

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

10 mars 2011 \*

Dans l'affaire C-274/09,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par l'Oberlandesgericht München (Allemagne), par décision du 2 juillet 2009, parvenue à la Cour le 20 juillet 2009, dans la procédure

**Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler**

contre

**Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,**

en présence de:

**Malteser Hilfsdienst eV,**

**Bayerisches Rotes Kreuz,**

\* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (troisième chambre),

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

avocat général: M. J. Mazák,  
greffier: M. B. Fülöp, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 24 juin 2010,

considérant les observations présentées:

- pour Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, par M<sup>es</sup> B. Stolz et P. Kraus, Rechtsanwältin,
- pour le Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, par M<sup>es</sup> M. Kuffer et D. Bens, Rechtsanwältin,
- pour Malteser Hilfsdienst eV, par M<sup>e</sup> W. Schmitz-Rode, Rechtsanwalt,
- pour le Bayerisches Rotes Kreuz, par M<sup>e</sup> E. Rindtorff, Rechtsanwalt,

- pour le gouvernement allemand, par MM. M. Lumma et J. Möller, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement tchèque, par M. M. Smolek, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement suédois, par M<sup>me</sup> S. Johannesson, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par MM. C. Zadra et G. Wilms, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 9 septembre 2010,

rend le présent

### Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 2, sous a) et d), et 4, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (ci-après l'«entreprise Stadler») au Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (groupement communal chargé du service de secours et de l'alarme incendie de Passau, ci-après le «groupement

communal de Passau») au sujet de la passation de contrats de prestation de services dans le domaine des services de secours. Les parties s'opposent, notamment, sur la qualification de ces contrats en tant que «marchés de services» ou «concessions de services».

## **Le cadre juridique**

### *La réglementation de l'Union*

3 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2004/18 dispose:

«[...]

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

[...]

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

[...]

4. La ‘concession de services’ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de services, à l’exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter le service, soit dans ce droit assorti d’un prix.

[...]»

### *La réglementation nationale*

- 4 La loi bavaroise sur les services de secours (Bayerisches Rettungsdienstgesetz, ci-après la «loi bavaroise») est entrée en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009. Ses dispositions pertinentes pour la présente affaire sont les suivantes.

#### *«Article 1<sup>er</sup>*

#### Objet et finalité

La présente loi régit les secours d’urgence, le transport des patients accompagnés par un médecin, le transport des malades, les secours en montagne et dans les grottes ainsi que les secours aquatiques (service de secours). Offrir des services de secours couvrant l’ensemble du territoire constitue une mission de service public qui doit être assurée par un service public de secours [...]

[...]

*Article 4*

Organismes chargés du service de secours

(1) Les Landkreise [circonscriptions administratives territoriales] et les communes autonomes sont chargés d'assurer le service public de secours dans les secteurs opérationnels conformément à la présente loi [...]

(2) L'administration centrale compétente en matière de service de secours arrête par voie réglementaire, après avoir entendu les confédérations de syndicats intéressées, les secteurs opérationnels de manière à ce que le service de secours puisse être assuré de manière efficace et rationnelle.

(3) Les Landkreise et les communes autonomes situés dans le même secteur opérationnel accomplissent les missions qui leur incombent en vertu de la présente loi en association avec un syndicat communal pour le service de secours et l'alarme incendie.

[...]

*Article 13*

Organismes chargés du service de secours d'urgence, du transport des patients accompagnés d'un médecin et du transport des malades

(1) Le groupement communal pour le service de secours et l'alarme incendie confie l'exécution terrestre des services de secours d'urgence, du transport des patients accompagnés d'un médecin et du transport des malades

1. au Bayerisches Rotes Kreuz [Croix-Rouge bavaroise]
2. à l'Arbeiter-Samariter-Bund [Union des travailleurs samaritains]
3. au Malteser Hilfsdienst [service d'aide de l'ordre de Malte]
4. à la Johanniter-Unfall-Hilfe [volontaires de saint Jean] ou
5. à des organisations d'aide comparables.

[...]

(2) Dans la mesure où les organisations d'aide ne sont pas disposées à accepter la mission ou ne sont pas en mesure de le faire, le groupement communal pour le service de secours et l'alarme incendie confie à des tiers l'exécution terrestre des prestations de services de secours ou s'en charge lui-même ou par l'intermédiaire de ses membres.

(3) Le groupement communal pour le service de secours et l'alarme incendie statue sur le choix de l'opérateur et sur l'étendue de sa mission, les circonstances ayant été dûment appréciées. La décision de sélection doit être transparente et obéir à des critères objectifs. Le groupement communal pour le service de secours et l'alarme incendie est tenu de rendre publique de manière appropriée la décision à prendre, de manière à permettre aux prestataires de services intéressés de présenter leur candidature.

(4) Le rapport juridique entre le groupement communal pour les services de secours et l'alarme incendie et l'opérateur chargé de l'exécution du service de secours est réglé par contrat de droit public.

[...]

### *Article 21*

#### Obligation de solliciter une autorisation

(1) Toute personne qui exploite une entreprise de secours d'urgence, de transport des patients accompagnés d'un médecin ou de transport de malades doit en demander l'autorisation.

[...]



*Article 24*

Conditions de l'autorisation

[...]

(2) L'autorisation d'assurer le secours d'urgence, le transport des patients accompagnés d'un médecin ou le transport des malades dans le cadre du service public de secours doit être délivrée dès lors que [...] un contrat de droit public est produit en application de l'article 13, paragraphe 4 [...]

[...]

(4) L'autorisation de transporter des malades en dehors du service public de secours est refusée lorsqu'il est prévisible que son usage sera préjudiciable à l'intérêt public à disposer d'un service de secours opérationnel [...]

[...]

*Article 32*

Perception et fondement des droits d'utilisation

Les prestations de services de secours, y compris la participation de médecins, donne lieu à la perception de droits d'utilisation. Ces droits doivent être basés sur les coûts pouvant être estimés en vertu des principes de gestion des entreprises et correspondant à un service correct, à une gestion rationnelle et économe ainsi qu'à une organisation efficace [...]

[...]

*Article 34*

Droits d'utilisation des opérateurs des services de secours d'urgence, de transport des patients accompagnés d'un médecin et de transport des malades

[...]

(2) Les organismes de sécurité sociale conviennent de manière uniforme avec les opérateurs du service de secours ou avec leurs groupements régionaux des droits d'utilisation qu'ils devront payer pour les secours d'urgence, le transport des patients accompagnés d'un médecin et le transport des malades [...]

(3) L'accord relatif aux droits d'utilisation est conclu chaque année à l'avance.

(4) Les coûts des secours d'urgence, du transport des patients accompagnés d'un médecin et du transport des malades sont répartis sur les utilisateurs selon des critères uniformes. Les opérateurs facturent également les droits d'utilisation convenus avec les organismes de sécurité sociale à toutes les autres personnes et institutions qui recourent aux prestations du service public de secours.

(5) Les droits d'utilisation sont basés dans chaque cas sur les coûts prévisionnels du service pouvant être pris en compte en application de l'article 32, deuxième phrase, dans les secteurs opérationnels du service de secours d'urgence, du transport des patients accompagnés d'un médecin et du transport des malades, ainsi que sur le nombre prévisionnel d'interventions durant la période d'intervention. Les coûts de la fourniture du service comprennent en particulier également les coûts de la participation de médecins au service de secours, [...] ainsi que les coûts liés à l'activité du bureau central de règlement du service de secours en Bavière, conformément au paragraphe 8. Les organismes de sécurité sociale fixent dans chaque cas, dans des négociations séparées menées avec les différents opérateurs, les gestionnaires des directions intégrées et le bureau central de règlement pour le service de secours en Bavière les coûts prévisionnels encourus par ces derniers durant la période pertinente aux fins de la rémunération. Les coûts peuvent être convenus en tant que budget.

(6) Si un accord relatif aux droits d'utilisation en application du paragraphe 2 ou un accord en application du paragraphe 5 n'est pas conclu le 30 novembre au plus tard de l'exercice précédant la période de versement des droits d'utilisation, une procédure d'arbitrage relative au montant des coûts prévisionnels et des droits d'utilisation se déroule devant l'instance d'arbitrage [...] Les droits d'utilisation ne peuvent être adaptés rétroactivement.

(7) Les coûts prévisionnels convenus avec les organismes de sécurité sociale ou passés en force de chose jugée sont couverts par les droits perçus au titre des secours d'urgence, du transport des patients accompagnés d'un médecin et du transport des malades (compensation des recettes). À l'expiration d'une période de versement des droits d'utilisation, chaque opérateur, chaque gestionnaire d'une direction intégrée et le bureau central de règlement pour le service de secours en Bavière justifient des coûts réels dans un décompte final et procèdent à leur liquidation en les comparant à ceux convenus dans l'accord sur les coûts (reddition des comptes). En cas de différence entre les coûts réels et les coûts prévisionnels reconnus par les organismes de sécurité sociale aux fins de l'accord sur les coûts, le résultat de la reddition des comptes est inscrit à l'ordre du jour des négociations les plus proches relatives aux droits d'utilisation; le report de ce résultat est exclu si les coûts de l'opérateur [...] ou du bureau central de règlement ont été convenus en tant que budget.

(8) Aux fins de l'exécution des paragraphes 2 à 7 et de l'article 35, il est fait appel à un bureau central de règlement pour le service de secours en Bavière, lequel a notamment pour mission

1. de participer à titre consultatif à l'accord relatif aux droits d'utilisation prévu au paragraphe 2 et aux accords prévus au paragraphe 5;

2. de calculer les droits d'utilisation nécessaires sur la base des coûts prévisionnels des parties intéressées et du nombre d'interventions prévisibles du service public de secours, et de les proposer aux parties intéressées pour accord; il en est de même de l'adaptation nécessaire des droits d'utilisation durant l'exercice en cours;

3. d'encaisser auprès des redevables les droits d'utilisation des prestations du service public de secours [...];

4. d'effectuer la compensation des recettes;
  
5. de reverser les sommes correspondant aux coûts du service aux opérateurs du service de secours [...];
  
6. de contrôler la reddition des comptes des opérateurs [...] et d'en vérifier la plausibilité et l'exactitude;
  
7. d'établir un décompte final global vérifié du service public de secours.

À cet égard, le bureau central de règlement pour le service de secours en Bavière fournit ses prestations dans un but non lucratif. Toutes les parties intéressées sont tenues de soutenir le bureau central de règlement pour le service de secours en Bavière dans l'exécution de ses tâches et de lui remettre les informations et documents écrits nécessaires à cet effet.

[...]

*Article 48*

Instances d'arbitrage

[...]

(3) L'instance d'arbitrage compétente en matière de droits d'utilisation est composée, en plus du président:

1. dans les différends relatifs aux droits d'utilisation des secours terrestres, de trois membres représentant les opérateurs des services de secours terrestre et de trois membres représentant les organismes de sécurité sociale [...]

[...]

(5) Le président de l'instance d'arbitrage et son suppléant sont nommés conjointement par les opérateurs du service public de secours, par l'Union bavaroise des médecins conventionnés, par les personnes chargées d'assurer la participation des médecins accompagnateurs et par les organismes de sécurité sociale.

#### *Article 49*

Autorités compétentes en matière de service de secours

(1) Les autorités chargées de l'exécution de la présente loi [...] sont:

1. le ministère de l'Intérieur de Bavière en tant qu'administration centrale compétente en matière de service de secours [...]

[...]

*Article 53*

Dispositions réglementaires et administratives

(1) L'administration centrale compétente en matière de service de secours peut désigner par voie réglementaire:

[...]

11. le bureau central de règlement pour le service de secours en Bavière [...]

[...]»

**Le litige au principal et les questions préjudicielles**

- 5 L'entreprise Stadler a fourni des prestations de services de secours pour le groupement communal de Passau, en Bavière, jusqu'au 31 décembre 2008, date de la résiliation des contrats les liant. Elle a contesté la validité de ladite résiliation devant le Verwaltungsgericht et a demandé en référé à poursuivre le contrat jusqu'à ce qu'il soit statué au principal. Elle a été déboutée de toutes ses demandes.

- 6 Au cours de ces procédures, le groupement communal de Passau a déclaré qu'il entendait charger, sans appel d'offres préalable, d'autres entreprises de l'exécution des prestations de services de secours, d'abord sur la base de contrats temporaires, et attribuer, par la suite, le marché définitif dans le cadre d'une procédure, sur le fondement de la procédure de sélection prévue à l'article 13, paragraphe 3, de la loi bavaroise.
  
- 7 Le groupement communal de Passau a conclu des contrats temporaires avec le Malteser Hilfsdienst eV et le Bayerisches Rotes Kreuz.
  
- 8 L'entreprise Stadler a, par une lettre du 17 décembre 2008, contesté la procédure suivie par le groupement communal de Passau et a introduit un recours devant la Vergabekammer (chambre des marchés publics), qui l'a rejeté comme irrecevable.
  
- 9 L'entreprise Stadler a ainsi introduit un recours contre cette décision devant l'Oberlandesgericht München.
  
- 10 Selon la juridiction de renvoi, la procédure a pour objet de déterminer si les prestations de services litigieuses en Bavière doivent être qualifiées de «concession de services» ou de «marché de services» et les conséquences juridiques découlant de cette qualification. Cette dernière dépend de l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/18 qui définit la notion de «concession de services».
  
- 11 Sur le territoire de Passau, les contrats relatifs à la fourniture de services de secours à la population sont conclus sous la forme dite «du modèle de concession», entre un pouvoir adjudicateur, le groupement communal de Passau, et un prestataire de services.



- 12 Le montant des droits d'utilisation prévu pour cette prestation de services de secours est convenu entre l'organisme de sécurité sociale et le prestataire de services retenu. Aux termes de l'article 32, deuxième phrase, de la loi bavaroise, les droits d'utilisation doivent être calculés sur la base des coûts pouvant être estimés en vertu des principes de gestion des entreprises et correspondant à un service correct, à une gestion rationnelle et économe ainsi qu'à une organisation efficace du service. Les coûts prévisionnels convenus sont couverts par les droits perçus au titre des secours d'urgence, du transport des patients accompagnés d'un médecin et du transport de malades. En cas de divergence entre l'organisme de sécurité sociale et le prestataire sur le montant des droits, une instance d'arbitrage peut être saisie, dont les décisions peuvent être contestées devant les juridictions administratives.
- 13 Le prestataire de services retenu perçoit ses droits auprès d'un bureau central de règlement, qui est désigné par le ministère de l'Intérieur bavarois, aux services duquel il est légalement tenu de recourir. Ce bureau transfère au prestataire de services une rémunération sous forme d'acomptes, hebdomadaires ou mensuels, sur la base d'une rémunération globale annuelle calculée à l'avance indépendamment du nombre d'interventions réellement effectuées. Si un découvert apparaît en fin d'année, il fera l'objet des négociations suivantes.
- 14 Les personnes assurées à titre privé et les personnes non assurées, qui, selon la juridiction de renvoi, représentent 10% des débiteurs, doivent payer le même droit d'utilisation que les personnes assurées à titre obligatoire.
- 15 La juridiction de renvoi souligne que, en Allemagne, il existe un mode alternatif de prestation de services de secours, celui dit «de soumission». Dans certains Länder, tels que la Saxe, le pouvoir adjudicateur en charge des services de secours rémunère directement les prestataires de services. Les services publics en charge des secours conviennent de cette rémunération dans le cadre de négociations menées avec les

organismes de sécurité sociale et la versent ensuite aux prestataires de services de secours. Ce modèle a déjà été qualifié par le Bundesgerichtshof de marché de services.

- 16 Les différences entre le modèle de soumission de Länder tels que la Saxe et le modèle de concession de Länder tels que la Bavière résident dans le fait que, dans le premier cas, les droits d'utilisation prévus par la loi sont négociés entre le pouvoir adjudicateur en charge des services de secours et un autre pouvoir adjudicateur (l'organisme de sécurité sociale) et que le prestataire de services est lié par cet accord, alors que, dans le second cas, le prestataire de services convient du montant du droit d'utilisation avec un autre pouvoir adjudicateur (l'organisme de sécurité sociale).
- 17 Dès lors, pour la juridiction de renvoi, se pose la question de savoir si le seul fait d'opter pour un autre mode de négociation peut conduire à ce que, dans un cas, le service de secours doit faire l'objet d'un appel d'offres en tant que marché de services au titre de la directive 2004/18 et que, dans l'autre cas, l'application des règles régissant la passation de marchés publics de services pourrait être écartée au motif que le contrat constitue une concession de services.
- 18 De plus, pour la juridiction de renvoi, la jurisprudence de la Cour disposerait que, pour caractériser une concession de services publics, lorsque la rémunération est assurée par un tiers, il est nécessaire que le cocontractant prenne en charge le risque d'exploitation des services en question. Ainsi, s'il est considéré que le critère de délimitation véritablement décisif entre concession de services et marché de services réside dans le fait que le cocontractant assume un risque économique, se pose la question de savoir si la prise en charge d'un risque, de quelque nature qu'il soit, suffit dès lors que le risque, qui autrement pèserait sur le pouvoir adjudicateur, est intégralement pris en charge.

19 Cette délimitation est d'autant plus délicate, comme le met en exergue la juridiction de renvoi, que, dans le cas du modèle de concession, le prestataire de services n'a à supporter qu'un risque économique limité.

20 C'est dans ces conditions que l'Oberlandesgericht München a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Un contrat portant sur des services (en l'occurrence des services de secours) qui, au vu de son contenu, ne prévoit pas que le contractant soit rémunéré directement par le pouvoir adjudicateur, mais dans lequel:

- a) le droit d'utilisation des prestations à fournir est fixé dans le cadre de négociations entre le contractant et des tiers qui sont, pour leur part, pouvoirs adjudicateurs (en l'occurrence des organismes de sécurité sociale),
  
- b) en cas de désaccord, il est prévu qu'une instance d'arbitrage instituée à cet effet, dont la décision est soumise au contrôle des tribunaux étatiques, tranche le différend,
  
- c) le droit n'est pas payé directement par les utilisateurs, mais par un bureau central de règlement, auquel le contractant est légalement tenu de s'adresser, et qui le lui verse sous forme d'acomptes réguliers,

doit-il être considéré pour cette seule raison comme une concession de services au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/18, par opposition au marché de services au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 2004/18?

- 2) En cas de réponse négative à la première question préjudicielle, est-on en présence d'une concession de services lorsque le risque d'exploitation lié au service public est limité parce que:
- a) une règle législative prévoit que les droits d'utilisation du service doivent être calculés sur la base des coûts pouvant être estimés en vertu des principes de gestion des entreprises et correspondant à un service correct, à une gestion rationnelle et économe ainsi qu'à une organisation efficace,
  - b) les débiteurs des droits d'utilisation sont des organismes de sécurité sociale solvables,
  - c) une certaine exclusivité de l'exploitation est assurée dans le secteur fixé contractuellement,

mais que le contractant prend intégralement en charge ce risque limité?»

### **Sur les questions préjudicielles**

- <sup>21</sup> Les deux questions posées par la juridiction de renvoi étant liées, il convient de les examiner conjointement.
- <sup>22</sup> À titre liminaire, il convient de relever que les contrats relatifs à la fourniture des services de secours à la population, passés par le groupement communal de Passau, sont conclus sous la forme dite du «modèle de concession». Ce modèle de passation se distingue du modèle dit «de soumission», qui constitue un mode de passation d'un marché public de services (voir, en ce sens, arrêt du 29 avril 2010, Commission/

Allemagne, C-160/08, Rec. p. I-3713, point 131), en ce que la rémunération, dans le modèle de concession, est assurée non pas par le pouvoir adjudicateur, mais par les sommes perçues auprès des utilisateurs du service par l'intermédiaire d'un bureau central de règlement. Les droits d'utilisation du service sont convenus entre l'organisme de sécurité sociale et le prestataire retenu par le groupement communal de Passau.

- 23 À cet égard, il y a lieu de rappeler d'emblée que la question de savoir si une opération doit être qualifiée ou non de concession de services ou de marché public de services doit s'apprécier exclusivement à l'aune du droit de l'Union (voir, notamment, arrêts du 18 juillet 2007, *Commission/Italie*, C-382/05, Rec. p. I-6657, point 31, et du 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, Rec. p. I-9913, point 38).
- 24 Il résulte de la comparaison des définitions du marché public de services et de la concession de services, fournies, respectivement, par le paragraphe 2, sous a) et d), et par le paragraphe 4 de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2004/18, que la différence entre un marché public de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services. Le marché de services comporte une contrepartie qui, sans pour autant être la seule, est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services (voir, en ce sens, arrêts du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, point 39, ainsi que *Commission/Italie*, précité, points 33 et 40), alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix (voir, en ce sens, arrêt du 10 septembre 2009, *Eurawasser*, C-206/08, Rec. p. I-8377, point 51).
- 25 Dans le cas d'un contrat portant sur des services, la circonstance que le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur, mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers répond à l'exigence d'une contrepartie, prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/18 (voir arrêt *Eurawasser*, précité, point 57).

- 26 Si le mode de rémunération est, ainsi, l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question et que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services (arrêt Eurawasser, précité, points 59 et 68 ainsi que jurisprudence citée).
- 27 Dans l'affaire au principal, il ressort de la demande de décision préjudicielle que la rémunération du prestataire de services de secours est assurée non pas par le pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat en question, mais par des droits d'utilisation qu'il est autorisé à exiger, selon la loi bavaroise, auprès des organismes de sécurité sociale dont les assurés ont bénéficié des services de secours ou encore auprès des personnes assurées à titre privé et des personnes non assurées ayant reçu de tels services.
- 28 Le fait que le niveau des droits d'utilisation n'est pas déterminé unilatéralement par le prestataire de services de secours, mais par voie de convention avec les organismes de sécurité sociale ayant eux-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Rec. p. I-4779, points 40 à 59) et que ces droits ne sont pas payés directement par les utilisateurs de ces services au prestataire retenu, mais par un bureau central de règlement en charge de collecter et de reverser ces droits, sous forme d'acomptes réguliers, n'a pas d'incidence sur ce constat. En effet, il n'en demeure pas moins que toutes les rémunérations du prestataire de services proviennent de personnes distinctes du pouvoir adjudicateur qui lui a attribué le contrat.
- 29 Dans une affaire telle que celle au principal, pour conclure à l'existence d'une concession de services au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/18, il convient, encore, de vérifier si le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter un service et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation de ce service en question. Si ce risque peut, certes, être, dès

l'origine, très limité, la qualification de concession de services exige cependant que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque qu'il encourt (voir, en ce sens, arrêt Eurawasser, précité, points 77 et 80).

30 Dans l'affaire au principal, le groupement communal de Passau a transféré aux prestataires retenus, pour plusieurs années, l'intégralité de l'exécution technique, administrative et financière des prestations de services de secours, dont il avait la charge, conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la loi bavaroise.

31 Les prestataires retenus sont ainsi en charge d'assurer, selon les conditions fixées par le contrat et la loi bavaroise, le service de secours sur la circonscription administrative du groupement communal de Passau.

32 L'entreprise Stadler conteste l'affirmation selon laquelle, par cette opération, le groupement communal de Passau a également transféré un risque d'exploitation des services en cause aux prestataires retenus.

33 À cet égard, il convient de rappeler que, lorsque la rémunération du prestataire provient exclusivement de tiers, le transfert par le pouvoir adjudicateur d'un risque d'exploitation «très limité» suffit pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une concession de services (voir arrêt Eurawasser, précité, point 77).

34 En effet, il est courant que certains secteurs d'activités, notamment les secteurs touchant à des activités d'utilité publique tels que celui en cause au principal, fassent l'objet d'une réglementation pouvant avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus. Il doit notamment demeurer loisible aux pouvoirs adjudicateurs, agissant

en toute bonne foi, d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service public concerné, et cela même si le risque lié à l'exploitation est très limité (arrêt Eurawasser, précité, points 72 et 74).

- 35 Dans de tels secteurs, les pouvoirs adjudicateurs n'ont aucune influence sur les modalités de droit public applicables à l'organisation du service, et ainsi sur le niveau du risque à transférer, et il ne serait pas, par ailleurs, raisonnable de demander à une autorité publique concédante de créer des conditions de concurrence et de risque économique plus élevées que celles qui, en raison de la réglementation applicable au secteur concerné, existent dans ce dernier (voir arrêt Eurawasser, précité, points 75 et 76).
- 36 Il importe également de préciser qu'il n'appartient pas à la Cour de qualifier concrètement l'opération en cause au principal. Le rôle de la Cour se cantonne à fournir au juge national une interprétation du droit de l'Union utile pour la décision qu'il lui revient de prendre dans le litige dont il est saisi (voir arrêt Parking Brixen, précité, point 32). La qualification concrète du contrat relève de la compétence du juge national qui doit vérifier si les circonstances constatées correspondent aux critères généraux établis par la Cour.
- 37 À cet égard, il y a lieu de relever que le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché (voir, en ce sens, arrêt Eurawasser, précité, points 66 et 67), lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement



dans le service (voir, en ce sens, arrêts du 27 octobre 2005, *Contse e.a.*, C-234/03, Rec. p. I-9315, point 22, ainsi que *Hans & Christophorus Oymanns*, précité, point 74).

- 38 En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services.
- 39 Dans l'affaire au principal, il convient d'observer, en premier lieu, que les droits d'utilisation ne sont pas déterminés unilatéralement par le prestataire de services de secours mais par voie de convention avec les organismes de sécurité sociale sur la base de négociations qui doivent avoir lieu annuellement. Ces négociations, dont les résultats ne sont que partiellement prévisibles, comportent le risque que le prestataire de services doive faire face à des contraintes imposées pendant la durée du contrat. Ces contraintes peuvent résulter notamment de la nécessité de faire des compromis lors des négociations ou de la procédure d'arbitrage à l'égard du niveau des droits d'utilisation.
- 40 Compte tenu du fait, souligné par la juridiction de renvoi elle-même, que les organismes de sécurité sociale avec lesquels le prestataire retenu est tenu de mener ces négociations attachent, eu égard à leurs obligations légales, de l'importance à la fixation des droits d'utilisation à un niveau aussi bas que possible, ledit prestataire encourt ainsi le risque que lesdits droits ne soient pas suffisants pour couvrir l'ensemble de ses dépenses d'exploitation.
- 41 Le prestataire de services ne peut pas se prémunir contre de telles éventualités en renonçant à la poursuite de son activité car, d'une part, les investissements qu'il a effectués ne seraient pas amortis et, d'autre part, il est susceptible d'être confronté aux conséquences juridiques de sa décision de résilier le contrat de manière anticipée. En

tout état de cause, une entreprise qui s'est spécialisée dans les services de secours n'a qu'une flexibilité limitée sur le marché des transports.

- 42 En deuxième lieu, il ressort de la loi bavaroise qu'elle ne garantit pas la couverture complète des coûts de l'opérateur.
- 43 Si les coûts réels de l'opérateur dépassent, au cours d'une période donnée, les coûts prévisionnels ayant servi de base pour le calcul des droits d'utilisation, ledit opérateur peut se trouver dans une situation déficitaire et devoir assurer un préfinancement de celui-ci par ses propres moyens. Il est un fait que la demande à l'égard des services de secours peut faire l'objet de fluctuations.
- 44 De plus, en cas de différence entre les coûts réels et les coûts prévisionnels reconnus par les organismes de sécurité sociale, le résultat de la reddition des comptes est inscrit seulement à l'ordre du jour des négociations suivantes, ce qui n'oblige pas les organismes de sécurité sociale à compenser un déficit éventuel au cours de l'année suivante et ainsi n'entraîne pas de garantie d'une compensation complète.
- 45 Il convient d'ajouter que, si les coûts sont prévus en tant que budget, un report du résultat positif ou négatif de l'entreprise sur l'exercice suivant ne peut être opéré.
- 46 En troisième lieu, le prestataire retenu est exposé, dans une certaine mesure, au risque de défaillance des débiteurs des droits d'utilisation. Il est vrai que la grande majorité des utilisateurs des services sont assurés par les organismes de sécurité sociale, mais une partie non négligeable des utilisateurs sont des personnes non assurées ou assurées à titre privé. Si le bureau central de règlement se charge techniquement du

recouvrement des créances de ces dernières, il ne reprend ni les dettes des personnes non assurées ou assurées à titre privé ni ne garantit le paiement effectif des droits d'utilisation par ces personnes. Il ressort des informations fournies à la Cour que ce bureau central ne dispose pas des prérogatives d'une autorité publique.

47 En dernier lieu, il convient de relever que, selon les indications fournies par la juridiction de renvoi, la loi bavaroise n'exclut pas que plusieurs opérateurs soient admis à fournir leurs services dans la même zone. Ainsi, dans l'affaire au principal, le groupement communal de Passau a conclu des contrats avec deux prestataires de services.

48 Il convient, par conséquent, de répondre aux questions posées que, lorsque la rémunération de l'opérateur économique retenu est intégralement assurée par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat portant sur des services de secours et que cet opérateur économique encourt un risque d'exploitation, fût-il très limité, en raison, notamment, du fait que le montant des droits d'utilisation des services en cause dépend du résultat de négociations annuelles avec des tiers et qu'il n'est pas assuré d'une couverture intégrale des coûts exposés dans le cadre d'une gestion de ses activités conforme aux principes énoncés par le droit national, ledit contrat doit être qualifié de contrat de «concession de services», au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/18.

49 Il convient d'ajouter que, si, en l'état actuel du droit de l'Union, les contrats de concession de services ne sont régis par aucune des directives par lesquelles le législateur de l'Union a réglementé le domaine des marchés publics, les autorités publiques qui concluent de tels contrats sont néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité FUE, notamment les articles 49 TFUE et 56 TFUE, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, au cas où — ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier — le contrat concerné présente un intérêt transfrontalier certain (voir, en ce sens, arrêt du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, Rec. p. I-2815, points 33 et 34 ainsi que jurisprudence citée).

## Sur les dépens

- 50 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 (troisième chambre) dit pour droit:

**L'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 2, sous d), et 4, 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, doit être interprété en ce sens que, lorsque la rémunération de l'opérateur économique retenu est intégralement assurée par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat portant sur des services de secours et que cet opérateur économique encourt un risque d'exploitation, fût-il très limité, en raison, notamment, du fait que le montant des droits d'utilisation des services en cause dépend du résultat de négociations annuelles avec des tiers et qu'il n'est pas assuré d'une couverture intégrale des coûts exposés dans le cadre d'une gestion de ses activités conforme aux principes énoncés par le droit national, ledit contrat doit être qualifié de contrat de «concession de services», au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de cette directive.**

Signatures