CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 18 mai 2000 *

1. La question essentielle soulevée dans le cadre du présent renvoi préjudiciel émanant du Bundesvergabeamt (Office fédéral des adjudications, ci-après le «BVA») (Autriche) vise à savoir si les contrats de concession de service public sont exclus du champ d'application de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [1], et de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications [2]. S'ils sont exclus, se pose alors la question de la détermination de la portée de cette exclusion. Un certain nombre d'autres questions, telles que celle de savoir si les parties d'un contrat qui relèvent du champ d'application de la directive 93/38 peuvent être dissociées de celles qui n'en relèvent pas ainsi que le problème de la distinction entre les marchés de prestation de services et les marchés de fournitures, sont également posées.

I — Le contexte juridique et factuel

A — *Le droit communautaire*

2. Le huitième considérant du préambule de la directive 92/50 est en ces termes:

«considérant que la prestation de services n'est couverte par la présente directive que dans la mesure où elle est fondée sur des marchés; que la prestation de services sur d'autres bases, telles que des dispositions législatives ou réglementaires ou des contrats d'emploi, n'est pas couverte...».

* Langue originale: l'anglais.

1 — JO L 209, p. 1. Cette directive a depuis lors été modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, modifiant les directives 92/50, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement (JO L 328, p. 1).

2 — JO L 199, p. 84. Cette directive a depuis lors été modifiée par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 (JO L 101, p. 1).

L'article 1er de cette même directive dispose que:

«Aux fins de la présente directive:

a) les '*marchés publics de services*' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion:

...

v) des marchés qui ont pour objet les services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de communications par satellite... ».

3. Le vingt-quatrième considérant du préambule de la directive 93/38 est en ces termes:

«considérant que la fourniture de services n'est couverte par la présente directive que dans la mesure où elle est fondée sur des marchés; que la fourniture de services sur d'autres bases, telles que des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou des contrats d'emploi, n'est pas couverte».

L'article 1er, point 4, de cette directive dispose que:

«[Les] 'marchés de fournitures, de travaux et de services' [sont] des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre l'une des entités adjudicatrices définies à l'article 2 et un fournisseur, entrepreneur ou prestataire de services et ayant pour objet:

...

c) dans le cas des marchés de services, tout autre objet que ceux visés aux points a) et b) et à l'exclusion:

...

iii) des marchés visant les services d'arbitrage et de conciliation;

iv) des marchés relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;

...

vi) ... Les marchés qui incluent des services et des fournitures sont considérés comme des marchés de fournitures lorsque la valeur totale des fournitures est supérieure à la valeur des services couverts par le marché...».

Il est affirmé, à l'article 2, paragraphe 1, que la directive «s'applique aux entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2...».

Le paragraphe 2 de ce même article dispose, pour n'en citer que le passage pertinent, que les «activités relevant du champ d'application de la présente directive» comprennent:

«...

d) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications...».

B — *La législation autrichienne et les faits du litige au principal*

4. La Post & Telekom Austria AG (ci-après la «PTA») a succédé juridiquement, depuis le 1er janvier 1997, à l'ancienne Post & Telegraphenverwaltung (administration des Postes et des Télégraphes). Cette dernière avait pour mission d'exploiter le monopole autrichien des postes et télécommunications, et dans ce cadre l'obligation légale de fournir des annuaires téléphoniques [3]. Toutefois, pour des raisons économiques, cette administration avait décidé en 1992 de chercher un partenaire pour la seconder dans l'élaboration du Amtliches Telefonbuch (annuaire téléphonique officiel désormais connu sous la dénomination de «pages blanches»). Un contrat (bien qu'il

3 — Article 31 du Fernmeldegesetz (ancienne loi sur les télécommunications).

n'ait apparemment pas pris la forme d'une concession) a été conclu en 1992 et a expiré à la fin de l'année 1997. Dans l'optique de l'expiration imminente de ce contrat, la PTA a proposé, dans le cadre d'une annonce publiée le 15 mai 1997 dans l'*Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (bulletin annexé au journal officiel autrichien), ainsi que dans certains quotidiens, d'octroyer une concession portant sur la production d'annuaires et de bases de données électroniques regroupant ses abonnés. Le concessionnaire devait, en contrepartie de la prise en charge de cette obligation, être autorisé à exploiter la concession de manière lucrative, la PTA prenant une participation de 40 % dans la société devant être constituée par le concessionnaire à cette fin. La concession a été attribuée peu après à Herold Business Data AG (ci-après «HBD»), société ayant semble-t-il succédé juridiquement à celle qui avait obtenu le contrat initial en 1992 [4]. La concession a ensuite été conclue le 15 décembre 1997.

5. Le 1er août 1997, le Telekommunikationsgesetz (nouvelle loi sur les télécommunications, ci-après le «TKA») est entré en vigueur [5]. Son article 19 impose à tout prestataire d'un service public de téléphonie vocale, entre autres obligations, de tenir une liste actualisée des abonnés au téléphone, de fournir des renseignements sur les numéros de ses abonnés ainsi qu'un annuaire, à la disposition, sur sa demande, de l'autorité réglementaire instaurée par cette loi, sur une base au moins hebdomadaire et sous une forme lisible électroniquement. Les usagers doivent avoir accès à ces renseignements qui doivent être disponibles, moyennant le paiement d'un droit raisonnable, au titre du service téléphonique universel en Autriche, en application de l'article 24, paragraphes 1 et 2, du TKA. L'autorité réglementaire est tenue, conformément à l'article 26, paragraphe 1, du TKA, de garantir qu'un annuaire global unique, regroupant l'ensemble des informations contenues dans les différents annuaires individuels, soit disponible [6]. De plus, les opérateurs individuels sont dans l'obligation, en application de l'article 96, paragraphe 1, du TKA, de réaliser un annuaire téléphonique qui peut, notamment, être sous forme imprimée et/ou électronique.

6. Les parties demanderesses au principal, Telaustria et Telefonadress, ont estimé que les procédures d'adjudication prescrites par les dispositions communautaires et autrichiennes en matière de marchés publics de services auraient dû être appliquées au contrat en question. Après avoir formé séparément des demandes de procédure de conciliation, en application de l'article 109 du Bundesvergabegesetz [7] (loi fédérale sur la passation des marchés publics, ci-après le «BVerG»), qui ont ensuite été jointes, elles ont obtenu de la Bundes-Vergabekontrollkommission (commission fédérale de contrôle des adjudications) une recommandation en leur faveur qui a conclu, le 20 juin 1997, à l'application des règles du BVerG.

7. La PTA a décidé de ne pas se conformer à cette recommandation, mais a poursuivi

4 — HBD appartient conjointement à une entreprise appelée GTE (74 %) et à la PTA (26 %).

5 — *BGBl.* 1997 I, n° 100.

6 — Jusqu'au 31 juillet 1997, l'obligation légale de publier des annuaires téléphoniques s'imposait à la PTA en application de l'article 2 du Poststrukturgesetz (*BGBl.* 1996 I, n° 201).

7 — *BGBl.* 1997, n° 56.

les négociations relatives au contrat tel que proposé par voie d'annonce. Selon elle, le contrat litigieux était visé par l'exclusion expresse des «concessions de services» du champ d'application du BVerG, conformément à l'article 3, paragraphe 1, point 8, de cette loi. Le 24 juin 1997, Telaustria, rejointe ensuite par Telefonadress, a saisi le BVA d'une demande d'ouverture de procédure de recours assortie d'une demande de référé. Ayant d'abord adopté une ordonnance de référé favorable aux demanderesses, le BVA a ensuite, le 10 juillet 1997, décidé provisoirement d'autoriser la conclusion du contrat envisagé entre la PTA et HBD, à la condition qu'il puisse être annulé s'il s'avérait que les règles communautaires en matière d'adjudication lui étaient applicables.

8. L'ordonnance de renvoi affirme que le TKA s'applique au contrat conclu entre la PTA et HBD. Lors de sa constitution en tant que société commerciale, la PTA est devenue une société publique à 100 %. Elle est contrôlée par les autorités autrichiennes et, de l'avis du BVA, constitue une entreprise publique aux fins de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38 et donc également une entité adjudicatrice aux fins de cette directive.

9. Selon la description du BVA, le contrat litigieux comprend «plusieurs contrats — qui s'imbriquent en partie — ayant des objets différents, mais conclus entre les mêmes partenaires». Il affirme que l'objet du contrat relatif à l'impression «est la fabrication d'annuaires téléphoniques imprimés».

Le BVA signale que les services que HBD doit fournir comprennent, premièrement: «la collecte, le traitement et l'organisation des données relatives aux abonnés; il doit également rendre ces données techniquement exploitables; il s'agit donc de prestations qui correspondent au numéro 841b de la CPC[8], 'Progiciels', au numéro 8431, 'Traitements sur ordinateur', au numéro 8432, 'Saisies et données', au numéro 8439, 'Autres services informatiques', et, éventuellement, au numéro 844, 'Services des banques de données'». Il décrit ces services comme étant rattachés à la catégorie 7, 'Services informatiques et services connexes', de l'annexe XVI A à la directive 93/38/CEE».

10. La deuxième partie du contrat concerne la production d'annuaires téléphoniques imprimés, qualifiés de services de la «catégorie 15, 'Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle', au sens de l'annexe XVI A, de la directive 93/38/CEE». La dernière partie du contrat décrite par le BVA comprend des «prestations portant le numéro CPC 871, 'Publicité', ce qui correspond à des prestations au sens de la catégorie 13 de l'annexe XVI A de la directive 93/38/CEE». Le BVA estime que la proportion de services énumérés à l'annexe XVI A de la directive 93/38 est supérieure à celle des services de l'annexe XVI B, de sorte que cette directive

8 — La «CPC» est la Classification centrale des produits de l'Organisation des Nations unies. Sur la question de l'importance de la CPC, voir, notamment, l'arrêt du 24 septembre 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357, points 38 et 39) et les points 10, 32 et suiv. de nos conclusions dans cette affaire.

peut être considérée comme applicable à l'ensemble du contrat.

11. Estimant que l'exclusion des concessions de service public du champ d'application de la directive 92/50 n'étaye pas nécessairement l'allégation de la PTA en ce sens que de tels contrats sont également exclus du champ d'application de la directive 93/38 et eu égard à la portée incertaine de ce qu'il convient d'entendre par de telles concessions, le BVA a saisi la Cour des sept questions reproduites ci-dessous:

« Question principale:

Peut-on déduire de la genèse de la directive 92/50/CEE, en particulier de la proposition de la Commission [COM (90) 372, JO C 23 du 31 janvier 1991] ou de la définition de la notion de 'marché public de services' qui figure à l'article 1er, sous a), de cette même directive, que certaines catégories de contrats conclus par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la directive avec des entreprises prestataires de services sont a priori exclues du champ d'application de la directive sur la seule base de certaines caractéristiques communes, telles qu'elles sont énumérées dans la proposition COM (90) 372 de la Commission, et sans qu'il y ait lieu d'appliquer les articles 1er, sous a), lettres i à viii ou 4 à 6 de la directive 92/50/CEE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la question principale:

De telles catégories de contrats relèvent-elles également du champ d'application de la directive 93/38/CEE, eu égard en particulier au vingt-quatrième considérant de cette même directive?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la deuxième question:

Ces catégories de contrats exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE peuvent-elles être suffisamment définies, par analogie avec ce qui figure dans la proposition COM (90) 372, en ce sens que leur caractéristique essentielle consiste en ce qu'une entité adjudicatrice, relevant du champ d'application personnel de la directive 93/38/CEE, confie à une entreprise de son choix l'exécution d'une prestation de services dont cette entité a la responsabilité en échange du droit, concédé à l'entreprise, d'exploiter économiquement la prestation en question?

À titre de complément aux trois premières questions:

Dans l'hypothèse d'un contrat conclu par une entité adjudicatrice relevant du champ

d'application personnel de la directive 93/38/CEE qui comporte des éléments propres à un marché de services au sens de l'article 1er, paragraphe 4, sous a), de la directive 93/38/CEE en même temps que des éléments d'une autre nature contractuelle qui ne relèvent pas du champ d'application de cette directive, l'entité adjudicatrice est-elle tenue de dissocier la partie du contrat global qui est soumise à la directive, pour autant que cela soit techniquement possible et économiquement raisonnable pour la soumettre à une procédure de passation au sens de l'article 1er, paragraphe 7, de cette directive, à l'instar de ce que la Cour de justice a prescrit dans l'affaire C-3/88 [9], avant l'entrée en vigueur de la directive 92/50/CEE, à propos d'un marché qui n'était pas, dans sa totalité, soumis à la directive 77/62/CEE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette question:

La concession, par contrat, du droit d'exploitation économique exclusive du produit d'une prestation de services, qui procure au prestataire un revenu qui ne peut certes pas être déterminé mais qui, selon l'expérience générale, ne sera pas négligeable et dépassera vraisemblablement les coûts de la prestation de services, doit-elle être considérée comme une rémunération de l'exécution de la prestation, comme l'a affirmé la Cour dans l'affaire C-272/91 [10] à propos d'un marché de fournitures comportant, au lieu d'une rémunération, l'attribution d'un droit reconnu par la puissance publique?

À titre de complément aux questions précédentes:

Les dispositions de l'article 1er, paragraphe 4, sous a) et c), de la directive 93/38/CEE doivent-elles être interprétées en ce sens qu'un marché prévoyant l'exécution de prestations de services au sens de l'annexe XVI, partie A, catégorie 15, perd son caractère de marché de services pour devenir un marché de fournitures, lorsque la prestation de services a pour résultat la fabrication d'une quantité importante de biens corporels identiques qui ont une valeur économique et donc de marchandises au sens des articles 9 et 30 du traité CE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette question:

L'arrêt de la Cour dans l'affaire C-3/88 doit-il être interprété en ce sens qu'un tel marché de fournitures doit être séparé des autres parties constitutives du contrat de prestations et soumis à une procédure de passation au sens de l'article 1er, paragraphe 7, de la directive 93/38/CEE, pour autant que cela soit techniquement possible et économiquement raisonnable?»

9 — Arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie (Rec. p. 4035, ci-après l'«arrêt Data-processing»).

10 — Arrêt du 26 avril 1994, Commission/Italie (Rec. p. I-1409, ci-après l'«arrêt Lottomatica»).

II — Observations

12. Telaustria, la PTA, le royaume de Danemark et le royaume des Pays-Bas, la République française et la république d'Autriche ainsi que la Commission ont présenté des observations écrites. Tous, à l'exception des royaumes de Danemark et des Pays-Bas, ont également présenté des observations orales.

III — Analyse

13. Les problèmes soulevés par les différentes questions déférées par la juridiction nationale peuvent, nous semble-t-il, être résumés en ces termes:

i) Le contrat litigieux en l'espèce, à supposer que les règles communautaires relatives à la passation des marchés publics s'appliquent, relève-t-il de la directive 93/38?

ii) Les concessions de service public sont-elles exclues du champ d'application de la directive 93/38?

iii) Quelle est la portée d'un contrat de concession de service public en droit communautaire et comment de telles concessions doivent-elles être définies?

iv) Si les règles de publicité pertinentes prévues par les directives communautaires en matière d'adjudication ne sont pas applicables, quelles sont les éventuelles exigences en termes de publicité qui peuvent être déduites de l'application des principes généraux du traité?

v) Dans l'hypothèse où la directive 93/38 ne serait pas applicable, le fait que la concession vise la production d'un grand nombre d'annuaires téléphoniques (physiques) signifie-t-il que celle-ci devrait être considérée en tout ou partie comme un marché de fournitures et, dès lors, comme relevant des règles d'adjudication prévues par la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures [11]?

Bien que ces questions se recoupent en partie, nous proposons, pour des raisons de commodité, de les aborder successivement.

11 — JO L 199, p. 1.

A — *Directive 92/50 ou directive 93/38*

14. Si la directive 93/38 était applicable à un contrat tel que celui conclu entre la PTA et HBD, il serait inutile de répondre spécifiquement à la première question déférée par le BVA. Il convient donc selon nous d'envisager tout d'abord la possible applicabilité de la directive sectorielle avant d'examiner d'autres directives plus générales. Cependant, même si la directive 93/38 était seule applicable en l'espèce, cela n'empêcherait pas d'examiner d'autres règles communautaires en la matière afin d'aider à l'interprétation de cette directive.

15. Il ressort clairement de l'ordonnance de renvoi que la PTA, en sa qualité de prestataire de services de télécommunications appartenant aux pouvoirs publics, doit en principe être considérée comme une entité adjudicatrice aux fins de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 93/38. Le treizième considérant du préambule de cette directive, qui affirme que son champ d'application «ne doit pas s'appliquer aux activités de ces entités qui ne concernent pas les secteurs... des télécommunications», peut également étayer ce point de vue. La directive 93/38 ne s'applique, conformément à son article 2, paragraphe 1, que lorsqu'une entité adjudicatrice exerce «une des activités visées au paragraphe 2», qui comprend «la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications...» [12]. Même si la PTA ne peut plus être le seul prestataire de tels services opérant sur le marché autrichien, le BVA a lui-même précisé que les «missions» de la PTA comprenaient «la mise à disposition et l'exploitation de réseaux publics de télécommunications et la fourniture de services publics de télécommunications». Il s'agit sans conteste, comme le soutient la Commission, d'une entité adjudicatrice sectorielle. Il est constant que la production d'annuaires téléphoniques physiques et électroniques est directement liée à la prestation de ces services.

16. Le BVA a lui-même estimé, à titre provisoire, que les services visés dans le contrat liant la PTA et HBD, envisagé comme un tout, relèvent du champ d'application de la directive 93/38 et, plus particulièrement, que ce contrat doit être considéré comme un marché de fournitures aux fins de son article 15. Pour déterminer si le contrat litigieux relève du champ d'application matériel de la directive 93/38, on observera qu'il n'y a, parmi les informations dont dispose la Cour, aucun élément qui puisse remettre en cause l'analyse du BVA selon laquelle, sauf à l'exclure au motif qu'il s'agit d'une concession, le contrat devrait être considéré comme relevant du champ d'application de cette directive. Il n'est pas nécessaire, selon nous, pour répondre aux questions déférées, de prendre position sur la question de savoir s'il s'agirait d'un marché de fournitures ou de services. En effet, si un contrat tel que celui de l'espèce au principal peut être considéré comme un contrat de fournitures ou de services au sens de l'article 1er, point 4, de la directive 93/38, les règles de publicité prescrites par l'article 15 ou l'article 16 de cette directive s'appliqueraient.

12 — Voir article 2, paragraphe 2, sous d), cité dans son intégralité sous le point 3 ci-dessus.

17. Nous ne sommes pas d'accord avec la PTA lorsqu'elle affirme que les seuls services relevant du champ d'application de la directive 93/38 sont ceux qui interviennent à la fin d'une longue chaîne de services et qui, en ce qui concerne la présente espèce, sont directement liés à la fourniture effective de services de téléphonie vocale. Il ressort clairement du dix-septième considérant du préambule de la directive 92/50 que les dispositions de cette directive n'avaient pas pour but d'affecter les dispositions de la directive ayant précédé la directive 93/38; en d'autres termes, lorsqu'un marché relève du champ d'application de la directive sectorielle, les dispositions plus générales de la directive 92/50 ne s'appliquent pas. Même si les services relevant du champ d'application de cette dernière sont énumérés, notamment, à l'annexe I A et comprennent les «services de télécommunications» (catégorie 5), il découle clairement de la note en bas de page qui accompagne cette catégorie que les services de téléphonie vocale sont exclus. Seule une interprétation très étroite du champ d'application de la directive 93/38 justifierait la thèse de la PTA selon laquelle un marché concernant la production d'annuaires téléphoniques n'est pas suffisamment lié à la fourniture de services de téléphonie vocale pour entraîner l'application de cette directive. À notre avis, une telle interprétation étroite n'est pas appropriée. Il est particulièrement notable, comme l'a relevé l'ordonnance de renvoi, que la catégorie 15 de l'annexe XVI de la directive 93/38 vise expressément les «[s]ervices de publication et d'impression» parmi les services soumis aux procédures de publicité prescrites par l'article 15.

18. De plus, l'article 1er, point 4, de la directive 93/38 décrit notamment les marchés de services relevant de cette directive comme étant des «contrats à titre onéreux conclus par écrit entre l'une des entités adjudicatrices définies à l'article 2 et un fournisseur, entrepreneur ou prestataire de services», et ayant pour objet [voir l'article 1er, point 4, sous ii)] «les services de téléphonie vocale». En conséquence, nous sommes convaincu que le BVA a estimé à juste titre que la directive 93/38 est, en principe, la directive applicable en l'espèce. Le problème soulevé par les deuxième, troisième et cinquième questions (et, indirectement, par la première question) devrait donc être interprété en ce sens qu'il s'agit de savoir si le fait que le contrat conclu entre la PTA et HBD soit une concession s'oppose à l'application de la directive 93/38. Il s'agit en réalité du problème qui constitue le coeur de cette affaire.

B — *L'exclusion des concessions de service public*

19. Selon les demanderesses, les concessions de service public ne devraient pas être considérées comme échappant aux règles communautaires en matière d'adjudication au motif qu'une telle interprétation ferait dépendre les règles en question de la fluctuation des activités considérées comme activités publiques dans les différentes législations nationales. La nécessité d'interpréter strictement les exceptions au champ d'application des règles relatives à la passation des marchés publics s'oppose à une telle exception. Subsidiairement, si les concessions sont exclues, il doit y avoir un réel transfert d'activités dans l'intérêt du public pour qu'il s'agisse d'une concession de service public. Tel n'est pas le cas, selon les demanderesses, en ce qui concerne la

production d'annuaires téléphoniques. Elles signalent l'absence de toute proposition expresse de la Commission pour intégrer les concessions de service public dans le champ d'application de la directive 93/38 et concluent qu'il serait injustifié de déduire l'exclusion de tels contrats du silence de la directive sur ce point.

20. La PTA, soutenue par les États membres qui sont intervenus et par la Commission, soutient pour l'essentiel qu'il ressort clairement de la genèse de la directive 92/50, comme de l'examen du champ d'application général des directives communautaires relatives à la passation des marchés que le Conseil n'a pas souhaité inclure les concessions dans le champ d'application de cette directive ou de la directive 93/38. Le champ d'application matériel de cette dernière se limite au type de marchés qui y sont inclus, les concessions n'en étant pas un exemple.

21. Selon nous, il est tout à fait clair que le Conseil a rejeté la proposition de la Commission visant à inclure les concessions dans le champ d'application de la directive 92/50. Dans sa proposition initiale, présentée le 13 décembre 1990, les «concessions de service public» étaient distinguées des «marchés publics de services» à l'article 1er, sous a), vi), définies à l'article 1er, sous a), h), et soumises aux règles de publicité de la directive proposée par son article 2 [13]. Mis à part une définition plus développée de la notion de «concession de service public», la proposition modifiée présentée le 28 août 1991 [14] contenait des dispositions pour l'essentiel semblables. La justification initiale avancée par la Commission à l'appui de l'intégration de ces concessions figurait au dixième considérant de la proposition dans lequel elle affirmait que, «pour garantir la cohérence des procédures de passation, il importe que les concessions de service public soient couvertes par la présente directive de la même façon que la directive 71/305/CEE s'applique aux concessions de travaux publics». La mention de cette dernière directive a été abandonnée dans le dixième considérant de la proposition modifiée qui affirme simplement que la prise en compte des concessions de service public était nécessaire «pour garantir la cohérence des procédures». Au cours du processus législatif, le Conseil a décidé d'éliminer de cette proposition la totalité des références aux concessions de service public. Sa motivation apparaît dans le document exposant les motifs de sa position commune et cité par la République française dans ses observations écrites [15]. La décision du Conseil, comme le soutient la République française, ne peut être interprétée que comme un refus exprès d'intégrer ces concessions au champ d'application de la directive 92/50.

13 — Proposition de directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [COM(90) 372 final, JO 1991, C 23, p. 1]. L'article 3 de cette proposition énonçait des règles spécifiques dans l'hypothèse où le concessionnaire était une entité adjudicatrice.

14 — Proposition modifiée de directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [COM(91) 322 final, JO 1991, C 250, p. 4].

15 — Document n° 4444-92-ADD-1, du 25 février 1992. Pour l'essentiel, le Conseil estimait que les différences entre les diverses législations nationales relatives à de telles concessions étaient trop importantes de sorte que l'adoption de la proposition n'aurait pas la même incidence dans tous les États membres. Dans ses observations écrites, la république d'Autriche signale que cette réticence s'expliquait par le fait que, dans certains États membres, les concessions n'étaient octroyées que par l'intermédiaire d'actes publics (administratifs) qui n'auraient donc pas été couverts par la définition proposée par la Commission, laquelle reposait sur des concessions octroyées en application de contrats consensuels de droit privé. La Commission elle-même l'a reconnu, tout en le regrettant, dans sa communication au Parlement européen concernant la position commune [document SEC (2) 406 final du 5 mars 1992].

22. C'est à la lumière de l'ensemble de ces considérations que nous considérons comme significatif le fait que la Commission n'a pas même proposé d'intégrer les concessions de service public dans sa proposition, présentée le 27 septembre 1991, de ce qui est devenu la directive 93/38 du Conseil [16]. Il est toutefois encore plus significatif que, dans sa proposition modifiée de ce qui est devenu la directive ayant précédé la directive 93/38 — à savoir la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications [17], la première directive sectorielle en matière de passation des marchés publics — la Commission avait proposé certaines dispositions destinées à réglementer les concessions de service public [18]. Cette proposition n'a pas été suivie par le Conseil au motif que de telles concessions n'étaient connues que dans un seul État membre, le Conseil estimant qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la réglementation de ces concessions en l'absence d'étude détaillée sur les diverses formes de concessions de service public octroyées dans les États membres dans les secteurs de l'eau, du gaz et de l'électricité [19]. Cette analyse de la genèse des directives montre clairement que le silence de la directive 93/38 au sujet des concessions était intentionnel et manifestement destiné à les exclure. Il faut donc y voir en l'espèce un élément incontestable d'aide à l'interprétation du texte de la directive finalement adoptée par le Conseil.

23. On trouve dans les directives relatives aux marchés publics de travaux d'autres éléments dans le sens de cette analyse. Dans la première directive en matière d'adjudication, la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [20], l'article 3, paragraphe 1, excluait expressément les contrats de concession du champ d'application des «marchés publics de travaux» définis à l'article 1er, sous a), comme étant des «contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un entrepreneur... et... un pouvoir adjudicateur» relevant de la directive. En 1989, la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305 [21], a adopté une définition de la «concession de travaux publics» [voir le nouvel article 1er, sous d), inséré par l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/440] et a prévu des «règles de publicité» devant être appliquées à la passation de telles concessions (voir le nouvel article 1er ter inséré par l'article 1er de la directive 89/440). C'est là un aspect extrêmement significatif car, pour la première fois, les règles communautaires relatives à la passation des marchés publics traitaient expressément du phénomène des concessions. Lorsque le contrat litigieux a été passé en l'espèce, les dispositions pertinentes étaient celles de la directive consolidée remplaçant la directive 71/305, à savoir la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de

16 — Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 90/531/CEE relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications [COM(91) 347 final, JO 1991, C 337, p. 1].

17 — JO L 297, p. 1.

18 — Proposition modifiée de la directive du Conseil sur les procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications [COM(89) 380 final, JO 1989, C 264, p. 22].

19 — Voir point 10 du document du Conseil n° 5250/90, du 22 mars 1990, MAP 7, PRO-COOP 28, dont une copie a été annexée par la Commission à ses observations écrites.

20 — JO L 185, p. 5.

21 — JO L 210, p. 1.

passation des marchés publics de travaux [22]. Cette directive a été adoptée le même jour que la directive 93/38. Il est donc selon nous évident que, si le Conseil avait souhaité soumettre les concessions de service public au champ d'application de la directive 93/38, il l'aurait fait expressément comme il l'a fait lorsqu'il a adopté la directive 93/37. La seule conclusion pouvant raisonnablement être déduite de cette absence de mention expresse est celle que l'on trouve déjà dans les conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire BFI Holding, à savoir que la directive 93/38 «concerne... uniquement les *marchés de services*» [23].

24. Par conséquent, il est clair que la notion de «*contrats à titre onéreux conclus par écrit*» (souligné par nous) au sens du droit communautaire de la passation des marchés publics, notion que mentionnent toutes les directives depuis la directive 71/305, la première en la matière, jusques et y compris la directive 93/38, n'a jamais concerné les concessions. On ne saurait soutenir, comme le font implicitement les demanderesses, qu'une interprétation littérale de cette notion, telle qu'elle figure désormais à l'article 1er, point 4, de la directive 93/38, permettrait d'intégrer dans son champ d'application les accords écrits du type de ceux que l'on qualifie de concessions, lorsque la contrepartie peut être obtenue soit intégralement par l'exploitation, soit en partie par l'exploitation et par une rémunération versée par l'entité adjudicatrice. En d'autres termes, même si l'on devait faire abstraction de la genèse des directives, une interprétation contextuelle de la notion de contrat à titre onéreux, qui serait nécessaire puisque cette notion n'est pas définie par la directive 93/38, exclurait les concessions.

25. Il s'ensuit selon nous que la Cour devrait dire pour droit que les «concessions de service public» ne relèvent pas du champ d'application de la directive 93/38.

C — *La portée de la notion de concessions de service public*

26. Les concessions de service public étant selon nous exclues du champ d'application de la directive 93/38, la réponse aux troisième et cinquième questions déférées par la juridiction nationale suppose d'examiner le type d'«arrangement» susceptible d'être qualifié de concession et donc exclu des règles de publicité prévues par cette directive. Dans le cadre de cet examen, nous sommes conscient que le législateur communautaire, sauf lorsqu'il a expressément intégré les concessions, n'a pas jugé nécessaire de définir la notion de «concessions de service public». Dans ces conditions, nous pensons, avec les États membres qui sont intervenus dans cette affaire comme avec la Commission, que, faute de définition législative, il appartient à la Cour d'identifier les critères permettant de déterminer ce qui constitue une concession afin d'aider le BVA à rendre sa décision finale en l'espèce.

22 — JO L 199, p. 54. Pour des raisons de commodité, les directives 89/440 et 93/37 seront parfois visées ci-après sous les termes de «directives relatives aux marchés publics de travaux».

23 — Conclusions du 19 février 1998 (arrêt du 10 novembre 1998, C-360/96, Rec. p. I-6821, point 26, souligné dans l'original).

27. Selon les demanderesses, l'essence d'une concession réside dans l'absence de rémunération versée par l'entité concédante au concessionnaire. Ce dernier doit donc simplement se voir octroyer le droit d'exploiter économiquement la concession, bien que ce droit puisse, selon elles, être assorti d'une obligation de verser une contrepartie au concédant. Elles font également valoir que l'objet de la concession doit porter sur un service d'intérêt public attaché à l'exercice de la puissance publique. Tel n'est pas le cas en l'espèce, à leurs yeux, puisque chaque prestataire de services de télécommunications est tenu par l'article 96, paragraphe 1, du TKA de publier un annuaire.

28. Les observations des autres parties et des intéressés ayant présenté des observations se recoupent largement s'agissant des principales caractéristiques distinctives d'une concession. La qualification de concession dépendrait selon eux de trois caractéristiques essentielles. En premier lieu, le service fourni doit bénéficier à des tiers plutôt qu'à l'entité concédante elle-même. En deuxième lieu, l'objet du service concédé doit concerner une question d'intérêt public. En dernier lieu, le concessionnaire doit assumer le risque économique attaché à la prestation du service en question.

29. Tout d'abord, il est important de garder à l'esprit que les «concessions de service public» ne relèvent pas de la directive 93/38. Par conséquent, nous ne pouvons accepter, comme les demanderesses l'ont soutenu, qu'il soit nécessaire d'interpréter leur portée de manière étroite. Il ne s'agit pas de dérogations aux règles de publicité prévues par la directive, mais plutôt d'un type d'«arrangement» non couvert par la directive et échappant donc à l'influence de ces règles.

30. Selon nous, la définition qui figure dans les directives relatives aux marchés publics de travaux pourrait constituer un point de départ approprié, car il s'agit là de l'unique définition qui a été approuvée à ce jour par le législateur communautaire. L'article 1er, sous d), de la directive 89/440 définissait initialement la «concession de travaux publics» comme «un contrat présentant les mêmes caractères que ceux [des 'marchés publics de travaux'], à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix» [24]. La justification de l'intégration de telles concessions dans le champ d'application de la directive a été exposée sous le onzième considérant de ce préambule comme étant «l'importance croissante des concessions dans les travaux publics et... leur nature spécifique...» [25]. Par la suite, la directive 93/37 a retenu une définition identique des «concessions de travaux publics» ainsi qu'une justification identique pour intégrer de telles concessions dans le champ d'application de la directive [26]. Il nous semble que le législateur communautaire a considéré que l'absence au moins partielle d'une contrepartie de l'entité octroyant la concession au concessionnaire

24 — Cette disposition reprenait donc largement l'ancienne définition de ce qui était exclu de la notion de «contrats à titre onéreux conclus par écrit» par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 71/305.

25 — Les règles de publicité applicables à de tels «marchés» ressortaient du nouvel article 1er ter inséré dans la directive 71/305 par l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 89/440.

26 — Voir article 1er, sous d), et le cinquième considérant du préambule de la directive.

caractérisait l'essence d'une concession. Nous pensons nous aussi qu'il s'agit d'une caractéristique fondamentale d'une concession dont l'importance ne concerne pas les seules concessions de travaux publics. Cette caractéristique se manifeste, selon nous, dans l'obligation pour le concessionnaire lui-même de supporter le risque économique principal, ou en tout cas substantiel, associé à la prestation du service concerné. Si la juridiction nationale est convaincue que la charge ou le risque économique a effectivement été transféré au concessionnaire par le concédant, il doit alors exister une très forte présomption en ce sens que l'« arrangement » conclu entre eux constitue une concession plutôt qu'un marché.

31. Il nous semble que la seule indication majeure, qui est de savoir si le risque économique doit être supporté par le concessionnaire, ressortira de l'examen de la nature de l'exploitation que le concessionnaire est tenu d'assurer aux termes de la supposée concession. L'arrêt BFI Holding laisse très fortement à penser que la Cour envisage l'obligation d'exploiter le droit concédé pour obtenir une rémunération comme le cœur de ce qui constitue une véritable concession. En réponse à un argument soulevé par la République française dans ses observations, en ce sens que les marchés litigieux dans cette affaire (qui concernaient une entreprise commune entre deux municipalités néerlandaises afin de faire assurer les services communaux de ramassage des ordures ménagères et de nettoyage des voies publiques par ARA, une société créée précisément à cette fin) pouvaient être considérés comme une concession de service public, la Cour a affirmé, sans juger nécessaire d'interpréter ce terme, qu'il ressortait clairement de l'accord litigieux « que la rémunération versée à ARA consiste *uniquement dans un prix et non pas dans le droit d'exploiter le service* » [27].

32. Lors de l'audience, il a été fait mention d'un projet de communication de la Commission concernant l'interprétation des concessions en droit communautaire des marchés publics [28]. Dans cette communication qui a été mentionnée à plusieurs reprises lors de l'audience, la Commission énonce un certain nombre d'exemples de situations dont elle a eu connaissance et qui, selon elle, ne respectent pas l'obligation de faire supporter le risque au concessionnaire [29]. Ainsi, lorsque, par exemple, les autorités publiques garantissent effectivement l'indemnisation du concessionnaire en cas de pertes futures, ou lorsque le concessionnaire n'exploite pas effectivement le service dont la prestation a été concédée, la Commission soutient qu'un tel « arrangement » ne saurait être qualifié de concession.

33. Cependant, nous serions tenté de suivre les observations de la République française

27 — Point 25 (souligné par nous). La Cour a ainsi implicitement suivi le point de vue de l'avocat général La Pergola selon lequel un « aspect significatif de la concession de service dans le domaine communautaire [est que] le concessionnaire assume le risque économique découlant de *la fourniture et de la gestion des services objets de la concession* »; point 26 des conclusions (souligné par nous).

28 — À la date de l'audience (23 mars 2000), le projet n'avait été rendu public que sur Internet; voir le « projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics », DG XV XV/B — 24 février 1999 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/pub/publproc/general/concfr.pdf) qui n'était visiblement disponible qu'en version française. Il a cependant depuis lors (29 avril 2000) été publié en tant que communication interprétative au Journal officiel (JO 2000, C 121, p. 2).

29 — Voir, en particulier, la note 10 de la communication.

lorsqu'elle affirme qu'aucune définition des «concessions de service public» ne s'en dégage clairement. La seule chose qui ne fait aucun doute, ainsi qu'il ressort des arrêts Lottomatica et BFI Holding, est que, lorsqu'une rémunération est fixée ou déterminable, l'accord doit être considéré comme un contrat relevant, à première vue, de la directive pertinente en matière de passation des marchés. Dans l'arrêt Lottomatica, le gouvernement italien avait publié un appel d'offres pour la prétendue «concession» de l'automatisation du loto italien. La République italienne soutenait qu'une concession portant sur la prestation d'un service public ne relevait pas de la directive 77/62/CEE [30]. La Cour a rejeté cet argument. Elle a jugé que «l'introduction du système d'automatisation litigieux n'entraîne aucun transfert de responsabilités au concessionnaire en ce qui concerne les différentes opérations inhérentes au jeu du loto» et qu'il était «constant que le marché en cause port[ait] sur la fourniture d'un système d'automatisation intégré, comprenant, notamment, la fourniture de certains biens à l'administration» [31]. Le fait que ce système ne devait devenir propriété de l'administration qu'au terme des rapports contractuels avec le soumissionnaire était «indifférent» au motif que le «'prix' de cette fourniture [était] constitué par une rétribution annuelle proportionnelle au volume des recettes» [32]. Il est donc nécessaire dans chaque cas d'examiner un certain nombre de facteurs qui indiqueront si, en réalité, l'arrangement conclu entre les parties constitue un contrat écrit à titre onéreux portant sur les prestations des services litigieux. Un consensus général rassemble les observations présentées s'agissant de la pertinence de l'autre critère avancé par l'avocat général La Pergola dans ses conclusions dans l'affaire BFI Holding, à savoir que, «dans le cas de la concession, le bénéficiaire du service est un tiers étranger au rapport contractuel» [33]. Même si nous n'irons pas jusqu'à rejeter totalement le secours potentiel que ce facteur peut offrir dans certains cas limites, il nous semble ajouter peu de choses à l'obligation que le concessionnaire obtienne effectivement au moins une proportion significative de sa rémunération non pas de l'entité octroyant la concession, mais à partir de l'exploitation du service. Si, en réalité, l'entité concédante devait dès le départ être son unique client, par opposition à des tiers, on conçoit difficilement que l'accord conclu entre ces parties puisse ne pas être qualifié de «contrat à titre onéreux». En effet, une telle situation serait assimilable aux faits de l'affaire Lottomatica, dans laquelle l'unique client du prétendu concessionnaire était de toute évidence l'administration publique responsable de l'organisation des loteries en Italie.

34. Le consensus est moins marqué dans les observations qui ont été présentées en ce qui concerne la pertinence du caractère d'intérêt public du service concédé. Dans ses conclusions dans l'affaire BFI Holding, l'avocat général La Pergola a estimé que «la concession de service en droit communautaire exige aussi que le service en question revête un intérêt général du fait que sa prestation incomberait institutionnellement à une autorité publique» [34]. Il a poursuivi en affirmant que «le fait que ce soit un tiers qui fournisse le service entraîne

30 — Directive du Conseil du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1).

31 — Point 24.

32 — Point 25.

33 — Point 26.

34 — Point 26.

donc une substitution du concessionnaire au concédant dans les obligations qui sont imposées à ce dernier pour assurer la fourniture du service à la collectivité» [35]. Contrairement à ce que soutiennent les demanderesses, il ne nous semble pas que l'arrêt Data-processing puisse étayer cette thèse. La référence au «service public» dans cette affaire concernait le rejet par la Cour de l'argument soulevé par la République italienne dans cette affaire en ce sens que le développement de systèmes de traitement des données pour la prestation de certaines activités publiques était en tant que telle une activité de service public exclue du champ d'application de la directive 77/62 [36]. La Cour a jugé que ni les fournitures d'équipement nécessaires ni la conception du système lui-même, bien que «permett[a]nt à l'administration de réaliser la mission qui lui est confiée[,]... [ne] constitu[aient] un service public» [37].

la notion d'«activité» [dans l'intérêt du public] doit être interprétée, sauf à envisager le sens le plus large du terme, en ce sens qu'il doit s'agir d'une activité d'intérêt «général». Il nous semble au contraire que ce terme devrait simplement faire référence au fait que les bénéficiaires typiquement visés par une véritable «concession de service public» seront des tiers membres du public en général ou d'une catégorie particulière de ce public. Il est clair que nous ne jugeons pas nécessaire que le service litigieux soit susceptible d'être considéré comme un service d'intérêt économique général au sens où cette notion a été interprétée aux fins de l'application de l'article 90 du traité CE (devenu article 86 CE) [39]. En d'autres termes, il ne devrait selon nous exister aucun obstacle d'ordre qualitatif s'agissant des types de services qu'une entité adjudicatrice peut légitimement vouloir confier par l'intermédiaire d'une concession, même si, très probablement, la plupart des services concédés dans ce cadre seront d'intérêt général.

35. Il semblerait que la prétendue pertinence du caractère d'intérêt général du service faisant l'objet de la concession découle de la définition proposée par la Commission dans ses propositions initiales et modifiées de directive concernant les marchés publics de services, lorsqu'elle a fait référence, à l'article 1er, sous h), des deux propositions, au pouvoir adjudicateur confiant «l'exécution d'une activité dont il est chargé» [38] *. Nous nous demandons si

36. En tout état de cause, nous ne voyons pas comment la Cour pourrait élaborer des critères permettant de déterminer ce qui pourrait ou ne pourrait pas valablement être considéré comme étant d'intérêt général. Selon nous, c'est manifestement au législateur communautaire, s'il choisit d'harmoniser, dans l'intérêt du marché commun, les règles relatives à de telles concessions qu'il appartient de juger que seuls les services d'intérêt général pouvent valablement faire l'objet de «concessions de service public» et de définir concomi-

35 — Ibidem.

36 — Précité, note 30 ci-dessus.

37 — Arrêt Data-processing, point 26.

38 — Voir JO 1991, C 23, p. 1, et JO 1991, C 250, p. 4 (cités initialement aux notes 13 et 14).

* Ndt: L'expression «zugunsten der Öffentlichkeit» qui figure à l'article 1er, sous h), des deux propositions en version allemande et qui signifie littéralement «dans l'intérêt du public» n'a pas d'équivalent dans la version française; elle correspond en revanche à l'expression «to the public» dans la version anglaise.

39 — Voir, à titre d'exemple, le récent arrêt du 21 septembre 1999, Albany (C-67/96, Rec. p. I-5751, points 102 à 107).

tamment ces intérêts. Notre analyse est corroborée par l'aveu de la Commission, lors de l'audience, en ce sens qu'il n'y avait pas de définition claire de l'intérêt général en droit autrichien et qu'il devait appartenir aux juridictions nationales d'en déterminer la portée. Accepter un tel principe, c'est bien évidemment réunir tous les ingrédients de l'application non uniforme de la directive 92/50, certaines juridictions nationales estimant que la directive s'applique aux concessions au motif que l'objet du service concédé n'était pas susceptible d'être considéré comme relevant de l'intérêt général de l'État membre concerné. Cette solution doit être évitée. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire d'adopter une position définitive à cet égard en l'espèce, puisque nous acceptons l'argument de la PTA, exposé lors de l'audience, selon lequel, dès lors que la prestation d'une obligation a été imposée par le droit public — telle que celle litigieuse en l'espèce l'a été par les articles 26, paragraphe 1, et 96, paragraphe 1, du TKA —, sa prestation doit être réputée relever de l'intérêt général de l'État membre concerné. Les questions de savoir si l'entité octroyant la concession est l'unique entité ou simplement l'une parmi un certain nombre d'entités soumises à l'obligation litigieuse et si la responsabilité générale de l'exécution de l'obligation pèse sur une autorité de régulation devraient également être sans pertinence.

37. Dès lors, pour résumer, il convient d'adopter une démarche au cas par cas s'agissant de la question de savoir si un contrat constitue une concession ou un marché de services, démarche tenant compte de l'ensemble des éléments fournissant des indications, le plus important étant de savoir si la supposée concession consiste en la délégation d'un droit d'exploiter un service particulier ainsi qu'en un transfert simultané au concessionnaire d'une proportion significative du risque associé à ce transfert.

38. Dans leurs observations, les demanderesses ont avancé divers arguments tentant de démontrer que, en réalité, la PTA fournit bien une contrepartie à HBD. Dans le cadre d'une procédure préjudicielle, il n'appartient pas à la Cour de procéder à cet égard à des constatations qui relèvent exclusivement de la compétence de la juridiction l'ayant saisie. Toutefois, la cinquième question du BVA notamment laissant clairement apparaître que celui-ci a des doutes quant au degré de risque économique devant être supporté par un concessionnaire, sans doute l'examen rapide de certaines des allégations des demanderesses pourra-t-il lui être utile. Celles-ci affirment que l'octroi à HBD du droit d'utiliser le logo de la PTA représente une valeur économique considérable. Si l'on ajoute à cela le fait que la totalité des facteurs de coût en cause pour HBD sont relativement aisés à déterminer à l'avance et que la possibilité de vendre des espaces publicitaires dans les annuaires constitue, comme d'aucuns l'ont affirmé lors de l'audience, une «véritable mine d'or», cela suffit, de l'avis des demanderesses, à démentir l'allégation selon laquelle HBD a assumé un quelconque risque économique réel.

39. Cette affirmation est bien évidemment vigoureusement contestée par la PTA. Elle

fait valoir que le point 16 du contrat confère expressément la responsabilité de la production des annuaires à HBD. Elle soutient qu'elle a autorisé HBD dans le cadre d'une licence, en contrepartie d'une rémunération, à utiliser ses données aux fins de la production de cet annuaire. Cependant, cette licence ne diffère pas de celle qu'elle serait disposée à octroyer à tout autre opérateur économique souhaitant exploiter ces informations. En ce qui concerne le logo, elle n'a pas autorisé HBD à utiliser sa marque, mais l'a en fait obligée à le faire. Cet arrangement est à son avantage car elle bénéficie d'une certaine publicité gratuite et bien placée dans l'annuaire. De plus, le fait que la PTA a payé pour l'acquisition d'une participation au sein de HBD, transaction totalement indépendante de la concession, ne saurait être considéré comme une contrepartie versée à celle-ci au titre de cette concession.

40. Selon nous, la seule existence d'une probabilité que le concessionnaire sera en mesure d'exploiter la concession en faisant des bénéfices ne suffirait pas à permettre à une juridiction nationale de conclure qu'il n'y a aucun risque économique. À notre avis, une juridiction nationale devrait avoir besoin d'acquérir la conviction, avec un degré élevé de probabilité, que la possibilité de pertes était minimale, voire inexistante. Bien qu'il appartienne au BVA en l'espèce de le décider, nous ne sommes pas convaincu que des allégations telles que celles avancées par les demanderesses répondent au critère de l'absence de risque réel ou effectif. HBD doit payer pour l'utilisation des données, lesquelles pourraient être obtenues dans les mêmes conditions par d'autres opérateurs économiques. L'obligation qui lui est imposée d'utiliser le logo de la PTA profite clairement économiquement à cette dernière. Le simple fait que HBD puisse également en tirer profit n'a pas pour effet de transformer la concession en un marché puisque l'importance de ce bénéfice n'est pas susceptible d'être déterminée à l'avance.

D — *Exigences générales découlant du traité*

41. Il est constant, dans les observations présentées à la Cour que, même si l'octroi de concessions de service public échappe au champ d'application des directives 92/50 et 93/38, les autorités octroyant des concessions sont néanmoins dans l'obligation de respecter le traité. Il est également admis que les articles 52 et 59 du traité CE (devenus, après modification, articles 43 CE et 49 CE) s'opposeraient en particulier à toute discrimination directe et indirecte fondée sur la nationalité. En d'autres termes, les autorités concédantes doivent respecter le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Elles doivent également veiller à ce qu'aucune condition ne soit imposée au soumissionnaire qui constituerait en tant que telle une violation, par exemple, de l'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE). Nul n'a soutenu dans cette affaire que l'une de ces dispositions du traité a été, ne fût-ce qu'indirectement, méconnue.

42. La Commission affirme cependant que les entités octroyant des concessions de

service public doivent également respecter une obligation plus générale, qu'elle déduit apparemment des objectifs qui sous-tendent les articles 30, 52 et 59 du traité, laquelle consiste à assurer la transparence des procédures d'adjudication. Lors de l'audience, la Commission a fait référence à l'arrêt Unitron Scandinavia et 3-S [40] pour étayer son point de vue. Cette affaire concernait les obligations pesant sur un organisme autre qu'une entité adjudicatrice, mais qui s'était vu confier des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, lorsque cet organisme octroie à des tiers des marchés publics de fournitures. La Cour a jugé que «le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne saurait être interprété restrictivement [et qu']il implique, notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect» [41]. En réponse aux questions posées lors de l'audience s'agissant de la portée de cette obligation, la Commission n'a pas voulu laisser entendre qu'elle irait jusqu'à imposer la publication des concessions de service public projetées.

43. Nous considérons que le respect matériel du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité exige que l'octroi d'une concession respecte un degré minimal de publicité et de transparence. Nous pensons comme la Commission qu'il convient d'éviter à tout prix que l'octroi de concessions soit enveloppé de secret et d'opacité. Nous acceptons également l'argument soulevé par l'agent du gouvernement autrichien en ce sens que la publicité ne doit pas nécessairement être assimilée à la publication. Ainsi, si l'entité adjudicatrice s'adresse directement à un certain nombre de soumissionnaires potentiels et à supposer que ceux-ci ne soient pas tous ou presque tous des entreprises ayant la même nationalité que l'entité adjudicatrice, nous estimons que l'exigence de transparence serait respectée. La transparence, dans ce contexte, vise donc à assurer l'impartialité et l'accessibilité fondamentales des procédures d'adjudication, particulièrement à l'égard des soumissionnaires potentiels qui ne sont pas établis dans l'État membre de l'entité adjudicatrice. Cependant, cela n'implique pas selon nous que l'entité adjudicatrice applique par analogie les dispositions des directives communautaires en matière d'adjudications les plus pertinentes.

44. En tout état de cause, en l'espèce, il ne fait guère de doute qu'un degré suffisant de transparence a été respecté. L'offre a été publiée au Journal officiel autrichien, dans certains quotidiens autrichiens et certains quotidiens internationaux majeurs. De plus, nul n'a laissé entendre que l'information publiée dans ces derniers différait de celle publiée dans le premier. Nous sommes donc tenté de conclure que ce degré de publicité répondait a priori à l'exigence de transparence. Les demanderesses soutiennent cependant que, en l'absence de publication des résultats du programme pilote conduit dans le cadre du contrat précédent conclu avec le prédécesseur de HBD, entre 1992 et 1997, il n'était possible à aucun soumissionnaire, autre que HBD, de présenter effectivement sa candidature pour la concession proposée. La Cour ne peut vérifier l'exactitude de cette affirmation. Selon nous, à moins que le BVA ait la

40 — Arrêt du 18 novembre 1999 (C-275/98, Rec. p. I-8291).
41 — Point 31.

conviction que cette publication, ou la mise à disposition des informations concernées aux soumissionnaires potentiels sérieux et intéressés, était essentielle pour assurer l'effectivité de leurs offres, il devra conclure que la procédure adoptée et suivie par la PTA n'était pas incompatible avec le droit communautaire.

E — *Démembrement du contrat*

45. La question de la distinction entre les marchés de services et de fournitures, soulevée par les quatrième, sixième et septième questions du BVA, ne se poserait que dans l'hypothèse où la Cour constaterait que, en dépit des aspects propres à une concession qui caractérise un contrat tel que celui litigieux en l'espèce, la directive 93/38 était en principe applicable. Puisque nous estimons qu'une concession telle que celle de l'espèce devrait être considérée comme échappant au champ d'application de cette directive, à condition que la charge substantielle du risque économique impliquée dans l'exploitation du service en question soit transférée au concessionnaire, c'est à titre très subsidiaire que nous abordons cette question.

46. En réalité, le BVA souhaite savoir si un marché, dont on pourrait affirmer qu'il contient un élément de fourniture, à savoir la production d'annuaires téléphoniques pour ou au nom de la PTA, devrait être considéré comme relevant du champ d'application de la directive «fournitures» applicable à l'époque des faits, à savoir la directive 93/36 [42]. Nous estimons que l'article 1er, point 4, de la directive 93/38 (cité au point 3 ci-dessus) répond clairement à cette question. Ainsi, les marchés comprenant à la fois «des services et des fournitures sont considérés comme des marchés de fournitures lorsque la valeur totale des fournitures est supérieure à la valeur des services couverts par le marché». La Cour a également reconnu, spécialement dans son arrêt Gestión Hotelera Internacional [43], l'importance de déterminer l'élément prédominant d'un contrat lorsque les éléments le composant peuvent relever du champ d'application de deux directives communautaires distinctes régissant la passation des marchés. Cependant, «il appartient au juge national de statuer sur le point de savoir si les travaux ont un caractère accessoire par rapport à l'objet principal de l'adjudication» [44]. C'est donc à la juridiction nationale qu'il incombe, faisant application de l'article 1er, point 4, de la directive 93/38, de déterminer si, en réalité, la valeur de ce qui peut être considéré comme des fournitures est supérieure à celle de ce qui ne peut qu'être qualifié de services. Si tel est le cas, et à supposer que le marché litigieux ne s'avère pas une «concession de service public», seules les règles relatives à la passation des marchés qui ressortent de la directive 93/36 lui seraient applicables.

42 — Précitée, note 11.

43 — Arrêt du 19 avril 1994 (C-331/92, Rec. p. I-1329, voir en particulier les points 25 à 27).

44 — Ibidem, point 28.

IV — Conclusion

47. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons de répondre aux questions déférées par le Bundesvergabeamt de la façon suivante:

« 1) La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications aux fins de l'article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, vise les marchés portant sur la production d'annuaires téléphoniques.

2) Les 'concessions de service public' ne relèvent pas du champ d'application de la directive 93/38.

3) En l'absence de définition adoptée par le législateur communautaire quant à la notion de 'concessions de service public', il incombe nécessairement dans chaque cas à la juridiction nationale d'examiner l'ensemble des facteurs susceptibles d'indiquer si, en réalité, l'arrangement conclu entre les parties constitue un contrat écrit à titre onéreux portant sur la prestation des services. La caractéristique prédominante et typique d'une telle concession consiste en l'octroi d'un droit d'exploiter un service particulier associé au risque économique que cela implique.

4) Le respect matériel du principe de non-discrimination pour des raisons de nationalité fondé sur le traité exige que l'adjudication de 'concessions de service public' respecte un degré minimal de publicité et de transparence, dont l'objectif devrait être d'assurer l'impartialité des procédures d'adjudication ainsi qu'une opportunité raisonnable, pour les soumissionnaires non établis dans l'État membre de l'entité adjudicatrice, de soumettre des offres.

5) Les marchés relevant du champ d'application de la directive 93/38 comprenant des éléments portant sur des services et des fournitures doivent, en application de l'article 1er, point 4, de cette directive, être considérés comme des marchés de fournitures, aux fins de la réglementation communautaire relative à la passation des marchés publics, si la valeur totale des fournitures est supérieure à celle des services couverts par ce marché.»