ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

13 avril 2010 *

Dans l'affaire C-91/08,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Landgericht Frankfurt am Main (Allemagne), par décision du 28 janvier 2008, parvenue à la Cour le 28 février 2008, dans la procédure

Wall AG

contre

La ville de Francfort-sur-le-Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Langue de procédure: l'allemand.

en présence de:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, M[mes] R. Silva de Lapuerta et C. Toader, présidents de chambre, MM. C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev et J.-J. Kasel, juges,

avocat général: M. Y. Bot,
greffier: M. K. Malacek, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 9 juin 2009,

considérant les observations présentées:

— pour Wall AG, par M[e] H.-J. Otto, Rechtsanwalt, ainsi que par MM. C. Friese et R. von zur Mühlen, Justitiare,

— pour la ville de Francfort-sur-le-Main, par M[es] L. Horn et J. Sommer, Rechtsanwälte, ainsi que par M. B. Weiß, Justitiar,

— pour Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, par M[e] H. Höfler, Rechtsanwalt,

— pour Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, par M[es] F. Hausmann et A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte,

— pour le gouvernement allemand, par MM. M. Lumma et J. Möller, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement danois, par M[me] B. Weis Fogh, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement néerlandais, par M[me] C. Wissels et M. Y. de Vries, en qualité d'agents,

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

— pour le gouvernement finlandais, par M[me] A. Guimaraes-Purokoski, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M. S. Ossowski, en qualité d'agent, assisté de M. J. Coppel, barrister,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. D. Kukovec, B. Schima et C. Zadra, en qualité d'agents,

— pour l'Autorité de surveillance AELE, par MM. N. Fenger et B. Alterskjær ainsi que par M[me] L. Armati, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 27 octobre 2009,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que de l'obligation de transparence en découlant, en relation avec l'attribution de concessions de services.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Wall AG (ci-après «Wall») à la ville de Francfort-sur-le-Main (ci-après la «ville de Francfort») au sujet de l'attribution d'une concession de services relative à l'exploitation et à l'entretien de certaines toilettes publiques sur le territoire de cette ville.

Le cadre juridique

3 La directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 195, p. 35), telle que modifiée par la directive 2000/52/CE de la Commission, du 26 juillet 2000 (JO L 193, p. 75, ci-après la «directive 80/723»), dispose à son article 2:

«1. Aux fins de la présente directive, on entend par:

[…]

b) 'entreprise publique', 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;

[…]

2. L'influence dominante des pouvoirs publics sur l'entreprise est présumée lorsque, directement ou indirectement, ceux-ci:

a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou

b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou

c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.»

4 Aux termes de l'article 1er, sous b), 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), telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001 (JO L 285, p. 1, ci-après la «directive 92/50»):

«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.

Par *'organisme de droit public'*, on entend tout organisme:

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

— ayant la personnalité juridique

et

— dont, soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

[…]»

5 L'article 17 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114), prévoit:

«Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 3, la présente directive ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 1er, paragraphe 4.»

6 L'article 80, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2004/18 dispose:

«Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 31 janvier 2006. Ils en informent immédiatement la Commission.»

7 Aux termes de l'article 82, premier alinéa, de cette directive:

«La directive 92/50/CEE, à l'exception de son article 41, et les directives 93/36/CEE et 93/37/CEE sont abrogées, avec effet à partir de la date prévue à l'article 80, sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition et d'application figurant à l'annexe XI.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8 Wall exploite des espaces publicitaires dans des rues et lieux publics et, à cette fin, elle effectue notamment la production, le montage, l'entretien et le nettoyage de toilettes publiques.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (ci-après «FES») est une société à responsabilité limitée, personne morale de droit privé, dont l'objet statutaire est l'élimination et la gestion des déchets, le nettoyage urbain ainsi que la sécurité de la circulation pour le compte des autorités publiques et des personnes privées. La ville de Francfort détient une participation de 51 % dans FES, les 49 % restants étant détenus par une entreprise privée. Les décisions de FES sont adoptées par l'assemblée générale à une majorité des trois quarts des voix de celle-ci. Sur les seize membres du conseil de surveillance de FES, la moitié est désignée par les associés. Les travailleurs désignent huit membres et chacun des deux associés quatre membres. La ville de Francfort a le droit de proposer un candidat au poste de président du conseil de surveillance, dont la voix est prépondérante en cas d'égalité des voix. FES emploie à peu près 1 400 salariés, dont environ 800 se consacrent à des activités qui concernent la ville de Francfort.

10 FES réalise avec la ville de Francfort un chiffre d'affaires net de 92 millions d'euros et de 52 millions d'euros avec d'autres personnes de droit public et de droit privé. Sur le chiffre d'affaires net réalisé par FES avec la ville de Francfort en 2005, 51,3 millions

d'euros correspondent à l'élimination des déchets et 36,2 millions d'euros au nettoyage urbain.

11 Le 18 décembre 2002, la ville de Francfort a sollicité, par une «publication volontaire à l'échelle de l'Union européenne» parue dans le journal officiel de cette ville, des candidatures à un concours portant sur un contrat de concession de services relatif à l'exploitation, la maintenance, l'entretien et le nettoyage de onze toilettes publiques urbaines pour une durée de seize années. Sur ces onze toilettes publiques, deux d'entre elles, à savoir celles situées à la gare de Rödelheim et à Galluswarte, devaient être reconstruites. La contrepartie de ces prestations était limitée au droit de percevoir une redevance pour l'utilisation des installations ainsi que d'exploiter, pendant la durée du contrat, des espaces publicitaires situés sur et dans les toilettes ainsi que dans d'autres lieux publics du territoire de la ville de Francfort.

12 Le 4 juillet 2003, la ville de Francfort a invité les entreprises intéressées à soumissionner. Un projet de contrat de concession de services était joint à cette invitation, dont les articles 18, paragraphe 2, et 30, paragraphe 4, stipulaient qu'un changement de sous-traitant n'était autorisé qu'avec le consentement de ladite ville.

13 Wall, FES et trois autres entreprises, également établies en Allemagne, ont présenté des offres.

14 Il ressort de la décision de renvoi que, dans le projet développé par FES pour son offre, cette entreprise a donné les indications suivantes: «Avant-propos — […] L'appel d'offres de [la ville de Francfort] fournit à FES la possibilité de renouveler, avec un partenaire aussi performant et expérimenté que [Wall], tant le matériel que le réseau d'approvisionnement des toilettes publiques, ainsi que de présenter un refinancement réaliste et responsable vis-à-vis des employés […]. Galluswarte — […] En concertation avec les autorités, un City-WC totalement automatisé de [Wall] sera intégré sous le pont du train de banlieue […]. Gare de Rödelheim — Étant donné que les toilettes de la gare de Rödelheim seront détruites dans le cadre du réaménagement des lieux, un City-WC totalement automatisé de [Wall] sera intégré, conformément aux plans existants

[…]. Projet en matière de sécurité — […] Les City-WC disposent d'un mécanisme d'auto-nettoyage totalement automatique. Projet en matière publicitaire — […] La commercialisation des espaces publicitaires est opérée par l'intermédiaire de la partenaire de FES, [Wall], spécialiste du domaine publicitaire expérimentée et active dans le monde entier […]. Supports publicitaires utilisés — Les produits modernes et esthétiques de [Wall] seront utilisés […]»

15 Wall détient plusieurs brevets relatifs au fonctionnement des «City-WC».

16 Le 18 mars 2004, Wall a été exclue de la procédure d'attribution et son offre a été rejetée.

17 Le 9 juin 2004, la concession a été attribuée à FES. Un contrat correspondant a été conclu entre cette dernière et la ville de Francfort les 20 et 22 juillet 2004, valable jusqu'au 31 décembre 2019 (ci-après le «contrat de concession»). Selon la décision de renvoi, les projets de FES issus des négociations ont fait l'objet d'un accord intégré à ce contrat. Cependant, dans ses observations écrites, la ville de Francfort affirme que les données contenues dans le projet de FES n'ont pas été intégrées dans le contenu du contrat de concession. Seule aurait été intégrée la désignation de Wall parmi les sous-traitants de FES.

18 L'examen du texte du contrat de concession, déposé avec le dossier national, fait apparaître que Wall est désignée comme sous-traitant sans que d'autres détails sur ses produits ou prestations aient été repris dans ce contrat.

19 L'article 18, paragraphe 2, du contrat de concession prévoit que FES effectue les travaux de construction des toilettes publiques par ses propres moyens et/ou au moyen de sous-traitants parmi lesquels figure Wall. Cette disposition stipule qu'un changement de sous-traitant n'est permis qu'avec l'autorisation écrite de la ville de Francfort.

20 L'article 30, paragraphe 4, du même contrat précise que Wall est le sous-traitant de FES pour les prestations publicitaires visées par la concession concernée. Aux termes de cette disposition, un changement de sous-traitant n'est permis qu'avec l'autorisation écrite de la ville de Francfort.

21 Le 5 janvier 2005, Wall a été invitée par FES à présenter une offre pour les prestations publicitaires ayant fait l'objet de la concession attribuée à cette dernière. FES a en outre invité l'entreprise Deutsche Städte Medien GmbH (ci-après «DSM») à soumettre une telle offre.

22 Par une lettre du 15 juin 2005, FES a alors demandé à la ville de Francfort de consentir, pour l'utilisation du matériel publicitaire, à un changement de sous-traitant au profit de DSM. Le 21 juin 2005, cette ville a consenti à ce changement de sous-traitant.

23 FES a attribué lesdites prestations à DSM et, le 21 juin 2005, elle a conclu avec cette dernière un contrat qui prévoyait le paiement, par DSM à FES, d'une rémunération annuelle de 786 206 euros.

24 Le 28 juillet 2005, FES a sollicité une offre portant sur la fourniture de deux «Wall-City-WC». Wall a soumis une offre, mais, le 7 septembre 2005, elle a été informée par FES que cette dernière avait reçu une offre plus compétitive et que, par conséquent, elle ne pouvait pas prendre en compte l'offre de Wall.

25 Par une lettre du 10 octobre 2005, FES a demandé à la ville de Francfort de consentir à un changement de sous-traitant, conformément au contrat de concession, afin que ces toilettes publiques soient fournies non par Wall mais par d'autres sociétés.

26 Le 19 décembre 2005, la ville de Francfort a répondu à FES qu'elle ne devait pas être saisie de la question du changement de sous-traitant pour les toilettes publiques, puisqu'elle considérait que FES souhaitait désormais réaliser les travaux par ses propres moyens et sous sa seule responsabilité. La ville de Francfort a précisé à cette occasion qu'elle considérait que les exigences décrites dans les documents contractuels seraient respectées.

27 Wall a introduit un recours devant la juridiction de renvoi en demandant à celle-ci de condamner FES à s'abstenir, d'une part, d'exécuter le contrat relatif aux prestations publicitaires conclu avec DSM et, d'autre part, de conclure avec un tiers et/ou d'exécuter un contrat portant sur la construction des deux toilettes publiques qui devaient être reconstruites. Wall demandait également la condamnation de la ville de Francfort à s'abstenir de consentir à la conclusion d'un contrat entre FES et une partie autre qu'elle-même portant sur la construction de ces deux toilettes publiques. À titre subsidiaire, Wall concluait à la condamnation solidaire de la ville de Francfort et de FES à lui payer une somme de 1 038 682,18 euros, majorée des intérêts.

28 C'est dans ces conditions que le Landgericht Frankfurt am Main a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Convient-il d'interpréter le principe d'égalité de traitement et le principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, en ce sens que les obligations de transparence en découlant pour les autorités publiques et consistant à ouvrir, pour l'adjudication des concessions de services, la concurrence avec un degré de publicité adéquat et à permettre le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication (voir arrêts du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, points 60 à 62; du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, points 17 à 22; du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, points 46 à 50; du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, point 21, et du 13 septembre 2007, Commission/Italie, C-260/04, Rec. p. I-7083, point 24) imposent que le droit national accorde au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue le droit d'obtenir une injonction visant à prévenir une violation imminente de ces obligations et/ou à faire cesser une telle violation?

2) En cas de réponse négative à la première question préjudicielle: les obligations de transparence précitées relèvent-elles du droit coutumier des Communautés européennes en ce sens qu'elles sont déjà appliquées de manière durable, permanente, égale et générale, et reconnues comme règles contraignantes par les sujets de droit concernés?

3) Les obligations de transparence mentionnées dans la première question préjudicielle imposent-elles également, lorsqu'il est envisagé de modifier un contrat de concession de services — y compris lorsque cette modification vise à remplacer un sous-traitant précis, sur lequel l'accent a été mis lors du concours —, d'ouvrir à nouveau à la concurrence les négociations y relatives en garantissant un degré de publicité adéquat et, le cas échéant, selon quelles modalités une telle ouverture à la concurrence devrait-elle être réalisée?

4) Les principes et les obligations de transparence mentionnés dans la première question préjudicielle doivent-ils être interprétés en ce sens que, en cas de manquement s'agissant d'une concession de services, le contrat conclu à la suite de ce manquement et visant à créer ou à modifier des obligations d'une durée indéterminée doit être résilié?

5) Convient-il d'interpréter les principes et les obligations de transparence visés dans la première question préjudicielle et l'article 86, paragraphe 1, CE, pris conjointement, le cas échéant, avec l'article 2, paragraphes 1, sous b), et 2, de la directive [80/723] et l'article 1er, paragraphe 9, de la directive [2004/18] en ce sens qu'une entreprise, en tant qu'entreprise publique ou pouvoir adjudicateur, est liée par ces obligations de transparence lorsque:

— elle a été créée par une collectivité territoriale aux fins de l'élimination des déchets et du nettoyage de la voirie, mais qu'elle est également active sur le marché libre;

— elle appartient à ladite collectivité territoriale à hauteur de 51 %, les décisions de gestion ne pouvant cependant être adoptées qu'à la majorité des trois quarts;

— ladite collectivité territoriale ne nomme qu'un quart des membres du conseil de surveillance de l'entreprise en question, le président du conseil de surveillance compris, et

— plus de la moitié de son chiffre d'affaires provient de contrats synallagmatiques relatifs à l'élimination des déchets et au nettoyage de la voirie sur le territoire de ladite collectivité territoriale, cette dernière les finançant par les impôts locaux versés par ses administrés?»

Sur les questions préjudicielles

Observation liminaire

29 La procédure au principal vise deux évènements, à savoir, d'une part, la décision par laquelle FES a changé de sous-traitant pour les prestations publicitaires qui ont fait l'objet de la concession attribuée à cette dernière par la ville de Francfort, le contrat concrétisant ce changement ayant été conclu, avec l'accord de celle-ci, le 21 juin 2005, et, d'autre part, l'intention de FES d'attribuer à un opérateur autre que Wall la reconstruction de deux toilettes publiques. Cette intention a été manifestée dans une lettre du 10 octobre 2005 par laquelle FES a demandé à la ville de Francfort de consentir à un changement de sous-traitant pour cette prestation. Par lettre du 19 décembre 2005, ladite ville a répondu à FES qu'elle ne devait pas être saisie de la question du changement de sous-traitant pour les toilettes publiques, puisqu'elle considérait que FES souhaitait désormais réaliser les travaux par ses propres moyens et sous sa seule responsabilité. Cette réponse est interprétée dans la décision de renvoi en ce sens que la ville de Francfort a consenti au changement de sous-traitant pour la fourniture des deux

toilettes publiques. Au regard de cette interprétation, il convient de prendre comme date de référence, pour l'examen de la demande de décision préjudicielle, le 19 décembre 2005, qui est la date de la lettre par laquelle la ville de Francfort est censée avoir consenti au changement de sous-traitant demandé par FES.

Sur la troisième question

30 Par sa troisième question, qu'il convient de traiter en premier lieu, la juridiction de renvoi demande si les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, imposent, lorsqu'il est envisagé de modifier un contrat de concession de services — y compris lorsque cette modification vise à remplacer un sous-traitant précis, sur lequel l'accent a été mis lors du concours —, d'ouvrir à nouveau à la concurrence les négociations y relatives en garantissant un degré de publicité adéquat et, le cas échéant, selon quelles modalités une telle ouverture à la concurrence devrait être réalisée.

31 Ladite question a pour objet l'application des règles et principes mentionnés au point précédent à une situation où, dans le cadre de l'exécution d'un contrat de concession de services, il a été envisagé de remplacer l'un des sous-traitants du concessionnaire.

32 Étant donné que les articles 43 CE et 49 CE constituent des applications particulières de l'interdiction générale de discrimination en raison de la nationalité consacrée à l'article 12 CE, il n'est pas nécessaire, pour répondre à ladite question, de se référer à ce dernier (voir, en ce sens, arrêts du 8 mars 2001, Metallgesellschaft e.a., C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727, points 38 et 39, ainsi que du 17 janvier 2008, Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Rec. p. I-173, point 14).

33 En l'état actuel du droit de l'Union, les contrats de concession de services ne sont régis par aucune des directives par lesquelles le législateur de l'Union a réglementé le domaine des marchés publics (voir arrêts Coname, précité, point 16, et du 17 juillet 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641, point 57). Cependant, les autorités publiques qui concluent de tels contrats sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE, notamment les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce sens, arrêts précités Telaustria et Telefonadress, points 60 à 62; Coname, points 16 à 19, et Parking Brixen, points 46 à 49).

34 Cette obligation de transparence s'applique au cas où la concession de services concernée est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée (voir, en ce sens, arrêt Coname, précité, point 17; voir également, par analogie, arrêts du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03, Rec. p. I-9777, point 29, et du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04, Rec. p. I-619, point 66).

35 Le fait que, dans l'affaire au principal, la concession de services peut intéresser des entreprises situées dans un État membre autre que la République fédérale d'Allemagne résulte de la décision de renvoi en ce que la juridiction nationale constate que l'appel à candidatures a été annoncé dans le journal officiel de la ville de Francfort «à l'échelle de l'Union européenne» et qu'elle considère qu'une violation de l'obligation de transparence pourrait constituer une discrimination exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres États membres.

36 L'obligation de transparence qui incombe aux autorités publiques qui concluent un contrat de concession de services implique que soit garanti, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution (voir arrêts précités Telaustria et Telefonadress, points 60 à 62; Parking Brixen, points 46 à 49, et ANAV, point 21).

37 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat (voir, par analogie avec les marchés publics, arrêts du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46, et du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, point 34).

38 La modification d'un contrat de concession de services en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (voir, par analogie, arrêt pressetext Nachrichtenagentur, précité, point 35).

39 Un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier.

40 La juridiction de renvoi observe que, dans le projet joint à l'offre soumise à la ville de Francfort par FES, cette dernière a indiqué qu'elle utiliserait les «City-WC» de Wall. Selon cette juridiction, il est probable que, dans un tel cas, la concession ait été attribuée à FES en raison de l'identité du sous-traitant que cette dernière avait présenté.

41 C'est à la juridiction nationale d'établir si les situations décrites aux points 37 à 39 du présent arrêt se vérifient.

42 Si, dans le cadre de cette appréciation, la juridiction de renvoi devait conclure à l'existence d'une modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession, il y aurait lieu d'accorder, conformément à l'ordre juridique interne de l'État membre concerné, toutes les mesures nécessaires pour rétablir la transparence dans la procédure, y compris une nouvelle procédure d'attribution. Le cas échéant, la nouvelle procédure d'attribution devrait être organisée selon des modalités adaptées aux spécificités de la concession de services en cause et permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci ne soit attribuée.

43 Par conséquent, il convient de répondre à la troisième question que, lorsque des modifications apportées aux dispositions d'un contrat de concession de services présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles qui ont justifié l'attribution du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat, il y a lieu d'accorder, conformément à l'ordre juridique interne de l'État membre concerné, toutes les mesures nécessaires pour rétablir la transparence dans la procédure, y compris une nouvelle procédure d'attribution. Le cas échéant, la nouvelle procédure d'attribution devrait être organisée selon des modalités adaptées aux spécificités de la concession de services en cause et permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci ne soit attribuée.

Sur la cinquième question

44 Par sa cinquième question, qu'il convient de traiter en deuxième lieu, la juridiction de renvoi demande en substance si, au regard de l'article 86, paragraphe 1, CE, pris conjointement, le cas échéant, avec les articles 2, paragraphes 1, sous b), et 2, de la directive 80/723 et 1er, paragraphe 9, de la directive 2004/18, une entreprise concessionnaire ayant des caractéristiques telles que celles de FES est liée par l'obligation de transparence découlant des articles 43 CE et 49 CE ainsi que des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité lorsqu'elle conclut un contrat relatif à des services entrant dans le champ de la concession dont elle a été chargée par l'autorité publique.

45 Plus précisément, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 86, paragraphe 1, CE est pertinent pour définir le champ d'application de ladite obligation de transparence.

46 Concernant l'article 86, paragraphe 1, CE, il suffit de rappeler que cette disposition s'adresse aux États membres et non directement aux entreprises.

47 Pour établir si une entité présentant des caractéristiques telles que celles de FES peut être assimilée à une autorité publique liée par l'obligation de transparence, il y a lieu de s'inspirer de certains aspects de la définition de la notion de «pouvoir adjudicateur» figurant à l'article 1er, sous b), de la directive 92/50, relative aux marchés publics de services, dans la mesure où ces aspects répondent aux exigences posées par l'application aux concessions de services de l'obligation de transparence qui découle des articles 43 CE et 49 CE.

48 En effet, ces derniers articles et les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, poursuivent des objectifs identiques à ceux visés par ladite directive, notamment visant la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans les États membres.

49 Au vu de ce qui précède, il convient de vérifier si deux conditions sont réunies, à savoir, d'une part, que l'entreprise concernée est sous le contrôle effectif de l'État ou d'une autre autorité publique et, d'autre part, qu'elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché.

50 Quant à la première de ces deux conditions, il résulte de la décision de renvoi que, bien que la ville de Francfort détienne 51 % du capital de FES, une telle détention ne lui permet pas de contrôler effectivement la gestion de cette entreprise. En effet, une

majorité des trois quarts des voix de l'assemblée générale est nécessaire pour l'adoption des décisions de cette dernière.

51 En outre, les 49 % restants du capital de FES sont détenus non par une ou plusieurs autres autorités publiques, mais par une entreprise privée qui, en tant que telle, obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs autres que l'intérêt public (voir, en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 50).

52 De plus, au sein du conseil de surveillance de FES, la ville de Francfort ne dispose que d'un quart des voix. Le fait que cette dernière a le droit de proposer un candidat au poste de président du conseil de surveillance de cette entreprise, dont la voix est prépondérante en cas d'égalité des voix, ne suffit pas pour lui permettre d'exercer une influence déterminante sur FES.

53 Dans de telles circonstances, la condition concernant le contrôle effectif par l'État ou par une autre autorité publique n'est pas remplie.

54 Quant à la seconde condition mentionnée au point 49 du présent arrêt, la juridiction de renvoi relève que plus de la moitié du chiffre d'affaires de FES provient de contrats synallagmatiques relatifs à l'élimination des déchets et au nettoyage de la voirie sur le territoire de la ville de Francfort.

55 Un tel rapport doit être assimilé à celui existant dans les relations commerciales normales, qui se développent dans le cadre de contrats à caractère synallagmatique librement négociés entre cocontractants (voir, en ce sens, arrêt du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, point 25).

56 Il peut d'ailleurs être déduit de la décision de renvoi que FES exerce ses activités en situation de concurrence sur le marché, ainsi que cela résulte d'une part, du fait qu'elle tire une partie substantielle de ses revenus d'activités avec des autorités publiques autres que la ville de Francfort et avec des entreprises privées agissant sur le marché et, d'autre part, de la circonstance qu'elle a été mise en compétition avec d'autres entreprises pour obtenir la concession en cause au principal.

57 Dans de telles circonstances, la seconde condition nécessaire pour assimiler une entreprise à une autorité publique n'est pas non plus remplie.

58 La juridiction de renvoi interroge également la Cour sur l'éventuelle applicabilité de la directive 80/723.

59 Dans la mesure où elle vise la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, cette directive n'est pas applicable en tant que telle à la matière visée par la cinquième question.

60 Par conséquent, il convient de répondre à la cinquième question que lorsqu'une entreprise concessionnaire conclut un contrat relatif à des services entrant dans le champ de la concession dont elle a été chargée par une collectivité territoriale, l'obligation de transparence découlant des articles 43 CE et 49 CE ainsi que des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ne s'applique pas si cette entreprise:

— a été créée par cette collectivité territoriale aux fins de l'élimination des déchets et du nettoyage de la voirie, mais est également active sur le marché;

— appartient à ladite collectivité territoriale à hauteur de 51 %, les décisions de gestion ne pouvant cependant être adoptées qu'à la majorité des trois quarts des voix de l'assemblée générale de cette entreprise;

— a un quart seulement des membres du conseil de surveillance, y compris le président de celui-ci, nommé par cette même collectivité territoriale, et

— tire plus de la moitié de son chiffre d'affaires de contrats synallagmatiques relatifs à l'élimination des déchets et au nettoyage de la voirie sur le territoire de ladite collectivité territoriale, cette dernière les finançant par les impôts locaux versés par ses administrés.

Sur les première, deuxième et quatrième questions

61 Par ses première, deuxième et quatrième questions, qu'il convient d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que l'obligation de transparence en découlant, imposent, d'une part, aux autorités nationales de résilier un contrat conclu en violation de ladite obligation de transparence et, d'autre part, aux juridictions nationales d'accorder au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue le droit d'obtenir une injonction visant à prévenir une violation imminente ou à faire cesser une violation déjà intervenue de cette obligation. La juridiction nationale demande également si cette obligation peut être considérée comme relevant du droit coutumier de l'Union.

62 Comme cela a été souligné au point 33 du présent arrêt, les contrats de concession de services ne sont régis, en l'état actuel du droit de l'Union, par aucune des directives réglementant le domaine des marchés publics.

63 Selon la jurisprudence de la Cour, en l'absence de réglementation de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, point 39 et jurisprudence citée).

64 De telles voies ne doivent pas être moins favorables que les voies similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (voir, en ce sens, arrêt Unibet, précité, point 43 et jurisprudence citée).

65 Il s'ensuit que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que l'obligation de transparence en découlant, n'imposent pas aux autorités nationales de résilier un contrat ni aux juridictions nationales d'accorder une injonction dans chaque cas d'une prétendue violation de cette obligation lors de l'attribution de concessions de services. Il incombe à l'ordre juridique interne de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de cette obligation de telle manière que ces voies ne soient pas moins favorables que les voies de droit similaires de nature interne ni ne rendent pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits.

66 La juridiction de renvoi soulève, enfin, une autre question. Selon cette juridiction, un développement purement prétorien du droit ne saurait constituer une loi de protection fondant une responsabilité en vertu du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch). Seul le droit coutumier constituerait une règle de droit au sens de ce code. En se référant à la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle), ladite juridiction affirme que la reconnaissance du droit coutumier suppose un usage prolongé, durable et constant, égal et général, ainsi que son acceptation comme règle contraignante par les sujets de droit concernés.

67 Toutefois, pour la juridiction nationale, l'obligation de transparence formulée dans les arrêts de la Cour de justice serait si récente qu'elle ne saurait être considérée comme ayant le statut de droit coutumier, tel que défini au point précédent.

68 À cet égard, il y a lieu de relever que l'obligation de transparence découle du droit de l'Union, et notamment des articles 43 CE et 49 CE (voir, en ce sens, arrêt Coname, précité, points 17 à 19). Ces dispositions, dont la Cour assure le respect, sont d'effet direct dans l'ordre juridique interne des États membres et priment toute disposition contraire du droit national.

69 En vertu, notamment, de l'article 4, paragraphe 3, TUE, il incombe à toutes les autorités des États membres d'assurer le respect des règles du droit de l'Union dans le cadre de leurs compétences (voir, en ce sens, arrêt du 12 février 2008, Kempter, C-2/06, Rec. p. I-411, point 34 et jurisprudence citée).

70 Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union et permettant, en particulier, d'assurer le respect de l'obligation de transparence (voir, en ce sens, arrêt du 27 février 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, point 63 et jurisprudence citée).

71 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de répondre aux première, deuxième et quatrième questions que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que l'obligation de transparence en découlant, n'imposent pas aux autorités nationales de résilier un contrat ni aux juridictions nationales d'accorder une injonction dans chaque cas d'une prétendue violation de cette obligation lors de l'attribution de concessions de services. Il incombe à l'ordre juridique interne de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de cette obligation de telle manière que ces voies ne soient pas moins favorables que les voies de droit similaires de nature interne ni ne rendent pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits. L'obligation de transparence découle directement des articles 43 CE et 49 CE,

lesquels ont un effet direct dans les ordres juridiques internes des États membres et priment toute disposition contraire des droits nationaux.

Sur les dépens

72 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 (grande chambre) dit pour droit:

1) Lorsque des modifications apportées aux dispositions d'un contrat de concession de services présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles qui ont justifié l'attribution du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat, il y a lieu d'accorder, conformément à l'ordre juridique interne de l'État membre concerné, toutes les mesures nécessaires pour rétablir la transparence dans la procédure, y compris une nouvelle procédure d'attribution. Le cas échéant, la nouvelle procédure d'attribution devrait être organisée selon des modalités adaptées aux spécificités de la concession de services en cause et permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci ne soit attribuée.

2) Lorsqu'une entreprise concessionnaire conclut un contrat relatif à des services entrant dans le champ de la concession dont elle a été chargée par une collectivité territoriale, l'obligation de transparence découlant des articles 43

CE et 49 CE ainsi que des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ne s'applique pas si cette entreprise:

— **a été créée par cette collectivité territoriale aux fins de l'élimination des déchets et du nettoyage de la voirie, mais est également active sur le marché;**

— **appartient à ladite collectivité territoriale à hauteur de 51 %, les décisions de gestion ne pouvant cependant être adoptées qu'à la majorité des trois quarts des voix de l'assemblée générale de cette entreprise;**

— **a un quart seulement des membres du conseil de surveillance, y compris le président de celui-ci, nommé par cette même collectivité territoriale, et**

— **tire plus de la moitié de son chiffre d'affaires de contrats synallagmatiques relatifs à l'élimination des déchets et au nettoyage de la voirie sur le territoire de ladite collectivité territoriale, cette dernière les finançant par les impôts locaux versés par ses administrés.**

3) **Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés par les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que l'obligation de transparence en découlant, n'imposent pas aux autorités nationales de résilier un contrat ni aux juridictions nationales d'accorder une injonction dans chaque cas d'une prétendue violation de cette obligation lors de l'attribution de concessions de services. Il incombe à l'ordre juridique interne de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de cette obligation de telle manière que ces voies ne soient pas moins favorables que les voies de droit similaires de nature interne ni ne rendent**

pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits. L'obligation de transparence découle directement des articles 43 CE et 49 CE lesquels ont un effet direct dans les ordres juridiques internes des États membres et priment toute disposition contraire des droits nationaux.

Signatures