ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

10 avril 2008 *

Dans l'affaire C-393/06,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Autriche), par décision du 17 août 2006, parvenue à la Cour le 22 septembre 2006, dans la procédure

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

contre

Fernwärme Wien GmbH,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, MM. G. Arestis, E. Juhász (rapporteur), J. Malenovský et T. von Danwitz, juges,

* Langue de procédure: l'allemand.

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,
greffier: M. B. Fülöp, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 11 octobre 2007,

considérant les observations présentées:

— pour Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, par M[es] S. Sieghartsleitner et M. Pichlmair, Rechtsanwälte,

— pour Fernwärme Wien GmbH, par M[e] P. Madl, Rechtsanwalt,

— pour le gouvernement autrichien, par MM. M. Fruhmann et C. Mayr, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement hongrois, par M[me] J. Fazekas, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement finlandais, par M[me] A. Guimaraes-Purokoski, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement suédois, par M[me] A. Falk, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. X. Lewis, en qualité d'agent, assisté de M[e] M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 22 novembre 2007,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des dispositions pertinentes des directives 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1), et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (ci-après «Ing. Aigner») à Fernwärme Wien GmbH (ci-après «Fernwärme Wien») au sujet de la régularité d'une procédure d'appel d'offres engagée par cette dernière.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 La directive 2004/17 établit une coordination des procédures de passation des marchés dans des secteurs spécifiques, à savoir ceux de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Elle a succédé, en l'abrogeant, à la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), qui portait sur le même sujet.

4 La spécificité des secteurs couverts par la directive 2004/17 est mise en exergue au troisième considérant de celle-ci, lequel énonce qu'une coordination dans ces secteurs est nécessaire du fait du caractère fermé des marchés sur lesquels opèrent les entités adjudicatrices concernées, cette fermeture étant due à l'octroi, par les États membres, de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné.

5 Les articles 2, paragraphe 1, sous a), deuxième alinéa, de la directive 2004/17 et 1[er], paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 disposent qu'on entend par «pouvoirs adjudicateurs», entre autres, les «organismes de droit public», à savoir:

«[...] tout organisme:

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,

— doté de 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 sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public».

6 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/17:

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

[...]

b) 'entreprise publique': toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.»

7 L'article 2, paragraphe 2, de cette directive dispose:

«La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

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

b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 3 à 7, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.»

8 Aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17 sont énumérés les secteurs d'activités auxquels cette directive s'applique. Ces secteurs sont le gaz, la chaleur et l'électricité (article 3), l'eau (article 4), les services de transport (article 5), les services postaux (article 6) et l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports (article 7).

9 L'article 3, paragraphe 1, de ladite directive prévoit:

«En ce qui concerne le gaz et la chaleur, la présente directive s'applique aux activités suivantes:

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

b) l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur.»

10 L'article 9 de la même directive est formulé comme suit:

«1. Un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné.

Toutefois, le choix entre la passation d'un seul marché et la passation de plusieurs marchés séparés ne peut être effectué avec l'objectif de l'exclure du champ d'application de la présente directive ou, le cas échéant, de la directive 2004/18/CE.

2. Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise à la présente directive et l'autre à la directive 2004/18/CE précitée et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément à la directive 2004/18/CE.

[...]»

11 L'article 20, paragraphe 1, de cette même directive, sous l'intitulé «Marchés passés à des fins autres que la poursuite d'une activité visée ou pour la poursuite d'une telle activité dans un pays tiers», prévoit:

«La présente directive ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées aux articles 3 à 7 ou pour la poursuite de ces activités dans un pays tiers, dans des conditions n'impliquant par l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur à la Communauté.»

12 Enfin, l'article 30 de la directive 2004/17, sous l'intitulé «Procédure permettant d'établir si une activité donnée est directement exposée à la concurrence», dispose:

«1. Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 3 à 7 ne sont pas soumis à la présente directive, si, dans l'État membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

2. Aux fins du paragraphe 1, pour déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence, il faut se fonder sur des critères qui soient conformes aux dispositions du traité en matière de concurrence tels que les caractéristiques des biens ou services concernés, l'existence de biens ou de services alternatifs, les prix et la présence, réelle ou potentielle, de plus d'un fournisseur des biens ou des services en question.

[...]»

13 Au titre II, chapitre II, section 3, de la directive 2004/18 sont énumérés les marchés qui ne relèvent pas de cette directive. Parmi ces marchés figurent ceux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. L'article 12, traitant desdits marchés, prévoit:

«La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics qui, dans le cadre de la directive 2004/17/CE, sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de ladite directive et sont passés pour ces activités, [...]

[...]»

14 La transposition de la réglementation communautaire susvisée en droit autrichien est assurée par la loi fédérale sur la passation des marchés publics (Bundesvergabegesetz) de 2006.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

15 Fernwärme Wien a été créée, par acte constitutif du 22 janvier 1969, en vue d'assurer, sur le territoire de la ville de Vienne, le chauffage urbain d'habitations, d'organismes publics, de bureaux et d'entreprises. À cette fin, elle utilise l'énergie issue de l'évacuation des détritus au lieu d'utiliser celle provenant de sources non renouvelables.

16 Fernwärme Wien, qui est dotée de la personnalité juridique, appartient entièrement à la ville de Vienne, laquelle nomme et révoque les gestionnaires ainsi que les membres du conseil de surveillance de l'entreprise et leur donne décharge. En outre, par le biais du Kontrollamt der Stadt Wien (office de contrôle de la ville de Vienne), la commune est aussi habilitée à contrôler la gestion économique et financière de cette entreprise.

17 Parallèlement à son activité de chauffage urbain, Fernwärme Wien s'occupe également de la planification générale d'installations de réfrigération pour des projets immobiliers d'une certaine importance. Dans le cadre de cette activité, elle est confrontée à la concurrence d'autres entreprises.

18 Fernwärme Wien a lancé, le 1er mars 2006, un appel d'offres pour la mise en place des installations de réfrigération dans un futur complexe de bureaux commerciaux à Vienne en indiquant que la législation autrichienne en matière de marchés publics n'était pas applicable au marché en cause. Ing. Aigner a pris part à cette procédure en soumettant une offre. Ayant été informée, le 18 mai 2006, que son offre n'allait plus être examinée compte tenu de la présence d'éléments défavorables, elle a contesté cette décision devant la juridiction de renvoi, en faisant valoir que les règles communautaires en matière de marchés publics devraient être appliquées.

19 La juridiction de renvoi observe que les activités de Fernwärme Wien concernant l'exploitation d'un réseau fixe de chauffage urbain relèvent incontestablement du champ d'application de la directive 2004/17. En revanche, ses activités concernant les installations de réfrigération ne relèvent pas du champ d'application de cette directive. Elle se demande donc si ces dernières activités relèvent également des dispositions de ladite directive, en application, mutatis mutandis, des principes dégagés par l'arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73, notamment points 25 et 26), approche communément appelée en doctrine «théorie de la contagion». Conformément à l'interprétation donnée par la juridiction de renvoi de cet arrêt, lorsqu'une des activités d'un organisme relève du champ d'application des directives en matière de marchés publics, toutes les autres activités de cet organisme, indépendamment de leur éventuel caractère industriel ou commercial, relèvent également des directives en cette matière.

20 Dans l'hypothèse où l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, viserait uniquement les pouvoirs adjudicateurs et, plus spécifiquement, la notion d'«organisme de droit public», en ce sens que, lorsqu'un organisme satisfait des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, il doit être considéré comme «organisme de droit public», au sens des règles communautaires, indépendamment de la question de savoir s'il exerce parallèlement d'autres activités n'ayant pas ce caractère, la juridiction de renvoi se demande si Fernwärme Wien constitue un organisme de droit public, à savoir un pouvoir adjudicateur, au sens des directives 2004/17 ou 2004/18.

21 La juridiction de renvoi se demande, en dernier lieu, si, lorsqu'un organisme exerce des activités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, parallèlement, des activités soumises à la concurrence, il est possible de distinguer ces dernières activités et de ne pas les inclure dans le champ d'application des règles communautaires en matière de marchés publics, s'il peut être établi une séparation entre ces deux types d'activités et, partant, une absence d'interférences économiques entre elles. La juridiction de renvoi se réfère, à cet égard, au point 68 des conclusions de l'avocat général Jacobs, du 21 avril 2005, dans l'affaire ayant donné lieu, en raison

du retrait de la demande préjudicielle, à l'ordonnance de radiation du 23 mars 2006, Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), où il est proposé de tempérer en ce sens le principe de l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité.

22 Eu égard à ces considérations, le Vergabekontrollsenat des Landes Wien a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Convient-il d'interpréter la directive 2004/17 [...] en ce sens qu'une entité adjudicatrice qui exerce une activité relevant d'un des secteurs visés à l'article 3 de cette directive relève également de cette directive pour ce qui concerne une autre activité exercée parallèlement dans le cadre de la concurrence?

2) Pour le cas où il n'en serait ainsi que pour les pouvoirs adjudicateurs: convient-il de qualifier une entreprise comme [Fernwärme Wien] d'organisme de droit public au sens de la directive 2004/17 ou de la directive 2004/18 [...] si elle fournit le chauffage urbain sur un territoire déterminé sans réelle concurrence ou convient-il de prendre pour référence le marché du chauffage domestique, qui comprend également des sources d'énergie comme le gaz, le pétrole, le charbon, etc.?

3) Convient-il d'inclure une activité exercée dans le cadre de la concurrence par une société qui exerce également une activité autre qu'industrielle ou commerciale dans le champ d'application de la directive 2004/17 ou de la directive 2004/18, si, grâce à des mesures efficaces, comme la séparation des bilans et des comptabilités, un financement croisé des activités exercées dans le cadre de la concurrence peut être exclu?»

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

23 Par cette question, la juridiction de renvoi demande si une entité adjudicatrice au sens de la directive 2004/17, qui exerce des activités relevant d'un des secteurs visés aux articles 3 à 7 de cette directive, est tenue d'appliquer la procédure prévue par ladite directive pour la passation de marchés en rapport avec des activités que cette entité exerce parallèlement, dans des conditions de concurrence, dans des secteurs non couverts par les dispositions susmentionnées.

24 Aux fins de répondre à cette question, il convient de relever que les directives 2004/17 et 2004/18 présentent des différences notables entre elles en ce qui concerne tant les entités concernées par les règles établies par ces directives que la nature et le champ d'application de celles-ci.

25 Pour ce qui est, en premier lieu, des entités auxquelles sont applicables les réglementations respectives desdites directives, il y a lieu de constater que, à la différence de la directive 2004/18 qui, en vertu de son article 1er, paragraphe 9, premier alinéa, s'applique aux «pouvoirs adjudicateurs», les entités visées à la directive 2004/17 sont dénommées, à son article 2, «entités adjudicatrices». Il ressort du même article 2, paragraphe 2, sous a) et b), que cette dernière directive s'applique non seulement aux entités adjudicatrices qui sont des «pouvoirs adjudicateurs», mais aussi à celles qui sont des «entreprises publiques» ou des entreprises bénéficiant «de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre», dans la mesure où toutes ces entités exercent une des activités visées aux articles 3 à 7 de ladite directive.

26 En deuxième lieu, il découle des articles 2 à 7 de la directive 2004/17 que la coordination effectuée par cette directive ne s'étend pas à tous les domaines de l'activité économique, mais concerne des secteurs spécifiquement définis, ce que dénote d'ailleurs le fait que cette directive est communément appelée «directive sectorielle». Par contre, le champ d'application de la directive 2004/18 englobe quasiment tous les secteurs de la vie économique, justifiant ainsi sa dénomination commune de «directive générale».

27 Dans de telles circonstances, il convient déjà de constater que la portée générale de la directive 2004/18 et la portée restreinte de la directive 2004/17 exigent que les dispositions de cette dernière soient interprétées restrictivement.

28 Les frontières entre les champs d'application de ces deux directives sont également tracées par des dispositions explicites. Ainsi, l'article 20, paragraphe 1, de la directive 2004/17 dispose que celle-ci ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités exercées dans les secteurs visés aux articles 3 à 7 de la même directive. Le pendant de cette disposition dans la directive 2004/18 est l'article 12, premier alinéa, qui dispose que cette directive ne s'applique pas aux marchés publics que des pouvoirs adjudicateurs, exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17, passent pour ces activités.

29 Ainsi, le champ d'application de la directive 2004/17 est strictement circonscrit, ce qui ne permet pas que les procédures y établies soient étendues au-delà de ce champ d'application.

30 Par conséquent, les dispositions susmentionnées ne laissent aucune place à l'application, dans le cadre de la directive 2004/17, de l'approche appelée «théorie

de la contagion», qui a été développée à la suite de l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité. Cet arrêt a été rendu par la Cour dans le cadre de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), à savoir dans un domaine qui relève actuellement du champ d'application de la directive 2004/18.

31 Dès lors, comme le font à juste titre observer, notamment, les gouvernements autrichien, hongrois et finlandais, ainsi que la Commission des Communautés européennes, relèvent du champ d'application de la directive 2004/17 les seuls marchés qu'une entité, ayant la qualité d'«entité adjudicatrice» au sens de cette directive, passe en rapport et pour l'exercice d'activités dans les secteurs énumérés aux articles 3 à 7 de ladite directive.

32 C'est d'ailleurs la conclusion qui ressort également de l'arrêt du 16 juin 2005, Strabag et Kostmann (C-462/03 et C-463/03, Rec. p. I-5397, point 37). Dans cet arrêt, la Cour a jugé que, si un marché ne relève pas de l'exercice d'une des activités réglementées dans la directive sectorielle, il sera régi par les règles prévues par les directives concernant, selon le cas, la passation des marchés de services, de travaux ou de fournitures.

33 Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question posée qu'une entité adjudicatrice, au sens de la directive 2004/17, est tenue d'appliquer la procédure prévue par cette directive uniquement pour la passation des marchés qui sont en rapport avec des activités que cette entité exerce dans un ou plusieurs des secteurs visés aux articles 3 à 7 de ladite directive.

Sur la deuxième question

34 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande si une entité telle que Fernwärme Wien doit être considérée comme un organisme de droit public au sens de la directive 2004/17 ou de la directive 2004/18.

35 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, ainsi qu'il ressort du point 5 du présent arrêt, les dispositions des articles 2, paragraphe 1, sous a), deuxième alinéa, de la directive 2004/17 et 1er, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 contiennent une définition identique de la notion d'«organisme de droit public».

36 Il ressort de ces dispositions que l'on entend par «organisme de droit public» tout organisme qui, premièrement, a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, deuxièmement, est doté de la personnalité juridique et dont, troisièmement, 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 sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. Conformément à la jurisprudence de la Cour, ces trois conditions ont un caractère cumulatif (arrêt du 1er février 2001, Commission/France, C-237/99, Rec. p. I-939, point 40 et jurisprudence citée).

37 En outre, eu égard à l'objectif des directives communautaires en matière de passation des marchés publics d'exclure, notamment, la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques, la notion d'«organisme de droit public» doit recevoir une interprétation fonctionnelle (voir, en ce sens, arrêt du 13 décembre 2007, Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06, Rec. p. I-11173, points 36 et 37 ainsi que jurisprudence citée).

38 En l'occurrence, il est constant que les deux derniers critères établis par la réglementation exposée au point 36 du présent arrêt sont remplis, étant donné que Fernwärme Wien est dotée de la personnalité juridique et que la ville de Vienne détient entièrement le capital de cette entité et contrôle sa gestion économique et financière. Il reste donc à examiner si cette entité a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

39 S'agissant, en premier lieu, de l'objectif de la création de l'entité en question et de la nature des besoins satisfaits, il convient de constater que, ainsi qu'il ressort du dossier soumis à la Cour, Fernwärme Wien a été créée dans le but spécifique d'assurer, sur le territoire de la ville de Vienne, le chauffage d'habitations, de bâtiments publics, de locaux d'entreprises ou de bureaux par l'utilisation de l'énergie issue de la combustion des déchets. Il a été relevé lors de l'audience devant la Cour que, actuellement, ce système de chauffage dessert environ 250 000 habitations, de nombreux bureaux et installations industrielles ainsi que, pratiquement, tous les bâtiments publics. Assurer le chauffage d'une agglomération urbaine par un procédé respectueux de l'environnement constitue un objectif qui relève indéniablement de l'intérêt général. Il ne saurait donc être contesté que Fernwärme Wien a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général.

40 Il est à cet égard indifférent que de tels besoins soient également satisfaits ou puissent l'être par des entreprises privées. Il importe qu'il s'agisse de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État ou une collectivité territoriale choisissent en général de satisfaire eux-mêmes ou à l'égard desquels ils entendent conserver une influence déterminante (voir, en ce sens, arrêts du 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, points 44, 47, 51 et 53, ainsi que du 10 mai 2001, Agorà et Excelsior, C-223/99 et C-260/99, Rec. p. I-3605, points 37, 38 et 41).

41 En deuxième lieu, aux fins de vérifier si les besoins satisfaits par l'entité en cause au principal ont un caractère autre qu'industriel ou commercial, il convient de prendre en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité. À cet égard, il importe notamment de vérifier si l'organisme en question exerce ses activités en situation de concurrence (voir arrêt du 22 mai 2003, Korhonen e.a., C-18/01, Rec. p. I-5321, points 48 et 49 ainsi que jurisprudence citée).

42 Ainsi qu'il a été exposé au point 39 du présent arrêt, Fernwärme Wien a été créée dans le but spécifique d'assurer le chauffage sur le territoire de la ville de Vienne. Il

est constant que ce n'est pas la recherche de bénéfices qui a présidé à la création de cette entité. S'il n'est pas exclu que cette activité puisse engendrer des bénéfices distribués sous forme de dividendes aux actionnaires de ladite entité, la recherche de tels bénéfices ne constitue pas l'objectif principal de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt Korhonen e.a., précité, point 54).

43 Pour ce qui est, ensuite, de l'environnement économique pertinent ou, autrement dit, du marché de référence dont il faut tenir compte afin de vérifier si l'entité en question exerce ou non ses activités en situation de concurrence, il convient de prendre en considération, comme le propose M. l'avocat général aux points 53 et 54 de ses conclusions, eu égard à l'interprétation fonctionnelle de la notion d'«organisme de droit public», le secteur pour lequel Fernwärme Wien a été créée, à savoir celui de la fourniture de chauffage urbain par l'utilisation de l'énergie issue de la combustion des déchets.

44 Il ressort de la décision de renvoi que Fernwärme Wien jouit dans ce secteur d'une situation de quasi-monopole de fait, dans la mesure où les deux autres sociétés qui y exercent leurs activités sont de taille négligeable et ne peuvent, dès lors, constituer de véritables concurrents. En outre, ce secteur présente une autonomie considérable, dans la mesure où le système de chauffage urbain pourrait très difficilement être remplacé par d'autres énergies, car ceci exigerait d'importants travaux de transformation. Enfin, la ville de Vienne attache une importance particulière à ce système de chauffage, également en raison de considérations environnementales. Aussi, eu égard à la pression de l'opinion publique, elle n'en permettrait pas la suppression, même si ce système devait fonctionner à perte.

45 Eu égard à ces différentes indications fournies par la juridiction de renvoi et ainsi que le fait observer M. l'avocat général au point 57 de ses conclusions, Fernwärme Wien s'avère être actuellement la seule entreprise à même de satisfaire de tels besoins d'intérêt général dans le secteur considéré, de sorte qu'elle pourrait se laisser guider, dans la passation de ses marchés, par des considérations autres qu'économiques.

46 Dans les arrêts précités BFI Holding (point 49) et Agorà et Excelsior (point 38), la Cour a relevé que l'existence d'une concurrence développée peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Dans les circonstances de l'affaire en cause au principal, il ressort clairement de la demande de décision préjudicielle que ce critère de l'existence d'une concurrence développée est loin d'être rempli.

47 Il y a lieu d'ajouter qu'il est à cet égard indifférent que, outre sa mission d'intérêt général, ladite entité accomplit également d'autres activités dans un but lucratif, dès lors qu'elle continue à se charger des besoins d'intérêt général qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire. La part qu'occupent les activités exercées dans un but lucratif dans le cadre des activités globales de cette entité est également sans pertinence aux fins de sa qualification d'organisme de droit public (voir, en ce sens, arrêts Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, point 25; du 27 février 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, point 56, ainsi que Korhonen e.a., précité, points 57 et 58).

48 Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la deuxième question qu'une entité telle que Fernwärme Wien doit être considérée comme un organisme de droit public au sens des articles 2, paragraphe 1, sous a), deuxième alinéa, de la directive 2004/17 et 1er, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18.

Sur la troisième question

49 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande si tous les marchés passés par une entité ayant la qualité d'organisme de droit public, au sens de la

directive 2004/17 ou de la directive 2004/18, doivent être soumis aux règles de l'une ou de l'autre de ces directives, alors que, par l'application de mesures efficaces, une séparation nette est possible entre les activités que cet organisme exerce pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et les activités qu'il exerce dans des conditions de concurrence, séparation qui exclut un financement croisé entre ces deux types d'activités.

50 Il convient de rappeler à cet égard que la problématique qui est à la base de cette question a, pour la première fois, fait l'objet de l'examen de la Cour dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, portant sur l'interprétation de la directive 93/37 concernant les marchés publics de travaux. La Cour est parvenue à la conclusion, au point 35 de cet arrêt, que tous les marchés passés par un organisme ayant la qualité de pouvoir adjudicateur, quelle que soit leur nature, devaient être soumis aux règles de cette directive.

51 La Cour a réitéré cette position, en ce qui concerne les marchés publics de services, dans les arrêts précités BFI Holding (points 55 et 56) et Korhonen e.a. (points 57 et 58) ainsi que, en ce qui concerne les marchés publics de fournitures, dans l'arrêt Adolf Truley, précité (point 56). Cette position est également applicable à la directive 2004/18, qui constitue une refonte des dispositions de toutes les directives précédentes en matière de passation de marchés publics, auxquelles elle a succédé (voir, en ce sens, arrêt Bayerischer Rundfunk e.a., précité, point 30).

52 Cette conclusion s'impose également pour des entités qui appliquent une comptabilité visant à une séparation nette interne entre les activités qu'elles exercent pour accomplir leur mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et les activités qu'elles exercent dans des conditions de concurrence.

53 En effet, comme le souligne M. l'avocat général aux points 64 et 65 de ses conclusions, il est permis de douter sérieusement qu'il soit en réalité possible

d'établir une telle séparation entre les différentes activités d'une entité qui forme une personne morale unique, qui a un régime de patrimoine et de propriété unique et dont les décisions en matière de direction et de gestion sont prises de manière unitaire, et ceci même en faisant abstraction des nombreux autres obstacles d'ordre pratique quant au contrôle, ex ante et ex post, de la séparation absolue entre les différents domaines d'activité de l'entité concernée et de l'appartenance de l'activité en cause à tel ou tel domaine.

54 Ainsi, eu égard aux raisons de sécurité juridique, de transparence et de prévisibilité qui régissent la mise en œuvre des procédures de tous les marchés publics, il y a lieu de se tenir à la jurisprudence de la Cour exposée aux points 50 et 51 du présent arrêt.

55 Toutefois, ainsi qu'il ressort du point 49 du présent arrêt, la question de la juridiction de renvoi porte en même temps sur les directives 2004/17 et 2004/18.

56 Il y a lieu de relever à cet égard que, dans le cadre de l'examen de la deuxième question préjudicielle, il a été constaté qu'une entité telle que Fernwärme Wien doit être considérée comme un organisme de droit public au sens des directives 2004/17 et 2004/18. En outre, lors de l'examen de la première question préjudicielle, la Cour a conclu qu'une entité adjudicatrice, au sens de la directive 2004/17, est tenue d'appliquer la procédure prévue à cette directive uniquement pour la passation des marchés qui sont en rapport avec des activités que cette entité exerce dans un ou plusieurs des secteurs visés aux articles 3 à 7 de ladite directive.

57 Il convient de préciser que, conformément à la jurisprudence de la Cour, relèvent de la directive 2004/17 les marchés qui sont passés dans le domaine d'une des activités qui sont expressément visées aux articles 3 à 7 de ladite directive ainsi que les marchés qui, même s'ils sont de nature différente et pourraient ainsi, en tant que tels, relever normalement du champ d'application de la directive 2004/18, servent à

l'exercice des activités définies dans la directive 2004/17 (voir, en ce sens, arrêt Strabag et Kostmann, précité, points 41 et 42).

58 Par conséquent, les marchés passés par une entité telle que Fernwärme Wien relèvent des procédures prévues par la directive 2004/17 dans la mesure où ils ont un lien avec une activité exercée par celle-ci dans les secteurs visés aux articles 3 à 7 de cette directive. En revanche, tous les autres marchés passés par une telle entité en liaison avec l'exercice d'autres activités relèvent des procédures prévues par la directive 2004/18.

59 Il convient donc de répondre à la troisième question que les marchés passés par une entité ayant la qualité d'organisme de droit public, au sens des directives 2004/17 et 2004/18, qui ont des liens avec l'exercice d'activités de cette entité dans un ou plusieurs des secteurs visés aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17, doivent être soumis aux procédures prévues par cette directive. En revanche, tous les autres marchés passés par cette entité en rapport avec l'exercice d'autres activités relèvent des procédures prévues par la directive 2004/18. Chacune de ces deux directives s'applique, sans distinction entre les activités que ladite entité exerce pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et les activités qu'elle exerce dans des conditions de concurrence, et même en présence d'une comptabilité qui vise à la séparation des secteurs d'activités de cette entité, afin d'éviter les financements croisés entre ces secteurs.

Sur les dépens

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

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

1) **Une entité adjudicatrice, au sens de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, est tenue d'appliquer la procédure prévue par cette directive uniquement pour la passation des marchés qui sont en rapport avec des activités que cette entité exerce dans un ou plusieurs des secteurs visés aux articles 3 à 7 de ladite directive.**

2) **Une entité telle que Fernwärme Wien GmbH doit être considérée comme un organisme de droit public au sens des articles 2, paragraphe 1, sous a), deuxième alinéa, de la directive 2004/17 et 1^er^, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.**

3) **Les marchés passés par une entité ayant la qualité d'organisme de droit public, au sens des directives 2004/17 et 2004/18, qui ont des liens avec l'exercice d'activités de cette entité dans un ou plusieurs des secteurs visés aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17, doivent être soumis aux procédures prévues par cette directive. En revanche, tous les autres marchés passés par cette entité en rapport avec l'exercice d'autres activités relèvent des procédures prévues par la directive 2004/18. Chacune de ces deux directives s'applique, sans distinction entre les activités que ladite entité exerce pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et les activités qu'elle exerce dans des conditions de concurrence, et même en présence d'une comptabilité qui vise à la séparation des secteurs d'activités de cette entité, afin d'éviter les financements croisés entre ces secteurs.**

Signatures