CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. YVES BOT

présentées le 27 octobre 2009 [1]

1. Par le présent renvoi préjudiciel, le Landgericht Frankfurt am Main (Allemagne) s'interroge, en substance, sur la portée de l'obligation de transparence et sur les conséquences qu'il convient de tirer de sa violation dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services.

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant l'entreprise Wall AG [2] à la Stadt Frankfurt am Main (ville de Francfort-sur-le-Main) et à l'entreprise Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH [3] au sujet de l'exécution d'une concession pour l'exploitation, la maintenance et l'entretien de toilettes publiques sur le territoire de cette ville.

3. Cette affaire va permettre à la Cour de préciser les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut consentir à une modification du contrat de concession, au cours de son exécution, sans méconnaître la portée de l'obligation de transparence.

4. Elle va également offrir à la Cour l'opportunité de préciser les conditions dans lesquelles le respect de cette obligation s'impose à une entité à capital mixte constituée dans le cadre d'un partenariat public-privé.

5. Enfin, les questions posées par le Landgericht Frankfurt am Main permettront à la Cour de préciser les modalités du contrôle juridictionnel des décisions qui ont été adoptées dans le cadre des concessions de services. En particulier, la Cour devra examiner si, lorsque la juridiction nationale compétente constate la violation de l'obligation de transparence dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, le droit communautaire requiert des États membres qu'ils reconnaissent, dans le chef de leur juridiction nationale, un pouvoir d'injonction à l'égard des parties au contrat.

1 — Langue originale: le français.
2 — Ci-après la «requérante».
3 — Ci-après «FES».

I — Le cadre juridique communautaire

A — *Le droit primaire*

6. Le traité CE ne restreint pas la liberté des États membres de conclure des contrats de concession de services pour autant que les modalités d'octroi de ceux-ci soient compatibles avec les dispositions qui instaurent et garantissent le bon fonctionnement du marché unique.

7. Ainsi, comme tout acte étatique fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, l'octroi d'une concession doit respecter les principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement (article 43 CE) et de libre prestation des services (article 49 CE) et doit se soumettre aux règles interdisant toute discrimination en raison de la nationalité (article 12, premier alinéa, CE).

8. L'octroi d'une concession doit, en outre, respecter les principes que la Cour a dégagés sur la base de ces dispositions, et en particulier les principes d'égalité de traitement et de transparence dont nous expliquerons la portée ci-après. Si cette jurisprudence porte notamment sur le contentieux des contrats de marchés publics, il n'en demeure pas moins que les principes qui s'en dégagent ont une portée qui dépasse le simple cadre desdits contrats. Nous partons de la prémisse que ces principes sont également applicables à d'autres situations, et en particulier aux concessions.

B — *Le droit dérivé*

9. Au stade actuel du droit communautaire, les contrats de concession de services ne font l'objet d'aucune réglementation dérivée [4]. Néanmoins, les dispositions adoptées dans le cadre des directives en matière de passation des marchés publics permettent d'apprécier certaines modalités de passation de ce type de contrats.

1. La réglementation relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de services

10. La notion de «pouvoirs adjudicateurs» a tout d'abord été définie à l'article 1er, sous b),

4 — Actuellement, le droit communautaire dérivé ne contient que des règles applicables aux concessions de travaux passées dans les secteurs classiques.

de la directive 92/50/CEE [5]. Conformément à son huitième considérant, celle-ci s'applique aux «marchés publics de services» [6] et, de ce fait, exclut de son champ d'application les concessions de services. La directive 92/50 vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et tend à protéger les intérêts des opérateurs économiques qui souhaitent offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre [7].

11. L'article 1er, sous b), de cette directive définit la notion de «pouvoirs adjudicateurs» comme suit:

«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 — Directive 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»).

6 — Aux termes de l'article 1er, sous a), de cette directive, il s'agit de «contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur». Au sens de ladite directive, un marché public de services comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services.

7 — Arrêt du 1er février 2001, Commission/France (C-237/99, Rec. p. I-939, points 41 et 42 ainsi que jurisprudence citée).

[…]»

12. La notion de «concession de services» a ensuite été définie à l'article 1er, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE [8], qui refond l'ensemble des dispositions relatives à la passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux [9].

13. Aux termes de cette disposition, une concession de services est un «contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix».

14. En outre, cette directive reprend en des termes identiques, à son article 1er, paragraphe 9, la définition de la notion d'«organisme de droit public», visée à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50.

2. La directive 89/665/CEE

15. La directive 89/665/CEE [10] permet un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination dans le cadre de l'ouverture des marchés publics à la concurrence en obligeant les États membres à mettre en place des procédures de recours efficaces et rapides en cas de violation des dispositions des directives «marchés publics» [11]. Conformément à l'article 1er de cette directive, ces procédures doivent être accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

8 — Directive 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).

9 — Respectivement, en ce qui concerne les marchés publics de services, la directive 92/50; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures, la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976 (JO 1977, L 13, p. 1), et, en ce qui concerne les marchés publics de travaux, la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971 (JO L 185, p. 5), ci-après, ensemble, les «directives 'marchés publics'».

10 — Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50, ci-après la «directive 89/665». Cette directive a été modifiée en dernier lieu par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO L 335, p. 31).

11 — Alors que l'article 1er de la directive 89/665 visait uniquement les procédures de passation des marchés publics de travaux et de fournitures, la directive 2007/66 étend son champ d'application aux marchés publics de services.

16. Compte tenu de la brièveté des procédures de passation des marchés publics, lesdites procédures doivent, conformément à l'article 2 de la directive 89/665, permettre non seulement un traitement urgent des violations alléguées et l'adoption de mesures provisoires, mais également l'annulation des décisions illégales et l'indemnisation des personnes lésées. Cette disposition est rédigée comme suit:

«1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1[er] prévoient les pouvoirs permettant:

a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales […]

c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation.

[…]

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

[…]»

17. Ainsi que nous l'avons indiqué, la directive 89/665 a été modifiée par la directive 2007/66. Celle-ci tend à renforcer l'efficacité des procédures de recours nationales et précise les cas dans lesquels un contrat conclu en violation des règles de procédure de passation des marchés publics doit être dépourvu d'effets.

3. La directive 80/723/CEE

18. L'article 2 de la directive 80/723/CEE [12] est rédigé dans les termes suivants:

«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;

[…]

12 — Directive 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»).

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.»

II — Les faits et la procédure au principal

19. Nous résumerons de la manière suivante les faits qui semblent pertinents aux fins de notre raisonnement.

20. Le contrat en cause dans la présente affaire est un contrat de concession de services au sens de l'article 1er, paragraphe 4, de la directive 2004/18. Ce contrat a été conclu entre la Stadt Frankfurt am Main qui est considérée, en tant que collectivité territoriale, comme un «pouvoir adjudicateur» au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 92/50 et l'entreprise FES. Ledit contrat a pour objet l'exploitation, la maintenance et l'entretien de onze toilettes publiques situées sur le territoire de la Stadt Frankfurt am Main et comporte la reconstruction de deux toilettes publiques situées dans les gares de Rödelheim et de Galluswarte, ce qui constitue des services au sens de l'article 8 et de l'annexe I A de cette directive.

21. Le contrat en cause a été conclu pour une durée de seize ans. FES, qui est l'entrepreneur principal, n'est pas rémunérée par la Stadt Frankfurt am Main, mais perçoit une redevance versée par les usagers et dispose du droit d'exploiter, à titre exclusif, les supports des toilettes à des fins publicitaires. Ce mode de rémunération implique que FES prend en charge le risque d'exploitation des services en question.

22. Cette concession a été attribuée à FES sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse. Les offres remises par les entreprises, dont celles de FES et de la requérante, ont été évaluées au regard d'une pluralité de critères d'attribution énoncés dans l'appel d'offres. Ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, chacun de ces critères était pondéré et figure dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur était attribuée par la Stadt Frankfurt am Main [13].

23. Dans le cadre de son offre, FES a présenté la requérante comme étant sa sous-traitante en ce qui concerne les prestations publicitaires et la fourniture des modules de toilettes nécessaires à la réalisation des services concédés. Elle s'est notamment prévalue de la renommée mondiale et de l'expertise technique de celle-ci dans ces secteurs. La Stadt Frankfurt am Main a retenu l'offre de FES.

24. À la suite de la conclusion du contrat de concession les 20 et 22 juillet 2004, FES a invité la requérante ainsi que l'intervenante, la Deutsche Städte Medien GmbH [14], à présenter des offres le 5 janvier 2005, pour la fourniture de prestations publicitaires, et le 28 juillet

13 — Dans l'ordre: prétentions limitées en matière publicitaire (30 %), pertinence du projet de l'opérateur (toilettes publiques) (15 %), caractère plausible du projet publicitaire (10 %), pertinence du projet en matière de sécurité (10 %), facilité d'utilisation des toilettes publiques (10 %), utilité des toilettes publiques (10 %), intégration des toilettes publiques dans l'environnement urbain (5 %), esthétique des toilettes publiques (5 %) et incidence des toilettes publiques sur l'environnement (5 %).

14 — Cette entreprise n'est autre que la Ströer City-Marketing GmbH, sa principale concurrente dans l'obtention de la concession (ci-après «DSM»).

2005, pour la fourniture de modules de toilettes. Les offres de la requérante ont été écartées.

25. En application de l'article 30, IV, du contrat de concession, FES a demandé à la Stadt Frankfurt am Main de consentir au changement de sous-traitant. Cette dernière n'a présenté aucune objection et a, par ailleurs, précisé que, malgré ce changement, les standards décrits dans le cahier des charges seraient respectés.

26. Devant la juridiction nationale, la requérante reproche à la Stadt Frankfurt am Main d'avoir méconnu l'obligation de transparence en autorisant ledit changement, procédant ainsi à une modification essentielle du contrat de concession conclu avec FES.

III — Le renvoi préjudiciel

27. 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[[15]] 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 [susmentionnées] 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

15 — La juridiction de renvoi se réfère aux 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).

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 que

— 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?»

28. Des observations écrites et orales ont été fournies par les parties au principal, mais également par la Commission des Communautés européennes, l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ainsi que six États membres [16].

IV — L'objet des questions préjudicielles

29. Nous débuterons notre étude du présent renvoi préjudiciel par l'examen des troisième et cinquième questions préjudicielles, relatives à la portée de l'obligation de transparence.

30. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande à la Cour si une telle obligation impose au pouvoir adjudicateur une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque l'entrepreneur principal, auquel la concession a été attribuée, souhaite, pour l'exécution de celle-ci, recourir aux services d'un sous-traitant différent de celui dont il s'est prévalu lors de la remise de son offre. En outre, par sa cinquième question, la juridiction de renvoi se demande si un entrepreneur principal tel que FES, qui est constitué sous la forme d'une entité à capital mixte, peut également être qualifié de «pouvoir adjudicateur» au sens de la directive 92/50, soumis, en tant que tel, au respect de l'obligation de transparence.

31. Après l'examen de ces deux premières questions, nous poursuivrons notre analyse par l'étude des première, deuxième et quatrième questions préjudicielles qui concernent, en substance, les modalités du contrôle juridictionnel des décisions adoptées dans le cadre des concessions de services.

32. Ces trois dernières questions ne sont pertinentes que dans le cas où le juge national considérerait que la Stadt Frankfurt am Main et/ou FES ont compromis la transparence de la procédure en procédant à un changement de sous-traitant au cours de l'exécution du contrat de concession en cause.

V — Analyse

33. Avant d'entamer notre examen, il nous semble important de rappeler les grandes lignes de la jurisprudence relative à l'obligation de transparence. Bien que cette jurisprudence concerne en partie les marchés publics,

16 — Le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Finlande et, enfin, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

celle-ci a été élaborée à partir des principes du traité et nous semble donc pertinente pour l'application du droit communautaire aux concessions de services.

A — *Les grandes lignes de la jurisprudence relative à l'obligation de transparence*

34. Il ressort d'une jurisprudence constante que l'obligation de transparence constitue une expression concrète et spécifique du principe d'égalité de traitement.

35. La Cour considère depuis longtemps que ce principe appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire [17] dont le respect s'impose aux États membres dès lors qu'ils agissent dans le champ d'application du droit communautaire. Ledit principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée [18]. Il figure au nombre des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect [19].

36. En qualité de principe général du droit communautaire, le respect du principe d'égalité de traitement lie les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires. Par suite, ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire [20].

37. La Cour a eu l'occasion de préciser la portée du principe d'égalité de traitement dans le cadre des marchés publics dans les arrêts Commission/Danemark et Commission/Belgique [21], dont la jurisprudence a ensuite été transposée aux concessions de services [22].

38. Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises candidates. Le respect de ce principe doit

17 — Arrêt du 19 octobre 1977, Ruckdeschel e.a. (117/76 et 16/77, Rec. p. 1753, point 7).

18 — Voir, notamment, arrêts du 25 novembre 1986, Klensch e.a. (201/85 et 202/85, Rec. p. 3477, point 9), ainsi que du 12 décembre 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915, point 32 et jurisprudence citée).

19 — Arrêt Rodríguez Caballero, précité (point 32).

20 — Ibidem (point 30 et jurisprudence citée).

21 — Voir, respectivement, arrêts du 22 juin 1993, Commission/Danemark (C-243/89, Rec. p. I-3353, points 37 à 39), et du 25 avril 1996, Commission/Belgique (C-87/94, Rec. p. I-2043, notamment points 51 à 56). Voir, également, arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Rec. p. I-3801, point 108 et jurisprudence citée).

22 — Voir arrêt Parking Brixen, précité (point 48).

permettre de garantir une comparaison objective des offres et s'impose à tous les stades de la procédure. Tous les soumissionnaires, indépendamment de leur nationalité, doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres [23]. Autrement dit, les règles du jeu doivent être connues de tous les soumissionnaires potentiels et doivent s'appliquer à tous de la même manière.

39. Selon le juge communautaire, le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires implique l'absence de discrimination en raison de la nationalité et une obligation de transparence qui doit permettre à l'autorité publique concédante de s'assurer que ce principe est respecté [24].

40. La Cour a précisé la portée de l'obligation de transparence dans les arrêts précités Telaustria et Telefonadress ainsi que Parking Brixen. Selon le juge communautaire, cette obligation a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Ladite obligation consiste à garantir, en faveur de tous les soumissionnaires potentiels, un degré de publicité adéquat de la procédure d'adjudication permettant ainsi une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure. Elle implique également que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Cela doit permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière. Cela doit également permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier si les offres des soumissionnaires correspondent effectivement aux critères régissant le marché en cause [25].

41. Un examen de la jurisprudence de la Cour démontre le lien étroit existant entre l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement. La première vise à assurer l'effet utile du second en garantissant les conditions d'une concurrence saine. Puisque le principe d'égalité de traitement constitue, en tant que tel, un principe général du droit communautaire, le respect de l'obligation de transparence qui en constitue une expression concrète et spécifique s'impose aux États membres dans la même mesure.

23 — Voir arrêt Commission/Belgique, précité (points 54 à 56). Dans cette affaire, la Cour a ainsi reconnu que ledit principe s'oppose à ce qu'une entité adjudicatrice prenne en compte une modification apportée aux offres initiales d'un seul soumissionnaire, ce dernier étant avantagé par rapport à ses concurrents.

24 — Voir arrêts précités Commission/CAS Succhi di Frutta (point 109 et jurisprudence citée), ainsi que Parking Brixen (point 49 et jurisprudence citée).

25 — Arrêts précités Telaustria et Telefonadress (points 61 et 62), ainsi que Parking Brixen (point 111).

B — *Sur la portée de l'obligation de transparence*

1. Sur la portée ratione materiæ de l'obligation de transparence

42. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande à la Cour si l'obligation de transparence impose au pouvoir adjudicateur une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque l'entrepreneur principal, auquel la concession a été attribuée, souhaite, pour l'exécution de celle-ci, ne plus recourir aux services du sous-traitant présenté lors de la remise de l'offre.

43. Pour répondre à cette question, il nous semble important d'examiner la manière selon laquelle l'obligation de transparence doit s'appliquer compte tenu des caractéristiques propres de la concession de services. En effet, celle-ci présente des différences essentielles avec les marchés publics de services dans sa finalité et dans son mode d'exécution.

44. Quel que soit son degré de complexité et de sophistication, un marché public de services s'analyse généralement comme l'achat par une personne publique d'un service et vise une prestation ponctuelle fournie par une entreprise. En revanche, la concession de services est un mode de gestion déléguée d'un service public, par laquelle la personne publique confie à un prestataire extérieur à l'administration la gestion d'une activité d'intérêt général et la responsabilité de celle-ci vis-à-vis des usagers, et ce pour une durée significative. Le pouvoir adjudicateur, que ce soit une collectivité publique ou un organisme de droit public, cesse de gérer le service et transfère la responsabilité de son organisation au concessionnaire [26]. Celui-ci exploite le service à ses frais et prend en charge les risques d'exploitation y afférents, sa rémunération étant assurée par la perception d'une redevance versée par les usagers du service.

45. L'application du droit communautaire à ce mode de gestion contractuel d'un service d'intérêt général doit tenir compte de différents impératifs.

46. Au stade de la conclusion du contrat, il est nécessaire de concilier l'obligation de transparence avec la liberté importante dont dispose le pouvoir adjudicateur dans l'appréciation des offres et dans la détermination de celle qui est économiquement la plus avantageuse. L'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui apporte la meilleure réponse économique, au sens global du terme,

26 — Arrêt du 26 avril 1994, Commission/Italie (C-272/91, Rec. p. I-1409).

aux besoins exprimés par la collectivité publique, compte tenu des critères qui ont été retenus et de leur pondération. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir choisir le prestataire de services qui, par ses références, la qualité de son offre, la connaissance qu'il a du secteur et la confiance qu'il inspire, paraît lui apporter le maximum de garanties de bonne exécution du service. La spécificité de la concession de services autorise donc un choix du prestataire à partir d'une gamme de critères larges, privilégiant le critère de l'intuitu personæ. Cette liberté de choix ne signifie pas pour autant que l'attribution de la concession doive s'opérer de façon arbitraire et discriminatoire. Afin de prévenir la corruption et d'assurer une meilleure transparence de la vie économique et des procédures publiques, le juge a encadré ladite liberté en se fondant sur les principes régissant les procédures de passation des marchés publics. Ainsi, la liberté de négociation et de décision subsiste, mais elle doit s'exercer dans le respect d'une obligation préalable de publicité et de mise en concurrence permettant une sélection transparente du candidat et assurant une égalité de traitement entre les soumissionnaires [27].

47. Ensuite, au stade de l'exécution du contrat, il est nécessaire de concilier l'obligation de transparence avec l'intérêt du service public, qui exige, dans certaines circonstances, d'adapter et de modifier le contrat.

48. Comme nous l'avons indiqué, le concessionnaire prend en charge l'organisation du service ainsi que les risques d'exploitation y afférents. Compte tenu du caractère complexe et à long terme de la concession de services, le concessionnaire doit disposer de la marge de manœuvre suffisante pour s'adapter aux conditions du marché et aux changements qui peuvent intervenir dans l'environnement économique, technique ou juridique de la concession. Les contraintes imprévisibles et les incidents d'exécution qui sont inévitables dans les investissements de longue durée requièrent donc des parties une flexibilité particulière et un esprit de coopération. Les causes de renégociation des contrats sont donc multiples. Néanmoins, certaines peuvent être une source d'abus si elles conduisent à bouleverser l'économie du contrat, rendant illusoires la transparence de la procédure et la mise en concurrence préalable des soumissionnaires. Il est donc nécessaire d'apprécier si la modification envisagée constitue un simple avenant au contrat, justifié par des motifs légitimes, ou si elle aboutit finalement à la conclusion d'un nouveau contrat qui, conformément aux principes fondamentaux du droit communautaire, doit faire l'objet d'un degré de publicité adéquat et d'une nouvelle procédure de mise en concurrence.

27 — Ainsi que l'a relevé le Parlement européen, le respect de ces règles «peut constituer un instrument efficace pour prévenir les entraves inopportunes à la concurrence, en permettant dans le même temps aux pouvoirs publics de fixer eux-mêmes et de contrôler les conditions à remplir en termes de qualité, de disponibilité, de normes sociales et de protection de l'environnement» (résolution du Parlement européen sur le Livre vert sur les services d'intérêt général [P5_TA (2004)0018, point 32]).

49. Dans un arrêt Commission/France [28], la Cour a jugé que les modifications qui sont apportées à un contrat de marché public, pendant la durée de sa validité, constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elles «présentent des caractéristiques substantiellement différentes par rapport [aux négociations] déjà menées et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat» [29].

50. La Cour a précisé la portée de ce motif dans l'arrêt pressetext Nachrichtenagentur [30] en visant quatre hypothèses dans lesquelles ce type de modifications peut être considéré comme substantiel.

51. La première hypothèse est celle dans laquelle la modification introduit des conditions dans le contrat qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

52. La deuxième hypothèse est celle dans laquelle la modification étend le marché, dans une mesure importante, à des services qui n'étaient pas initialement prévus.

53. La troisième hypothèse vise une situation dans laquelle la modification change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

54. La quatrième hypothèse vise, enfin, la situation dans laquelle un nouveau cocontractant se substitue à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché. Cette modification constitue un changement de l'un des termes essentiels du marché public, à moins, selon la Cour, que cette «substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance».

55. Ainsi que nous l'avons indiqué, le contrat de concession de services conclu entre la Stadt Frankfurt am Main et FES autorise, à son article 30, IV, le changement de sous-traitant à la condition que le pouvoir adjudicateur consente à celui-ci. En l'occurrence, cette procédure a été respectée.

56. Dans la présente affaire, la question est donc de savoir si, malgré l'existence de cette clause et le respect de la procédure y afférente, le changement de sous-traitant constitue, au

28 — Arrêt du 5 octobre 2000 (C-337/98, Rec. p. I-8377).
29 — Points 44 et 46.
30 — Arrêt du 19 juin 2008 (C-454/06, Rec. p. I-4401, points 35 à 37 et 40).

sens de la jurisprudence communautaire, une modification de l'un des termes essentiels de la concession de services concernée.

57. Cette appréciation est délicate dans la mesure où la Stadt Frankfurt am Main a elle-même consenti à cette modification en considérant que les standards décrits dans le cahier des charges seraient respectés. Néanmoins, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles ce changement est intervenu, nous pensons que la juridiction nationale doit s'assurer que l'acte par lequel cette collectivité a autorisé cette modification n'aboutit pas à contourner le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence qui en découle.

58. Aux fins de cet examen, il nous semble important de rappeler les termes dans lesquels le concessionnaire peut recourir à la sous-traitance.

59. Compte tenu de la complexité et de la durée des contrats de concession, le concessionnaire peut décider de sous-traiter tout ou partie de l'exécution du contrat conclu avec le maître d'ouvrage. Il est admis que le choix du sous-traitant est un acte discrétionnaire relevant des prérogatives de l'entrepreneur. Cette liberté de choix est le corollaire de la règle selon laquelle le concessionnaire conserve l'entière responsabilité de l'exécution de la concession, le sous-traitant n'étant d'ailleurs lié qu'avec lui par un contrat qui, étant conclu entre deux personnes privées, est de droit privé.

60. Néanmoins, pour être régulière, la sous-traitance doit faire l'objet d'une acceptation par le pouvoir adjudicateur soit à l'occasion de la conclusion du contrat, soit au cours de l'exécution de celui-ci. C'est à cette occasion que le pouvoir adjudicateur vérifie les capacités techniques et économiques du sous-traitant [31].

61. Lorsque le sous-traitant est présenté lors de la remise de l'offre, c'est la notification de la concession qui emporte acceptation du sous-traitant. Généralement, le pouvoir adjudicateur peut refuser d'agréer une entreprise en qualité de sous-traitant lorsque celle-ci est, par exemple, dans une situation irrégulière sur le plan fiscal ou social ou qu'elle ne dispose pas des capacités suffisantes pour mener à bien l'exécution des prestations qui lui sont confiées.

31 — Voir arrêt du 18 mars 2004, Siemens et ARGE Telekom (C-314/01, Rec. p. I-2549, points 45 et 46), relatif à une procédure de passation d'un marché public.

62. La sous-traitance n'est pas limitée à celle annoncée lors de la remise de l'offre. Au cours de l'exécution du contrat, l'entrepreneur principal peut recourir à d'autres sous-traitants ou changer de sous-traitants pour des motifs légitimes tenant, par exemple, à la qualité effective de ses prestations ou à sa situation financière. Cela lui permet d'adapter ses prestations ou de se libérer, conformément aux dispositions du sous-traité, d'une entreprise qui ne donne pas satisfaction.

63. Lorsque le changement de sous-traitant est prévu dans les termes du contrat et que le pouvoir adjudicateur consent lui-même à cette modification, il est, en principe, difficile de soutenir que ce changement modifie, en soi, un terme essentiel de la concession et impose une nouvelle procédure de mise en concurrence.

64. En effet, en donnant son accord, le pouvoir adjudicateur considère que l'identité du sous-traitant n'est pas essentielle au vu de l'objet de la concession et que les prestations confiées à l'entrepreneur principal seront réalisées conformément au cahier des charges, indépendamment de cette modification. Une telle situation peut se rencontrer lorsqu'il existe, sur le marché en cause, de nombreuses entreprises offrant des prestations de nature et de qualité équivalentes.

65. En outre, lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit que certaines conditions de l'attribution du contrat peuvent être ajustées après le choix du concessionnaire et qu'il prévoit expressément dans le cahier des charges cette possibilité d'adaptation, de même que ses modalités d'application, alors toutes les entreprises intéressées à participer à la concession en ont connaissance dès le départ et se trouvent ainsi sur un pied d'égalité au moment de formuler leurs offres.

66. Néanmoins, cette modification du contrat de concession peut apparaître critiquable dans une situation telle que celle en cause au principal.

67. En effet, le changement de sous-traitant intervient sans motif légitime, après la conclusion du contrat et avant l'exécution des premières prestations, alors même que le concessionnaire s'est prévalu de la renommée et de l'expertise technique du sous-traitant lors de la remise de son offre.

68. Selon nous, une telle pratique, si elle est admise par le pouvoir adjudicateur, viole

l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. En agissant ainsi, le pouvoir adjudicateur soustrait l'offre de FES, telle qu'elle a été modifiée, à un examen sérieux et transparent des différentes candidatures, ce qui est susceptible de procurer à l'entreprise un avantage injustifié pour l'obtention du contrat.

69. Premièrement, il n'est pas exclu que la Stadt Frankfurt am Main ait préféré une offre autre que celle initialement présentée par FES si celle-ci ne s'était pas prévalue, au titre de la sous-traitance des prestations publicitaires, des nombreuses qualités de la requérante, une «partenaire […] performant[e] et expérimenté[e]», une «spécialiste du domaine publicitaire expérimentée et active dans le monde entier», dont les «produits [sont] modernes et esthétiques» [32].

70. Il ressort clairement de l'ordonnance de renvoi que c'est la présentation de la requérante comme sous-traitante qui a permis à FES d'obtenir le contrat de concession en cause. En effet, le choix en faveur de FES s'est opéré compte tenu de ses prétentions en matière publicitaire puisqu'elle a obtenu, au titre de ce critère d'attribution, 27,3 points, alors que sa principale concurrente, qui est intervenante dans la présente affaire, en a obtenu 20,1. En ce qui concerne les autres critères, la Stadt Frankfurt am Main a accordé autant de points, si ce n'est plus, à l'intervenante. Il résulte donc des documents à notre disposition que la présence de la requérante dans l'offre globale de FES a eu un caractère déterminant dans l'octroi de la concession.

71. Deuxièmement, le comportement de FES qui, après l'obtention du contrat de concession, poursuit les négociations relatives à la sous-traitance des prestations publicitaires et de la fourniture des modules de toilettes [33], pour en fin de compte écarter la requérante sans aucun motif légitime [34], fait apparaître son offre initiale, telle qu'acceptée par la Stadt Frankfurt am Main, comme une offre de façade dont l'économie globale n'avait d'autre but que d'évincer les concurrents sérieux afin d'obtenir la concession, mais avec la volonté, immédiatement manifestée, de l'exécuter ensuite dans des conditions économiques et techniques différentes de celles exposées dans l'offre et qui seules avaient été soumises à la concurrence.

72. Par conséquent, au vu de l'ensemble de ces éléments, tels qu'ils nous apparaissent au

32 — Ordonnance de renvoi, p. 5 et 6.

33 — Alors que le contrat de concession a été conclu avec la Stadt Frankfurt am Main les 20 et 22 juillet 2004, FES a invité la requérante et l'intervenante à présenter des offres pour les prestations publicitaires et pour la fourniture de modules de toilettes respectivement les 5 janvier et 28 juillet 2005. C'est à ce stade que la requérante a été écartée en tant que sous-traitante.

34 — En l'occurrence, nous ne voyons aucun élément dans le dossier permettant de penser que FES pouvait se prévaloir d'un motif légitime pour ne pas recourir aux services du sous-traitant qu'elle a présenté lors de la remise de son offre. Comme le relève le juge de renvoi, ce changement n'est pas compréhensible dans la mesure où la requérante a proposé à FES une rémunération annuelle largement supérieure à celle de l'intervenante.

travers de l'ordonnance de renvoi, nous pensons que ce changement de sous-traitant intervenu avant même l'exécution des premières prestations et sans qu'il ait été argué de la moindre difficulté d'ordre technique ou financière devait obligatoirement être précédé d'une nouvelle procédure de mise en concurrence. En autorisant un tel changement de sous-traitant sans avoir satisfait aux exigences de publicité et de mise en concurrence requises par le droit communautaire, la Stadt Frankfurt am Main a donc, selon nous, violé l'obligation de transparence.

73. En effet, même si, dans le cadre des concessions, les fonds publics sont effectivement moins engagés que dans le cadre des marchés publics, il n'en reste pas moins que la procédure de passation d'une concession de services doit garantir aux collectivités publiques ainsi qu'aux usagers la meilleure qualité de service, et ce sur la base d'une appréciation sérieuse et transparente des différentes candidatures, respectueuse du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

74. Si la juridiction de renvoi, au vu de l'ensemble des éléments du dossier, devait confirmer cette analyse des faits, il nous semble qu'elle devrait tirer toutes les conséquences qui s'imposent d'une telle violation.

75. Par conséquent, nous proposons à la Cour de répondre à la juridiction de renvoi que, lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, l'identité du sous-traitant est un élément essentiel sur lequel le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour attribuer la concession, l'obligation de transparence requiert des États membres qu'ils organisent une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque le concessionnaire souhaite procéder à un changement de sous-traitant avant même l'exécution des premières prestations et sans qu'il ait été avancé de raisons légitimes. Il appartient à la juridiction nationale compétente d'apprécier si le nom, la renommée et l'expertise technique du sous-traitant que FES a présenté lors de la remise de son offre ont été un élément essentiel sur lequel la Stadt Frankfurt am Main s'est fondée pour attribuer la concession à cette entreprise.

2. Sur la portée ratione personæ de l'obligation de transparence

76. Par sa cinquième question, la juridiction de renvoi demande si une entreprise telle que FES, eu égard à ses caractéristiques exposées dans la décision de renvoi, doit être considérée comme un «pouvoir adjudicateur» au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 92/50 ou comme une «entreprise publique» au sens de l'article 2 de la directive 80/723, qui, en tant que telle, serait soumise au respect de l'obligation de transparence lors de la passation d'une concession de services.

77. La juridiction de renvoi se réfère aux directives susmentionnées dans la mesure où, en ce qui concerne les concessions de services, aucun texte de droit dérivé n'a défini, avec précision, les entités sur lesquelles pèse l'obligation de transparence.

78. Nous pensons que l'absence d'une telle réglementation n'est pas préjudiciable dès lors que les principes qui ont été dégagés sur ce point dans le cadre des marchés publics peuvent, selon nous, être transposés aux concessions de services.

79. En effet, il nous semble important de retenir une définition uniforme de la notion de pouvoir adjudicateur, dans la mesure où cette notion est censée viser l'ensemble des entités publiques susceptibles de confier la prestation d'activités économiques à un tiers, et ce indépendamment du type de contrat conclu, que ce soit dans le domaine des marchés publics ou dans celui des concessions de services publics. À cet égard, il est intéressant de rappeler que le champ d'application de la directive 92/50 est déterminé non pas selon la nature de l'opération en cause, mais selon la personnalité de celui qui la propose, puisque tous les marchés passés par un pouvoir adjudicateur doivent être attribués en conformité avec les principes fixés par cette directive.

80. En revanche, la référence à la notion d'«entreprise publique» visée à l'article 2 de la directive 80/723, relative, nous le rappelons, à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, nous semble beaucoup moins pertinente. Compte tenu des éléments que nous allons indiquer dans le cadre de l'examen relatif à la notion d'organisme de droit public, la juridiction nationale pourra néanmoins apprécier, pour le cas où elle l'estimerait nécessaire, si une entreprise telle que FES est susceptible d'être qualifiée d'«entreprise publique» [35].

a) Sur la notion d'«organisme de droit public» au sens de la directive 92/50

81. Avant de rappeler les différentes conditions visées par la directive 92/50 pour qu'une entité soit qualifiée de «pouvoir adjudicateur», il est intéressant de relever, à titre liminaire, que FES est une entreprise d'économie mixte créée dans le cadre d'un partenariat public-privé [36]. La Stadt Frankfurt am Main détient 51 % des parts de cette entreprise.

35 — Les conditions visées à l'article 2 de la directive 80/723 pour qu'une entité soit qualifiée d'«entreprise publique» recoupent celles visées à l'article 1er de la directive 92/50 pour qu'une entité soit qualifiée de «pouvoir adjudicateur».

36 — Voir, à cet égard, le site Internet de l'entreprise: www.fes-frankfurt.de/profil (rubriques «profil» et «chronik»).

82. Cette affaire offre donc à la Cour l'opportunité de préciser si une telle entité est susceptible de constituer un «organisme de droit public» au sens de la directive 92/50, soumis, en tant que tel, au respect des principes fondamentaux du traité.

83. Avant d'entamer cet examen, il est nécessaire de préciser ce que recouvre la notion de partenariat public-privé.

84. Ce partenariat est un mécanisme associant un capital public normalement majoritaire à un capital privé minoritaire dans une structure juridique en principe soumise aux règles communes du droit commercial. Les partenaires publics et privés établissent ainsi une entité à capital mixte, qui peut prendre la forme d'une société d'économie mixte, en mesure d'exécuter des marchés publics ou de prendre en charge, dans le cadre d'une concession, un service public local. Ainsi que l'a relevé la Commission dans une communication récente [37], la caractéristique de cette coopération, le plus souvent à long terme, est le rôle dévolu au partenaire privé qui participe aux différentes phases du projet en cause (conception, exécution et exploitation), supporte des risques traditionnellement pris en charge par le secteur public et contribue souvent au financement du projet [38].

85. Il n'en reste pas moins que cette entité à capital mixte ne constitue pas, au sens de la jurisprudence de la Cour, une structure de gestion «interne» d'un service de la collectivité publique. Ainsi, lorsque le pouvoir adjudicateur attribue un marché public ou une concession à ce type d'entité, il doit respecter l'ensemble des règles applicables aux marchés publics et aux concessions, qu'elles découlent du traité ou du droit dérivé [39].

86. Il convient, à présent, d'examiner les différentes conditions visées à l'article 1er, sous b), de la directive 92/50 pour qu'une entité soit qualifiée d'«organisme de droit public».

87. Aux termes de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50, un organisme de droit public est un organisme qui doit être doté de la personnalité juridique, avoir été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général qui sont dépourvus de caractère industriel ou commercial et dont les activités, le financement ou les organes de direction sont sous la dépendance étroite de l'État, d'une collectivité

37 — Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), du 5 février 2008 [C(2007)6661].

38 — Page 2.

39 — Depuis son arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), relatif à l'attribution d'un marché public de services à une société d'économie mixte, la Cour a considéré que la participation d'une entreprise privée, fût-elle minoritaire, dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (point 49). Voir, également, arrêt ANAV, précité (points 30 à 32 et jurisprudence citée).

territoriale ou d'un autre organisme de droit public.

88. Ainsi que la Cour l'a jugé de manière constante, ces trois conditions ont un caractère cumulatif de sorte que, en l'absence d'une seule de ces conditions, un organisme ne saurait être qualifié d'«organisme de droit public» et, partant, de «pouvoir adjudicateur» au sens de la directive 92/50 [40].

89. En outre, eu égard à l'objectif que poursuivent les directives en matière de passation des marchés publics, la Cour considère que la notion d'organisme de droit public doit recevoir une interprétation fonctionnelle [41].

b) Sur l'examen des éléments constitutifs d'un organisme de droit public

90. En l'occurrence, la personnalité juridique de FES n'est pas contestée. Les doutes portent sur les deux autres exigences établies par la directive 92/50.

40 — Voir arrêt du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Rec. p. I-4779, point 48 et jurisprudence citée).

41 — Arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Rec. p. I-2339, point 37 et jurisprudence citée).

i) Sur la vocation de FES à satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général dépourvus de caractère industriel ou commercial

91. Il est constant, tout d'abord, que FES a bien été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général [42], puisqu'elle est chargée, depuis son origine, de la gestion et de l'élimination des déchets ainsi que du nettoyage urbain sur le territoire de la Stadt Frankfurt am Main [43]. Ces activités relèvent indéniablement de l'intérêt général. Ainsi que l'a déjà jugé la Cour dans l'arrêt BFI Holding [44], ces besoins font partie de ceux qui ne peuvent pas être totalement satisfaits par des entreprises privées dans la mesure où ils sont jugés nécessaires pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement, motif pour lequel l'État entend conserver à leur égard une influence déterminante [45].

92. Il importe maintenant de vérifier si de tels besoins d'intérêt général ont un caractère

42 — Selon une jurisprudence établie, il doit s'agir de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État ou une collectivité territoriale choisissent en général de satisfaire eux-mêmes ou à l'égard desquels ils entendent conserver une influence déterminante (arrêt Ing. Aigner, précité, point 40 et jurisprudence citée). La Cour a ainsi reconnu que tel est le cas de la fabrication d'imprimés officiels tels que les passeports, les permis de conduire ou les cartes d'identité (arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Rec. p. I-73), de l'entretien des forêts nationales (arrêt du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, Rec. p. I-8565), de la gestion d'une université (arrêt 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035) ou bien encore de la gestion d'un réseau public de télécommunication (arrêt Telaustria et Telefonadress, précité).

43 — Dans l'arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Rec. p. I-11617), la Cour a reconnu que l'organisme ne doit pas nécessairement avoir été chargé de cette mission dès l'origine.

44 — Arrêt du 10 novembre 1998 (C-360/96, Rec. p. I-6821).

45 — Points 51 à 53.

autre qu'industriel ou commercial. Cette question est, en revanche, plus délicate.

93. Il existe une jurisprudence abondante sur la manière dont il convient d'apprécier l'existence de ces besoins [46]. Selon la Cour, il est nécessaire de prendre en compte un ensemble d'éléments juridiques et factuels qui peuvent s'avérer pertinents, tels que les circonstances qui ont pu présider à la création de l'organisme concerné ou les conditions dans lesquelles il exerce son activité. À cet égard, la Cour précise qu'il importe de vérifier si cet organisme exerce ses activités dans des conditions normales de marché [47]. À cette fin, la Cour examine la situation de la concurrence sur le marché des produits et des services pour lesquels ledit organisme a été créé. Si l'existence d'une concurrence peut constituer un indice du fait qu'un besoin d'intérêt général revêt un caractère industriel ou commercial, cet indice n'est pas suffisant [48]. Il est encore nécessaire d'examiner si l'organisme poursuit un but lucratif, s'il supporte les pertes liées à l'exercice de son activité et s'il bénéficie d'un financement public pour l'exercice de l'activité en cause [49].

46 — Nous visons, en particulier, les arrêts du 10 mai 2001, Agorà et Excelsior (C-223/99 et C-260/99, Rec. p. I-3605); du 27 février 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931); du 22 mai 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, Rec. p. I-5321), et les arrêts précités BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. ainsi que Ing. Aigner.

47 — Arrêt Ing. Aigner, précité (point 41 et jurisprudence citée).

48 — Dans l'arrêt Adolf Truley, précité, la Cour a considéré que l'existence d'une concurrence développée ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (point 61).

49 — Arrêt Korhonen e.a., précité (points 55 à 59).

94. Nous ne disposons pas d'éléments suffisants dans le dossier pour apprécier avec justesse l'ensemble de ces circonstances. C'est à la juridiction de renvoi, qui seule possède une connaissance approfondie du dossier, qu'il appartiendra de les examiner. Nous indiquons néanmoins quelques éléments utiles.

95. En ce qui concerne les circonstances ayant présidé à la création de cet organisme, il nous semble important de tenir compte des particularités du marché de la collecte et du traitement des déchets qui est l'une des activités pour lesquelles FES a été créée.

96. Le marché de la collecte et du traitement des déchets a connu un essor considérable, en particulier avec le durcissement du cadre normatif relatif à la gestion, à la valorisation des déchets et à la prévention des nuisances pour l'environnement. Ce durcissement a eu pour conséquence directe d'augmenter les coûts de la collecte et du traitement des déchets, tout en rendant l'activité plus complexe et plus technique. Face à ces contraintes, les collectivités locales ont, pour une grande majorité d'entre elles, choisi de déléguer cette activité à des entreprises spécialisées qui ont pu profiter pleinement du développement de ce marché.

97. Ces éléments nous amènent à penser que la création de cette entité n'a donc pas été motivée par la recherche de bénéfices. Si ladite activité engendre, en réalité, des bénéfices importants, il n'en reste pas moins que la recherche de ces bénéfices ne constituait pas, en tous les cas, l'objectif principal de la création de FES. Lesdits éléments valent a fortiori pour les activités de nettoyage urbain, qui, contrairement aux activités de collecte et de traitement des déchets, donnent lieu à une valorisation moindre.

98. En ce qui concerne les conditions dans lesquelles FES exerce son activité, et en particulier l'état de la concurrence dans les secteurs de la collecte et du traitement des déchets ainsi que du nettoyage urbain, le juge de renvoi devrait examiner si FES évolue dans un marché concurrentiel sur lequel exercent de véritables concurrents ou si elle se trouve, au contraire, dans une situation de quasi-monopole de fait tenant, par exemple, à son statut d'«opérateur historique» [50] ou à l'existence de barrières à l'entrée sur le marché. L'absence de concurrence réelle n'est pas une condition nécessaire aux fins de la qualification de FES en tant qu'organisme de droit public, mais elle pourrait constituer un indice au soutien du fait que FES participe à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général dépourvu de caractère industriel ou commercial.

99. En outre, le fait que FES accomplisse, outre sa mission d'intérêt général, d'autres activités lucratives n'est pas pertinent pour la solution du litige au principal. En effet, la Cour juge que la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné. Si l'entreprise continue à se charger de ces besoins, alors la Cour juge sans pertinence le fait que l'entreprise exerce d'autres activités lucratives, et ce quelle que soit la part de ces activités dans le chiffre d'affaires global de l'entreprise [51].

100. Par ailleurs, si FES présente sur le plan juridique peu de différences avec une société anonyme détenue par des opérateurs privés dans la mesure où elle supporte les risques économiques liés à son activité et peut également être déclarée en faillite, il ressort de l'ordonnance de renvoi que la Stadt Frankfurt am Main ne permettrait pas qu'une telle situation se produise. Nous relevons, en outre, que cette collectivité perçoit auprès de ses administrés une taxe communale afin de financer les paiements versés à FES pour l'élimination des déchets et le nettoyage de la voirie.

50 — Nous précisons, d'après le site Internet de FES, que cette entreprise tire ses origines de l'Office municipal pour la gestion des déchets et le nettoyage urbain.

51 — Arrêts précités Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (points 25, 26 et 31); BFI Holding (points 55 et 56), ainsi que Ing. Aigner (point 47 et jurisprudence citée).

101. Au vu de ces éléments, nous serions donc enclin à penser que FES a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général dépourvus de caractère industriel ou commercial.

102. Néanmoins, afin de cerner la nature exacte des besoins pris en charge par cette entreprise, c'est à la juridiction de renvoi, qui seule dispose des éléments pertinents, qu'il appartient d'apprécier les conditions dans lesquelles FES exerce son activité et, en particulier, l'état de la concurrence dans les secteurs pour lesquels cette entreprise a été créée.

ii) Sur la condition relative à une dépendance étroite de l'organisme à l'égard de l'État, d'une collectivité territoriale ou d'autres organismes de droit public

103. Nous rappelons que, aux termes de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, de la directive 92/50, cette condition vise les trois critères alternatifs suivants:

— 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.

104. Il est constant que la Stadt Frankfurt am Main détient 51 % du capital de FES, soit la majorité de celui-ci. Si cette détention peut effectivement faire présumer d'une influence dominante de la collectivité publique sur l'entreprise, il n'est pas évident que cette influence se traduise dans les modalités de fonctionnement et de gestion de celle-ci.

105. Nous examinerons, tout d'abord, les modalités de gestion de cette entreprise dans la mesure où la Stadt Frankfurt am Main dispose d'un droit de veto à l'assemblée générale, qui, selon les modalités dans lesquelles il est exercé, est susceptible de conférer à la collectivité un contrôle de fait de la gestion de l'entreprise.

— Sur le critère relatif au contrôle de gestion de l'organisme concerné

106. En vertu d'une jurisprudence constante, ce critère vise le cas dans lequel un organisme se trouve dans une situation de dépendance à l'égard des pouvoirs publics, équivalente à celle qui existe lorsqu'un des deux autres critères alternatifs est rempli. Cette dépendance doit permettre aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de cet organisme en matière de marchés publics [52] ou, par analogie, en matière de concessions.

107. L'arrêt Adolf Truley, précité, constitue une illustration des cas dans lesquels la Cour juge que ce critère est satisfait. Dans cette affaire, l'office de contrôle de la collectivité publique était habilité à vérifier non seulement le bilan annuel de l'organisme concerné, mais également sa gestion en cours, sous l'angle de l'exactitude des chiffres, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité. Cet office était par ailleurs autorisé à visiter les locaux d'exploitation et les installations de cet organisme et pouvait rapporter les résultats de ces contrôles aux organes compétents ainsi qu'aux actionnaires de la société et à la collectivité. Selon la Cour, de telles prérogatives permettaient donc un contrôle actif de la collectivité publique sur la gestion dudit organisme.

52 — Voir arrêt Adolf Truley, précité (point 69 et jurisprudence citée).

108. Dans le cadre de la présente affaire, la juridiction de renvoi doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de fait ou de droit qui pourrait permettre à la Stadt Frankfurt am Main d'exercer une influence déterminante sur l'activité de FES. En l'occurrence, nous pensons qu'elle devrait s'intéresser aux modalités dans lesquelles cette collectivité exerce à l'assemblée générale de cette entreprise le droit de veto qui est attaché à son actionnariat majoritaire. À cet égard, la juridiction de renvoi doit examiner l'importance de ce droit en prenant en considération les décisions sur lesquelles il peut être appliqué et en examinant les éventuelles conditions restrictives à son utilisation.

109. En effet, si la collectivité ne peut pas imposer de décisions [53], il n'en reste pas moins qu'elle peut exercer un contrôle exclusif de FES si elle est en mesure de s'opposer aux décisions stratégiques de l'entreprise relatives à la politique commerciale de celle-ci, à la nomination des administrateurs, au budget ou au plan d'entreprise. Si la juridiction de renvoi démontre que la Stadt Frankfurt am Main peut, en exerçant son droit de veto, s'opposer à des décisions capitales pour la stratégie commerciale de FES et créer une situation de blocage du processus décisionnel de cette entreprise, alors la Stadt Frankfurt am Main dispose d'une influence déterminante sur la gestion de FES et, par conséquent, d'un contrôle de fait.

53 — Nous notons que l'assemblée générale de FES ne peut adopter de décision qu'à la majorité des trois quarts. Si la Stadt Frankfurt am Main détient 51 % du capital de cette entreprise, cette participation n'est donc pas suffisante pour lui permettre d'adopter seule des décisions dans le cadre de cette assemblée.

110. Dans ces conditions, afin de cerner la mesure exacte dans laquelle la gestion de FES est contrôlée par la Stadt Frankfurt am Main, il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si la collectivité publique peut exercer une influence déterminante sur la gestion de l'entreprise à travers le droit de veto qui lui est reconnu en tant qu'actionnaire majoritaire.

111. Au cas où le juge de renvoi estimerait que ce droit de veto ne permet pas à la Stadt Frankfurt am Main de contrôler la gestion de cette entreprise, il lui appartiendra d'examiner les deux autres critères.

— Sur le critère relatif au financement majoritaire par la collectivité territoriale

112. La Cour a précisé la portée de cette condition dans l'arrêt University of Cambridge, précité. Selon elle, seules les prestations qui financent ou soutiennent, au moyen d'une aide financière versée sans contre-prestation spécifique, les activités de l'entité concernée peuvent être qualifiées de «financement public». En revanche, les sommes que verse un pouvoir adjudicateur en contrepartie de prestations contractuelles ne relèvent pas de cette catégorie [54].

113. La Cour a également indiqué que le terme «majoritairement» doit être interprété comme signifiant «plus de la moitié» et que l'appréciation de ce pourcentage de financement public doit porter sur l'ensemble des revenus dont bénéficie l'organisme en question, y compris ceux résultant d'une activité commerciale, et que le calcul doit être opéré sur une base annuelle.

114. En l'occurrence, il ressort de l'ordonnance de renvoi que plus de la moitié du chiffre d'affaires annuel de FES provient des contrats synallagmatiques conclus avec la Stadt Frankfurt am Main pour la collecte et le traitement des déchets ainsi que pour le nettoyage urbain. Les sommes que verse cette collectivité sont donc la contrepartie des prestations contractuelles offertes par FES et ladite collectivité a bien entendu un intérêt économique à l'accomplissement de celles-ci. Si une telle relation contractuelle peut effectivement entraîner une dépendance de FES par rapport à la collectivité, cette dépendance a, selon la Cour, une autre nature que celle qui

54 — Points 21 et 24. Dans cette affaire, le financement public correspondait aux bourses destinées aux étudiants et aux subventions versées pour promouvoir les travaux de recherche de l'université, et non aux versements effectués par l'État en contrepartie de prestations de services accomplies par l'université.

résulte d'une simple prestation de soutien et doit être assimilée à celle existant dans le cadre de relations commerciales normales [55].

115. Au vu de ces éléments, il nous semble que les versements effectués par la Stadt Frankfurt am Main à FES ne constituent donc pas un financement public au sens de la jurisprudence précitée.

— Sur le critère relatif à la composition de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance

116. L'ordonnance de renvoi ne précise pas la composition et le mode de désignation des membres du conseil d'administration et des membres de la direction de FES. La juridiction de renvoi nous indique seulement que la Stadt Frankfurt am Main nomme un quart des membres du conseil de surveillance, ainsi que le président de celui-ci qui dispose, en cas d'égalité des votes, d'une voix prépondérante [56]. Cela n'est donc pas suffisant pour permettre de satisfaire ce critère.

117. Au vu de l'ensemble de ces éléments, nous pensons qu'une entité à capital mixte, telle que FES, créée dans le cadre d'un partenariat avec la Stadt Frankfurt am Main, constitue un «organisme de droit public» au sens de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 lorsqu'il est démontré, d'une part, que cette entité satisfait à des besoins d'intérêt général qui sont dépourvus de caractère industriel ou commercial et, d'autre part, que sa gestion et sa direction sont sous la dépendance étroite de la collectivité publique.

118. Ladite entité répond à des besoins d'intérêt général au sens de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 92/50 lorsqu'elle se charge de la collecte et du traitement des déchets ainsi que

55 — Arrêt University of Cambridge, précité (point 25).

56 — Ce conseil, comme son nom l'indique, a pour mission de contrôler et de surveiller la gestion de la société. Très souvent, le conseil de surveillance peut assurer un contrôle d'opportunité comme de régularité, en opérant, notamment, les vérifications qu'il juge opportunes ou en présentant à l'assemblée générale ses observations sur les comptes annuels de la société. Il peut également disposer de pouvoirs particuliers lui permettant, par exemple, de nommer des membres du directoire ou son président, ou encore d'autoriser la cession de participations. Le président du conseil de surveillance assume généralement deux types de fonctions tenant généralement à la convocation du conseil et à la surveillance des débats. Le rôle et les fonctions du conseil de surveillance sont précisés par la loi et codifiés dans les statuts de la société dont nous ne disposons pas (voir Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F., *Droit des sociétés*, 17e édition, Litec, Paris, 2004, p. 286 et 287).

du nettoyage urbain sur le territoire de la collectivité publique. Afin d'évaluer si ces besoins sont dépourvus de caractère industriel ou commercial, il appartiendra à la juridiction nationale compétente d'apprécier les conditions dans lesquelles FES exerce son activité, et en particulier l'état de la concurrence dans ces secteurs.

119. Une telle entité est sous la dépendance étroite de la collectivité publique au sens de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, de la directive 92/50 lorsque sa gestion et ses organes de direction, d'administration ou de surveillance sont contrôlés par cette dernière. Afin de cerner la mesure exacte dans laquelle la gestion de FES est contrôlée par la Stadt Frankfurt am Main, il appartiendra à la juridiction nationale compétente d'apprécier si la collectivité publique peut, à travers le droit de veto dont elle dispose à l'assemblée générale ou à travers la composition desdits organes de l'entreprise, assurer un contrôle actif sur la gestion de cette entité et influencer, de la même manière, ses décisions en matière de passation des concessions de services.

C — Sur le pouvoir d'injonction du juge national en cas de violation de l'obligation de transparence

120. Par ses première et quatrième questions, le Landgericht Frankfurt am Main interroge la Cour sur les modalités du contrôle juridictionnel des décisions qui ont été adoptées dans le cadre des concessions de services. En particulier, la juridiction de renvoi se demande si, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, le droit communautaire requiert des États membres qu'ils reconnaissent, dans le chef de leur juridiction nationale, un pouvoir d'injonction à l'égard des parties qui ont conclu un contrat de concession en violation de l'obligation de transparence.

121. Dans la présente affaire, la requérante ne conteste pas la décision par laquelle la Stadt Frankfurt am Main a attribué la concession de services à FES. En revanche, elle conteste la décision par laquelle l'administration a autorisé, sur le fondement de l'article 30, IV, du contrat de concession, le changement de sous-traitant au cours de l'exécution de ce contrat. Selon la requérante, en agissant ainsi, la Stadt Frankfurt am Main aurait méconnu l'obligation de transparence en procédant à une modification essentielle dudit contrat sans avoir satisfait aux exigences de publicité et de mise en concurrence requises par le droit communautaire.

122. Ce contentieux ne vise donc pas la formation du contrat de concession, mais son exécution. Par son action, la requérante demande au juge national de prévenir une nouvelle violation de l'obligation de transparence en enjoignant à l'administration de ne pas autoriser de changement de sous-traitant

en ce qui concerne la fourniture et l'entretien des toilettes publiques qui devront être installées dans les gares de Kornmarkt, de Galluswarte et de Rödelheim. De la même façon, elle lui demande d'enjoindre à FES de ne pas conclure de nouveau contrat de sous-traitance portant sur les prestations susvisées. Afin de régulariser les conditions d'exécution de la concession de services, la requérante demande également au juge national d'enjoindre à l'administration et, le cas échéant, à FES de résilier les contrats conclus en violation de l'obligation de transparence.

123. Afin de répondre aux questions posées par le juge de renvoi, il est nécessaire de rappeler les termes dans lesquels la juridiction nationale est tenue d'assurer la protection des droits que les justiciables tirent du droit communautaire.

1. Remarques liminaires

124. En l'état actuel de son développement, le droit communautaire ne réglemente pas la manière dont les États membres doivent assurer l'exécution des décisions de justice et sanctionner les violations à l'obligation de transparence qui ont été commises dans le cadre de l'exécution d'une concession de services. Afin d'apprécier la mesure dans laquelle les États membres sont donc tenus de reconnaître un pouvoir d'injonction à leurs juges nationaux, il est nécessaire de se référer aux principes qui gouvernent l'ordre juridique communautaire, et en particulier au principe de primauté du droit communautaire et à celui de l'autonomie procédurale des États membres.

125. Le principe de primauté du droit communautaire commande aux États membres de sanctionner de façon effective les manquements à l'obligation de transparence commis dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services.

126. En effet, nous rappelons que l'obligation de transparence constitue une expression concrète et spécifique d'un principe général de droit dont le respect s'impose aux États membres dès lors qu'ils agissent dans le champ d'application du droit communautaire. Une telle obligation crée, dans le chef des justiciables, des droits qui doivent pouvoir faire l'objet d'une protection juridictionnelle effective de la part du juge national. Ce dernier doit donc être en mesure de garantir la pleine exécution de sa décision de justice et doit pouvoir adopter des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives afin d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire.

127. Cela est notre postulat de départ.

128. En revanche, en l'absence de réglementation communautaire, nous pensons qu'il est conforme au principe de l'autonomie procédurale des États membres de laisser à ces derniers le soin de fixer les pouvoirs dont doit disposer le juge national pour assurer l'exécution de ses décisions juridictionnelles et sanctionner les violations à l'obligation de transparence lors de la passation d'un contrat de concession. Un tel renvoi aux règles de procédure nationales des États membres qui devraient, bien entendu, respecter les principes d'équivalence et d'effectivité, nous semble plus conforme à la jurisprudence constante de la Cour qui est respectueuse de l'autonomie procédurale des États membres.

129. Il résulte de cette jurisprudence que, en l'absence de réglementation communautaire, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, étant entendu que ces modalités ne sauraient être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) [57].

57 — Arrêt du 15 avril 2008, Impact (C-268/06, Rec. p. I-2483, points 44 et 46 à 48 ainsi que jurisprudence citée).

130. C'est à la lumière de ces considérations qu'il y a lieu de répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi.

2. Appréciation

131. Par ses première, deuxième et quatrième questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, à la Cour si l'obligation de transparence doit être interprétée en ce sens que les États membres sont tenus de reconnaître au juge national un pouvoir d'injonction à l'égard des parties à un litige, afin d'assurer le respect de cette obligation. La juridiction de renvoi interroge également la Cour sur le point de savoir si le juge national est tenu d'enjoindre aux parties de résilier le contrat conclu en violation de ladite obligation [58].

58 — Cette quatrième question préjudicielle est formulée de telle manière que nous ignorons si le contrat visé par le juge de renvoi est le contrat de concession de services conclu entre la Stadt Frankfurt am Main et FES ou le contrat de sous-traitance conclu par la suite entre le concessionnaire et DSM. En effet, il ressort de l'ordonnance de renvoi que la requérante ne conteste pas la décision par laquelle la Stadt Frankfurt am Main a attribué la concession de services à FES. Elle ne demande donc pas la résiliation du contrat de concession conclu avec cette dernière entreprise. En revanche, la requérante conteste la décision par laquelle la Stadt Frankfurt am Main a autorisé, sur le fondement de l'article 30, IV, du contrat de concession, le changement de sous-traitant. Par son action devant le juge national, la requérante vise, en substance, à priver d'effet le contrat de sous-traitance conclu entre FES et DSM. Quant à la juridiction de renvoi, elle soutient dans son ordonnance que la Stadt Frankfurt am Main était tenue de résilier le contrat de concession de services à la modification duquel elle avait consenti. Dans le doute, nous considérerons que cette question vise les deux hypothèses.

132. Le pouvoir d'injonction est la possibilité donnée au juge d'enjoindre à une partie de faire ou de ne pas faire tel acte qu'il détermine, éventuellement sous la sanction d'une astreinte. Le juge saisi d'un litige peut ainsi donner l'ordre à un particulier ou à l'administration de prendre une mesure dans un sens déterminé lorsque le jugement implique nécessairement que l'une des parties au litige prenne cette mesure. Ce pouvoir constitue un instrument utile pour assurer l'exécution des décisions de justice et pour faire face aux difficultés et au refus d'exécution de la chose jugée.

133. Le principe selon lequel le juge national peut adresser une injonction ne fait l'objet d'aucune réglementation communautaire à l'heure actuelle. En outre, ce principe n'est pas appliqué de façon uniforme dans les États membres, notamment lorsque l'injonction est adressée à l'administration.

134. En Allemagne, comme au Royaume-Uni, ce pouvoir d'injonction du juge à l'égard de l'administration est acquis. Le juge allemand dispose d'un pouvoir général d'injonction à l'égard de l'administration. De même, le juge britannique peut adresser des injonctions de faire ou de ne pas faire à l'égard de toutes les administrations, à l'exception du gouvernement et de ses collaborateurs immédiats. La question a été plus longtemps discutée par le juge administratif français en raison d'une conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs. Cette conception fait aujourd'hui l'objet de nombreuses exceptions depuis l'adoption de la loi du 8 février 1995 [59].

135. Comme nous l'avons indiqué, en l'état actuel du droit communautaire, c'est dans le cadre de leur ordre juridique interne et conformément aux principes d'effectivité et d'équivalence que les États membres doivent déterminer la nécessité et, le cas échéant, les conditions dans lesquelles le pouvoir d'injonction doit être reconnu. Dans cette mesure, les États membres doivent se fonder sur les principes qui sont à la base de leur système juridictionnel national. Ils doivent examiner la mesure dans laquelle ce pouvoir d'injonction s'insère dans l'ensemble des voies de droit existantes et doivent tenir compte des pouvoirs qui sont déjà conférés au juge national. Dans le cadre de cette appréciation, les États membres doivent être soucieux de garantir la pleine exécution des décisions de justice qui ont été rendues quant à l'existence des droits invoqués sur le fondement du droit communautaire. En poursuivant cet objectif, les États membres doivent tendre à garantir la pleine efficacité du droit communautaire et à assurer la protection des droits qu'il confère aux justiciables.

59 — Loi nº 95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (JORF du 9 février 1995). Voir articles L-911-1 à L-911-3 du code de justice administrative.

136. À cet égard, enjoindre la résiliation du contrat, si elle n'est pas commandée par le droit communautaire, peut apparaître comme la sanction la mieux à même d'assurer l'efficacité du droit communautaire et la protection des droits des justiciables. Cela peut notamment être le cas lorsqu'il s'agit d'une violation particulièrement grave des dispositions du droit communautaire, comme celles exigeant une publicité adéquate ou une mise en concurrence préalable des soumissionnaires. À cet égard, nous pouvons nous inspirer des dispositions que le législateur communautaire a adoptées dans ce cadre, à l'article 2 quinquies inséré par la directive 2007/06 [60].

137. Dans son ordonnance de renvoi, le Landgericht Frankfurt am Main soutient que la Stadt Frankfurt am Main était tenue de résilier le contrat de concession de services à la modification duquel elle avait consenti.

138. Pour soutenir son point de vue, la juridiction de renvoi fait valoir que les principes dégagés par le législateur communautaire à l'article 2 de la directive 89/665 et réaffirmés par la Cour dans l'arrêt Commission/Allemagne [61] sont applicables par analogie aux procédures de passation des concessions de services.

139. Dans cet arrêt, la Cour, saisie sur le fondement de l'article 228 CE, a condamné la République fédérale d'Allemagne pour ne pas avoir résilié un contrat relatif à l'élimination des déchets de la ville de Brunswick (Allemagne), conclu en méconnaissance de la directive 92/50. La République fédérale d'Allemagne s'est fondée sur les dispositions de l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la directive 89/665 pour soutenir que les réparations dont pouvaient bénéficier les entreprises lésées suffisaient à sanctionner le manquement commis par le pouvoir adjudicateur. La Cour n'a pas suivi ce raisonnement. Selon elle, cette disposition règle le rapport existant entre un État membre et ses ressortissants, mais elle ne règle pas la relation entre un État membre et la Communauté et ne permet donc pas à celui-ci d'échapper à sa propre responsabilité en droit communautaire. En maintenant les effets du contrat en cause, le manquement de la République fédérale d'Allemagne a donc perduré et l'atteinte à la libre prestation des services risquait de subsister pendant toute la durée d'exécution de celui-ci. Selon la Cour, la

60 — En vertu de cette disposition, un marché doit être déclaré en tout ou en partie dépourvu d'effets lorsqu'il a été conclu sans qu'un avis de marché ait été préalablement publié au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou lorsque le soumissionnaire lésé n'a pas eu la possibilité d'engager un recours précontractuel ou dans le cas très particulier des marchés fondés sur un accord-cadre ou sur un système d'acquisition dynamique visés par la directive 2004/18. L'article 2 sexies inséré par la directive 2007/66 permet néanmoins aux États membres de prévoir des sanctions de substitution, compte tenu notamment de la gravité de la violation, du comportement du pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, de la portée de l'annulation des obligations contractuelles. Il peut s'agir de pénalités financières ou d'un abrègement de la durée du marché.

61 — Arrêt du 18 juillet 2007 (C-503/04, Rec. p. I-6153, points 29 à 36).

résiliation du contrat s'imposait donc non seulement pour garantir la pleine exécution d'un arrêt constatant un manquement, mais également pour assurer le respect du droit communautaire.

140. Contrairement à la juridiction de renvoi, nous ne pensons pas que les principes dégagés dans le cadre du contentieux des marchés publics soient purement et simplement transposables au contentieux des concessions de services, et ce pour deux raisons.

141. Premièrement, nous rappelons que les États membres n'ont pas souhaité légiférer en ce qui concerne la procédure de passation des concessions de services, et ce contrairement aux nombreux textes qui ont été adoptés dans le cadre de la passation des marchés publics. Nous ne pouvons donc pas faire fi de l'absence de réglementation communautaire en la matière et appliquer, par analogie, les règles précises et contraignantes visées dans la directive 89/665.

142. Deuxièmement, il nous semble délicat d'apprécier de la même façon les conséquences qu'il convient de tirer d'un manquement à l'obligation de transparence selon qu'il s'agit d'un marché public ou d'une concession de services publics. En effet, dans le cas de cette dernière, les sanctions ne doivent pas avoir seulement pour objet d'assurer le respect de la légalité ou de sanctionner un comportement fautif du pouvoir adjudicateur. Elles ont aussi et peut-être surtout pour objet d'assurer le bon fonctionnement des services publics et de préserver l'intérêt général à la satisfaction duquel le contrat concourt.

143. Ainsi, l'injonction, si elle doit notamment assurer la pleine efficacité du droit communautaire, devrait pouvoir faire l'objet d'une appréciation au cas par cas par le juge national. L'objet de celle-ci devrait être apprécié compte tenu de tous les aspects pertinents d'une affaire, tels que le comportement du pouvoir adjudicateur, la nature de l'illégalité commise et l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés, en particulier l'intérêt général.

144. Dans le cadre de la présente affaire, le principe selon lequel le juge national peut adresser une injonction est acquis en Allemagne. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que le juge national peut exercer ce pouvoir en vertu de l'article 1004, paragraphe 1, du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch, ci-

après le «BGB») [62], dans deux types de situations:

— lorsqu'une personne est lésée en raison d'une atteinte à des intérêts protégés par la loi, tels que la vie, l'intégrité corporelle et la personnalité, la santé, la liberté et la propriété, ou

— lorsqu'une personne est lésée en raison de la violation d'une «loi visant à protéger autrui» au sens de l'article 823, paragraphe 2, du BGB.

145. Dans le cadre du présent litige, il incombera au juge de renvoi de vérifier si le droit procédural national, et, en l'occurrence, l'article 823, paragraphe 2, du BGB, permet à la juridiction compétente d'adresser à l'administration une injonction lorsque celle-ci a violé l'obligation de transparence et de lui enjoindre de résilier le contrat conclu avec FES et de ne plus consentir à un changement de sous-traitant [63].

146. À cette fin, il lui appartiendra, premièrement, d'apprécier si cette obligation constitue, au sens de ladite disposition, une «loi visant à protéger autrui». Ainsi que l'a expliqué le juge de renvoi dans les motifs de sa deuxième question préjudicielle, tel sera le cas si ladite obligation constitue un principe du droit coutumier.

147. Nous rappelons à la juridiction de renvoi que l'obligation de transparence est une expression du principe général d'égalité de traitement. Ce dernier appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire et trouve directement sa source dans les dispositions du traité [64]. Il crée des droits au profit des particuliers et s'impose à toutes les autorités des États membres lorsqu'elles mettent en œuvre le droit communautaire. Par la suite, celles-ci sont tenues, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ce droit dans des conditions qui ne méconnaissent pas les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Dans le cadre de la présente

62 — Cette disposition est rédigée comme suit:
«Si l'atteinte à la propriété résulte d'une cause autre que la dépossession ou la rétention, le propriétaire peut demander à l'auteur du trouble de mettre fin à l'atteinte en question. Si une nouvelle atteinte à la propriété est à craindre, le propriétaire peut engager une procédure d'injonction.»
Il ressort de l'ordonnance de renvoi que ladite disposition a été appliquée par analogie à d'autres atteintes (et, en particulier, aux atteintes portées à la vie, à l'intégrité corporelle, à la personnalité, à la santé et à la liberté) et à certains comportements illégaux.

63 — Voir, notamment, arrêts Rodríguez Caballero, précité (point 30 et jurisprudence citée); du 27 février 2003, Santex (C-327/00, Rec. p. I-1877, points 62 et 63), ainsi que du 13 mars 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271, point 44).

64 — Voir arrêt Parking Brixen, précité (points 48 et 49).

affaire, la juridiction nationale sera donc tenue d'interpréter, dans toute la mesure du possible, les règles nationales reconnaissant au juge un pouvoir d'injonction de manière à assurer la pleine efficacité du droit communautaire et à garantir la protection des droits que la requérante tire de celui-ci.

148. Si la juridiction de renvoi considère que l'obligation de transparence constitue bien, au sens de l'article 823, paragraphe 2, du BGB, une «loi visant à protéger autrui», celle-ci devra alors s'assurer que les conditions dans lesquelles le juge national peut adresser une injonction en cas de violation de l'obligation de transparence sont équivalentes à celles prévues dans le cadre d'un litige fondé sur la méconnaissance du droit interne. Il lui appartiendra également de s'assurer que ces modalités ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

149. Dans le cadre du présent litige, l'objectif est de garantir la pleine efficacité du droit communautaire en sanctionnant de façon effective les manquements à l'obligation de transparence et en prévenant une violation imminente de celle-ci par une nouvelle application abusive de la clause de sous-traitance figurant à l'article 30, IV, du contrat de concession.

150. C'est compte tenu de cet objectif qu'il appartiendra au juge de renvoi d'apprécier s'il y a lieu d'enjoindre à la Stadt Frankfurt am Main et, le cas échéant, à FES de résilier les contrats conclus en violation du droit communautaire. À cet égard et ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, le Landgericht Frankfurt am Main soutient que la violation de l'obligation de transparence est susceptible de constituer un motif sérieux de résiliation du contrat de concession, au sens de l'article 314 du BGB [65].

151. C'est également compte tenu de cet objectif qu'il lui appartiendra d'apprécier s'il y a lieu d'enjoindre à l'administration ainsi qu'à FES de ne pas procéder, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, à un changement de sous-traitant en ce qui concerne la fourniture et l'entretien des toilettes publiques qui devront être installées dans les gares de Kornmarkt, de Galluswarte et de Rödelheim.

152. Par conséquent, nous proposons à la Cour de répondre à la juridiction de renvoi que, lorsque la juridiction nationale compétente constate la violation de l'obligation de

65 — Aux termes de cette disposition, «[c]haque partie peut, pour un motif sérieux, résilier un contrat à durée indéterminée sans être tenue de respecter un délai de préavis. Il y a motif sérieux lorsque, eu égard aux circonstances de l'espèce et après avoir mis en balance les intérêts des deux parties, il ne peut pas être raisonnablement attendu de la partie qui résilie qu'elle maintienne la relation contractuelle jusqu'au terme convenu ou jusqu'à l'expiration d'un délai de préavis».

transparence dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, le droit communautaire, en l'état actuel, ne requiert pas des États membres la reconnaissance au profit de cette juridiction d'un pouvoir d'injonction à l'égard des parties au litige. Il appartient à l'ordre juridique interne de chacun des États membres de définir, en conformité avec les principes communautaires d'équivalence et d'effectivité, les modalités procédurales permettant au juge national compétent d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire et la pleine exécution de la décision de justice qui a été rendue quant à l'existence des droits invoqués sur le fondement de celui-ci.

VI — Conclusion

153. Au vu des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles posées par le Landgericht Frankfurt am Main:

«1) Lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, l'identité du sous-traitant est un élément essentiel sur lequel le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour attribuer la concession, l'obligation de transparence requiert des États membres qu'ils organisent une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque le concessionnaire souhaite procéder à un changement de sous-traitant avant même l'exécution des premières prestations et sans qu'il ait été avancé de raisons légitimes. Il appartient à la juridiction nationale compétente d'apprécier si le nom, la renommée et l'expertise technique du sous-traitant que la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH a présenté lors de la remise de son offre ont été un élément essentiel sur lequel la Stadt Frankfurt am Main s'est fondée pour attribuer la concession à cette entreprise.

2) Une entité à capital mixte, telle que la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, créée dans le cadre d'un partenariat avec la Stadt Frankfurt am Main, constitue un 'organisme de droit public' au sens 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, telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001, lorsqu'il est démontré, d'une part, que cette entité satisfait à des besoins d'intérêt général qui sont dépourvus de caractère industriel ou commercial et, d'autre part, que sa gestion et sa direction sont sous la dépendance étroite de la collectivité publique.

Ladite entité répond à des besoins d'intérêt général au sens de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 92/50, telle que modifiée, lorsqu'elle se charge de la collecte et du traitement des déchets ainsi que du nettoyage urbain sur le territoire de la collectivité publique. Afin d'évaluer si ces besoins sont dépourvus de caractère industriel ou commercial, il appartiendra à la juridiction nationale compétente d'apprécier les conditions dans lesquelles la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH exerce son activité et, en particulier, l'état de la concurrence dans ces secteurs.

Une telle entité est sous la dépendance étroite de la collectivité publique au sens de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, de la directive 92/50, telle que modifiée, lorsque sa gestion et ses organes de direction, d'administration ou de surveillance sont contrôlés par cette dernière. Afin de cerner la mesure exacte dans laquelle la gestion de la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH est contrôlée par la Stadt Frankfurt am Main, il appartiendra à la juridiction nationale compétente d'apprécier si la collectivité publique peut, à travers le droit de veto dont elle dispose à l'assemblée générale ou à travers la composition desdits organes de l'entreprise, assurer un contrôle actif sur la gestion de cette entité et influencer, de la même manière, ses décisions en matière de passation des concessions de services.

3) Lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, la juridiction nationale compétente constate la violation de l'obligation de transparence, le droit communautaire, en l'état actuel, ne requiert pas des États membres la reconnaissance au profit de cette juridiction d'un pouvoir d'injonction à l'égard des parties au litige. Il appartient à l'ordre juridique interne de chacun des États membres de définir, en conformité avec les principes communautaires d'équivalence et d'effectivité, les modalités procédurales permettant au juge national compétent d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire et la pleine exécution de la décision de justice qui a été rendue quant à l'existence des droits invoqués sur le fondement de celui-ci.»