Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

13 juin 2013 *

«Marchés publics ? Directive 2004/18/CE ? Notion de ‘marché public’ ? Article 1er, paragraphe 2, sous a) ? Contrat conclu entre deux collectivités territoriales ? Transfert par une entité de la charge de nettoyage de certains de ses locaux à l’autre entité moyennant une compensation financière»

Dans l’affaire C-386/11,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par l’Oberlandesgericht Düsseldorf (Allemagne), par décision du 6 juillet 2011, parvenue à la Cour le 20 juillet 2011, dans la procédure

Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG

contre

Kreis Düren,

en présence de:

Stadt Düren,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. T. von Danwitz, président de chambre, MM. A. Rosas, E. Juhász, D. Šváby (rapporteur) et C. Vajda, juges,

avocat général: Mme V. Trstenjak,

greffier: M. M. Aleksejev, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 7 février 2013,

considérant les observations présentées:

— pour Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, par Me L. Wionzeck, Rechtsanwalt,

— pour le Kreis Düren, par Mes R. Gruneberg et A. Wilden, Rechtsanwälte,

— pour le gouvernement italien, par Mme G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de Mme W. Ferrante, avvocato dello Stato,

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

* Langue de procédure: l’allemand.

— pour la Commission européenne, par MM. A. Tokár, G. Wilms et C. Zadra, en qualité d'agents,

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

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG (ci-après «Piepenbrock») au Kreis Düren (arrondissement de Düren, Allemagne) au sujet d'un projet de contrat par lequel celui-ci transférerait à la Stadt Düren (ville de Düren) la charge du nettoyage de bâtiments situés sur le territoire de cette dernière mais appartenant au Kreis Düren et utilisés par celui-ci, moyennant une compensation financière.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 Aux termes du considérant 2 de la directive 2004/18:

«La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité [CE], notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. [...]»

4 L'article 1er de cette directive dispose:

«[...]

2.

a) Les 'marchés publics' sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive. [...]

d) Les 'marchés publics de services' sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II.

[...]

8. Les termes ‘entrepreneur’, ‘fournisseur’ et ‘prestataire de services’ désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d’ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme ‘opérateur économique’ couvre à la fois les notions d’entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

[...]»

5 Les services de nettoyage de bâtiments sont des services au sens de la directive 2004/18, conformément à l’annexe II A, catégorie 14, de celle-ci.

Le droit allemand

6 L’article 28, paragraphe 2, de la Loi fondamentale de la République fédérale d’Allemagne (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) dispose:

«Aux communes doit être garanti le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, dans le cadre des lois. Les groupements de communes ont également le droit d’auto-administration dans le cadre de leurs attributions légales et dans les conditions définies par la loi. [...]»

7 L’article 23 de la loi du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie relative à la coopération communale (Gesetz über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen, ci-après le «GkG NRW») est libellé comme suit:

«1) Les communes et les groupements de communes peuvent convenir que l’une des parties au contrat reprend sous sa responsabilité des tâches incombant aux autres parties ou s’engage à effectuer ces tâches pour les autres parties.

2) Si l’une des parties prend sous sa responsabilité des tâches incombant aux autres parties, le droit et l’obligation d’effectuer ces tâches lui sont transférés. Si l’une des parties s’engage à exécuter une tâche pour les autres parties, cela se fait sans préjudice de leurs droits et obligations en qualité de responsables de la tâche.

3) Le contrat peut prévoir un droit de participation des autres parties à l’accomplissement ou à la réalisation des tâches; cela vaut également pour l’engagement de personnel.

4) Le contrat doit prévoir une indemnisation appropriée qui doit en principe être calculée de manière à couvrir les coûts induits par la prise en charge ou la réalisation de la tâche confiée.

5) Si le contrat est conclu pour une durée indéterminée ou si sa durée de validité excède 20 ans, le contrat doit prévoir dans quelles conditions et sous quelle forme il peut être résilié par une partie.»

8 Il est souligné dans la décision de renvoi que, d’une part, le GkG NRW distingue ainsi les contrats dits «de mandat», par lesquels une entité s’engage à effectuer certaines tâches pour le compte d’une autre entité, et les contrats dits «de délégation», opérant un transfert de compétence, par lesquels une entité reprend une tâche incombant à une autre entité. D’autre part, la jurisprudence nationale considère que les contrats dits «de mandat» relèvent du droit des marchés publics s’ils présentent un caractère onéreux.

Le litige au principal et la question préjudicielle

9 Le Kreis Düren est un groupement de communes dont la Stadt Düren fait partie. En application de divers contrats, Piepenbrock a assuré le nettoyage des bâtiments appartenant à ce Kreis.

10 Celui-ci a établi avec la Stadt Düren un projet de contrat de droit public par lequel il transférerait la charge du nettoyage de ses bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires situés sur le territoire de la Stadt Düren à cette dernière, tout d'abord pour une phase pilote d'une durée de deux ans.

11 L'article 1er du contrat projeté est libellé comme suit:

«1) Le Kreis Düren transfère, avec effet libératoire, à la Stadt Düren la tâche qui lui incombe de nettoyer les bâtiments qui lui appartiennent et qui se trouvent dans le ressort communal.

2) La tâche de nettoyage porte sur le nettoyage des bâtiments et des vitres dans les locaux à usage de bureaux, les locaux administratifs et les établissements scolaires du Kreis Düren.

3) La Stadt Düren reprend la tâche décrite aux points 1 et 2 sous sa seule responsabilité. Le droit et l'obligation de remplir cette tâche sont transférés à la Stadt Düren (article 23, paragraphes 1, première alternative, et 2, première phrase, du GkG NRW). La Stadt Düren reprend les obligations du Kreis et elle est seule responsable à cet égard.

4) La Stadt Düren est autorisée à recourir à des tiers pour remplir la tâche qui lui est transférée en vertu du point 1.»

12 Ce projet de contrat prévoit une indemnisation financière pour les frais exposés par la Stadt Düren, conformément à l'article 23, paragraphe 4, du GkG NRW, laquelle est fixée sur la base d'un taux horaire.

13 Il ressort par ailleurs du dossier auquel la Cour a eu accès que ledit projet réserve au Kreis Düren le droit de mettre fin unilatéralement au contrat en cas de mauvaise exécution de la part de la Stadt Düren.

14 Il résulte enfin de la décision de renvoi que les tâches de nettoyage concernées seraient réalisées par Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, qui est une société appartenant à la Stadt Düren.

15 Piepenbrock a introduit un recours visant à ce qu'il soit fait interdiction au Kreis Düren de conclure ledit contrat en dehors d'une procédure de marché public, faisant valoir que l'accomplissement de ces tâches contre rémunération constituerait une prestation répondant aux conditions du marché et pouvant être fournie par des prestataires de services privés. Par ailleurs, dans un tel contexte, il ne s'agirait pas d'un type d'adjudication interne échappant à l'application du droit des marchés publics conformément à l'arrêt du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), dès lors que les conditions d'application de cette exception ne seraient pas réunies, tandis qu'une référence à l'arrêt du 9 juin 2009, Commission/Allemagne (C-480/06, Rec. p. I-4747), ne serait pas pertinente, à défaut de «coopération horizontale» entre les deux entités publiques concernées.

16 Piepenbrock a été déboutée en première instance, au motif que le projet de contrat en cause au principal porterait sur un contrat dit «de délégation», conformément à l'article 23 du GkG NRW, lequel ne serait pas soumis au droit des marchés publics. Cette société a interjeté appel de cette décision devant l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf), soutenant que cette qualification de contrat de délégation est dénuée de portée au regard des caractéristiques du projet de contrat en cause au principal.

17 Le Kreis Düren fait valoir, au contraire, qu'une telle délégation de tâche de droit public constitue une décision relevant de l'organisation nationale interne, qui n'est pas soumise au droit des marchés publics.

18 La juridiction de renvoi souligne cette caractéristique du projet de contrat en cause au principal, s'interrogeant sur l'incidence, quant à l'application des règles en matière de marchés publics, du caractère de droit public de ce contrat.

19 Elle constate, premièrement, que la tâche concernée ne relève pas de l'exercice de la puissance publique, au sens des articles 51, premier alinéa, TFUE et 62 TFUE, et n'échappe donc pas, à ce titre, aux dispositions du traité FUE relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services ainsi qu'aux actes de droit dérivé qui visent à mettre en œuvre ces libertés, tels que la directive 2004/18.

20 Elle constate, deuxièmement, que l'exception mise en évidence par l'arrêt Teckal, précité, ne s'applique pas au projet de contrat en cause au principal, le Kreis Düren n'exerçant pas sur la Stadt Düren, ni d'ailleurs sur la société Dürener Reinigungsgesellschaft, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

21 La juridiction de renvoi relève, troisièmement, que le contexte de l'affaire dont elle est saisie diffère des circonstances de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/Allemagne, précité, dans la mesure où le projet de contrat ici en cause au principal est caractérisé par une absence de coopération entre les entités publiques concernées, puisque l'une délègue purement et simplement une de ses missions à l'autre, ce que le GkG NRW autorise.

22 Cette juridiction se demande toutefois si, dans le sillage dudit arrêt Commission/Allemagne, d'autres types de contrats entre collectivités territoriales que celui visé par cet arrêt n'échappent pas au droit des marchés publics. Ainsi, elle s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de faire une distinction entre les contrats relatifs à des missions de service public en tant que telles, comme l'élimination des déchets, et les contrats qui ne concernent qu'indirectement l'exécution de ces missions, comme, en l'occurrence, le nettoyage de locaux utilisés pour l'exécution d'une telle mission.

23 Ladite juridiction se demande également si des contrats de coopération intercommunale n'échappent pas de manière générale au droit des marchés publics, en tant qu'«actes d'organisation administrative interne». Elle relève à cet égard que l'organisation administrative des États membres n'est pas de la compétence de l'Union européenne et, en outre, que l'autonomie administrative des communes, et donc la possibilité d'établir des coopérations volontaires entre communes, est garantie par l'article 28, paragraphe 2, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne.

24 En revanche, la juridiction de renvoi observe que l'objet du projet de contrat en cause au principal est pratiquement identique à un quelconque marché soumis à la directive 2004/18 par lequel la Stadt Düren se verrait confier l'exécution de prestations de nettoyage à titre onéreux. Elle se demande, à cet égard, si la distinction opérée par le GkG NRW entre les contrats dits «de mandat» et les contrats dits «de délégation», le contrat concerné se rattachant à cette seconde catégorie, est déterminante, considérant que, lorsqu'un contrat porte sur des tâches accessoires qui ne concernent pas directement l'activité des communes vis-à-vis de l'extérieur, le fait qu'il opère un transfert de compétence est purement formel, le choix de l'un ou de l'autre des types de contrats possibles produisant concrètement les mêmes effets du point de vue économique. Pour cette raison, cette juridiction envisage que, dans le contexte de l'affaire au principal, le recours à un contrat dit «de délégation» pourrait constituer un «montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics», comme mentionné au point 48 de l'arrêt Commission/Allemagne, précité.

25 Dans ce contexte, l'Oberlandesgericht Düsseldorf a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Convient-il [...] de considérer comme un 'marché public' au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18[...] le contrat passé entre deux collectivités territoriales par lequel l'une d'entre elles transfère à l'autre une compétence strictement limitée contre remboursement des frais, en particulier lorsque la tâche transférée ne porte pas sur une activité de puissance publique en tant que telle, mais concerne uniquement des activités accessoires?»

Sur la question préjudicielle

26 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si constitue un marché public de services au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18, et est soumis à ce titre aux dispositions de cette directive, un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, cette seconde entité étant autorisée à recourir à des tiers pour l'accomplissement de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de ladite mission.

27 À cet égard, il y a lieu, en effet, de considérer que, par le projet de contrat en cause au principal, le Kreis Düren se réserve un tel pouvoir de contrôle, dès lors que ce contrat prévoit qu'il pourra y mettre fin unilatéralement en cas de mauvaise exécution de la part de la Stadt Düren.

28 Il convient de rappeler que, conformément à l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 2004/18, un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur, et ayant pour objet la prestation de services visés à l'annexe II A de cette directive constitue un marché public.

29 À cet égard, premièrement, il est sans incidence, d'une part, que cet opérateur soit lui-même un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, que l'entité concernée ne poursuive pas à titre principal une finalité lucrative, qu'elle n'ait pas une structure d'entreprise ou encore qu'elle n'assure pas une présence continue sur le marché (arrêt du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, point 26).

30 Deuxièmement, des activités telles que celles faisant l'objet du projet de contrat en cause au principal sont des services de nettoyage de bâtiments visés à l'annexe II A, catégorie 14, de la directive 2004/18.

31 Troisièmement, un contrat doit être considéré comme étant conclu «à titre onéreux», au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18, même si la rémunération prévue est limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu (voir, en ce sens, arrêt Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., précité, point 29).

32 Sous réserve des vérifications qui incombent à la juridiction de renvoi, il apparaît, d'une part, qu'un contrat tel que celui projeté dans l'affaire au principal présente l'ensemble des caractéristiques susmentionnées et, dès lors, constitue, en principe, un marché public.

33 Il apparaît, d'autre part, qu'un tel contrat n'appartient pas aux deux types de marchés qui, bien que conclus par des entités publiques, ne rentrent cependant pas dans le champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics.

34 Il s'agit, en premier lieu, des marchés conclus par une entité publique avec une personne juridiquement distincte de celle-ci lorsque, à la fois, cette entité exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que ladite personne réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les entités qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêts précités Teckal, point 50, ainsi que Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., point 32).

35 À cet égard, il est constant qu'aucune de ces conditions n'est remplie dans le cadre d'un contrat tel que celui projeté dans l'affaire au principal. En effet, il ressort de la décision de renvoi que, dans le contexte de l'affaire au principal, tout d'abord, aucune entité n'en détient une autre. Ensuite, l'entité qui confie l'exécution d'une tâche à l'autre, bien qu'elle se réserve le droit de contrôler la bonne exécution de cette tâche, n'exerce pas sur la seconde entité un contrôle pouvant être qualifié d'analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Enfin, cette seconde entité ne réalise pas l'essentiel de ses activités pour la première entité.

36 Il s'agit, en second lieu, des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques, ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci (voir arrêt Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., précité, point 34).

37 Dans cette hypothèse, les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ne sont pas applicables pour autant que de tels contrats soient conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public (arrêt Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., précité, point 35).

38 L'ensemble des critères susmentionnés sont cumulatifs, de sorte qu'un marché entre entités publiques ne saurait sortir du champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics au titre de cette exception que si le contrat qui constate ce marché satisfait à tous ces critères (voir, en ce sens, arrêt Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., précité, point 36).

39 Or, il résulte des constatations opérées par la juridiction de renvoi que le projet de contrat en cause au principal ne semble pas avoir pour objet d'instaurer une coopération entre les deux entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune.

40 Par ailleurs, il résulte également de ces constatations que ce contrat autorise à recourir à un tiers pour l'accomplissement de la mission prévue par ledit contrat de telle sorte que ce tiers pourrait être avantagé par rapport aux autres entreprises actives sur le même marché.

41 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée qu'un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18.

Sur les dépens

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

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

Un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Signatures