HOTĂRÂREA CURȚII (Marea Cameră)

13 aprilie 2010 *

În cauza C-91/08,

având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Landgericht Frankfurt am Main (Germania), prin decizia din 28 ianuarie 2008, primită de Curte la 28 februarie 2008, în procedura

Wall AG

împotriva

Orașului Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Limba de procedură: germana.

cu participarea:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

CURTEA (Marea Cameră),

compusă din domnul V. Skouris, președinte, domnii A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (raportor), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, doamnele R. Silva de Lapuerta și C. Toader, președinți de cameră, domnii C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev și J.-J. Kasel, judecători,

avocat general: domnul Y. Bot,
grefier: domnul K. Malacek, administrator,

având în vedere procedura scrisă și în urma ședinței din 9 iunie 2009,

luând în considerare observațiile prezentate:

— pentru Wall AG, de H.-J. Otto, Rechtsanwalt, precum și de domnii C. Friese și R. von zur Mühlen, Justitiare;

— pentru orașul Frankfurt am Main, de L. Horn și J. Sommer, Rechtsanwälte, precum și de domnul B. Weiß, Justitiar;

— pentru Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, de H. Höfler, Rechtsanwalt;

— pentru Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, de F. Hausmann și A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte;

— pentru guvernul german, de domnii M. Lumma și J. Möller, în calitate de agenți;

— pentru guvernul danez, de doamna B. Weis Fogh, în calitate de agent;

— pentru guvernul olandez, de doamna C. Wissels și domnul Y. de Vries, în calitate de agenți;

— pentru guvernul austriac, de domnul M. Fruhmann, în calitate de agent;

— pentru guvernul finlandez, de doamna A. Guimaraes-Purokoski, în calitate de agent;

— pentru guvernul Regatului Unit, de domnul S. Ossowski, în calitate de agent, asistat de domnul J. Coppel, barrister;

— pentru Comisia Comunităților Europene, de domnii D. Kukovec, B. Schima și C. Zadra, în calitate de agenți;

— pentru Autoritatea AELS de Supraveghere, de domnii N. Fenger și B. Alterskjær, precum și de doamna L. Armati, în calitate de agenți,

după ascultarea concluziilor avocatului general în ședința din 27 octombrie 2009,

pronunță prezenta

Hotărâre

1 Cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare privește interpretarea articolelor 12 CE, 43 CE și 49 CE, a principiilor egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și a obligației de transparență care decurge din acestea, în legătură cu atribuirea de concesionări de servicii.

2 Această cerere a fost formulată în cadrul unui litigiu între Wall AG (denumită în continuare „Wall"), pe de o parte, și orașul Frankfurt am Main (denumit în continuare „orașul Frankfurt"), pe de altă parte, privind atribuirea unei concesionări de servicii referitoare la exploatarea și întreținerea anumitor toalete publice pe teritoriul acestui oraș.

Cadrul juridic

3 Directiva 80/723/CEE a Comisiei din 25 iunie 1980 privind transparența relațiilor financiare dintre statele membre și întreprinderile publice, precum și transparența financiară în cadrul anumitor întreprinderi (JO L 195, p. 35), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2000/52/CE a Comisiei din 26 iulie 2000 (JO L 193, p. 75, denumită în continuare „Directiva 80/723”), prevede la articolul 2:

„(1) În sensul prezentei directive:

[…]

(b) «întreprinderi publice» înseamnă orice întreprindere asupra căreia autoritățile publice pot exercita, direct sau indirect, o influență dominantă în temeiul dreptului de proprietate asupra acestora, al participației deținute de autorități în aceste întreprinderi sau în temeiul normelor care le reglementează;

[…]

(2) Se presupune că există o influență dominantă atunci când autoritățile, în mod direct sau indirect, în legătură cu întreprinderile publice:

(a) dețin majoritatea capitalului subscris al întreprinderii respective sau

(b) controlează majoritatea voturilor aferente acțiunilor emise de întreprinderi sau

(c) pot numi mai mult de jumătate din membrii organului de administrație, de conducere sau de supraveghere al întreprinderii." [traducere neoficială]

4 Potrivit articolului 1 litera (b) din Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii (JO L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2001/78/CE a Comisiei din 13 septembrie 2001 (JO L 285, p. 1, denumită în continuare „Directiva 92/50"):

„(b) «autorități contractante» înseamnă statul, colectivitățile teritoriale, organismele de drept public și asociațiile formate din una sau mai multe din aceste colectivități sau unul sau mai multe organisme de drept public.

«Organism de drept public» înseamnă orice organism:

— constituit pentru a îndeplini în mod expres cerințe de interes general, de altă natură decât industrial sau comercial,

și

— care are personalitate juridică

și

— a cărui activitate este finanțată în cea mai mare parte de stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public sau a cărui gestionare face obiectul controlului acestora din urmă sau al cărui consiliu de administrație, de conducere sau de supraveghere este alcătuit din membri numiți în proporție de peste 50 % de către stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public.

[…]”

5 Articolul 17 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116) prevede:

„Fără a aduce atingere punerii în aplicare a dispozițiilor prevăzute la articolul 3, prezenta directivă nu se aplică în cazul concesionărilor de servicii definite la articolul 1 alineatul (4).”

6 Articolul 80 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2004/18 prevede:

„Statele membre pun în aplicare actele cu putere de lege și actele administrative necesare pentru a se conforma prezentei directive până la 31 ianuarie 2006 cel târziu. Statele membre informează de îndată Comisia cu privire la aceasta.”

7 Potrivit articolului 82 primul paragraf din această directivă:

„Directiva 92/50/CEE, cu excepția articolului 41, și Directivele 93/36/CEE și 93/37/CEE se abrogă de la data prevăzută la articolul 80, fără a aduce atingere obligațiilor statelor membre în ceea ce privește termenele de transpunere și aplicare prevăzute de anexa XI."

Acțiunea principală și întrebările preliminare

8 Wall exploatează spații publicitare situate de-a lungul străzilor și în locuri publice și, în acest scop, desfășoară activități în special de producere, montare, întreținere și curățare a toaletelor publice.

9 Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH (denumită în continuare „FES") este o societate cu răspundere limitată, persoană juridică de drept privat, care are ca obiect de activitate eliminarea și gestionarea deșeurilor, curățenia urbană, precum și siguranța circulației în numele autorităților publice și al persoanelor private. Orașul Frankfurt deține o participație de 51 % în FES, celelalte 49 % fiind deținute de o întreprindere privată. Deciziile FES sunt adoptate de adunarea generală cu o majoritate de trei pătrimi din voturile acesteia. Dintre cei 16 membri ai consiliului de supraveghere al FES, jumătate sunt numiți de către asociați. Angajații numesc opt membri și fiecare dintre cei doi asociați numesc patru membri. Orașul Frankfurt are dreptul de a propune un candidat pentru postul de președinte al consiliului de supraveghere, al cărui vot este decisiv în caz de egalitate de voturi. FES are aproximativ 1 400 de salariați, dintre care în jur de 800 sunt afectați unor activități care privesc orașul Frankfurt.

10 FES realizează cu orașul Frankfurt o cifră de afaceri netă de 92 de milioane de euro și de 52 de milioane de euro cu alte persoane de drept public și de drept privat. Din cifra

de afaceri netă realizată de FES cu orașul Frankfurt în 2005, 51,3 milioane de euro corespund eliminării deșeurilor și 36,2 milioane de euro curățeniei urbane.

11 La 18 decembrie 2002, orașul Frankfurt a solicitat, printr-o „publicare voluntară la nivelul Uniunii Europene" apărută în jurnalul oficial al acestui oraș, candidaturi pentru un concurs privind un contract de concesionare de servicii referitor la exploatarea, mentenanța, întreținerea și curățarea a 11 toalete publice urbane pe o perioadă de 16 ani. Două dintre aceste 11 toalete publice, și anume cele situate în gările Rödelheim și Galluswarte, trebuiau reconstruite. Contraprestația acestor servicii era limitată la dreptul de a percepe o redevență pentru utilizarea instalațiilor, precum și de a exploata, pe durata contractului, spații publicitare situate pe și în interiorul toaletelor, precum și în alte locuri publice de pe teritoriul orașului Frankfurt.

12 La 4 iulie 2003, orașul Frankfurt a invitat întreprinderile interesate să depună oferte. Un proiect de contract de concesionare de servicii era anexat la această invitație, articolul 18 alineatul (2) și articolul 30 alineatul (4) din acesta stipulând că o schimbare a subcontractantului este autorizată numai cu acordul orașului menționat.

13 Wall, FES și alte trei întreprinderi, de asemenea cu sediul în Germania, au prezentat oferte.

14 Din decizia de trimitere reiese că, în cadrul proiectului dezvoltat de FES în vederea ofertei sale, această întreprindere a menționat indicațiile următoare: „Introducere – [...] Cererea de ofertă a [orașului Frankfurt] oferă FES posibilitatea să reînnoiască, cu un partener atât de performant și experimentat precum [Wall], atât materialul, cât și rețeaua de aprovizionare a toaletelor publice, precum și să prezinte o refinanțare realistă și responsabilă în ceea ce îi privește pe angajați […]. Galluswarte – [...] În colaborare cu autoritățile, un City-WC automatizat în totalitate aparținând [Wall] va fi integrat sub podul pentru calea ferată de la periferie [...]. Gara Rödelheim – Având în vedere că toaletele din gara Rödelheim vor fi distruse în cadrul reamenajării amplasamentului, un City-WC automatizat în totalitate aparținând [Wall] va fi integrat în conformitate cu planurile existente [...]. Proiect în domeniul siguranței – [...]

City-WC-urile dispun de un mecanism de autocurățare automatizat în totalitate. Proiect în domeniul publicitar – [...] Comercializarea spațiilor publicitare se efectuează prin intermediul partenerului FES, [Wall], specialist experimentat al domeniului publicitar și activ pe plan mondial [...]. Suporturi publicitare utilizate – Produsele moderne și estetice ale [Wall] vor fi utilizate [...]".

15 Wall deține mai multe brevete referitoare la funcționarea „City-WC"-urilor.

16 La 18 martie 2004, Wall a fost exclusă din cadrul procedurii de atribuire și oferta sa a fost respinsă.

17 La 9 iunie 2004, concesiunea a fost atribuită către FES. Un contract aferent a fost încheiat între aceasta din urmă și orașul Frankfurt la 20 și la 22 iulie 2004, valabil până la 31 decembrie 2019 (denumit în continuare „contractul de concesionare"). Potrivit deciziei de trimitere, proiectele aparținând FES rezultate din negocieri au făcut obiectul unui acord integrat în cadrul acestui contract. Cu toate acestea, în observațiile sale scrise, orașul Frankfurt afirmă că datele cuprinse în proiectul aparținând FES nu au fost integrate în cuprinsul contractului de concesionare. A fost integrată numai desemnarea Wall printre subcontractanții lui FES.

18 Din analiza textului contractului de concesiune, depus împreună cu dosarul național, se constată că Wall este desemnată în calitate de subcontractant, fără să fie incluse în acest contract alte detalii cu privire la produsele sau prestațiile sale.

19 Articolul 18 alineatul (2) din contractul de concesiune prevede că FES efectuează lucrările de construcție a toaletelor publice prin mijloace proprii și/sau prin intermediul unor subcontractanți printre care figurează Wall. Această dispoziție stipulează că o schimbare a subcontractantului este permisă numai cu autorizarea scrisă a orașului Frankfurt.

20 Articolul 30 alineatul (4) din același contract precizează că Wall este subcontractantul FES în ceea ce privește prestațiile publicitare avute în vedere de concesionarea în cauză. Potrivit acestei dispoziții, o schimbare a subcontractantului este permisă numai cu autorizarea scrisă a orașului Frankfurt.

21 La 5 ianuarie 2005, Wall a fost invitată de FES să prezinte o ofertă pentru prestațiile publicitare care au făcut obiectul concesionării atribuite acesteia din urmă. În plus, FES a invitat întreprinderea Deutsche Städte Medien GmbH (denumită în continuare „DSM") să depună o asemenea ofertă.

22 Printr-o scrisoare din 15 iunie 2005, FES a solicitat, așadar, orașului Frankfurt să accepte, în ceea ce privește utilizarea materialului publicitar, o schimbare a subcontractantului în favoarea DSM. La 21 iunie 2005, acest oraș a acceptat schimbarea subcontractantului.

23 FES a atribuit prestațiile menționate către DSM și, la 21 iunie 2005, a încheiat cu aceasta din urmă un contract care prevedea plata de către DSM către FES a unei remunerații anuale de 786 206 euro.

24 La 28 iulie 2005, FES a solicitat o ofertă privind furnizarea a două „Wall-City-WC"-uri. Wall a depus o ofertă, dar, la 7 septembrie 2005, aceasta a fost informată de FES că primise o ofertă mai competitivă și că, prin urmare, nu putea să ia în considerare oferta depusă de Wall.

25 Printr-o scrisoare din 10 octombrie 2005, FES a solicitat orașului Frankfurt să accepte o schimbare de subcontractant, în conformitate cu contractul de concesionare, în scopul furnizării acestor toalete publice nu de către Wall, ci de către alte societăți.

26 La 19 decembrie 2005, orașul Frankfurt a răspuns lui FES că nu trebuia să fie sesizat cu problema schimbării subcontractantului în ceea ce privește toaletele publice, întrucât considera că FES, pe viitor, dorea să realizeze lucrările prin propriile mijloace și pe propria răspundere. Cu această ocazie, orașul Frankfurt a precizat că se considera, referitor la cerințele descrise în documentele contractuale, că acestea vor fi respectate.

27 Wall a formulat o acțiune în fața instanței de trimitere solicitând obligarea FES, pe de o parte, să nu execute contractul referitor la prestațiile publicitare încheiat cu DSM și, pe de altă parte, să încheie cu un terț și/sau să execute un contract privind construirea celor două toalete publice care trebuiau reconstruite. De asemenea, Wall solicita obligarea orașului Frankfurt să nu accepte încheierea unui contract între FES și o altă parte, alta decât Wall, referitor la construirea acestor două toalete publice. Cu titlu subsidiar, Wall concluziona în sensul obligării în solidar a orașului Frankfurt și a FES să îi plătească o sumă de 1 038 682,18 euro, majorată cu dobânzi.

28 În aceste condiții, Landgericht Frankfurt am Main a decis să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) Principiul egalității de tratament și principiul de drept comunitar al nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, consacrate la articolele 12 CE, 43 CE și 49 CE, trebuie interpretate în sensul că obligațiile de transparență care rezultă din aceste articole pentru autoritățile publice și care constau în exercitarea, pentru atribuirea concesionărilor de servicii, a concurenței cu un grad de publicitate adecvat și în permiterea controlului imparțialității procedurii de atribuire (a se vedea Hotărârea Curții din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress, C-324/98, Rec., p. I-10745, punctele 60-62, Hotărârea din 21 iulie 2005, Coname, C-231/03, Rec., p. I-7287, punctele 17-22, Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec., p. I-8585, punctele 46-50, Hotărârea din 6 aprilie 2006, ANAV, C-410/04, Rec., p. I-3303, punctul 21, și Hotărârea din 13 septembrie 2007, Comisia/Italia, C-260/04, Rep., p. I-7083, punctul 24) impun dreptului național să acorde ofertantului a cărui ofertă nu a fost reținută dreptul de a obține în justiție încetarea unei încălcări iminente a acestor obligații și/sau încetarea unei astfel de încălcări a obligațiilor?

2) În cazul unui răspuns negativ la prima întrebare preliminară, obligațiile de transparență menționate mai sus aparțin dreptului cutumiar al Comunităților Europene în sensul că acestea sunt deja aplicate în mod durabil și permanent, uniform și general și sunt recunoscute ca norme obligatorii de către subiectele de drept interesate?

3) Obligațiile de transparență menționate la prima întrebare preliminară impun de asemenea, atunci când se intenționează modificarea unui contract de concesionare de servicii – inclusiv atunci când această modificare privește înlocuirea unei întreprinderi subcontractante determinate care a rezultat printr-o procedură concurențială –, să se asigure condițiile concurențiale cu un grad adecvat de publicitate pentru negocierile referitoare la această modificare și, dacă este cazul, potrivit căror criterii ar trebui realizată o astfel de asigurare a condițiilor concurențiale?

4) Principiile și obligațiile de transparență menționate la prima întrebare preliminară trebuie interpretate în sensul că, în ceea ce privește concesionările de servicii, în cazul unei încălcări a obligațiilor, contractul încheiat în urma încălcării și care urmărește crearea sau modificarea unui raport obligațional cu durată nedeterminată trebuie să fie reziliat?

5) Principiile și obligațiile de transparență menționate la prima întrebare preliminară și articolul 86 alineatul (1) CE coroborat, dacă este cazul, cu articolul 2 alineatul (1) litera (b) și alineatul (2) din Directiva [80/723] și cu articolul 1 alineatul (9) din Directiva [2004/18] trebuie interpretate în sensul că o întreprindere, în calitate de întreprindere publică sau de autoritate contractantă, este supusă acestor obligații de transparență atunci când:

— aceasta a fost creată de o colectivitate teritorială în scopul eliminării deșeurilor și curățării străzilor, dar este de asemenea activă pe piața liberă;

— aceasta aparține colectivității teritoriale menționate în proporție de 51 %, dar deciziile asociaților nu pot fi luate decât cu o majoritate de trei pătrimi;

— colectivitatea menționată numește numai un sfert din membri consiliului de supraveghere al întreprinderii, inclusiv pe președintele consiliului de supraveghere, și

— mai mult de jumătate din cifra sa de afaceri provine din contracte sinalagmatice referitoare la eliminarea deșeurilor și la curățarea străzilor pe teritoriul colectivității teritoriale menționate, colectivitate care se refinanțează pentru aceasta prin intermediul impozitelor locale plătite de către cetățenii săi?"

Cu privire la întrebările preliminare

Observație introductivă

29 Acțiunea principală are în vedere două evenimente, și anume, pe de o parte, decizia prin care FES a schimbat subcontractantul în ceea ce privește prestațiile publicitare care au făcut obiectul concesionării atribuite acesteia de către orașul Frankfurt, contractul care concretizează această schimbare fiind încheiat, cu aprobarea acestui oraș, la 21 iunie 2005, și, pe de altă parte, intenția FES de a atribui reconstruirea a două toalete publice unui alt operator decât Wall. Această intenție a fost exprimată într-o scrisoare din 10 octombrie 2005 prin care FES a solicitat orașului Frankfurt să accepte schimbarea subcontractantului pentru această prestație. Printr-o scrisoare din 19 decembrie 2005, orașul menționat a răspuns lui FES că nu trebuia să fie sesizat cu problema schimbării subcontractantului în ceea ce privește toaletele publice, întrucât considera că FES, pe viitor, dorea să realizeze lucrările prin propriile mijloace și pe propria răspundere. Acest răspuns este interpretat în decizia de trimitere în sensul că orașul Frankfurt a acceptat schimbarea subcontractantului referitor la furnizarea a două toalete publice. În ceea ce privește această interpretare, trebuie

să se ia în considerare ca dată de referință, pentru examinarea cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare, 19 decembrie 2005, care este data scrisorii prin care se consideră că orașul Frankfurt a acceptat schimbarea subcontractantului solicitată de către FES.

Cu privire la a treia întrebare

30 Prin intermediul celei de a treia întrebări, care trebuie analizată în primul rând, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, consacrate prin articolele 12 CE, 43 CE și 49 CE, precum și obligația de transparență care decurge din acestea impun, atunci când se intenționează modificarea unui contract de concesionare de servicii – inclusiv atunci când această modificare privește înlocuirea unui subcontractant determinat, asupra căruia s-a pus accentul în cursul procedurii –, să se asigure din nou condițiile concurențiale cu un grad adecvat de publicitate pentru negocierile referitoare la această modificare și, dacă este cazul, potrivit căror criterii ar trebui realizată o astfel de asigurare a condițiilor concurențiale.

31 Întrebarea menționată are ca obiect aplicarea normelor și a principiilor menționate la punctul precedent unei situații în care, în cadrul executării unui contract de concesionare de servicii, s-a avut în vedere înlocuirea unuia dintre subcontractanții concesionarului.

32 Având în vedere că articolele 43 CE și 49 CE reprezintă aplicații particulare ale interdicției generale a discriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate consacrată la articolul 12 CE, nu este necesar, pentru a se răspunde la întrebarea menționată, să se facă referire la acesta (a se vedea în acest sens Hotărârea din 8 martie 2001, Metallgesellschaft și alții, C-397/98 și C-410/98, Rec., p. I-1727, punctele 38 și 39, precum și Hotărârea din 17 ianuarie 2008, Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Rep., p. I-173, punctul 14).

33 În stadiul actual al dreptului Uniunii, contractele de concesionare de servicii nu sunt reglementate de niciuna dintre directivele prin care legiuitorul Uniunii a reglementat domeniul achizițiilor publice (a se vedea Hotărârea Coname, citată anterior, punctul 16, și Hotărârea din 17 iulie 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rep., p. I-5641, punctul 57). Cu toate acestea, autoritățile publice care încheie asemenea contracte sunt obligate să respecte normele fundamentale ale Tratatului CE, în special articolele 43 CE și 49 CE, precum și obligația de transparență care decurge din acestea (a se vedea în acest sens Hotărârile citate anterior Telaustria și Telefonadress, punctele 60-62, Coname, punctele 16-19, și Parking Brixen, punctele 46-49).

34 Această obligație de transparență se aplică în cazul în care concesionarea de servicii în cauză poate să intereseze o întreprindere situată într-un alt stat membru decât cel în care această concesionare este atribuită (a se vedea în acest sens Hotărârea Coname, citată anterior, punctul 17; a se vedea de asemenea, prin analogie, Hotărârea din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda, C-507/03, Rep., p. I-9777, punctul 29, și Hotărârea din 21 februarie 2008, Comisia/Italia, C-412/04, Rep., p. I-619, punctul 66).

35 Aspectul că, în cauza principală, concesionarea de servicii poate interesa întreprinderi situate într-un alt stat membru decât Republica Federală Germania rezultă din decizia de trimitere, deoarece instanța națională constată că anunțul privind depunerea candidaturilor a fost publicat în jurnalul oficial al orașului Frankfurt „la nivelul Uniunii Europene” și apreciază că o încălcare a obligației de transparență ar putea constitui o discriminare exercitată, cel puțin potențial, în defavoarea întreprinderilor din alte state membre.

36 Obligația de transparență ce revine autorităților publice care încheie un contract de concesionare de servicii implică garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui nivel de publicitate adecvat care să permită exercitarea concurenței în domeniul concesionării de servicii, precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire (a se vedea Hotărârile citate anterior Telaustria și Telefonadress, punctele 60-62, Parking Brixen, punctele 46-49, și ANAV, punctul 21).

37 Pentru a asigura transparența procedurilor și egalitatea de tratament între ofertanți, modificările substanțiale aduse dispozițiilor esențiale ale unui contract de concesionare de servicii ar putea impune, în anumite ipoteze, atribuirea unui nou contract de concesionare dacă acestea prezintă caracteristici diferite în mod substanțial de cele ale contractului inițial de concesionare și, în consecință, sunt de natură să demonstreze voința părților de a renegocia clauzele esențiale ale acestui contract (a se vedea, prin analogie cu achizițiile publice, Hotărârea din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța, C-337/98, Rec., p. I-8377, punctele 44 și 46, și Hotărârea din 19 iunie 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rep., p. I-4401, punctul 34).

38 Modificarea unui contract de concesionare de servicii în perioada de valabilitate poate fi considerată substanțială atunci când introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire inițială, ar fi permis acceptarea altor ofertanți decât cei admiși inițial sau ar fi permis selectarea unei alte oferte decât cea reținută inițial (a se vedea, prin analogie, Hotărârea pressetext Nachrichtenagentur, citată anterior, punctul 35).

39 O schimbare a subcontractantului, chiar și atunci când posibilitatea în acest sens este prevăzută în contract, poate, în cazuri excepționale, să constituie o asemenea modificare a unuia dintre elementele esențiale ale contractului de concesionare în situația în care utilizarea unui subcontractant în locul altui subcontractant a fost, ținând seama de caracteristicile proprii ale prestației în cauză, un element determinant pentru încheierea contractului, fapt a cărui verificare este, în orice caz, de competența instanței de trimitere.

40 Instanța de trimitere observă că, în proiectul anexat ofertei adresate orașului Frankfurt de către FES, aceasta din urmă a arătat că va utiliza „City-WC”-urile aparținând Wall. Potrivit acestei instanțe, se poate considera că, într-o asemenea situație, concesiunea a fost atribuită către FES ca urmare a identității subcontractantului pe care FES îl prezentase.

41 Revine instanței naționale sarcina să stabilească dacă situațiile descrise la punctele 37-39 din prezenta hotărâre se verifică.

42 În măsura în care, în cadrul acestei aprecieri, instanța de trimitere trebuie să se pronunțe în sensul existenței unei modificări a unuia dintre elementele esențiale ale contractului de concesionare, ar trebui să se asigure, în conformitate cu ordinea juridică internă a statului membru în cauză, toate măsurile necesare în vederea restabilirii transparenței în cadrul procedurii, inclusiv o nouă procedură de atribuire. Dacă este cazul, noua procedură de atribuire ar trebui organizată potrivit unor modalități adaptate specificităților concesionării de servicii în cauză și ar trebui să permită unei întreprinderi situate pe teritoriul unui alt stat membru să aibă acces la informații adecvate referitoare la concesionarea menționată înainte ca aceasta să fie atribuită.

43 În consecință, trebuie să se răspundă la a treia întrebare că, atunci când modificările aduse dispozițiilor unui contract de concesionare de servicii prezintă caracteristici diferite în mod substanțial de cele care au justificat atribuirea contractului inițial de concesionare și, în consecință, sunt de natură să demonstreze voința părților de a renegocia clauzele esențiale ale acestui contract, trebuie să se asigure, în conformitate cu ordinea juridică internă a statului membru în cauză, toate măsurile necesare în vederea restabilirii transparenței în cadrul procedurii, inclusiv o nouă procedură de atribuire. Dacă este cazul, noua procedură de atribuire trebuie organizată potrivit unor modalități adaptate specificităților concesionării de servicii în cauză și trebuie să permită unei întreprinderi situate pe teritoriul unui alt stat membru să aibă acces la informații adecvate referitoare la concesionarea menționată înainte ca aceasta să fie atribuită.

Cu privire la a cincea întrebare

44 Prin intermediul celei de a cincea întrebări, care trebuie analizată în al doilea rând, instanța de trimitere solicită să se stabilească, în esență, dacă, în ceea ce privește articolul 86 alineatul (1) CE coroborat, dacă este cazul, cu articolul 2 alineatul (1) litera (b) și alineatul (2) din Directiva 80/723 și cu articolul 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18, o întreprindere concesionară cu caracteristici precum cele ale FES este supusă obligației de transparență care decurge din articolele 43 CE și 49 CE, precum și din principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, atunci când încheie un contract referitor la servicii care fac parte din domeniul concesiunii cu care a fost însărcinată de către autoritatea publică.

45 Mai precis, instanța de trimitere urmărește să afle dacă articolul 86 alineatul (1) CE este pertinent pentru stabilirea domeniului de aplicare al respectivei obligații de transparență.

46 În privința articolului 86 alineatul (1) CE, trebuie să se amintească că această dispoziție se adresează statelor membre și nu în mod direct întreprinderilor.

47 Pentru a stabili dacă o entitate care prezintă caracteristici precum cele ale FES poate fi asimilată unei autorități publice supuse obligației de transparență, trebuie să se recurgă la anumite aspecte ale definiției noțiunii de autoritate contractantă care este prevăzută la articolul 1 litera (b) din Directiva 92/50 privind achizițiile publice de servicii, în măsura în care aceste aspecte răspund cerințelor impuse de aplicarea în cazul concesionărilor de servicii a obligației de transparență care decurge din articolele 43 CE și 49 CE.

48 Astfel, aceste articole și principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență care decurge din aceasta au în vedere obiective identice cu cele urmărite de această directivă, în special în ceea ce privește libera circulație a serviciilor și exercitarea nedenaturată a concurenței în statele membre.

49 Având în vedere cele de mai sus, trebuie să se verifice dacă sunt întrunite două condiții, și anume, pe de o parte, întreprinderea în cauză este sub controlul efectiv al statului sau al unei alte autorități publice și, pe de altă parte, întreprinderea nu își desfășoară activitatea în condiții de concurență pe piață.

50 În ceea ce privește prima dintre aceste două condiții, din decizia de trimitere rezultă că, deși orașul Frankfurt deține 51 % din capitalul FES, această deținere nu îi permite să controleze în mod efectiv gestiunea acestei întreprinderi. Astfel, o majoritate de

trei pătrimi din voturile adunării generale este necesară pentru adoptarea deciziilor acesteia.

51 În plus, restul de 49 % din capitalul FES este deținut nu de către una sau mai multe alte autorități publice, ci de o întreprindere privată care, ca atare, respectă considerații proprii unor interese private și urmărește alte obiective decât interesul public (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C-26/03, Rec., p. I-1, punctul 50).

52 Mai mult, în cadrul consiliului de supraveghere al FES, orașul Frankfurt nu dispune decât de un sfert din voturi. Faptul că acesta din urmă are dreptul să propună un candidat pentru postul de președinte al consiliului de supraveghere al acestei întreprinderi, al cărui vot este decisiv în caz de egalitate de voturi, nu este suficient pentru a-i permite să exercite o influență determinantă asupra FES.

53 În asemenea împrejurări, condiția privind controlul efectiv exercitat de stat sau de o autoritate publică nu este îndeplinită.

54 În ceea ce privește a doua condiție menționată la punctul 49 din prezenta hotărâre, instanța de trimitere arată că mai mult de jumătate din cifra de afaceri a FES provine din contracte sinalagmatice referitoare la eliminarea deșeurilor și curățarea străzilor pe teritoriul orașului Frankfurt.

55 Un asemenea raport trebuie asimilat celui existent în relațiile comerciale normale, care se dezvoltă în cadrul contractelor sinalagmatice negociate în mod liber între cocontractanți (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 octombrie 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec., p. I-8035, punctul 25).

56 De altfel, din decizia de trimitere se poate deduce că FES își exercită activitățile în condiții de concurență pe piață, după cum rezultă din faptul că, pe de o parte, obține o parte substanțială a veniturilor sale din activități cu alte autorități publice decât orașul Frankfurt și cu întreprinderi private care acționează pe piață și, pe de altă parte, a fost pusă în concurență cu alte întreprinderi în vederea obținerii concesionării în cauză în acțiunea principală.

57 În asemenea împrejurări, a doua condiție necesară pentru a asimila o întreprindere unei autorități publice nu este nici ea îndeplinită.

58 Instanța de trimitere solicită de asemenea Curții să se pronunțe cu privire la eventuala aplicabilitate a Directivei 80/723.

59 În măsura în care are în vedere transparența relațiilor financiare între statele membre și întreprinderile publice, această directivă nu este aplicabilă ca atare domeniului vizat de a cincea întrebare.

60 Prin urmare, trebuie să se răspundă la a cincea întrebare că, atunci când o întreprindere concesionară încheie un contract referitor la servicii care fac parte din domeniul concesiunii cu care a fost însărcinată de către o colectivitate teritorială, obligația de transparență care decurge din articolele 43 CE și 49 CE, precum și din principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate nu se aplică dacă această întreprindere:

— a fost înființată de această colectivitate teritorială în scopul eliminării deșeurilor și curățării străzilor, dar este de asemenea activă pe piață;

— aparține colectivității teritoriale menționate în proporție de 51 %, dar deciziile asociaților nu pot fi luate decât cu o majoritate de trei pătrimi din voturile adunării generale a acestei întreprinderi;

— are numai un sfert din membrii consiliului de supraveghere, inclusiv președintele acestuia, numit de însăși această colectivitate teritorială și

— obține mai mult de jumătate din cifra sa de afaceri din contracte sinalagmatice referitoare la eliminarea deșeurilor și curățarea străzilor pe teritoriul colectivității teritoriale menționate, colectivitate care se refinanțează pentru aceasta prin intermediul impozitelor locale plătite de cetățenii săi.

Cu privire la prima, la a doua și la a patra întrebare

61 Prin intermediul primei, al celei de a doua și al celei de a patra întrebări, care trebuie examinate împreună, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă principiul egalității de tratament și principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, consacrate de articolele 43 CE și 49 CE, precum și obligația de transparență care decurge din acestea impun autorităților naționale, pe de o parte, să rezilieze un contract încheiat cu încălcarea obligației de transparență menționate și, pe de altă parte, să acorde ofertantului a cărui ofertă nu a fost reținută dreptul a obține în justiție încetarea unei încălcări iminente sau încetarea continuării unei încălcări, care a intervenit deja, a acestei obligații. Instanța națională solicită de asemenea să se stabilească dacă această obligație poate fi considerată că aparține dreptului cutumiar al Uniunii.

62 Astfel cum a fost subliniat la punctul 33 din prezenta hotărâre, contractele de concesionare de servicii nu sunt supuse, în stadiul actual al dreptului Uniunii, niciuneia dintre directivele care reglementează domeniul achizițiilor publice.

63 Potrivit jurisprudenței Curții, în lipsa unei reglementări a Uniunii, revine ordinii juridice interne a fiecărui stat membru atribuția de a prevedea căi procesuale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea din 13 martie 2007, Unibet, C-432/05, Rep., p. I-2271, punctul 39 și jurisprudența citată).

64 Asemenea căi procesuale nu trebuie să fie mai puțin favorabile decât căile similare de natură internă (principiul echivalenței) și nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (principul efectivității) (a se vedea în acest sens Hotărârea Unibet, citată anterior, punctul 43 și jurisprudența citată).

65 Rezultă că principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, consacrate de articolele 43 CE și 49 CE, precum și obligația de transparență care decurge din acestea nu impun autorităților naționale să rezilieze un contract și nici instanțelor naționale să acorde în fiecare caz dreptul de a obține în justiție încetarea unei încălcări pretinse a acestei obligații cu ocazia atribuirii de concesionări de servicii. Revine ordinii juridice interne sarcina să reglementeze căile procesuale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de această obligație, astfel încât aceste căi să nu fie mai puțin favorabile decât căile procesuale similare de natură internă și nici să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea acestor drepturi.

66 Instanța de trimitere invocă, în sfârșit, o altă întrebare. Potrivit acestei instanțe, o dezvoltare a dreptului pe cale exclusiv jurisprudențială nu poate constitui o lege de protecție care să justifice o răspundere în temeiul Codului civil german (Bürgerliches Gesetzbuch). Numai dreptul cutumiar constituie o normă de drept în sensul acestui cod. Referindu-se la jurisprudența Bundesverfassungsgericht (Curtea Constituțională), instanța menționată afirmă că recunoașterea dreptului cutumiar presupune o utilizare prelungită, durabilă și constantă, egală și generală, precum și acceptarea acestuia în calitate de normă obligatorie de către subiectele de drept în cauză.

67 Cu toate acestea, pentru instanța națională, obligația de transparență formulată în hotărârile Curții de Justiție este atât de recentă, încât nu poate fi considerată că are statutul de drept cutumiar, astfel cum a fost definit la punctul anterior.

68 În această privință, trebuie să se arate că obligația de transparență decurge din dreptul Uniunii și în special din articolele 43 CE și 49 CE (a se vedea în acest sens Hotărârea Coname, citată anterior, punctele 17-19). Aceste dispoziții, a căror respectare este asigurată de Curte, au un efect direct în ordinea juridică internă a statelor membre și prevalează față de orice dispoziție contrară a dreptului național.

69 În temeiul în special al articolului 4 alineatul (3) TUE, revine tuturor autorităților statelor membre sarcina să asigure respectarea normelor de drept al Uniunii în cadrul competențelor acestora (a se vedea în acest sens Hotărârea din 12 februarie 2008, Kempter, C-2/06, Rep., p. I-411, punctul 34 și jurisprudența citată).

70 Este de competența instanței naționale să dea legii interne pe care trebuie să o aplice, în cea mai mare măsură posibilă, o interpretare conformă cerințelor dreptului Uniunii și care să permită, în special, să se asigure respectarea obligației de transparență (a se vedea în acest sens Hotărârea din 27 februarie 2003, Santex, C-327/00, Rec., p. I-1877, punctul 63 și jurisprudența citată).

71 Având în vedere cele de mai sus, trebuie să se răspundă la prima, la a doua și la a patra întrebare că principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, consacrate de articolele 43 CE și 49 CE, precum și obligația de transparență care decurge din acestea nu impun autorităților naționale să rezilieze un contract și nici instanțelor naționale să acorde în fiecare caz dreptul de a obține în justiție încetarea unei încălcări pretinse a acestei obligații cu ocazia atribuirii de concesionări de servicii. Revine ordinii juridice interne sarcina să reglementeze căile procesuale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de această obligație, astfel încât aceste căi să nu fie mai puțin favorabile decât căile procesuale similare de natură internă și nici să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea acestor drepturi. Obligația de transparență decurge în mod direct din

articolele 43 CE și 49 CE, care au un efect direct în ordinile juridice interne ale statelor membre și prevalează față de orice dispoziție contrară a sistemelor de drept naționale.

Cu privire la cheltuielile de judecată

72 Întrucât, în privința părților din acțiunea principală, procedura are caracterul unui incident survenit la instanța de trimitere, este de competența acesteia să se pronunțe cu privire la cheltuielile de judecată. Cheltuielile efectuate pentru a prezenta observații Curții, altele decât cele ale părților menționate, nu pot face obiectul unei rambursări.

Pentru aceste motive, Curtea (Marea Cameră) declară:

1) Atunci când modificările aduse dispozițiilor unui contract de concesionare de servicii prezintă caracteristici diferite în mod substanțial de cele care au justificat atribuirea contractului inițial de concesionare și, în consecință, sunt de natură să demonstreze voința părților de a renegocia clauzele esențiale ale acestui contract, trebuie să se asigure, în conformitate cu ordinea juridică internă a statului membru în cauză, toate măsurile necesare în vederea restabilirii transparenței în cadrul procedurii, inclusiv o nouă procedură de atribuire. Dacă este cazul, noua procedură de atribuire trebuie organizată potrivit unor modalități adaptate specificităților concesionării de servicii în cauză și trebuie să permită unei întreprinderi situate pe teritoriul unui alt stat membru să aibă acces la informații adecvate referitoare la concesionarea menționată înainte ca aceasta să fie atribuită.

2) Atunci când o întreprindere concesionară încheie un contract referitor la servicii care fac parte din domeniul concesiunii cu care a fost însărcinată de către o colectivitate teritorială, obligația de transparență care decurge din articolele 43 CE și 49 CE, precum și din principiile egalității de tratament

și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate nu se aplică dacă această întreprindere:

— a fost creată de această colectivitate teritorială în scopul eliminării deșeurilor și curățării străzilor, dar este de asemenea activă pe piață;

— aparține colectivității teritoriale menționate în proporție de 51 %, dar deciziile asociaților nu pot fi luate decât cu o majoritate de trei pătrimi din voturile adunării generale a acestei întreprinderi;

— are numai un sfert din membrii consiliului de supraveghere, inclusiv președintele acestuia, numit de însăși această colectivitate teritorială și

— obține mai mult de jumătate din cifra sa de afaceri din contracte sinalagmatice referitoare la eliminarea deșeurilor și curățarea străzilor pe teritoriul colectivității teritoriale menționate, colectivitate care se refinanțează pentru aceasta prin intermediul impozitelor locale plătite de cetățenii săi.

3) Principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, consacrate de articolele 43 CE și 49 CE, precum și obligația de transparență care decurge din acestea nu impun autorităților naționale să rezilieze un contract și nici instanțelor naționale să acorde în fiecare caz dreptul de a obține în justiție încetarea unei încălcări pretinse a acestei obligații cu ocazia atribuirii de concesionări de servicii. Revine ordinii juridice interne sarcina să reglementeze căile procesuale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de această obligație, astfel încât aceste căi să nu fie mai puțin favorabile decât căile procesuale similare de natură internă și nici să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea acestor

drepturi. Obligația de transparență decurge în mod direct din articolele 43 CE și 49 CE, care au un efect direct în ordinile juridice interne ale statelor membre și prevalează față de orice dispoziție contrară a sistemelor de drept naționale.

Semnături