

ARRÊT DE LA COUR

10 novembre 1998 *

Dans l'affaire C-360/96,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CE, par le Gerechtshof te Arnhem (Pays-Bas) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Gemeente Arnhem,

Gemeente Rheden

et

BFI Holding BV,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 1^{er} et 6 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1),

* Langue de procédure: le néerlandais.

LA COUR,

composée de MM. G. C. Rodríguez Iglesias, président, P. J. G. Kapteyn, J.-P. Puissochet et P. Jann (rapporteur), présidents de chambre, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, D. A. O. Edward, L. Sevón, M. Wathelet, R. Schintgen et K. M. Ioannou, juges,

avocat général: M. A. La Pergola,

greffier: M^{me} D. Louterman-Hubeau, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

— pour la Gemeente Arnhem et la Gemeente Rheden, par M^e L. H. van Lennep, avocat au barreau de La Haye,

— pour BFI Holding BV, par M^{es} P. Glazener, avocat au barreau d'Amsterdam, et J. J. M. Essers, avocat au barreau d'Utrecht,

— pour le gouvernement néerlandais, par M. A. Bos, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement danois, par M. P. Biering, chef de direction au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement français, par M^{me} C. de Salins, sous-directeur à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, et M. P. Lalliot, secrétaire des affaires étrangères à la même direction, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement autrichien, par M. W. Okressek, Ministerialrat à la chancellerie, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. H. van Lier, conseiller juridique, en qualité d'agent,

vu le rapport d'audience,

considérant les réponses écrites aux questions posées par la Cour:

— pour la Gemeente Arnhem et la Gemeente Rheden, par M^e L. H. van Lennep,

— pour BFI Holding BV, par M^e P. Glazener,

— pour le gouvernement néerlandais, par M. J. G. Lammers, conseiller juridique remplaçant au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement danois, par M. J. Molde, conseiller juridique, chef de direction au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement allemand, par M. E. Röder, Ministerialrat au ministère fédéral de l'Économie, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement espagnol, par M. S. Ortiz Vaamonde, abogado del Estado, en qualité d'agent,

- pour le gouvernement français, par M^{me} K. Rispal-Bellanger, sous-directeur du droit économique international et droit communautaire à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, et M. P. Lalliot,
- pour le gouvernement autrichien, par M. W. Okresek,
- pour le gouvernement finlandais, par M. H. Rotkirch, ambassadeur, chef du service des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement suédois, par M^{me} L. Nordling, rättschef au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M. J. E. Collins, du Treasury Solicitor's Department, en qualité d'agent, assisté de MM. K. P. E. Lasok, QC, et R. Williams, barrister,
- pour la Commission, par M. H. van Lier,

ayant entendu les observations orales de la Gemeente Arnhem et de la Gemeente Rheden, représentées par M^e L. H. van Lennep, de BFI Holding BV, représentée par M^{es} P. Glazener et J. J. M. Essers, du gouvernement néerlandais, représenté par M. J. S. van den Oosterkamp, conseiller juridique adjoint au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, du gouvernement français, représenté par M. P. Lalliot, du gouvernement autrichien, représenté par M. M. Fruhmman, de la chancellerie, en qualité d'agent, du gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M. J. E. Collins, assisté de MM. K. P. E. Lasok et R. Williams, et de la Commission, représentée par M. H. van Lier, à l'audience du 18 novembre 1997,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 19 février 1998,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par arrêt du 29 octobre 1996, parvenu à la Cour le 5 novembre suivant, le Gerechtshof te Arnhem a posé, en vertu de l'article 177 du traité CE, sept questions préjudicielles sur l'interprétation des articles 1^{er}, sous b), et 6 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).
- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant la Gemeente Arnhem et la Gemeente Rheden (ci-après les « communes ») à BFI Holding BV (ci-après « BFI »), qui prétend que l'attribution d'un marché portant sur la collecte de déchets doit être assujettie à la procédure prévue à la directive.

La réglementation communautaire applicable

- 3 La directive 92/50 dispose, notamment, en son article 1^{er}:

« Aux fins de la présente directive:

...

- b) sont considérés comme '*pouvoirs adjudicateurs*', l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

Par '*organisme de droit public*', on entend tout organisme:

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

et

- ayant la personnalité juridique

et

- dont, soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa du présent point figurent à l'annexe I de la directive 71/305/CEE. Ces listes sont aussi complètes que possible et peuvent être révisées selon la procédure prévue à l'article 30 *ter* de ladite directive;

... »

- 4 L'article 6 de la directive 92/50 prévoit:

« La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er} point b), sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité. »

La réglementation néerlandaise

- 5 La directive 92/50 a été transposée en droit néerlandais par une loi-cadre du 31 mars 1993 (Stbl. 12) relative aux règles communautaires de passation des marchés publics pour la livraison de biens, l'exécution de travaux et la fourniture de services, combinée avec l'article 13 de l'arrêté du 4 juin 1993 (Stbl. 305), tel que modifié par l'arrêté du 30 mai 1994 (Stbl. 379).
- 6 Les articles 10.10 et 10.11 de la Wet milieubeheer (loi sur l'environnement) font obligation aux communes de veiller à ce que, au moins une fois par semaine, les déchets ménagers soient collectés auprès de toutes les propriétés situées sur leur territoire où il peut y avoir régulièrement des déchets. Les communes doivent désigner une instance qui se charge de cette collecte.

- 7 En vertu de l'article 2 de l'Afvalstoffenverordening (règlement en matière de déchets) de la Gemeente Rheden, tel que modifié le 21 décembre 1993, le service de collecte est le « Dienst Openbare Werken en Woningzaken, Afdeling Wegen en Reiniging, ou le service indépendant qui s'y substituera ». L'article 2 du règlement en matière de déchets de la Gemeente Arnhem, tel que modifié le 4 juillet 1994, désigne comme service de collecte le Dienst Milieu en Openbare Werken. Il précise par ailleurs que, « A dater du 1^{er} juillet 1994, ce service sera assuré par la société anonyme ARA, service de nettoyage communal indépendant ».

Le litige au principal

- 8 En 1993, les communes ont envisagé de fusionner les services communaux de collecte de déchets et de les confier à une nouvelle personne morale. Par décisions des 6 et 28 juin 1994, les communes d'Arnhem et de Rheden ont respectivement décidé de constituer la société anonyme ARA et de lui confier une série de tâches prévues par la loi dans le domaine de l'enlèvement des ordures et, dans le cas de la Gemeente Arnhem, de la voirie urbaine.
- 9 ARA a été constituée le 1^{er} juillet 1994. L'article 2 de ses statuts prévoit:

« 1. La société a pour objet:

- a) l'accomplissement de toute opération dans le domaine économique, qui vise à (faire) collecter (et, si possible, recycler), de manière efficace, effective et écologique, les déchets, tels que les ordures ménagères, les déchets des entreprises et les flux partiels à déterminer, ainsi que l'accomplissement d'activités dans le domaine du nettoyage de la voirie, de la lutte contre les parasites et de la désinfection;

- b) la constitution (commune) d'entreprises, la coopération avec des entreprises, la participation dans des entreprises, la (co)direction et la surveillance d'entreprises, ainsi que l'acquisition et le financement d'entreprises, dont les activités qui ont de près ou de loin un rapport avec les opérations/activités décrites sous a);
- c) l'accomplissement de toute opération dans le domaine économique, qui a un rapport avec les points qui précèdent ou qui favorise les opérations, activités et actes qui y sont définis (à la condition qu'il soit ainsi satisfait à des besoins d'intérêt général).

2. La société accomplit ces activités d'une manière socialement acceptable. »

- 10 En vertu de l'article 6 des statuts, les actionnaires d'ARA peuvent uniquement être des personnes morales de droit public ou des sociétés dont les parts sont détenues à concurrence d'au moins 90 % par de telles personnes morales et, en outre, la société elle-même. Conformément à l'article 13, paragraphe 2, des statuts, les communes désignent cinq des minimum sept et maximum neuf membres siégeant au conseil de surveillance.
- 11 Les accords-cadres que les communes ont conclus avec ARA spécifient, notamment dans leurs préambules, que les communes souhaitent faire accomplir les tâches en question exclusivement par ARA, raison pour laquelle elles lui ont octroyé des concessions à cet effet.

- 12 S'agissant de la rémunération d'ARA, l'article 8 de l'accord-cadre conclu entre la Gemeente Rheden et ARA prévoit, notamment:

« 8.1. Rheden versera à ARA pour les services que celle-ci lui fournit des rémunérations qui devront être précisées.

8.2. Les rémunérations des services qui sont visés au paragraphe précédent sont définies par addition d'un paragraphe financier aux spécifications et normes de qualité par activité qui figurent dans les contrats partiels.

8.3. Les rémunérations effectives pour les services fournis seront fixées:

a. soit sur la base des prix unitaires convenus préalablement par opération, par résultat ou par unité de prestation;

b. soit sur la base d'un prix fixe convenu préalablement pour une mission déterminée;

c. soit sur la base de la facturation des frais réellement exposés.

... »

13 L'article 9 de cet accord-cadre contient les dispositions suivantes:

« 9.1. Des avances sur les rémunérations susvisées seront versées à des échéances qui devront être précisées ou par groupes d'opérations, de résultats ou d'unités de prestation. Ces avances seront décomptées des paiements définitifs.

9.2. Si ARA facture et/ou effectue des opérations sujettes à encaissement pour le compte de la Gemeente Rheden ou encore perçoit d'autres paiements de tiers au nom de la Gemeente Rheden, ces revenus devront être transférés à celle-ci selon des modalités qui seront précisées de commun accord. En ce qui concerne le risque de paiement de ces montants, une réglementation plus précise devra également être arrêtée. »

14 La convention de prestation de services relative au ramassage des ordures ménagères, conclue entre la Gemeente Rheden et ARA, prévoit, en son article 7, que la rémunération que la commune paiera à ARA pour la collecte et le transport des immondices ainsi que le mode de calcul de cette rémunération sont décrits dans le plan d'exécution.

15 Les mêmes modalités de rémunération ont été établies entre la Gemeente Arnhem et ARA.

16 Alors qu'ARA accomplissait initialement toutes les activités de collecte des déchets ménagers, de voirie urbaine et de collecte des déchets industriels, ces activités ont par la suite été scindées entre elle et la société anonyme Aracom. Tandis qu'ARA continue à assurer la collecte des déchets ménagers, Aracom s'est vu confier la collecte des déchets industriels. En outre, une société holding, ARA Holding NV, a été constituée, laquelle détient la totalité du capital de ces deux sociétés.

- 17 BFI est une entreprise privée, qui a notamment pour activité la collecte et le traitement des déchets ménagers et industriels.
- 18 Le 2 novembre 1994, BFI a saisi l'Arrondissementsrechtbank te Arnhem afin de voir juger que la directive 92/50 s'applique à l'attribution du marché accordé à ARA, en sorte que les communes devaient mettre en œuvre la procédure d'adjudication prévue à cette directive. L'Arrondissementsrechtbank te Arnhem a, par jugement du 18 mai 1995, fait droit à la demande de BFI. Il a estimé que la tâche en question n'avait pas été confiée à une instance sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficiait en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, en sorte que l'exception prévue à l'article 6 de la directive 92/50 n'était pas applicable.
- 19 Les communes ont interjeté appel de cette décision devant le Gerechtshof te Arnhem.
- 20 Dans son arrêt avant dire droit du 25 juin 1996, le Gerechtshof te Arnhem a rejeté l'interprétation de l'Arrondissementsrechtbank selon laquelle le marché n'aurait pas été attribué à une instance sur la base d'un droit exclusif en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, au sens de l'article 6 de la directive 92/50.
- 21 Il a, en effet, considéré que, en vertu de la Wet milieubeheer, les communes ont l'obligation de veiller à ce que les ordures ménagères soient collectées. Afin de remplir cette obligation, elles ont, par arrêtés des 6 et 28 juin 1994, désigné ARA comme unique opérateur chargé de la collecte des déchets. En outre, elles ont expressément modifié leurs règlements en matière de déchets, qui accordent explicitement à ARA un droit exclusif, puisqu'ils interdisent à tout autre service de collecter les ordures ménagères sans l'autorisation préalable du collège échevinal.

- 22 Dès lors, le Gerechtshof te Arnhem a considéré qu'ARA relevait de l'exception prévue à l'article 6 de la directive 92/50 pour autant qu'elle soit considérée comme un organisme de droit public au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50.
- 23 Dans ces conditions, la juridiction nationale a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:
- « 1) Dans le cadre de l'interprétation de l'article 6, l'article 1^{er}, sous b), premier tiret, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, qui dispose que, 'par organisme de droit public, on entend tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial', doit-il être interprété en ce sens
- i) qu'une distinction doit être opérée entre, d'une part, les besoins d'intérêt général et, d'autre part, les besoins ayant un caractère industriel ou commercial,
- ou
- ii) qu'une distinction doit être opérée entre, d'une part, les besoins d'intérêt général n'ayant pas un caractère industriel ou commercial et, d'autre part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial?
- 2) Si la réponse à la première question est qu'il faut opérer la distinction à laquelle il est référé sous i):
- a) la notion de 'besoins d'intérêt général' doit-elle alors être interprétée en ce sens qu'il ne peut être question de satisfaire des besoins d'intérêt général si des entreprises privées satisfont ces besoins?

et

- b) en cas de réponse positive à la question posée sous a), la notion de 'besoins ayant un caractère industriel ou commercial' doit-elle alors être interprétée en ce sens qu'il est question de satisfaire des besoins ayant un caractère industriel ou commercial à chaque fois que des entreprises privées satisfont ces besoins?
- 3) Si la réponse à la première question est qu'il faut opérer la distinction à laquelle il est référé sous ii), les notions de 'besoins d'intérêt général n'ayant pas un caractère industriel ou commercial' et de 'besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial' doivent-elles alors être interprétées en ce sens que la distinction entre ces notions dépend de la réponse à la question de savoir si des entreprises privées (concurrentes) satisfont ou non ces besoins?
- 4) L'exigence que l'organisme soit créé 'pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial' doit-elle être interprétée en ce sens qu'il ne peut être question de 'satisfaire spécifiquement' que si l'organisme satisfait exclusivement ces besoins?
- 5) En cas de réponse négative à la quatrième question, l'organisme doit-il presque exclusivement, ou en grande partie, ou de manière prépondérante, ou, le cas échéant, d'une autre manière, satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, pour (continuer à) répondre à l'exigence que l'organisme a été créé pour satisfaire spécifiquement ces besoins?
- 6) La réponse aux première à cinquième questions est-elle différente si les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial que l'organisme est censé satisfaire sont fondés sur une loi au sens formel, des dispositions administratives, des actes réglementaires ou autres?

7) La réponse à la quatrième question est-elle différente si les activités commerciales sont exercées par une personne morale distincte, qui fait partie d'un groupe/concern au sein duquel sont également exercées des activités visant à satisfaire des besoins d'intérêt général? »

24 A titre liminaire, il convient de relever que, dans ses observations écrites, le gouvernement français a estimé que les contrats liant les communes à ARA pouvaient être considérés comme étant des concessions de service public qui seraient dès lors exclus du champ d'application de la directive 92/50. Il a soutenu que, pour qu'il y ait concession de service public au sens du droit communautaire, il fallait que le contractant soit rémunéré soit par le droit d'exploiter le service, soit par ce droit assorti d'un prix.

25 A cet égard, sans qu'il soit nécessaire d'interpréter la notion de concession de service public, qui ne fait pas l'objet des questions posées par la juridiction nationale, il suffit de constater qu'il résulte des renseignements fournis par les communes en réponse à une question posée par la Cour, et notamment des articles 8 et 9 de l'accord-cadre conclu entre la Gemeente Rheden et ARA ainsi que de l'article 7 de la convention de prestation de services relative au ramassage des ordures ménagères conclue entre les mêmes parties, que la rémunération versée à ARA consiste uniquement dans un prix et non pas dans le droit d'exploiter le service.

26 Le gouvernement français a également soutenu qu'ARA devrait être qualifiée d'association formée par plusieurs collectivités au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50. Or, une telle association constituerait un pouvoir adjudicateur de plein droit sans qu'il soit besoin d'examiner si elle est un organisme de droit public.

27 Il convient de constater, ainsi que l'a souligné M. l'avocat général aux points 40 et 41 de ses conclusions, qu'une entité déterminée ne saurait relever à la fois de deux catégories différentes énumérées à l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50 et que la notion d'association ne revêt qu'une fonction résiduelle, ce qui est par ailleurs confirmé par sa position dans le libellé de cette disposition. Il y a lieu par conséquent

de vérifier si une société telle qu'ARA, bien que fondée à l'initiative de deux communes, peut être qualifiée d'organisme de droit public.

- 28 A cet égard, il résulte de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 qu'un organisme de droit public est un organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique et dépendant étroitement de l'État, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public (voir arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Rec. p. I-73, point 20).
- 29 Ainsi que la Cour l'a constaté dans l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, point 21, les trois conditions qu'énonce cette disposition ont un caractère cumulatif.
- 30 La juridiction de renvoi estime que les deuxième et troisième conditions sont remplies. Ses questions ne portent donc que sur la première condition.

Sur la première question

- 31 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande des précisions sur la relation entre les termes « besoins d'intérêt général » et les termes « ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ». Elle demande en particulier si cette dernière expression vise à limiter la notion de besoins d'intérêt général à ceux ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou, au contraire, si elle signifie que tous les besoins d'intérêt général ont un caractère autre qu'industriel ou commercial.

- 32 A cet égard, il ressort du libellé de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 dans ses différentes versions linguistiques que le caractère autre qu'industriel ou commercial est un critère qui vise à préciser la notion des besoins d'intérêt général au sens de cette disposition.
- 33 Dans l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, points 22 à 24, la Cour a retenu la même interprétation s'agissant de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, 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), disposition identique en substance à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50.
- 34 En outre, la seule interprétation susceptible de garantir l'effet utile de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 consiste à considérer que ce dernier a créé, à l'intérieur de la catégorie des besoins d'intérêt général, une sous-catégorie de ceux d'entre eux qui ont un caractère autre qu'industriel ou commercial.
- 35 En effet, si le législateur communautaire avait estimé que tous les besoins d'intérêt général ont un caractère autre qu'industriel ou commercial, il ne l'aurait pas spécifié puisque, dans cette perspective, ce second élément de la définition n'aurait aucune utilité.
- 36 Il convient par conséquent de répondre à la première question que l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 doit être interprété en ce sens que le législateur a opéré une distinction entre, d'une part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, d'autre part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial.

Sur la deuxième question

- 37 Eu égard à la réponse apportée à la première question, il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième question.

Sur la troisième question

- 38 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande en substance si la notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial exclut des besoins qui sont également satisfaits par des entreprises privées.
- 39 Selon BFI, il ne saurait être question d'organisme de droit public lorsque des entreprises privées peuvent exercer les mêmes activités, activités qui se prêtent donc au jeu de la concurrence. En l'occurrence, plus de la moitié des communes aux Pays-Bas confieraient le ramassage des déchets à des opérateurs économiques privés. Il s'agirait donc d'un marché commercial et les organismes actifs sur ce marché ne constitueraient pas des organismes de droit public au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50.
- 40 A cet égard, il importe d'abord de souligner que l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 92/50 ne se réfère qu'aux besoins que l'organisme doit satisfaire et ne fait nullement référence à la circonstance que ces besoins puissent ou non être également satisfaits par des entreprises privées.

- 41 Ensuite, il convient de rappeler que la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics de services vise à supprimer les entraves à la libre prestation des services et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre.
- 42 Par conséquent, l'objectif de la directive 92/50 est d'exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs (voir, en ce sens, arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, point 33).
- 43 Or, le fait qu'il existe une concurrence ne suffit pas pour exclure 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. Ainsi, par exemple, un tel organisme pourrait être conduit à subir des pertes financières afin de poursuivre une certaine politique d'achat de l'entité dont il dépend étroitement.
- 44 En outre, étant donné qu'il est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées, la condition qu'il n'y ait pas d'entreprises privées qui puissent satisfaire les besoins pour lesquels l'organisme concerné a été créé risquerait de vider de sa substance la notion d'organisme de droit public visée à l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50.
- 45 Il ne saurait être objecté que, par le recours à l'article 6 de la directive 92/50, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se soustraire à la concurrence des entreprises privées qui s'estiment capables de satisfaire les mêmes besoins d'intérêt général que l'organisme concerné. En effet, la protection des concurrents des organismes de droit public est déjà garantie par les articles 85 et suivants du traité CE, car l'application de l'article 6 de la directive 92/50 est subordonnée à la condition que les dispositions législatives, réglementaires et administratives qui sont à la base du droit exclusif dont l'organisme bénéficie soient compatibles avec le traité.

- 46 C'est ainsi que, dans l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, point 24, la Cour a estimé qu'une imprimerie d'État satisfaisait des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial sans examiner la question de savoir si des entreprises privées pourraient satisfaire les mêmes besoins.
- 47 Il en résulte que l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50 peut s'appliquer à un organisme déterminé même si des entreprises privées satisfont ou pourraient satisfaire les mêmes besoins que lui et que l'absence de concurrence n'est pas une condition nécessaire aux fins de la définition d'un organisme de droit public.
- 48 Il convient toutefois de souligner que l'existence de la concurrence n'est pas dépourvue de toute pertinence pour résoudre la question de savoir si un besoin d'intérêt général a un caractère autre qu'industriel ou commercial.
- 49 En effet, l'existence d'une concurrence développée, et en particulier le fait que l'organisme concerné agit en situation de concurrence sur le marché, 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.
- 50 Ces derniers besoins, en revanche, sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché, comme l'illustre l'énumération des organismes de droit public contenue à l'annexe I de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5), telle que modifiée par la directive 93/37, à laquelle l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50 fait référence. Sans être exhaustive, cette liste est destinée à être aussi complète que possible.

- 51 L'analyse de cette énumération démontre qu'il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante.
- 52 En l'occurrence, il ne saurait être contesté que l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères peuvent être considérés comme constituant un besoin d'intérêt général. Le degré de satisfaction de ce besoin jugé nécessaire pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement pouvant ne pas être atteint par l'offre de services d'enlèvement totalement ou partiellement faite aux particuliers par des opérateurs économiques privés, cette activité fait partie de celles dont un État peut décider qu'elles doivent être exercées par des autorités publiques ou à l'égard desquelles il entend conserver une influence déterminante.
- 53 A la lumière de ce qui précède, il convient de répondre à la troisième question que la notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées.

Sur les quatrième, cinquième et septième questions

- 54 Par ses quatrième, cinquième et septième questions, la juridiction de renvoi demande si la condition selon laquelle un organisme doit avoir été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général implique que l'activité de cet organisme doit dans une grande mesure avoir pour objet de satisfaire de tels besoins.
- 55 A cet égard, il convient de rappeler que la Cour a constaté, dans l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, point 25, qu'il est indifférent que, outre sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général, une entité soit libre d'accomplir d'autres

activités. Le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités réellement entreprises par cette entité est, lui aussi, sans pertinence, dès lors qu'elle continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire.

- 56 Étant donné que la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné, il est à plus forte raison indifférent que des activités commerciales soient exercées par une personne morale distincte qui fait partie du même groupe ou « concern » que lui.

- 57 Il convient d'ajouter que, inversement, le fait qu'il y a parmi eux un organisme de droit public ne suffit pas pour que toutes les entreprises membres d'un groupe ou « concern » soient considérées comme des pouvoirs adjudicateurs (voir, en ce sens, arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, point 39).

- 58 Il convient par conséquent de répondre aux quatrième, cinquième et septième questions que la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme en question. Il est également indifférent que des activités commerciales soient exercées par une personne morale distincte qui fait partie du même groupe ou « concern » que lui.

Sur la sixième question

- 59 Par sa sixième question, le juge de renvoi interroge enfin la Cour sur les conséquences qu'il convient de tirer du fait que les dispositions créant l'organisme

en question et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire ont un caractère législatif, réglementaire, administratif ou autre.

- 60 A cet égard, il convient de constater que, tandis que le fondement du droit exclusif dans des dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées est essentiel pour l'application de l'article 6 de la directive 92/50, il ne fait pas partie de la définition de l'organisme de droit public.
- 61 En effet, le libellé de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 ne contient aucune référence au fondement juridique des activités de l'organisme concerné.
- 62 En outre, il convient de rappeler que, en vue de donner plein effet au principe de la libre circulation, la notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une interprétation fonctionnelle (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, point 11). Cette nécessité s'oppose à ce qu'une distinction soit faite selon la forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire.
- 63 Il convient par conséquent de répondre à la sixième question que l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 doit être interprété en ce sens que l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie objectivement, la forme juridique des dispositions dans lesquelles de tels besoins sont exprimés étant, à cet égard, indifférente.

Sur les dépens

- 64 Les frais exposés par les gouvernements néerlandais, danois, allemand, espagnol, français, autrichien, finlandais, suédois et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

statuant sur les questions à elle soumises par le Gerechtshof te Arnhem, par arrêt du 29 octobre 1996, dit pour droit:

- 1) L'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens que le législateur a opéré une distinction entre, d'une part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, d'autre part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial.
- 2) La notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées.

- 3) La qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme en question. Il est également indifférent que des activités commerciales soient exercées par une personne morale distincte qui fait partie du même groupe ou « concern » que lui.
- 4) L'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 doit être interprété en ce sens que l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie objectivement, la forme juridique des dispositions dans lesquelles de tels besoins sont exprimés étant, à cet égard, indifférente.

Rodríguez Iglesias

Kapteyn

Puissochet

Jann

Mancini

Moitinho de Almeida

Edward

Sevón

Wathelet

Schintgen

Ioannou

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 10 novembre 1998.

Le greffier

Le président

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias