinde Brixen avait recouru, pour la gestion de certains services publics locaux relevant de sa compétence, à Stadtwerke Brixen, une entreprise spéciale qui était la propriété de cette commune.

13 En vertu de l'article 1er de ses statuts, Stadtwerke Brixen était dotée, depuis le 1er janvier 1999, de la personnalité juridique ainsi que d'une autonomie d'entreprise et elle constituait un organisme communal ayant pour fonction spécifique la prestation uniforme et intégrée de services publics locaux.

14 Aux termes de l'article 2 des mêmes statuts, Stadtwerke Brixen avait pour objet, notamment:

«f) la gestion de parcs de stationnement et de parkings à étages y compris l'accomplissement de toute activité connexe».

15 En application de l'article 115 du décret-loi n° 267/2000, la Gemeinde Brixen a, par décision n° 97, du 25 octobre 2001, transformé l'entreprise spéciale Stadtwerke Brixen en une société par actions dénommée «Stadtwerke Brixen AG».

16 En vertu de l'article 1er, paragraphe 3, des statuts de cette dernière, «tous les droits et obligations préexistants de l'entreprise spéciale [Stadtwerke Brixen] sont maintenus également après la transformation et la société [Stadtwerke Brixen AG] succède par conséquent à l'entreprise [spéciale] Stadtwerke Brixen dans tous ses rapports actifs et passifs».

17 Aux termes de l'article 4 de ses statuts, Stadtwerke Brixen AG peut exercer, notamment, les activités suivantes à l'échelon local, national et international:

«g) la gestion de parcs de stationnement et de garages, ainsi que les activités connexes».

18 L'article 18 des statuts de Stadtwerke Brixen AG prévoit que les pouvoirs suivants sont conférés au conseil d'administration de cette dernière:

«1) Le conseil d'administration dispose des plus amples pouvoirs de la gestion ordinaire de la société, avec la faculté de prendre tout acte qu'il juge utile ou nécessaire à la réalisation de l'objet de la société.

2) Sauf autorisation délivrée par l'assemblée des associés, il est interdit au conseil d'administration de constituer des sûretés dont le montant est supérieur à 5 (cinq) millions d'euros, ainsi que de signer des lettres de change sur soi-même et d'accepter des traites qui dépassent ce montant.

3) L'acquisition et la cession de participations dans d'autres sociétés, l'acquisition et la cession ainsi que la mise en gérance d'entreprises ou de branches d'entreprises et l'achat et la vente de véhicules jusqu'à concurrence d'un montant de 5 (cinq) millions d'euros par transaction sont réputés relever des actes d'administration ordinaire.

4) Les décisions ayant pour objet la détermination et/ou la modification de la rémunération au titre de charges particulières, au sens de l'article 2389, deuxième alinéa, du code civil italien, relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration.»

19 Aux termes de l'article 5, paragraphe 2, des statuts de Stadtwerke Brixen AG, «la participation de la Gemeinde Brixen au capital initial n'est en aucun cas inférieure à la majorité absolue des actions». En outre, la Gemeinde Brixen a le droit de désigner

la majorité des membres du conseil d'administration de cette société. Le conseil de surveillance de la même société se composant de trois membres effectifs et de deux suppléants, ladite commune désigne au moins deux membres effectifs et un membre suppléant de ce conseil.

20 Selon la juridiction de renvoi, la transformation d'une entreprise spéciale en société par actions entraîne un gain manifeste d'autonomie au profit de cette dernière. En effet, le domaine d'activité de Stadtwerke Brixen AG a été considérablement élargi par rapport à celui de Stadtwerke Brixen puisqu'elle peut accomplir des activités à l'échelon local, national et international, tandis que l'activité de l'entreprise spéciale Stadtwerke Brixen était limitée au territoire de la Gemeinde Brixen. En outre, l'entreprise spéciale Stadtwerke Brixen était soumise au contrôle et à l'influence directs du conseil municipal, alors que, pour ce qui concerne Stadtwerke Brixen AG, le contrôle exercé par ladite commune se limite à la liberté d'action dont dispose la majorité des associés en vertu du droit des sociétés.

21 Par décision n° 37, du 23 mars 2000, le conseil municipal de Brixen a confié la construction et la gestion d'une piscine publique à Stadtwerke Brixen. Lors de la transformation de cette dernière en une société par actions, intervenue le 25 octobre 2001, Stadtwerke Brixen AG a succédé aux droits et obligations découlant de cette décision.

22 Par décision n° 118, du 18 décembre 2001, le conseil municipal de Brixen a octroyé à Stadtwerke Brixen AG un droit de superficie sur le sol et le sous-sol du terrain destiné à la piscine, notamment sur la parcelle cadastrée 491/11, située sur le territoire de la Gemeinde Brixen, pour la construction de places de stationnement souterraines.

23 En attendant que ce projet de parking souterrain soit réalisé, un parking provisoire en surface a été prévu. À cet effet, la parcelle 491/11, qui était utilisée jusque-là comme un terrain de football, a reçu un revêtement provisoire en macadam pour

devenir un parking de surface ayant une contenance d'environ 200 places. Selon la juridiction de renvoi, aucune convention n'a été conclue pour l'exploitation de la parcelle 491/11 en tant que parking de surface.

24 En vue de fournir des places de parking supplémentaires, le parking de surface situé sur le terrain adjacent, à savoir la parcelle cadastrée 491/6 sise également sur le territoire de la Gemeinde Brixen, contenant environ 200 places et qui était directement géré par cette dernière depuis plus de 10 ans, a été attribué en vue de sa gestion à Stadtwerke Brixen AG, par la décision n° 107, du 28 novembre 2002, du conseil municipal de Brixen. Dans cette décision, il est précisé que, «pour l'activité des bains, un parking a été déjà provisoirement construit par Stadtwerke Brixen AG à proximité directe du terrain communal» et qu'«il apparaît dès lors nécessaire et opportun de confier également à Stadtwerke Brixen AG la gestion du terrain adjacent, constitué par la parcelle 491/6, [...] d'une contenance de 5 137 m^2, qui est actuellement directement géré par la commune».

25 Le 19 décembre 2002, la Gemeinde Brixen a, pour l'application de la décision n° 107, conclu une convention avec Stadtwerke Brixen AG, qui confiait à cette dernière, pour une durée de neuf ans, la gestion du parking sur la parcelle 491/6.

26 En contrepartie de la gestion de ce parking, Stadtwerke Brixen AG perçoit les taxes de stationnement. Toutefois, elle verse à la Gemeinde Brixen une indemnité annuelle de 151 700 euros, laquelle est indexée sur le prix des tickets de stationnement, de sorte qu'une augmentation du prix de ceux-ci se traduit par une augmentation de l'indemnité versée à la commune. Outre la gestion du parking, Stadtwerke Brixen AG prend en charge le service de location gratuite de bicyclettes et accepte que le marché hebdomadaire continue à se tenir sur la zone en question. Stadtwerke Brixen AG a également repris le personnel qui était antérieurement

employé sur cette zone par la Gemeinde Brixen. Enfin, l'entretien ordinaire et extraordinaire de la zone incombe à ladite société qui assume toute responsabilité à cet égard.

27 En vertu d'un contrat de concession conclu le 19 juin 1992 avec la Gemeinde Brixen, Parking Brixen avait assumé la construction et la gestion d'un parking, distinct de ceux qui font l'objet de l'affaire au principal, situé également sur le territoire de cette commune. Parking Brixen a contesté, devant le Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, l'attribution à Stadtwerke Brixen AG de la gestion des parkings aménagés sur les parcelles 491/6 et 491/11. Selon elle, la Gemeinde Brixen aurait dû appliquer les dispositions en matière d'adjudication publique.

28 Les défenderesses au principal, à savoir Stadtwerke Brixen AG et la Gemeinde Brixen, ont contesté toute obligation de procéder à un appel d'offres public. Cette dernière a fait valoir à cet égard qu'elle contrôle entièrement Stadtwerke Brixen AG et qu'il n'y a donc pas eu de passation de marché avec un tiers.

29 Dans ces conditions, le Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'attribution de la gestion des parkings publics payants en cause constitue-t-elle un marché public de services, au sens de la directive 92/50/CEE, ou une concession de services publics soumise aux règles de concurrence de la Communauté européenne et notamment aux obligations d'égalité de traitement et de transparence?

2) À supposer que l'on soit effectivement en présence d'une concession de services portant sur la gestion d'un service public local, l'attribution de la gestion de parkings publics payants qui, en vertu de l'article 44, paragraphe 6, sous b), de la loi régionale n° 1, du 4 janvier 1993, modifié par l'article 10 de la loi régionale n° 10, du 23 octobre 1998, et en vertu de l'article 88, paragraphe 6, sous a) et b), du texte coordonné des dispositions relatives à l'organisation des communes, peut avoir lieu sans appel d'offres public, est-elle compatible avec le droit communautaire, et notamment avec les principes de libre prestation des services, de libre concurrence et de non-discrimination, et les obligations d'égalité de traitement et de transparence qui en découlent, ainsi qu'avec le principe de proportionnalité, lorsqu'il s'agit d'une société par actions issue, conformément à l'article 115 du décret-loi n° 267/2000, de la transformation d'une entreprise spéciale d'une commune et dont le capital social est entièrement détenu par la commune elle-même au moment de l'attribution, mais dont le conseil d'administration possède tous les larges pouvoirs de la gestion ordinaire jusqu'à concurrence d'un montant de 5 millions d'euros par transaction?»

30 Par ordonnance du président de la Cour du 25 mai 2004, une demande d'intervention présentée par Energy Service Srl a été rejetée comme irrecevable.

Sur la première question

31 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande si l'attribution de la gestion des parkings publics payants en cause au principal constitue un marché public de services, au sens de la directive 92/50, ou une concession de services publics.

32 Il convient de préciser d'emblée qu'il n'appartient pas à la Cour de qualifier concrètement les opérations en cause au principal. En effet, une telle qualification relève de la seule compétence du juge national. Le rôle de la Cour se cantonne à fournir à ce dernier une interprétation du droit communautaire utile pour la décision qu'il lui revient de prendre dans le litige dont il est saisi.

33 À cette fin, la Cour peut dégager du dossier de l'affaire au principal les éléments pertinents au regard de l'interprétation du droit communautaire.

34 Dans ce contexte il convient de relever que l'affaire au principal concerne l'attribution de la gestion de deux parkings distincts: d'une part, celui situé sur la parcelle 491/11 et, d'autre part, celui sis sur la parcelle 491/6.

35 Concernant le parking de surface situé sur la parcelle 491/11, la décision de renvoi indique seulement qu'aucune convention n'a été conclue pour son exploitation. En particulier, cette décision ne contient aucune information relative aux conditions de rémunération de l'exploitant de ce parking.

36 Dans ces conditions, la Cour ne peut que constater qu'elle ne dispose pas d'éléments d'information suffisants pour procéder à une interprétation utile du droit communautaire en réponse à cette partie de la question.

37 Concernant le parking situé sur la parcelle 491/6, il ressort de la décision de renvoi, ainsi qu'il a été relevé aux points 24 à 26 du présent arrêt, que ce parking était

directement géré par la Gemeinde Brixen depuis plus de dix ans lorsque sa gestion a été confiée, pour une durée de neuf années, à Stadtwerke Brixen AG par une convention conclue le 19 décembre 2002 entre cette dernière et ladite commune. En contrepartie de la gestion de ce parking, des taxes de stationnement sont perçues sur les usagers de celui-ci par Stadtwerke Brixen AG, laquelle reverse à la Gemeinde Brixen une indemnité annuelle. En outre, Stadtwerke Brixen AG accepte que le marché hebdomadaire continue à se tenir sur la zone en question, elle assure le service de location gratuite de bicyclettes et assume l'entretien de cette zone.

38 Compte tenu de ces éléments, il convient de comprendre que, par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'attribution, par une autorité publique à un prestataire de services, de la gestion d'un parking public payant, en contrepartie de laquelle ce prestataire est rémunéré par des montants payés par les tiers pour l'usage de ce parking, constitue un marché public de services, au sens de la directive 92/50, ou une concession de services publics à laquelle cette directive n'est pas applicable.

39 Ainsi qu'il ressort de son huitième considérant, la directive 92/50 s'applique à des «marchés publics de services», lesquels sont définis, à l'article 1er, sous a), de celle-ci, comme «des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur». Il découle de cette définition qu'un marché public de services au sens de cette directive comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services.

40 Dans la situation visée par la première question, en revanche, la rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation

des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics. Dès lors, dans une situation telle que celle au principal, il s'agit non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics.

41 À cet égard, il est pertinent de relever que cette interprétation est confirmée par 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, p. 114), quand bien même celle-ci n'était pas applicable à la date des faits au principal. En effet, aux termes de l'article 1er, paragraphe 4, de cette directive, la «'concession de services' est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix».

42 Il est constant que les concessions de services publics sont exclues du champ d'application de la directive 92/50 (voir ordonnance du 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec. p. I-4685, point 28).

43 Il convient donc de répondre à la première question en ce sens que l'attribution, par une autorité publique à un prestataire de services, de la gestion d'un parking public payant, en contrepartie de laquelle ce prestataire est rémunéré par des montants payés par les tiers pour l'usage de ce parking, constitue une concession de services publics à laquelle la directive 92/50 n'est pas applicable.

Sur la seconde question

44 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'attribution d'une concession de services publics sans mise en concurrence est compatible avec le droit communautaire dans le cas où l'entreprise concessionnaire est une société par actions issue de la transformation d'une entreprise spéciale d'une autorité publique, société dont le capital social est entièrement détenu par l'autorité publique concédante au moment de l'attribution, mais dont le conseil d'administration possède tous les larges pouvoirs de la gestion ordinaire et peut accomplir de manière autonome, sans l'accord de l'assemblée des associés, certaines transactions jusqu'à concurrence d'un montant de cinq millions d'euros.

45 Cette question vise, d'une part, la conduite de l'autorité concédante par rapport à l'attribution d'une concession spécifique et, d'autre part, la législation nationale qui permet l'attribution d'une telle concession sans appel d'offres.

46 Nonobstant le fait que les contrats de concession de services publics sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 92/50, les autorités publiques les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (voir, en ce sens, arrêts du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 60, et du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, point 16).

47 L'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité est énoncée à l'article 12 CE. Les dispositions du traité plus spécifiquement applicables aux

concessions de services publics comprennent notamment l'article 43 CE, dont le premier alinéa énonce que les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites, et l'article 49 CE, qui dispose, à son premier alinéa, que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

48 Selon la jurisprudence de la Cour, les articles 43 CE et 49 CE sont une expression particulière du principe d'égalité de traitement (voir arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, Rec. p. 4035, point 8). L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est également une expression spécifique du principe général d'égalité de traitement (voir arrêt du 8 octobre 1980, Überschär, 810/79, Rec. p. 2747, point 16). Dans sa jurisprudence relative aux directives communautaires en matière de marchés publics, la Cour a précisé que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires vise à ce que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres, et ceci indépendamment de leur nationalité (voir, en ce sens, arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, Rec. p. I-2043, points 33 et 54). Il en résulte que le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve à s'appliquer à des concessions de services publics même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité.

49 Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (voir, en ce sens, arrêt Telaustria et Telefonadress, précité, points 61 et 62).

50 Il appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités de la concession de services publics en cause. Toutefois, l'absence totale d'une mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

51 En outre, l'article 86, paragraphe 1, CE, prévoit que les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, notamment à celles prévues aux articles 12 CE et 81 CE à 89 CE inclus.

52 Il en résulte que les États membres ne doivent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE ou les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

53 Deux arguments sont invoqués pour soutenir que les dispositions du traité et les principes généraux mentionnés aux points 46 à 52 du présent arrêt ne s'appliquent pas à une concession de services publics attribuée dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal.

54 D'une part, Stadtwerke Brixen AG fait valoir que les articles 43 CE à 55 CE ne sont pas applicables à une situation telle que celle de l'affaire au principal, car il s'agit d'une situation purement interne à un seul État membre, étant donné que Parking Brixen, Stadtwerke Brixen AG et la Gemeinde Brixen ont toutes trois leur siège en Italie.

55 Cet argument ne saurait être retenu. En effet, il ne peut être exclu que, dans l'affaire au principal, des entreprises établies dans des États membres autres que la République italienne auraient été intéressées de fournir les services concernés (voir, en ce sens, arrêt Commission/Belgique, précité, point 33). Or, en l'absence de publicité et d'ouverture à la concurrence de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal, une discrimination est exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres États membres qui sont empêchées de faire usage de la liberté de fournir des services et de la liberté d'établissement prévues par le traité (voir, en ce sens, arrêt Coname, précité, point 17).

56 D'autre part, la République italienne, Stadtwerke Brixen AG et la Gemeinde Brixen font valoir que l'application des règles du traité et des principes généraux du droit communautaire à une situation telle que celle en cause au principal est exclue du fait que Stadtwerke Brixen AG n'est pas une entité indépendante de ladite commune. Au soutien de cet argument, ils invoquent l'arrêt du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121, points 49 à 51).

57 À cet égard, il importe de rappeler que, dans l'arrêt Teckal, précité, la Cour a dit pour droit que la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan

formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits.

58 S'agissant de l'existence d'un tel contrat, la Cour a précisé, au point 50 de l'arrêt Teckal, précité, que, conformément à l'article 1er, sous a), de la directive 93/36, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

59 La Cour a confirmé que les mêmes considérations s'appliquent aux directives 92/50 relative aux marchés publics de services et 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) (voir, respectivement, arrêts du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, points 48, 49 et 52, ainsi que du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, Rec. p. I-139, point 39).

60 Ces considérations partent de la prémisse selon laquelle l'application des directives 92/50, 93/36 et 93/37 dépend de l'existence d'un contrat conclu entre deux personnes distinctes (voir arrêt Teckal, précité, points 46 et 49). Or, l'application des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés, ne dépend pas de l'existence d'un contrat. Par conséquent, les considérations développées dans la jurisprudence citée aux points 56 à 59 du présent arrêt ne s'appliquent pas automatiquement auxdites dispositions du traité ni à ces principes.

61 Néanmoins, il convient de constater que lesdites considérations peuvent être transposées aux dispositions du traité et aux principes qui se rapportent à des

concessions de services publics exclues du champ d'application des directives en matière de marchés publics. En effet, dans le domaine des marchés publics et des concessions de services publics, le principe d'égalité de traitement et les expressions spécifiques de celui-ci que sont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ainsi que les articles 43 CE et 49 CE trouvent à s'appliquer dans le cas où une autorité publique confie la prestation d'activités économiques à un tiers. En revanche, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics ou de concessions de services publics au cas où une autorité publique accomplit les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans faire appel à des entités externes (voir, en ce sens, arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 48).

62 Par conséquent, dans le domaine des concessions de services publics, l'application des règles énoncées aux articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes généraux dont elles constituent l'expression spécifique est exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient.

63 S'agissant d'une exception aux règles générales du droit communautaire, les deux conditions énoncées au point précédent doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement (voir arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 46).

64 Il convient d'examiner en premier lieu si l'autorité publique concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

65 Cette appréciation doit tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que l'entité concessionnaire en question est soumise à un contrôle permettant à l'autorité publique concédante d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes.

66 Il découle de l'ordonnance de renvoi que, en vertu de l'article 1er des statuts de l'entreprise spéciale Stadtwerke Brixen, celle-ci constituait un organisme communal ayant pour fonction spécifique la prestation uniforme et intégrée des services publics locaux. Le conseil communal fixait l'orientation générale, attribuait le capital de dotation, assurait la couverture d'éventuels coûts sociaux, vérifiait les résultats de la gestion et exerçait la supervision stratégique, l'entreprise étant assurée de l'autonomie nécessaire.

67 En revanche, Stadtwerke Brixen AG a acquis une vocation de marché qui rend précaire le contrôle de la commune. Dans ce sens militent:

a) la transformation de Stadtwerke Brixen — entreprise spéciale de la Gemeinde Brixen — en une société anonyme (Stadtwerke Brixen AG) et la nature de ce type de société;

b) l'élargissement de l'objet social, la société ayant commencé à travailler dans de nouveaux domaines importants, notamment ceux du transport de personnes et de marchandises, ainsi que de l'informatique et des télécommunications. Il convient de relever que la société a gardé la vaste gamme d'activités antérieurement exercées par l'entreprise spéciale, notamment celles de l'adduction d'eau et de l'épuration des eaux usées, de la fourniture de chauffage et d'énergie, de l'élimination de déchets et de la construction de routes;

c) l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux;

d) l'expansion du domaine territorial des activités de la société à toute l'Italie et à l'étranger;

e) les considérables pouvoirs attribués au conseil d'administration, sans que, pratiquement, s'exerce aucun contrôle gestionnaire de la commune.

68 Concrètement quant aux pouvoirs attribués audit conseil d'administration, il ressort de la décision de renvoi que les statuts de Stadtwerke Brixen AG, notamment leur article 18, donnent à cet organe de très amples pouvoirs de gestion de cette société, puisqu'il dispose de la faculté de prendre tout acte qu'il juge nécessaire à la réalisation de l'objet de la société. En outre, le pouvoir, prévu audit article 18, de constituer des sûretés jusqu'à concurrence de cinq millions d'euros ou de réaliser d'autres opérations sans l'accord préalable de l'assemblée des associés indique que cette société dispose d'une large autonomie par rapport à ses actionnaires.

69 La décision de renvoi indique également que la Gemeinde Brixen a le droit de désigner la majorité des membres du conseil d'administration de Stadtwerke Brixen AG. Cependant, la juridiction de renvoi souligne que le contrôle exercé par cette commune sur Stadtwerke Brixen AG se limite pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, ce qui atténue de manière considérable le rapport de dépendance qui existait entre ladite commune et l'entreprise spéciale Stadtwerke Brixen, eu égard surtout aux amples pouvoirs dont dispose le conseil d'administration de Stadtwerke Brixen AG.

70 Lorsqu'une entité concessionnaire jouit d'une marge d'autonomie caractérisée par des éléments tels que ceux relevés aux points 67 à 69 du présent arrêt, il est exclu que l'autorité publique concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

71 Dans de telles conditions, et sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question de savoir si l'entité concessionnaire réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité publique concédante, l'attribution d'une concession de services publics par une autorité publique à une telle entité ne peut pas être considérée comme une opération interne à ladite autorité, à laquelle les règles communautaires sont inapplicables.

72 Il s'ensuit qu'il convient de répondre à la seconde question posée de la manière suivante:

Les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une autorité publique attribue, sans une mise en concurrence, une concession de services publics à une société par actions issue de la transformation d'une entreprise spéciale de cette autorité publique, société dont l'objet social a été élargi à de nouveaux domaines importants, dont le capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux, dont le domaine territorial d'activités a été élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger et dont le conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome.

Sur les dépens

73 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit:

1) **L'attribution, par une autorité publique à un prestataire de services, de la gestion d'un parking public payant, en contrepartie de laquelle ce prestataire est rémunéré par des montants payés par les tiers pour l'usage de ce parking, constitue une concession de services publics à laquelle la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, n'est pas applicable.**

2) **Les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une autorité publique attribue, sans une mise en concurrence, une concession de services publics à une société par actions issue de la transformation d'une entreprise spéciale de cette autorité publique, société dont l'objet social a été élargi à de nouveaux domaines importants, dont le capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux, dont le domaine territorial d'activités a été élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger et dont le conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome.**

Signatures.