ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

10 septembre 2009 *

Dans l'affaire C-206/08,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Thüringer Oberlandesgericht (Allemagne), par décision du 8 mai 2008, parvenue à la Cour le 19 mai 2008, dans la procédure

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

contre

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

en présence de:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Langue de procédure: l'allemand.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. A. Rosas, président de chambre, MM. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), J. Klučka, M[me] P. Lindh et M. A. Arabadjiev, juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,
greffier: M[me] C. Strömholm, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 23 avril 2009,

considérant les observations présentées:

— pour le Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), par M[es] S. Wellmann et P. Hermisson, Rechtsanwälte,

— pour Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, par M[e] U.-D. Pape, Rechtsanwalt,

— pour Stadtwirtschaft Gotha GmbH, par M^e E. Glahs, Rechtsanwältin,

— pour Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), par M^es S. Gesterkamp et S. Sieme, Rechtsanwälte,

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

— pour le gouvernement tchèque, par M. M. Smolek, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. P. Oliver, D. Kukovec et C. Zadra, en qualité d'agents, assistés de M^e B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la notion de «concession de services» au sens de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant le Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (groupement de distribution de l'eau et d'évacuation des eaux usées de la ville de Gotha et de communes appartenant à son district administratif, ci-après le «WAZV Gotha») à Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (entreprise de traitement et d'élimination des eaux, ci-après «Eurawasser») au sujet de l'attribution du service public de distribution de l'eau potable et d'évacuation des eaux usées.

Le cadre juridique

3 L'article 1er, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 2004/17 prévoit:

«2. a) Les 'marchés de fournitures, de travaux et de services' sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 2, paragraphe 2, et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services;

[…]

d) les ‘marchés de services’ sont des marchés autres que les marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet la prestation de services mentionnés à l’annexe XVII.

[…]»

4 L’article 1er, paragraphe 3, sous b), de cette directive dispose:

«la ‘concession de services’ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché 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».

5 Aux termes de l’article 2 de ladite directive:

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

a) ‘pouvoirs adjudicateurs’: l’État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

[…]

2. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 3 à 7;

[…]»

6 L'article 4 de la directive 2004/17 prévoit:

«1. La présente directive s'applique aux activités suivantes:

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou

b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

2. La présente directive s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant une activité visée au paragraphe 1 et qui:

[…]

b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

[…]»

7 L'article 18 de cette directive dispose:

«La présente directive n'est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.»

8 Aux termes de l'article 31 de ladite directive:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe XVII A sont passés conformément aux articles 34 à 59.»

9 L'article 32 de la même directive établit:

«La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe XVII B est soumise aux seuls articles 34 et 43.»

10 Conformément à l'article 71 de la directive 2004/17, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions nécessaires pour se conformer à cette dernière au plus tard le 31 janvier 2006.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

11 Il ressort du dossier que le WAZV Gotha est un groupement composé de communes, auquel il incombe, en vertu de certaines dispositions du droit allemand, d'assurer la distribution de l'eau potable et l'évacuation des eaux usées pour la population résidant sur son territoire.

12 Dans le cadre d'un contrat de gestion d'affaires conclu en 1994, le WAZV Gotha avait confié à Stadtwirtschaft Gotha GmbH (entreprise municipale de la ville de Gotha, ci-après «Stadtwirtschaft») toutes les prestations techniques, commerciales et administratives dans le domaine de la distribution de l'eau. Étant donné que ce contrat arrivait à expiration au cours de l'année 2008, le WAZV Gotha a envisagé d'admettre en son sein Stadtwirtschaft, en tant que membre, afin de continuer à lui confier la gestion d'affaires. Cependant, les autorités de tutelle, invoquant les dispositions en matière de passation des marchés, ont refusé d'autoriser l'admission de Stadtwirtschaft dans le WAZV Gotha.

13 Pour continuer à confier la gestion d'affaires à des tiers, le WAZV Gotha a décidé de concéder le service de distribution de l'eau potable et d'évacuation des eaux usées. À cette fin, il a lancé, au cours du mois de septembre 2007, une procédure informelle d'appel d'offres, plutôt que la procédure formelle de passation des marchés visée aux articles 97 et suivants de la loi contre les restrictions de concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ci-après le «GWB»). Le WAZV Gotha a néanmoins fait publier un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* du 19 septembre 2007, sous la référence 2007/S 180-220518.

14 L'avis de marché annonçait l'attribution d'une concession de services pour la distribution de l'eau et l'évacuation des eaux usées sur le territoire couvert par le WAZV Gotha, pour une durée de 20 ans, et invitait les entreprises intéressées à soumettre leur candidature.

15 L'avis de marché et les projets de contrat y afférents prévoyaient que le concessionnaire fournirait les services mentionnés, sur la base de contrats de droit privé conclus en son propre nom et pour son propre compte, aux usagers résidant sur le territoire couvert par le WAZV Gotha, et qu'il percevrait, en contrepartie, une rémunération desdits usagers.

16 Il était prévu que le concessionnaire était compétent pour calculer lui-même de manière équitable les rémunérations dues pour les services fournis et pour en fixer le montant sous sa seule responsabilité. Cette compétence était toutefois limitée dans la mesure où le concessionnaire devait, jusqu'au 31 décembre 2009, pratiquer les tarifs en vigueur au moment de la publication de l'avis de marché et où, ensuite, les tarifs devaient être conformes aux dispositions de la loi du Land de Thuringe relative aux impôts communaux (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 L'avis de marché et les projets de contrat prévoyaient également que les installations techniques de distribution de l'eau et d'évacuation des eaux usées demeureraient la propriété du WAZV Gotha et qu'elles seraient louées par le concessionnaire, celui-ci étant en droit de comptabiliser le loyer correspondant dans la rémunération demandée

aux usagers en contrepartie des services fournis. L'entretien desdites installations incombait au concessionnaire.

18 Le WAZV Gotha s'engageait à déclarer obligatoire, par un règlement, le raccordement aux réseaux publics de distribution de l'eau et d'évacuation des eaux usées et l'utilisation de ceux-ci. Le concessionnaire ne pouvait toutefois exiger le respect de cette obligation dans chaque cas individuel.

19 Enfin, le WAZV Gotha s'engageait à reverser au concessionnaire les subventions publiques qu'il recevrait, dans la limite des possibilités légales.

20 La date limite de réception des demandes de participation prévue dans l'avis de marché était le 8 octobre 2007. Par une lettre du 4 octobre 2007, Eurawasser a dénoncé l'intention du WAZV Gotha d'attribuer les services susmentionnés non pas par un appel d'offres formel en vue de la passation d'un marché de services, mais au moyen d'une concession de services.

21 Eurawasser a déposé sa demande de participation le 8 octobre 2007. Stadtwirtschaft et Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (entreprise de gestion dépendant du groupement intercommunal pour l'eau de la région de Lausitz, ci-après «WAL») ont également participé à la procédure d'appel à la concurrence et ont été invitées par le WAZV Gotha à soumettre une offre. Au total, à l'expiration du délai fixé dans l'avis de marché, huit demandes de participation avaient été déposées.

22 Le WAZV Gotha a rejeté la réclamation d'Eurawasser par une lettre du 9 octobre 2007. Après avoir vainement présenté d'autres réclamations les 19 octobre et 23 novembre 2007, Eurawasser a déposé un recours devant la Vergabekammer (chambre des marchés publics) compétente, au motif que le WAZV Gotha n'avait pas choisi la procédure d'attribution appropriée.

23 Par une décision du 24 janvier 2008, la Vergabekammer a considéré que l'opération en cause constituait effectivement un marché de services, que le WAZV Gotha aurait dû engager une procédure formelle de passation de marché et que la procédure devait être rétablie dans son état antérieur à la publication de l'avis de marché.

24 Le WAZV Gotha a fait appel de cette décision devant le Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft et WAL ont été admises à intervenir dans cette procédure.

26 C'est dans ces conditions que le Thüringer Oberlandesgericht a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Un contrat portant sur des services (services de distribution de l'eau et de traitement des eaux usées en l'occurrence) doit-il être qualifié de 'concession de services' au sens de l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de la directive [2004/17] — par opposition au contrat à titre onéreux qu'est le marché de services au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive — dès lors seulement qu'il prévoit que le cocontractant est rémunéré non pas directement par le pouvoir adjudicateur, mais par une rémunération de droit privé qu'il est autorisé par ce dernier à percevoir auprès de tiers?

2) En cas de réponse négative à la première question préjudicielle: les contrats tels que définis dans la première question préjudicielle sont-ils qualifiables de concession de services lorsque le cocontractant prend en charge l'intégralité ou au moins une part majeure du risque d'exploitation lié au service en cause, même si ce risque est dès l'origine, c'est-à-dire même en cas de fourniture du service par le pouvoir adjudicateur lui-même, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation de ce service (raccordement et utilisation obligatoires; calcul des prix selon le principe de couverture des coûts)?

3) En cas de réponse négative à la deuxième question préjudicielle également: l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de la directive [2004/17] doit-il être interprété en ce sens que le risque d'exploitation lié à la fourniture de la prestation, en particulier le risque commercial, doit être quasi équivalent, qualitativement parlant, à celui qui existe habituellement sur un marché ouvert avec plusieurs fournisseurs concurrents?»

Sur la recevabilité

27 Le WAZV Gotha fait valoir que la demande de décision préjudicielle est irrecevable au motif que la réponse à la première question ressort à l'évidence de la définition de la concession de services figurant à l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17 ainsi que de la jurisprudence de la Cour. Dès lors, l'interprétation sollicitée ne répondrait à aucune nécessité. WAL présente des arguments en substance similaires.

28 Stadtwirtschaft soutient que les questions préjudicielles ne sont pas pertinentes aux fins de la décision que doit rendre la juridiction de renvoi, étant donné que le litige au principal peut être tranché sans qu'il soit répondu à ces questions. En effet, le WAZV Gotha aurait mis en œuvre une procédure d'attribution qui est régulière même s'il s'avère que les contrats en cause au principal doivent être qualifiés de marchés de services, relevant du champ d'application de la directive 2004/17.

29 En revanche, la Commission des Communautés européennes estime que la demande de décision préjudicielle est recevable. Ainsi qu'il ressortirait de la décision de renvoi, la juridiction nationale considérerait que les questions préjudicielles portant sur la distinction entre les notions de marché de services et de concession de services lui sont indispensables pour statuer sur la recevabilité de l'appel dont elle a été saisie.

30 Après l'introduction de la demande de décision préjudicielle, le WAZV Gotha a décidé, le 4 septembre 2008, d'annuler la procédure d'appel d'offres faisant l'objet du litige au principal.

31 À la suite de cette annulation, Eurawasser a modifié son recours sans le retirer. Eurawasser demande désormais que soit rendue une décision constatant que, par la procédure annulée, elle est lésée dans ses droits au respect des règles de passation des marchés qu'elle tire des articles 97 et suivants du GWB.

32 Par une lettre du 24 décembre 2008, la juridiction de renvoi a informé la Cour du maintien de sa demande de décision préjudicielle. Elle estime, en effet, qu'il demeure nécessaire, pour qu'elle puisse statuer sur le recours modifié, d'obtenir une réponse aux questions posées, ne serait-ce que parce que les concessions de services échappent d'emblée au champ d'application des articles 97 et suivants du GWB et que, par conséquent, la modification du recours au principal n'a aucune incidence sur le fait que la saisine des instances compétentes pour contrôler le respect des procédures applicables en matière de marchés publics, à savoir la Vergabekammer et le Vergabesenat, serait irrecevable dans l'hypothèse où le contrat en cause au principal serait qualifié de concession de services.

33 À cet égard, la Cour a jugé que, dans le cadre de la coopération entre elle-même et les juridictions nationales instituée par l'article 234 CE, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêt du 23 avril 2009, Rüffler, C-544/07, Rec. p. I-3389, point 36 et jurisprudence citée).

34 La Cour a également jugé que, dans des hypothèses exceptionnelles, il lui appartient d'examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de

vérifier sa propre compétence. Le refus de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, notamment, arrêt Rüffler, précité, points 37 et 38 ainsi que jurisprudence citée).

35 Dans sa décision de renvoi, ainsi que dans sa lettre du 24 décembre 2008, la juridiction de renvoi a clairement expliqué les raisons pour lesquelles elle considère que les questions qu'elle pose sont pertinentes et qu'une réponse à ces questions est nécessaire à la solution du litige soulevé devant elle. Au vu de ces explications, les questions posées n'apparaissent pas hypothétiques ou dépourvues de rapport avec l'objet du litige au principal.

36 Dès lors, les questions préjudicielles sont recevables.

Sur les questions préjudicielles

Observations liminaires

37 À titre liminaire, il convient de préciser que, d'après les éléments figurant au dossier, le WAZV Gotha relève de la définition du pouvoir adjudicateur figurant à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17, ledit pouvoir adjudicateur étant l'une des catégories d'entités adjudicatrices auxquelles cette directive s'applique en vertu de son article 2, paragraphe 2, sous a).

38 L'affaire au principal relève, en outre, de la directive 2004/17, conformément à l'article 4 de cette dernière, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur concerné, à savoir le WAZV Gotha, exerce une activité dans le domaine de l'alimentation en eau potable et de l'évacuation des eaux usées.

39 La directive 2004/17 est applicable ratione temporis au litige au principal, dès lors que, le délai fixé à l'article 71 de celle-ci pour sa mise en œuvre étant venu à expiration le 31 janvier 2006, la procédure d'appel d'offres en cause au principal a été lancée au cours du mois de septembre 2007.

40 Il y a lieu de rappeler qu'une définition de la concession de services a été introduite, dans la législation communautaire, à l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/17. Elle ne figurait pas dans les directives précédentes en la matière, en particulier dans la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84).

41 À l'article 18 de la directive 2004/17, le législateur communautaire a précisé que celle-ci est inapplicable aux concessions de services octroyées par des entités adjudicatrices exerçant des activités notamment dans le secteur de l'eau.

42 Par ailleurs, il convient de rappeler que, en ce qui concerne son propre domaine d'application, 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), comporte, à son article 1er, paragraphes 2, sous a), et 4, des définitions du «marché public» et de la «concession de service» similaires en substance aux définitions correspondantes figurant à l'article 1er, paragraphes 2, sous a), et 3, sous b), de la directive 2004/17.

43 Cette similarité requiert que les mêmes considérations soient utilisées en vue de l'interprétation des notions de marché de services et de concession de services dans les champs d'application respectifs des deux directives susmentionnées.

44 Il s'ensuit que, si l'opération en cause au principal est qualifiée de «marché de services» au sens de la directive 2004/17, un tel marché doit, en principe, être passé conformément aux procédures prévues aux articles 31 et 32 de celle-ci. En revanche, si cette opération est qualifiée de concession de services, ladite directive, en vertu de son article 18, ne lui est pas applicable. Dans ce cas, l'attribution de la concession resterait soumise aux règles fondamentales du traité CE en général et aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, en particulier (voir, en ce sens, 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 16 à 19; du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, points 46 à 49, et du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-8457, point 25).

45 C'est dans ce contexte que la juridiction de renvoi cherche à faire préciser les critères permettant d'établir une distinction entre un marché de services et une concession de services.

Sur les première et deuxième questions

46 Par ses première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si, dans le cas d'un contrat portant sur des services, la circonstance que le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération de droit privé auprès de tiers, suffit, en elle-même, pour que le contrat en cause soit qualifié de concession de services, au sens de l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17. En cas de réponse négative à cette question, la juridiction nationale demande si un tel contrat doit être qualifié de concession de services lorsque le cocontractant prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part majeure du risque d'exploitation

encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service.

47 Prônant une réponse affirmative à la première question, le WAZV Gotha, Stadtwirtschaft et WAL ainsi que les gouvernements allemand et tchèque soutiennent que la circonstance que le cocontractant est rétribué par une rémunération perçue auprès des usagers du service concerné suffit à caractériser une concession de services.

48 En revanche, Eurawasser et la Commission estiment qu'il convient, en outre, que le cocontractant assume le risque économique de l'exploitation du service en cause.

49 Il y a lieu de relever, à cet égard, que l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/17 prévoit que les «marchés de fournitures, de travaux et de services» sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 2, paragraphe 2, de cette directive et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

50 Aux termes de l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de ladite directive, la «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché 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.

51 Il résulte de la comparaison de ces deux définitions que la différence entre un marché de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services. Le marché de services comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services (voir, en ce sens, arrêt Parking Brixen, précité, point 39) alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix.

52 Les questions posées partent explicitement de la circonstance que le contrat en cause prévoit que le cocontractant est rétribué non pas directement par le pouvoir adjudicateur, mais par une rémunération de droit privé qu'il est autorisé à percevoir, auprès de tiers, par le pouvoir adjudicateur.

53 À la lumière du critère énoncé au point 51 du présent arrêt, le fait que le prestataire de services est rémunéré par des paiements provenant de tiers, en l'occurrence les usagers du service concerné, est l'une des formes que peut prendre l'exercice du droit, reconnu au prestataire, d'exploiter le service.

54 Ce critère découlait déjà de la jurisprudence de la Cour antérieure à l'entrée en vigueur de la directive 2004/17. Selon cette jurisprudence, l'on était en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tenait dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation (voir, en ce sens, arrêt Telaustria et Telefonadress, précité, point 58; ordonnance du 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec. p. I-4685, points 27 et 28, ainsi que arrêts du 18 juillet 2007, Commission/Italie, C-382/05, Rec. p. I-6657, point 34, et du 13 novembre 2008, Commission/Italie, C-437/07, point 29).

55 Il est sans pertinence, à cet égard, que la rémunération soit régie par le droit privé ou par le droit public.

56 La Cour a reconnu l'existence d'une concession de services, notamment, dans des cas où la rémunération du prestataire provenait de paiements effectués par les usagers d'un parking public, d'un service de transport public et d'un réseau de télédistribution (voir arrêts Parking Brixen, précité, point 40; du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, point 16, et Coditel Brabant, précité, point 24).

57 Il en découle que, dans le cas d'un contrat portant sur des services, la circonstance que le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers répond à l'exigence d'une contrepartie, prévue à l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17.

58 Cette conclusion impose, néanmoins, que soit précisée la notion de «droit d'exploiter» comme «contrepartie de la prestation» figurant dans ladite disposition.

59 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que, lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation, ce mode de rémunération implique que le prestataire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question (voir, en ce sens, arrêts précités Parking Brixen, point 40; du 18 juillet 2007, Commission/Italie, point 34, et du 13 novembre 2008, Commission/Italie, point 29).

60 À ce sujet, les intéressés ayant présenté des observations ont adopté, à titre principal ou à titre subsidiaire, des positions divergentes.

61 Le WAZV Gotha soutient que le fait que le cocontractant assume le risque lié à l'exploitation, dans les conditions propres à l'affaire au principal, suffit à caractériser une concession de services.

62 Pour Stadtwirtschaft, WAL et le gouvernement tchèque, le cocontractant n'est pas tenu d'assumer l'intégralité de ce risque. Il suffirait qu'il prenne à sa charge une part majeure de celui-ci.

63 Le gouvernement allemand considère qu'une concession de services est constituée dès lors que le cocontractant assume un risque lié à l'exploitation qui n'est pas totalement insignifiant.

64 Eurawasser estime que, dans l'opération en cause au principal, il n'existe pas de risque significatif qui puisse être transféré au cocontractant par le pouvoir adjudicateur. Dès lors, il conviendrait de qualifier celle-ci de marché et non pas de concession.

65 La Commission fait observer que l'on doit être en présence d'un risque d'exploitation important, qui ne doit toutefois pas nécessairement correspondre au risque économique encouru habituellement sur un marché libre. Un marché de services dont le risque économique est réduit au minimum par les pouvoirs publics ne pourrait être qualifié de concession de services.

66 À cet égard, il y a lieu de relever que le risque est inhérent à l'exploitation économique du service.

67 Si le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'attribution de l'exploitation du service requiert l'application des formalités prévues par la directive 2004/17 en vue de la protection de la transparence et de la concurrence.

68 En l'absence complète de transfert au prestataire du risque lié à la prestation de service, l'opération visée constitue un marché de services (voir, en ce sens, arrêts du 27 octobre 2005, Contse e.a., C-234/03, Rec. p. I-9315, point 22, et du 18 juillet 2007, Commission/Italie, précité, points 35 à 37, ainsi que, par analogie, en ce qui concerne une concession

de travaux, arrêt du 13 novembre 2008, Commission/Italie, précité, points 30 et 32 à 35). Ainsi qu'il a été dit au point 51 du présent arrêt, dans ce dernier cas, la contrepartie ne consisterait pas dans le droit d'exploiter le service.

69 Les questions posées partent de la prémisse que la fourniture du service en cause au principal implique des risques économiques très limités même dans le cas où ledit service serait fourni par le pouvoir adjudicateur, et cela en raison de l'application de la réglementation propre au secteur d'activité concerné.

70 Or, selon certains arguments soumis à la Cour, pour que, dans de telles circonstances, l'opération en cause constitue une concession, il faudrait que le risque transféré du concédant au concessionnaire soit un risque important.

71 Ces arguments ne peuvent, dans l'absolu, être retenus.

72 Il est courant que certains secteurs d'activité, notamment les secteurs touchant à des activités d'utilité publique, tels que la distribution de l'eau et l'évacuation des eaux usées, fassent l'objet d'une réglementation pouvant avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus.

73 D'une part, les modalités de droit public auxquelles est soumise l'exploitation économique et financière du service facilitent le contrôle de l'exploitation de ce dernier et réduisent les facteurs susceptibles de porter atteinte à la transparence et de fausser la concurrence.

74 D'autre part, il doit demeurer loisible aux pouvoirs adjudicateurs, agissant en toute bonne foi, d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service public concerné, et cela même si le risque lié à l'exploitation est très limité.

75 Il ne serait pas, par ailleurs, raisonnable de demander à une autorité publique concédante de créer des conditions de concurrence et de risque économique plus élevées que celles qui, en raison de la réglementation applicable au secteur concerné, existent dans ce dernier.

76 Dans de telles situations, le pouvoir adjudicateur n'ayant aucune influence sur les modalités de droit public applicables à l'organisation du service, il est impossible à celui-ci d'introduire et, partant, de transférer des facteurs de risque qui sont exclus par ces modalités.

77 En tout état de cause, même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité, pour qu'il soit conclu à l'existence d'une concession de services, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt.

78 C'est à la juridiction nationale qu'il appartient d'apprécier s'il y a eu transfert de l'intégralité ou d'une part significative du risque encouru par le pouvoir adjudicateur.

79 À cette fin, les risques généraux résultant de modifications de réglementation intervenues au cours de l'exécution du contrat ne doivent pas être pris en compte.

80 Il convient, par conséquent, de répondre aux première et deuxième questions que le fait que, dans le cadre d'un contrat portant sur des services, le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers suffit pour que ce contrat soit qualifié de «concession de services», au sens de l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17, dès lors que le cocontractant prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service.

Sur la troisième question

81 Au vu de la réponse donnée aux première et deuxième questions, il n'y a pas lieu de répondre à la troisième question.

Sur les dépens

82 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 (troisième chambre) dit pour droit:

Le fait que, dans le cadre d'un contrat portant sur des services, le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers suffit pour que ce contrat soit qualifié de «concession de services», au sens de l'article 1er, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dès lors que le cocontractant prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service.

Signatures