CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 6 septembre 2007 [1]

I — Introduction

1. Considérer la radiodiffusion comme un simple moyen d'information serait la réduire à son aspect le plus caractéristique, en ignorant d'autres aspects plus importants, compte tenu du poids socioculturel qu'elle a acquis au cours de son histoire. Dans les sociétés occidentales, la conjonction de ces systèmes de communication et du bien-être matériel qui a été atteint semble raviver la maxime romaine panem et circenses, avec laquelle le poète latin Juvénal [2] se moquait de l'oisiveté accommodante du peuple romain et de son désintérêt pour les affaires politiques [3]. Cet aphorisme pourrait être traduit dans notre monde moderne en remplaçant le pain par le confort et les jeux de cirque par la télévision.

2. Plus personne ne conteste l'énorme attrait des images, qui sont capables de s'infiltrer dans les recoins les plus secrets de la vie privée. Par conséquent, pour éviter que des présages tels que celui de George Orwell dans son roman *1984* [4] transforment la technique audiovisuelle en une machine au service de la propagande, les gouvernements s'appliquent à élaborer des règles qui garantissent un certain degré d'objectivité et d'indépendance, à tout le moins dans le domaine de la radiodiffusion publique.

3. Les trois questions que l'Oberlandesgericht Düsseldorf (cour d'appel de Düsseldorf) (Allemagne) a adressées à la Cour s'inscrivent dans ce contexte, celui de la lutte pour un service public de radiodiffusion

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Decimus Junius Juvénal (probablement né entre 55 et 60 à Aquinum, Campanie et certainement décédé après 127), auteur des *Satires*. Les seules références biographiques à son sujet sont les confidences sporadiques figurant dans son œuvre. En raison de ses critiques des autorités, il a dû subir un exil à la fin de sa vie, peut-être pour avoir fait allusion, dans une de ses compositions poétiques, à Tito Elio Alcibiade, un majordome de l'empereur Hadrien (Juvénal, *Sátiras*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; traduction, étude introductive et notes de B. Segura Ramos, Madrid, 1996, p. XIV).

3 — «[...] [c]e même peuple [...] [d]epuis qu'il n'y a plus de suffrages à vendre, il se désintéresse de tout; lui qui jadis disposa du commandement, des faisceaux, des légions enfin de tout, il n'a plus d'ambitions, il n'éprouve plus qu'un double désir passionné: du pain et des jeux. [...]» (*Satire* X, vers 74-81).

4 — Il est commun de cataloguer ce roman, écrit en 1948 après le traumatisme de la Seconde Guerre mondiale, non pas comme une diatribe contre le totalitarisme, mais comme un avertissement sur la subtilité avec laquelle un régime de ce type peut s'installer en se servant des moyens de communication comme outils de manipulation (G. Orwell, *1984*, Destino SA, Madrid 1997).

adéquat et conforme aux exigences de l'État de droit, en particulier à sa neutralité, dans le respect de la pluralité des choix politiques. En Allemagne, comme il découle de l'ordonnance de renvoi, cette garantie réside en grande partie dans l'octroi, aux organismes de radiodiffusion publics, de la charge de collecter et de gérer leurs fonds, qui proviennent de l'obligation de payer une certaine taxe découlant du simple fait de posséder une radio ou une télévision.

4. Ce modèle de financement, qui résulte d'une indéniable mission de service public, pose la question de savoir si ces organismes de radiodiffusion doivent être considérés comme des «pouvoirs adjudicateurs» au sens des directives communautaires en matière de marchés publics ou si, au contraire, ils ne relèvent pas de cette catégorie et sont dispensés des procédures d'appel d'offres.

II — Le cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

5. À titre liminaire, en ce qui concerne le champ d'application personnel et matériel, la juridiction de renvoi s'est référée, respectivement, à l'article 1er, paragraphe 9, et à l'article 16, sous b), de la directive 2004/18/CE [5], qui a codifié les régimes d'appel d'offres des contrats publics au niveau communautaire, au motif que, le délai de transposition de cette directive en droit national ayant expiré sans que sa mise en œuvre pertinente ne se soit produite, la jurisprudence du Bundesgerichtshof (Cour suprême allemande) l'a conduit à interpréter les règles nationales à la lumière de tout acte législatif communautaire adopté récemment, même s'il ne s'applique pas à la procédure de passation de marché litigieuse.

6. Même si l'on accepte les motifs de l'Oberlandesgericht Düsseldorf, il convient de s'en remettre au libellé de l'article 1er, sous a) et b), de la directive 92/50/CEE [6] pour deux raisons: premièrement, il s'agit de la disposition de base qui a guidé le législateur allemand pour la mise en conformité de son ordre juridique avec l'ordre juridique communautaire et, par conséquent, la réglementation nationale renvoie à cet article; deuxièmement, l'identité avec les règles parallèles du texte refondu de la directive 2004/18 est absolue.

5 — 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).

6 — Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

7. Pour délimiter le champ d'application ratione personae de la directive 92/50, son article 1er, sous b), qui se trouve sous le titre I de cette directive, intitulé «Dispositions générales», énonce:

«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.

[...]»

8. Cette disposition précise ensuite que «[l]es listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent [c]es critères [...] figurent à l'annexe I de la directive 71/305/CEE[7]. Ces listes sont aussi complètes que possible et peuvent être révisées selon la procédure prévue à l'article 30 *ter* de ladite directive; [...]».

9. L'article 1er, sous a), de la directive 92/50 lui-même énumère les opérations juridiques soumises ratione materiae à cette directive, à l'exclusion expresse:

«[...]

7 — Directive du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5).

iv) des marchés visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des marchés concernant les temps de diffusion;

[...]»

B — *Le droit national*

1. La réglementation relative aux marchés publics

10. Les procédures de passation de marché par les administrations publiques allemandes figurent dans la loi contre les restrictions de concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [8], ci-après le «GWB»), et la version nationale de l'article 1er, sous b), de la directive 92/50, qui est relatif aux pouvoirs adjudicateurs, se trouve à l'article 98, paragraphe 2, du GWB:

«Article 98 — Pouvoirs adjudicateurs

Sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs au sens du présent titre:

1. les collectivités territoriales et leur patrimoine distinct;

2. d'autres personnes morales de droit public ou privé créées spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, dès lors que les entités visées au point 1 ou 3 soit les financent majoritairement, par voie de participation ou autrement, seules ou collectivement, soit contrôlent leur gestion, soit ont nommé plus de la moitié des membres de l'un de leurs organes de direction ou de surveillance. Il en va de même dans le cas où l'entité qui, seule ou conjointement avec d'autres, les a financés majoritairement ou a nommé la majorité des membres d'un de leurs organes de direction ou de surveillance, relève de la première phrase;

3. les associations dont les membres sont visés par le point 1 ou 2;

[...]»

8 — Depuis le 1er janvier 1999, la version de cette loi résultant de sa sixième réforme par la loi n° 703-4/1, du 26 août 1998 (BGBl. I, p. 358), est en vigueur.

2. La réglementation relative à la redevance de radiodiffusion publique

11. Selon l'ordonnance de renvoi, le financement des organismes de radiodiffusion de droit public est régi, en Allemagne, par deux traités d'État (Staatsverträge) conclus entre le Bund et les Länder. Les caractéristiques de la redevance de radiodiffusion sont essentiellement décrites dans le traité d'État sur la réglementation de la redevance de radiodiffusion (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens) du 31 août 1991, tel que modifié en 1996 (GVBl. NRW 1996, p. 431, ci-après le «traité d'État sur la redevance»).

12. L'article 2 du traité d'État sur la redevance dispose:

«(1) La redevance de radiodiffusion est constituée de la redevance de base et de la redevance télévision. Son montant est fixé par le traité d'État sur le financement de la radiodiffusion [(Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag), du 26 novembre 1996 (GVBl. NRW 1996, p. 484, ci-après le ' traité d'État sur le financement')].

[...]»

13. L'article 4 du traité d'État sur la redevance dispose:

«(1) L'assujettissement à la redevance de radiodiffusion commence le premier jour du mois de détention d'un appareil récepteur de radiodiffusion.

[...]»

14. Pour sa part, l'article 7 de ce traité règle la répartition des revenus générés par la redevance:

«(1) Le produit tiré de la redevance de base est alloué à l'organisme de radiodiffusion du Land et, dans la mesure définie par le [traité d'État sur le financement], à Deutschlandradio ainsi qu'à l'autorité des médias du Land dont relève l'appareil récepteur de radiodiffusion détenu aux fins de la réception.

(2) Le produit tiré de la redevance de télévision est alloué à l'organisme de radiodiffusion du Land et, dans la mesure définie par le [traité d'État sur le financement], à l'autorité des médias du Land dont relève l'appareil récepteur de télévision détenu aux

fins de la réception, ainsi qu'à la Zweites Deutsches Fernsehen (deuxième chaîne publique allemande, ci-après la 'ZDF'). [...]

[...]»

15. La juridiction de renvoi explique qu'un second traité d'État, le traité d'État sur le financement, détermine concrètement le montant des redevances, qui est fixé avec l'assentiment des parlements des Länder.

16. L'examen et le calcul du budget des organismes de radiodiffusion ont été confiés, selon les articles 2 à 6 du traité d'État sur le financement, à la Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (commission chargée de déterminer les besoins financiers des organismes de radiodiffusion, ci-après la «KEF»), qui est indépendante et qui rend un rapport au moins tous les deux ans sur lequel les parlements et les gouvernements des Länder basent leur décision en matière de redevance (dispositions combinées des articles 3, paragraphe 5, et 7, paragraphe 2, du traité d'État sur le financement).

17. En vertu d'un règlement du 18 novembre 1993 relatif à la procédure de paiement de la redevance du Westdeutscher Rundfunk Köln, pris en application de l'article 4, paragraphe 7, du traité d'État sur la redevance, avec l'accord du gouvernement du Land, les organismes de radiodiffusion des différents Länder confient à la Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (centrale chargée du recouvrement de la redevance des organismes de radiodiffusion publics allemands, ci-après la «GEZ») la charge du recouvrement de la redevance auprès des citoyens par voie d'acte d'autorité publique.

III — Les faits du litige au principal et les questions préjudicielles

18. Les requérants devant l'Oberlandesgericht Düsseldorf sont les organismes de radiodiffusion des Länder qui sont membres de l'Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (groupement des organismes régionaux publics de radiodiffusion d'Allemagne, ci-après la «ARD»), l'organisme public de télévision ZDF, créé par traité d'État du 6 juin 1961, ainsi que Deutschlandradio (ci-après les «organismes de radiodiffusion»).

19. Au cours de l'année 2002, ces organismes ont créé la GEZ en tant qu'entité administrative de droit public chargée du recouvrement et de la facturation de la redevance revenant aux différents organismes de radiodiffusion des Länder. La GEZ

n'étant pas dotée de la personnalité juridique, elle agit au nom et pour le compte des différents organismes de radiodiffusion.

20. Au cours du mois d'août 2005, à l'issue d'une étude de marché, la GEZ a demandé par écrit à onze entreprises de présenter des offres contraignantes en vue de la fourniture de services de nettoyage dans ses locaux et dans la cantine du Westdeutscher Rundfunk (un des organismes de radiodiffusion participant à la ARD) à Cologne, pour la période comprise entre le 1er mars 2006 et le 31 décembre 2008, le contrat étant tacitement reconductible par période d'un an. Le montant du contrat était évalué à plus de 400 000 euros. Aucune procédure communautaire de passation de marché conforme à la réglementation nationale et à la directive 92/50 n'a été organisée.

21. La société GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (ci-après «GEWA»), partie défenderesse devant l'Oberlandesgericht Düsseldorf, et M. Warnecke, partie intervenante, ont répondu à l'appel d'offres de la GEZ. GEWA a proposé le prix le plus bas. Par décision du 9 novembre 2005, le conseil d'administration de la GEZ a décidé d'entamer des négociations avec quatre soumissionnaires, dont la défenderesse et la partie intervenante au principal. Il a également décidé d'analyser en détail la viabilité économique des offres sur la base de la méthode Kepner-Tregoe, qui fixe certaines valeurs pour les critères d'analyse technique spécifique, d'analyse commerciale et d'évaluation des risques. Selon cette analyse, l'offre de la défenderesse se plaçait au troisième rang et celle de la partie intervenante arrivait en tête.

22. La GEZ a informé GEWA par téléphone qu'elle n'avait pas obtenu le marché. Par lettre de réclamation du 14 novembre 2001, cette dernière a opposé à la GEZ le fait que, en tant que pouvoir adjudicateur, elle avait violé le droit des marchés publics en ne soumettant pas le contrat de nettoyage à un appel d'offres au niveau communautaire. La GEZ a rejeté cette réclamation.

23. GEWA a alors formé un recours contre la GEZ devant la Vergabekammer (chambre compétente en matière de passation de marchés publics) de la Bezirksregierung Köln (autorité administrative locale de Cologne). Dans ce recours, elle demandait que la GEZ soit contrainte de soumettre les services de nettoyage à la procédure formelle de passation de marché fixée à la quatrième partie du GWB et, subsidiairement, qu'une nouvelle évaluation des offres soit effectuée conformément à l'appréciation juridique de la Vergabekammer.

24. Elle invoquait le fait que la GEZ, en tant qu'organisme de radiodiffusion, est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 98, paragraphe 2, du GWB, puisque les organis-

mes de radiodiffusion sont financés majoritairement par la redevance payée par les citoyens et que la fourniture basique de services de radio et de télévision, qui présente un caractère public évident, constitue un besoin d'intérêt général dénué de caractère industriel ou commercial.

25. Elle soutenait également que l'article 1er, sous a), iv), de la directive 92/50 n'exclut que les marchés visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et les marchés concernant les temps de diffusion, qui sont manifestement différents de l'objet de la prestation en cause dans le litige au principal.

26. Par décision du 13 février 2006, la Vergabekammer a fait droit au recours de GEWA et a imposé à la GEZ et aux organismes de radiodiffusion, au cas où ceux-ci persisteraient à vouloir passer un marché pour les services de nettoyage, de se conformer au droit des marchés publics, aux principes d'égalité de traitement et de transparence et de procéder à un appel d'offres européen.

27. Les organismes de radiodiffusion des Länder ont contesté cette décision devant les juridictions administratives en demandant son annulation, au motif que le recours formé par GEWA contre la GEZ est irrecevable et, en tout cas, dépourvu de fondement. Selon eux, en tant qu'organismes de radiodiffusion de droit public, ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 98, paragraphe 2, du GWB, car le service de radiodiffusion public est financé majoritairement par la redevance payée par les usagers.

28. Ils ajoutent qu'il n'y a pas de contrôle étatique au sens de l'article 98, paragraphe 2, du GWB, car seul un contrôle juridique subsidiaire et limité est opéré. De plus, les membres des conseils d'administration des organismes de radiodiffusion représentent différents groupes sociaux. L'absence de majorité au sein des organes de direction écarte toute influence de l'État sur les passations de marchés publics.

29. Pour sa part, GEWA défend la décision de la Vergabekammer.

30. La solution du litige au principal dépendant de l'interprétation de l'article 1er de la directive 92/50, le Vergabesenat de l'Oberlandesgericht (chambre de la Cour d'appel de Düsseldorf compétente pour les passations de marchés publics) a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice des Communautés européennes, conformément

à l'article 234, premier alinéa, CE, des questions préjudicielles suivantes:

«1) La condition relative au 'financement par l'État' posée à l'article 1er, [sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50] doit-elle être interprétée en ce sens que le financement indirect d'organismes par un prélèvement obligatoire mis à la charge des détenteurs de récepteurs de radiodiffusion constitue un financement au sens de cette condition, compte tenu de l'obligation constitutionnelle incombant à l'État de garantir l'indépendance du financement et l'existence de ces organismes?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, l'article 1er, [sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50] doit-il être interprété en ce sens que la condition relative au 'financement par l'État' exige l'ingérence directe de l'État lors de la passation de marchés par l'organisme qu'il finance?

3) En cas de réponse négative à la deuxième question, l'article 1er, [sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50] doit-il être interprété à la lumière de l'article [1er, sous a), iv), de cette directive] en ce sens que seuls les services visés audit article [1er, sous a), iv)] sont exclus du champ d'application de ladite directive et que les autres services, qui ne relèvent pas spécifiquement de ce régime, mais qui ont un caractère subsidiaire et connexe, entrent dans le champ d'application de la [même] directive (interprétation a contrario)?»

IV — La procédure devant la Cour

31. La demande de décision à titre préjudiciel a été déposée au greffe de la Cour le 7 août 2006.

32. Les organismes de radiodiffusion, GEWA, les gouvernements allemand, polonais et autrichien ainsi que l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (ci-après l'«AELE») et la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites.

33. Les avocats des organismes de radiodiffusion et de GEWA ainsi que les agents du gouvernement allemand, de l'Autorité de

surveillance de l'AELE et de la Commission ont assisté à l'audience tenue le 14 juin 2007 pour y être entendus dans leurs observations orales.

V — Analyse des questions préjudicielles

A — *Observations liminaires*

34. Bien que la juridiction de renvoi ait formulé trois questions, il semble opportun de traiter conjointement les deux premières d'entre elles [9], car elles concernent toutes deux le champ d'application personnel et l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50 [10].

35. Les organismes de radiodiffusion allemands estiment qu'ils ne sont pas financés par des fonds publics et ils invoquent une prétendue analogie entre la réglementation relative aux marchés publics qui fait l'objet du litige au principal, et les articles 87 et 88 CE, relatifs aux aides d'État, qui exigent que celles-ci soient accordées «au moyen de ressources d'État».

36. Toutefois, comme la Commission le remarque à juste titre, je ne crois pas que la nature différente des deux réglementations et de l'objectif qu'elles poursuivent autorisent une comparaison aussi audacieuse, car, alors qu'en ce qui concerne les aides d'État le traité CE vise à éviter toute distorsion injustifiée de la concurrence sur un marché qui serait provoquée par l'emploi d'argent public, dans le domaine des appels d'offre, c'est la question de la qualification d'une entité en tant que pouvoir adjudicateur qui est examinée afin de déterminer si elle est soumise aux procédures d'appel d'offres.

37. On peut par conséquent observer l'absence de «connexité» entre ces deux domaines juridiques, et leur comparaison analogique n'est donc pas pertinente.

38. Enfin, bien que la troisième question soit dépourvue de pertinence pour la qualification des organismes de radiodiffusion en tant que pouvoirs adjudicateurs, comme ils l'invoquent eux-mêmes dans leurs observations écrites, son analyse présente une certaine utilité s'il est répondu positivement à la première question et négativement à la deuxième question, puisque, en demandant l'interprétation de l'article 1er, sous a), iv), de la directive 92/50, l'Oberlandesgericht Düsseldorf vise à déterminer le champ d'application matériel de cette directive, ce qui est logique, même s'il paraît évident.

9 — Le gouvernement autrichien partage le même point de vue, tout comme le gouvernement polonais qui les examine toutefois séparément.

10 — Ce choix est expliqué aux points 5 et 6 des présentes conclusions.

B — *Sur les première et deuxième questions*

39. Le litige au principal concerne le modèle allemand de financement des organismes de radiodiffusion publics. Il s'agit donc d'étudier les caractéristiques essentielles du système pour déterminer si les ressources de ces organismes sont «étatiques» au sens de la directive 92/50 et de la jurisprudence de la Cour.

1. Une obligation de paiement régie par des normes de droit public

40. Les organismes de radiodiffusion soutiennent que le paiement de la redevance relève du libre arbitre de l'usager, qui peut l'éviter en renonçant à la possession de tout appareil récepteur. Le gouvernement allemand est du même avis et considère qu'il existe une obligation directe entre ces organismes et le consommateur, qui ne concerne pas le budget de l'État, puisque la GEZ perçoit ladite redevance, mais ne verse pas les fonds collectés dans les coffres de l'État. Par conséquent, les organismes de radiodiffusion tout comme le gouvernement allemand rejettent tout financement «par l'État» en l'espèce.

41. Toutefois, les hypothèses énoncées à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, de la directive 92/50 sont conçues comme une présomption subordonnée à un financement majoritairement public. Une fois cette prémisse remplie, la dépendance est supposée et il n'est donc pas nécessaire d'exiger d'autres conditions d'application telles que, par exemple, le fait que le financement engendre une influence directe de l'État sur la passation des marchés publics. L'examen de cette condition relève de la deuxième hypothèse, relative au contrôle, car il permet d'évaluer son intensité [11].

42. De plus, cette réflexion est corroborée par la distinction effectuée dans l'arrêt University of Cambridge [12] entre les montants versés avec ou sans contrepartie, car elle avait pour seul but de servir de critère à la juridiction de renvoi pour évaluer si la condition de la présomption, c'est-à-dire le financement majoritairement public, était remplie.

43. Le caractère non pertinent de la deuxième question, telle qu'elle a été formulée par l'Oberlandesgericht Düsseldorf, et l'opportunité de l'examiner conjointement avec la première question découlent des deux points précédents.

11 — Arrêt du 1er février 2001, Commission/France (C-237/99, Rec. p. I-939, points 48 et suiv.).

12 — Arrêt du 3 octobre 2000 (C-380/98, Rec. p. I-8035, points 22 à 25).

44. Si l'on revient au fond de l'affaire au principal, il n'est pas contesté, dans le cadre du présent litige, que la redevance a été mise en place au moyen d'accords de droit public, le traité d'État sur la redevance et le traité d'État sur le financement [13].

45. Il n'est pas non plus contesté qu'un traité d'État est un acte de droit public dans l'ordre juridique allemand [14].

46. En conséquence, la relation juridique qui lie le possesseur d'une télévision ou d'une radio aux organismes de radiodiffusion relève du droit public et prend presque la forme d'une taxe, car l'obligation de payer résulte de la simple possession d'un récepteur d'ondes radio ou de télévision, ce qui constitue un véritable «fait générateur de la taxe» caractéristique de toute taxation, dans le cadre de laquelle le téléspectateur se transforme en un sujet passif. Par ailleurs, le nom donné à cette taxe en droit national ne présente pas d'importance [15].

47. Ainsi, aussi bien le fonctionnement que l'existence des organismes de radiodiffusion sont liés à l'action du législateur, ce qui constitue un signe exemplaire de la soumission à l'État, et c'est pourquoi la mention du financement majoritaire par l'État en tant que première hypothèse dans les dispositions analysées de la directive 92/50 ne constitue pas un hasard, mais répond à la logique selon laquelle la subordination économique reflète par antonomase la «dépendance étroite d'un organisme à l'égard de l'État» mentionnée par la Cour [16]. La célèbre phrase du juriste allemand von Kirchmann qui affirmait que le droit n'appartient pas au domaine des sciences, car il suffit de «trois mots rectificatifs du législateur» pour «jeter aux orties des bibliothèques entières» [17], convient bien à l'espèce et souligne la force du pouvoir législatif.

48. Eu égard à ce qui précède, le caractère public des ressources des organismes de radiodiffusion collectées par la GEZ se profile. Au surplus, certains reconnaissent à cette centrale de recouvrement la qualité d'organisme d'État, malgré son absence de personnalité juridique, en invoquant ses pouvoirs de fixation de la redevance et de recouvrement obligatoire de celle-ci [18], qui constituent des prérogatives propres à l'exer-

13 — Points 11 et suiv. des présentes conclusions.

14 — Voir, dans la doctrine de ce pays, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12e éd. revue et augmentée, C. H. Beck, Munich, 1999, p. 352 et suiv.

15 — Alors que le gouvernement allemand observe que le terme «Gebühr» (taxe ou redevance) n'est pas adéquat pour désigner une obligation de paiement, une partie de la doctrine le rattache au droit fiscal en tant que «Abgabe» (droit ou charge) (Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Éditions du Bundesanzeiger, 1ère éd., Cologne, 2000, n° 73, p. 151).

16 — Arrêts précités University of Cambridge (point 20) et Commission/France (point 44).

17 — Von Kirchmann, J.-H., *La jurisprudencia no es ciencia*, traduction en castillan et préface d'Antonio Truyol y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 54.

18 — Frenz, W., «Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber», *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, 3/2007, p. 269.

cice des fonctions liées à la souveraineté nationale et qui renforcent son caractère public.

49. Mais cette nature, bien qu'elle constitue un indice important dans le sens d'un soutien économique de l'État, ne le démontre pas de manière probante, comme le soutiennent les organismes de radiodiffusion, et il convient donc d'examiner d'autres particularités du système allemand de subvention de la radiodiffusion d'État.

2. Un financement indirect

50. Les organismes de radiodiffusion et le gouvernement allemand s'accordent sur le fait que la directive 92/50 ne se réfère qu'aux paiements réalisés *directement* sur les budgets de l'État [19] et non pas aux transferts indirects de moyens financiers effectués par un quelconque organisme public ou un autre pouvoir adjudicateur. Ils invoquent également le fait que, en l'espèce, le paiement de la redevance circule uniquement entre le consommateur et les organismes de radiodiffusion, sans aucune intervention de l'État, qui ne participe pas à ce flux de capitaux.

51. Je suis en désaccord profond avec cette interprétation.

52. En premier lieu, le gouvernement allemand met l'accent sur une acception «translative» et simpliste du financement, qui ne comprendrait que le transfert, le chèque, le virement bancaire ou le transport matériel de sacs d'argent dans un véhicule blindé entre le Trésor public et le siège de l'organisme subventionné.

53. Indépendamment du fait qu'il n'existe pas de différence substantielle entre le fait que l'État perçoive la redevance pour la reverser aux organismes financés et le fait qu'il leur octroie le pouvoir de recouvrement [20], il ne faut pas oublier que l'État lui-même crée l'infrastructure pour imposer ladite redevance, car il détermine l'obligation de paiement et fixe son montant au moyen d'une commission indépendante, la KEF,

19 — Dreher, M., «Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht», *NZBau — Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe*, 6/2005, p. 302.

20 — Opitz, M., «Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks?», *NVwZ — Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 9/2003, p. 1090.

sous réserve de la ratification et d'une éventuelle modification par les Länder, qui ont le dernier mot en la matière [21].

3. Un financement dépourvu de contrepartie

54. En deuxième lieu, l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50 ne se limite pas aux modes de financement directs, car la seule nuance apportée au verbe «financer» résulte de l'adverbe «majoritairement» («überwiegend» en allemand, «mayoritariamente» en castillan et «for the most part» en anglais), sans qu'aucune allusion ne soit faite à la forme, directe ou indirecte, de la réalisation de l'apport financier aux organismes subventionnés.

55. Enfin, il existe un certain appui jurisprudentiel implicite en faveur de la possibilité de l'existence d'un soutien économique indirect de l'État, car la Cour a reconnu, en ce qui concerne la deuxième hypothèse énoncée au troisième tiret de la disposition en cause, la possibilité d'un contrôle indirect de l'État [22], qui pourrait également s'étendre à la première hypothèse, notamment si l'on tient compte de l'équivalence entre les trois hypothèses [23], comme l'a rappelé à juste titre le gouvernement allemand.

56. La Cour a, dans son arrêt University of Cambridge, précité, défini le financement public, en ajoutant une distinction fondamentale, en fonction du fait que l'entité recevant l'aide est tenue de fournir une contre-prestation spécifique ou non, car c'est seulement en l'absence d'une telle compensation que la condition du financement public est remplie [24].

57. Dans le contexte de cet arrêt et en vertu de leur thèse selon laquelle le consommateur paye directement les organismes de radiodiffusion, ces organismes et le gouvernement allemand soutiennent que l'usager obtient une «contre-prestation spécifique» pour son paiement, à savoir le droit de capter les images et les ondes des télévision et radio publiques allemandes. Les organismes de radiodiffusion et le gouvernement allemand s'appuient sur cette circonstance pour rejeter le caractère public du financement litigieux [25].

21 — Frenz, W., op. cit., p. 272. Dans leurs observations, les organismes de radiodiffusion font état de l'existence d'un recours en inconstitutionnalité pendant devant le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle) et dirigé contre la révision à la baisse introduite par les Länder dans la proposition d'augmentation du montant de la redevance.

22 — Arrêt du 17 décembre 1998, Connemara Machine Turf (C-306/97, Rec. p. I-8761, point 34).

23 — Arrêt Commission/France, précité (point 49).

24 — Point 21.

25 — Hailbronner, K., «Öffentliches Auftragswesen», Grabitz, E./Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, Munich, 2006, B 4, n° 121, p. 22.

58. Pour réfuter cette argumentation, il suffirait d'indiquer que, compte tenu de leur origine légale, les ressources générées par la redevance de radiodiffusion ne présentent pas un caractère de droit privé. Mais les organismes de radiodiffusion pourraient répliquer que, si la fixation par la loi des montants payés par le consommateur détermine le caractère public des fonds collectés, les honoraires des architectes, des avocats et des médecins seraient alors des versements publics et indirects au sens des directives communautaires sur les appels d'offres. Toutefois, si l'on applique le syllogisme des organismes de radiodiffusion et du gouvernement allemand et que l'examen de la question du financement public s'attachait uniquement à l'origine privée des fonds, ni les ressources des offices de brevets et de marques ni celles des cadastres ou des registres des biens immobiliers, pour ne citer que quelques entités pour lesquelles l'intéressé paye directement le service que lui offre l'autorité publique, et donc pas un impôt, ne mériteraient d'être réputées comme étant des fonds publics au sens de la directive 92/50.

59. Même si l'on soutient que les fonds publics sont versés en échange des programmes émis sur les chaînes de radio et de télévision de l'État, ladite argumentation reste aussi peu pertinente. Les montants (publics) versés aux organismes de radiodiffusion n'instaurent pas et ne renforcent pas une dépendance semblable à celle des relations commerciales normales, car ils constituent une mesure de soutien [26] sur laquelle est fondé le fonctionnement de ces entités, sans que l'État n'attende ni ne perçoive la contre-valeur sous la forme d'une prestation concrète.

60. En résumé, je ne rejette pas seulement la théorie selon laquelle le versement de la redevance est dû par l'usager à titre de contre-prestation pour l'accès à des programmes publics, mais également l'idée en vertu de laquelle le service public de radiodiffusion constitue la contrepartie rétribuant le soutien économique de l'État.

4. Une activité sans concurrence

61. Bien qu'il ne soit pas opportun de préciser ce qui est entendu par la notion d'organisme de droit public créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial [27], c'est à bon droit que le gouvernement autrichien et l'Autorité de surveillance de l'AELE intègrent l'étude

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

27 — Arrêt du 10 novembre 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821, points 48 à 50).

de la position concurrentielle des organismes de radiodiffusion dans le contexte de ce renvoi préjudiciel.

62. Au vu de la configuration du recouvrement de la redevance de radiodiffusion, qui est prévue par une loi spéciale avec les prérogatives de droit public susmentionnées (liquidation et éventuelle exécution forcée), on ne peut soutenir valablement que les moyens financiers destinés à satisfaire la nécessité d'intérêt général d'une programmation publique, qui est indiscutablement assurée par les organismes de radiodiffusion, ne sont pas générés indépendamment des conditions de marché. Les moyens financiers dont ces organismes sont dotés grâce à ladite redevance ne proviennent donc pas de l'exercice d'une activité concurrentielle, mais sont supportés par la collectivité [28], sans lien avec l'emploi effectif que le consommateur fait de leur offre de programmes audiovisuels.

63. Cette manière assistée d'opérer sur le marché libère les organismes de radiodiffusion de l'incertitude liée à leurs revenus, car ils jouissent de la garantie de l'État sous la forme des budgets élaborés par la KEF. Par conséquent, même si l'on donne raison à la thèse qui défend l'origine privée des fonds, la manière selon laquelle ces entités assurent l'existence d'un flux de moyens pécuniaires ne diffère pas du mode de financement dans lequel le capital est directement mis à leur disposition par l'État.

64. À la question que j'ai formulée au cours de l'audience afin de savoir si cette garantie de financement des organismes de radiodiffusion que l'État allemand est constitutionnellement tenu d'assurer s'étend aux dettes contractées [29], le gouvernement allemand a répondu catégoriquement de manière négative. Toutefois, comme l'a remarqué la Commission, cette question ne se pose même pas, puisque la KEF examine régulièrement les besoins financiers des organismes de radiodiffusion et couvre ceux-ci amplement. Ainsi, il ne leur est pas non plus nécessaire de recourir au crédit privé dans le cas critique de l'insolvabilité, ce qui renforce donc l'aspect public de la subvention.

5. Autres éléments d'appréciation

65. Le caractère public des moyens économiques qui assurent les activités des orga-

28 — Seidel, I., «Öffentliches Auftragswesen», Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, C.H. Beck, Munich, 2006, nº 82, p. 27; Boesen, A., op. cit., p. 152.

29 — Jusqu'à maintenant, l'exigence d'un mécanisme public de compensation des dettes n'avait été mentionnée que dans le cadre de l'examen de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, des directives communautaires sur les marchés publics, qui concerne la satisfaction de l'intérêt général (arrêt du 10 mai 2001, Agorà et Excelsior, C-223/99 et C-260/99, Rec. p. I-3605, point 40).

nismes de radiodiffusion découle des éléments qui précèdent. Toutefois il convient encore d'ajouter quelques remarques.

66. Ainsi, en premier lieu, la jurisprudence constante de la Cour requiert que la notion communautaire autonome de pouvoir adjudicateur soit interprétée de manière fonctionnelle [30] et large [31], compte tenu de l'objectif d'éviter le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou aux candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et de la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État se laisse guider par des considérations autres qu'économiques [32].

67. Dans ce contexte, en réponse à la question que je leur ai posée lors de l'audience, les organismes de radiodiffusion ont indiqué qu'aucune des onze entreprises contactées par la GEZ pour présenter des offres contraignantes ne se trouvait dans un autre État membre. À elle seule, cette information est révélatrice du fait que les craintes du législateur communautaire n'étaient pas dépourvues de fondement.

68. En deuxième lieu, les organismes de radiodiffusion, qui sont rejoints sur ce point par une partie de la doctrine allemande [33], soulignent le mandat constitutionnel d'impartialité qui les protège de toute ingérence des pouvoirs publics dans leur gestion.

69. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner les vertus de l'article 5, paragraphe 1, de la loi fondamentale allemande qui a permis d'implanter un service de radiodiffusion public de qualité, il n'existe pas d'incompatibilité entre ce mandat et l'obligation litigieuse de ces organismes de respecter et de suivre les procédures d'appel d'offres mises en place par les directives communautaires.

70. Dans les observations déposées dans le cadre de la présente procédure préjudicielle, aucune raison n'a été avancée pour démontrer que la soumission des organismes de radiodiffusion aux modalités desdites directives pourrait mettre en danger leur neu-

30 — Arrêts BFI Holding, précité (point 62); du 17 décembre 1998, Commission/Irlande (C-353/96, Rec. p. I-8565, point 36); du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Rec. p. I-11617, point 53); du 27 février 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931, point 41), et du 16 octobre 2003, Commission/Espagne (C-283/00, Rec. p. I-11697, point 73).

31 — Wollenschläger, F., «Der Begriff des 'öffentlichen Auftraggebers' im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes», *EWS — Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 8/2005, p. 345.

32 — Arrêts précités University of Cambridge (point 17), Universale-Bau e.a. (point 52), et Adolf Truley (point 42).

33 — Dreher, M., op. cit., p. 303, ainsi que Hailbronner, K., op. cit. (n° 123, p. 22).

tralité. De plus, la liberté de la presse dont bénéficie la radiodiffusion et son impartialité n'ont jamais constitué des critères pour évaluer la qualité de pouvoir adjudicateur des organismes de droit public [34].

71. En troisième lieu, la prédominance absolue du financement des organismes de radiodiffusion par la redevance par rapport aux autres sources de revenus, en particulier la publicité, est indiscutable. Par conséquent, eu égard aux considérations qui précèdent, on arrive à la conclusion que la manière dont les organismes de radiodiffusion financent leurs coûts remplit l'exigence d'un financement majoritaire par l'État au sens de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50.

6. Réponse aux première et deuxième questions

72. Eu égard aux considérations qui précèdent, j'invite la Cour à répondre aux première et deuxième questions posées par l'Oberlandesgericht Düsseldorf comme suit:

«Le financement indirect d'organismes par le paiement de redevances par les possesseurs de récepteurs de radiodiffusion constitue un financement au sens de la disposition litigieuse, dont l'analyse ne permet pas d'exiger d'autres critères complémentaires tels que l'influence directe de l'État sur la passation de marchés publics par l'organisme qu'il finance.»

C — *Sur la troisième question*

73. Par cette question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si l'article 1er, sous a), iv), de la directive 92/50 inclut dans son champ d'application les services de caractère subsidiaire et connexe, qui ne sont pas spécifiques aux programmes de radiodiffusion.

74. J'ai déjà signalé l'utilité de la réponse à cette question si la qualité de «pouvoir adjudicateur» est attribuée aux organismes de radiodiffusion. En demandant l'interprétation de cette disposition, l'Oberlandesgericht Düsseldorf essaye d'en préciser le champ d'application matériel afin de juger si en sont exclus les services de nettoyage des locaux de ces organismes.

34 — Seidel, I., op. cit., nº 82, p. 27.

75. Le texte de cette disposition est tellement clair qu'il suffirait d'appliquer l'adage in claris non fit interpretatio. Il lève l'obligation de soumission aux procédures de passation de marché pour les contrats intimement liés au contenu des programmes de radio et de télévision (l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes et les contrats concernant les temps de diffusion).

76. S'agissant d'une exception à la règle générale, ladite disposition doit faire l'objet d'une interprétation restrictive et, par conséquent, toute activité différente de celles qui y sont expressément mentionnées doit être formalisée dans le cadre d'une opération juridique, à l'issue d'un appel d'offres public.

77. L'évolution législative communautaire semble confirmer cette déduction, comme il découle de la comparaison entre les considérants des directives 92/50 et 2004/18. Ainsi, le vingt-cinquième considérant de la directive 2004/18 a nuancé le succinct onzième considérant de la directive 92/50, en excluant «d'autres services préparatoires, tels que ceux relatifs aux scénarios ou aux performances artistiques nécessaires pour la réalisation du programme». Par contre, il n'exclut pas «la fourniture du matériel technique nécessaire» pour l'élaboration de ces programmes.

78. Par conséquent, si le matériel spécialisé n'est pas couvert par l'exception,les services de nettoyage des bâtiments des organismes de radiodiffusion ne peuvent pas non plus l'être.

79. En somme, aussi bien l'interprétation grammaticale que l'interprétation authentique vont en faveur de l'utilisation de l'argument a contrario dans le cadre de la définition du champ d'application matériel de la directive 92/50 en ce qui concerne les contrats conclus avec les organismes de radiodiffusion allemands.

80. Je me permets de formuler une dernière remarque, car c'est dans le contexte de ladite disposition, plus que dans le cadre de leur mode de financement, que se trouve le respect de la garantie constitutionnelle de l'impartialité des organismes de radiodiffusion allemands [35]; c'est pourquoi le législateur communautaire a prévu l'exception relative aux programmes afin de tenir compte de motifs d'ordre culturel et social, comme l'indique le vingt-cinquième considérant de la directive 2004/18.

35 — Voir, en ce sens, Boesen, A., op. cit., nº 75, p. 152.

VI — Conclusion

81. Au vu des considérations exposées, je suggère à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par l'Oberlandesgericht Düsseldorf comme suit:

«1) La condition relative au 'financement par l'État' posée à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprétée en ce sens qu'elle couvre le financement indirect de certains organismes par le paiement de redevances par les détenteurs de récepteurs de radiodiffusion, sans que la satisfaction d'autres critères tels que l'influence directe de l'État sur la passation de marchés publics par l'organisme qu'il finance ne soit nécessaire.

2) L'article 1er, sous a), iv), de la directive 92/50 n'exclut du champ d'application de cette directive que les services qui y sont mentionnés et non les autres services de caractère subsidiaire et connexe qui ne sont pas spécifiques aux programmes.»