

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M<sup>ME</sup> JULIANE KOKOTT

présentées le 1<sup>er</sup> mars 2005 <sup>1</sup>

## I — Introduction

1. La différenciation entre les opérations de passation de marchés qui sont soumises à l'obligation de publier un appel d'offres et celles qui n'y sont pas soumises constitue l'une des questions centrales du droit des marchés publics. L'actualité récente a vu en particulier surgir dans ce contexte la question de la distinction entre les marchés de sous-traitance et le marché dit «interne», également dénommé marché «in-house».

2. Les *marchés in-house au sens strict* sont des opérations dans lesquelles un organisme de droit public attribue un marché à l'un de ses services non doté d'une personnalité juridique propre. Mais, *au sens large*, peuvent également relever des marchés in-house certaines situations dans lesquelles des pouvoirs adjudicateurs concluent des contrats avec des sociétés qu'ils contrôlent, qui sont dotées d'une personnalité juridique propre. Alors que les marchés in-house au sens strict

ne relèvent en aucun cas du droit des marchés publics, puisqu'il s'agit d'opérations purement internes à l'administration <sup>2</sup>, le cas des marchés in-house au sens large (également dénommés, dans certains cas, marchés «quasi in-house» <sup>3</sup>) pose régulièrement une question complexe de délimitation, celle de savoir s'il y a ou non obligation de publier un avis de marché. La Cour est une nouvelle fois saisie en l'espèce de cette problématique <sup>4</sup>.

3. La commune de Brixen a attribué à sa filiale Stadtwerke Brixen AG, sans procédure d'appel d'offres préalable, l'exploitation de deux parcs de stationnement publics payants. La société privée Parking Brixen GmbH a introduit un recours contre cette décision. Une juridiction italienne, le Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (ci-après, également, la «juridiction de renvoi»), a soumis à la Cour deux

2 — Arrêt du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121, points 49 et 50), relatif à la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1).

3 — Voir, à ce sujet, point 49 des conclusions de l'avocat général M<sup>ME</sup> Stix-Hackl du 23 septembre 2004 dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1).

4 — Voir arrêt de base Teckal, précité (note 2). C'est très récemment, le 11 janvier 2005, qu'a été rendu l'arrêt dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, précitée (note 3). Voir les affaires Coname (C-231/03, arrêt du 21 juillet 2005, Rec. p. I-7287), Commission/Autriche (C-29/04, arrêt du 10 novembre 2005, Rec. p. I-9705) et Saba Italia (C-216/04, encore pendante).

1 — Langue originale: l'allemand.

questions préjudicielles portant en substance, d'une part, sur la délimitation entre concessions publiques de services et marchés publics de services et, d'autre part, sur la délimitation entre marchés externes soumis à l'obligation de publier un appel d'offres et marchés in-house non soumis à cette obligation.

- a) les 'marchés publics de services' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, [...]
- 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.

## II — Cadre juridique

### A — *Droit communautaire*

[...]»

4. Le droit communautaire constituant le cadre de la présente affaire est formé, d'une part, par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services<sup>5</sup> et, d'autre part, par les articles 43 CE, 49 CE et 86, paragraphe 1, CE.

6. L'article 43 CE établit la liberté d'établissement et l'article 49 CE la libre prestation de services. En vertu des articles 48, premier alinéa, CE et 55 CE, les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, au regard de ces deux libertés fondamentales, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

5. L'article 1<sup>er</sup>, sous a) et b), de la directive 92/50 dispose notamment:

7. Enfin, l'article 86, paragraphes 1 et 2, CE prévoit ce qui suit:

«Aux fins de la présente directive:

«1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises

5 — JO L 209, p. 1. Cette directive a été abrogée et remplacée par 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). La directive 92/50 reste toutefois applicable *ratione temporis* à la présente affaire.

auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.

les droits et obligations nés avant la transformation et reprennent la totalité de l'actif et du passif des établissements spéciaux d'origine. En vertu de cette disposition, la collectivité territoriale concernée peut demeurer l'actionnaire unique d'une telle société, pour une durée limitée cependant à deux ans à compter de la transformation.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.»

9. Le texte coordonné de la loi régionale portant organisation des communes de la région autonome du Trentin-Haut-Adige (ci-après la «loi sur les communes») dispose, sous son article 88, paragraphe 6:

«Les communes établissent par voie de règlement les procédures et les critères de sélection des formes d'organisation énoncées ci-après de la gestion des services publics d'intérêt économique et commercial:

## B — Droit national

8. En Italie, l'article 115, paragraphe 1, du decreto legislativo<sup>6</sup> n° 267 du président de la République, du 18 août 2000<sup>7</sup> (ci-après le «decreto legislativo n° 267/2000»), autorise les communes et autres collectivités territoriales à transformer par acte juridique unilatéral leurs établissements propres (également dénommés «établissements spéciaux») en sociétés anonymes. Ces sociétés conservent

a) constitution d'établissements spéciaux;

b) constitution ou participation à des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée ad hoc où le pouvoir de décision public est dominant;

6 — Décret-loi.

7 — Le decreto legislativo n° 267/2000 porte le titre: «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» (texte unique des dispositions portant organisation des collectivités locales) et est publié à la *GIURI* n° 227, du 28 septembre 2000, supplément ordinaire n° 162.

c) attribution de la gestion de services publics à des tiers, des procédures appropriées de mise en concurrence étant prévues pour leur désignation»<sup>8</sup>.

la construction et l'exploitation avaient déjà été transférées en 2000 aux Stadtwerke Brixen. Mais il est ressorti de l'audience que ces parcs de stationnement ne sont pas utilisés exclusivement par les visiteurs de la piscine.

10. L'article 88, paragraphe 18, de la loi sur les communes prévoit en outre que les sociétés constituées conformément à l'article 88, paragraphe 6, peuvent se voir confier — sous certaines conditions qui y sont précisées — à tout moment par les collectivités territoriales qui sont leurs actionnaires d'autres services publics qui soient compatibles avec l'objet de la société.

12. Selon les indications de la juridiction de renvoi, ces parcs de stationnement sont situés sur deux parcelles de terrain portant les numéros 491/6 et 491/11.

### III — Cadre factuel

#### A — Faits et litige principal

11. La commune de Brixen, située dans la région autonome italienne du Trentin-Haut-Adige, a transféré en 2001 et 2002 — dans les deux cas sans procédure préalable d'appel d'offres — l'exploitation de deux parcs de stationnement publics à la Stadtwerke Brixen AG. Les deux parcs de stationnement sont reliés à la piscine publique communale, dont

13. Pour la parcelle 491/11, la commune a accordé à la Stadtwerke Brixen AG, en décembre 2001, le droit de construire en sous-sol et en surface des places de stationnement de véhicules<sup>9</sup>. Un parc de stationnement provisoire en surface était d'abord prévu à cet endroit, jusqu'à l'achèvement du garage souterrain en projet. À cet effet, le terrain (jusqu'alors un terrain de football) a été provisoirement consolidé et transformé en un parc de stationnement comprenant environ 200 emplacements.

14. Afin de disposer d'emplacements de stationnement supplémentaires, la commune a également transféré à la Stadtwerke Brixen AG, en novembre 2002, pour une période de neuf années, la gestion du parc de stationne-

8 — Cette disposition découle de l'article 44 de la loi régionale n° 1 du 4 janvier 1993 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* n° 3, du 19 janvier 1993, supplément ordinaire n° 1), modifiée par l'article 10 de la loi régionale n° 10 du 23 octobre 1998 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* n° 45, du 27 octobre 1998, supplément n° 2).

9 — Délibération du conseil municipal n° 118 du 18 décembre 2001.

ment en surface contigu situé sur la parcelle 491/6<sup>10</sup>. Ce parc de stationnement, qui comprend lui aussi quelque 200 emplacements, avait été auparavant géré directement par la commune de Brixen, pendant dix ans.

15. La Stadtwerke Brixen AG est habilitée, en vertu d'un accord conclu le 19 décembre 2002 avec la commune de Brixen, à percevoir des usagers un droit pour l'utilisation de ce parc de stationnement situé sur la parcelle 491/6. En contrepartie, elle s'est engagée à verser à la commune une indemnité annuelle d'un montant de 151 700 euros, qui augmente encore en cas de hausse des tarifs de stationnement, à proportion de cette hausse<sup>11</sup>. Par ailleurs, la Stadtwerke Brixen AG a repris le personnel de ce parc de stationnement précédemment employé par la commune de Brixen, s'est engagée à assurer l'entretien ordinaire et extraordinaire du terrain, et assume toute responsabilité de ce fait. La Stadtwerke Brixen AG s'est également déclarée prête à poursuivre le service de prêt de bicyclettes assuré dans le parc de stationnement, et à permettre également que le marché hebdomadaire continue à s'y tenir.

16. En revanche, selon les indications de la juridiction de renvoi, aucune convention de

ce type n'a été conclue au sujet de l'utilisation du parc de stationnement en surface situé sur la parcelle 491/11.

17. L'attribution de l'exploitation du parc de stationnement à la Stadtwerke Brixen AG a donné lieu à un recours de la société Parking Brixen GmbH, qui exploite déjà un autre parc de stationnement à Brixen, et qui s'intéresse également à l'exploitation des deux parcs de stationnement présentement litigieux. Elle a saisi la juridiction de renvoi, le 17 janvier 2003, d'un recours concluant à l'annulation des actes concourant à l'attribution du marché.

*B — Observations complémentaires sur la Stadtwerke Brixen AG et sur l'établissement propre antérieur*

18. La Stadtwerke Brixen AG a succédé aux Stadtwerke Brixen (services techniques municipaux), un ancien établissement propre (également dénommé «établissement spécial») de la commune de Brixen. Cet établissement propre possédait déjà depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1999 la personnalité juridique et une autonomie de gestion, et a été transformé en octobre 2001 par la commune, en application de l'article 115 du decreto legislativo n° 267/2000, en une société anonyme, la Stadtwerke Brixen AG<sup>12</sup>.

10 — Délibération du conseil municipal n° 107 du 28 novembre 2002.

11 — Aux termes de l'ordonnance de renvoi, une hausse du tarif de stationnement entraîne une augmentation de l'indemnité annuelle «à hauteur de 80 % du taux de la hausse des prix correspondante».

12 — Délibération du conseil municipal n° 97 du 25 octobre 2001.

19. Les missions de la Stadtwerke Brixen AG figurent à l'article 4 de ses statuts: elle est ainsi habilitée à intervenir dans de nombreux domaines relevant des services d'intérêt général au sens le plus large, en particulier dans les secteurs de l'adduction d'eau et de l'épuration des eaux usées, de la fourniture de chauffage et d'énergie, de la construction de routes, de l'élimination des déchets, du transport de personnes et de marchandises ainsi que de l'informatique et des télécommunications, et cela sur le plan aussi bien local que national et international. La gestion de parcs de stationnement et de garages et les activités y afférentes relèvent également de ses missions.

20. La commune de Brixen était, à l'époque du transfert des deux parcs de stationnement, et encore ultérieurement, l'actionnaire unique de la Stadtwerke Brixen AG. L'article 5, paragraphe 2, des statuts de la Stadtwerke Brixen AG stipule que la participation de la commune de Brixen au capital social ne peut en aucun cas être inférieure à la majorité absolue des actions.

21. La Stadtwerke Brixen AG est administrée, en vertu de l'article 17 de ses statuts, par un conseil d'administration comprenant trois à sept membres, désignés par l'assemblée des actionnaires, la commune de Brixen<sup>13</sup> pouvant en tout état de cause désigner la majorité des membres du conseil d'administration. En vertu de l'article 18 des

statuts, le conseil d'administration jouit des pleins pouvoirs pour la gestion courante de la société, laquelle est cependant soumise à plusieurs restrictions et comprend en particulier, dans certains cas, uniquement la réalisation d'opérations dont la valeur ne dépasse pas le montant de 5 millions d'euros par transaction. L'article 24 des statuts établit par ailleurs un conseil de surveillance comprenant trois membres titulaires et deux suppléants, parmi lesquels la commune de Brixen désigne au moins deux membres titulaires et un membre suppléant.

22. L'ancien établissement spécial des Stadtwerke Brixen avait matériellement des compétences analogues à celles de l'actuelle Stadtwerke Brixen AG, limitées toutefois au domaine de compétence de la commune et à la coopération intercommunale avec d'autres établissements. L'exploitation de parcs de stationnement et de garages relevait déjà de son domaine de compétence, mais les secteurs de l'informatique et des télécommunications n'en faisaient pas encore partie. Le conseil d'administration des Stadtwerke était à l'époque nommé par le conseil municipal et était soumis, dans l'exercice de ses activités, aux directives établies par le conseil municipal.

#### **IV — Demande de décision préjudicielle et procédure devant la Cour**

23. La juridiction de renvoi a sursis à statuer par ordonnance du 23 juillet 2003 et a soumis à la Cour deux questions en vue

13 — Cette compétence appartient, comme l'a montré l'audience, au conseil municipal.

d'une décision préjudicielle. Par ces questions préjudicielles, dont l'introduction se réfère également aux articles 43 CE et suivants, 49 CE et suivants et 86 CE, elle souhaite être éclairée sur les questions suivantes:

«1) L'attribution de la gestion des parkings publics payants en cause constitue-t-elle un marché public de services au sens de la directive 92/50, ou une concession de services publics soumise aux règles de concurrence de la Communauté européenne, et notamment aux obligations d'égalité de traitement et de transparence?

2) À supposer que l'on soit effectivement en présence d'une concession de services portant sur la gestion d'un service public local, l'attribution de la gestion de parkings publics payants qui, en vertu de l'article 44, paragraphe 6, sous b), de la loi régionale n° 1 du 4 janvier 1993, modifié par l'article 10 de la loi régionale n° 10 du 23 janvier 1998, et en vertu de l'article 88, paragraphe 6, sous a) et b), du texte coordonné des dispositions relatives à l'organisation des communes, peut avoir lieu sans appel public d'offres, est-elle compatible avec le droit communautaire, et notamment avec les principes de libre prestation des services, de libre concurrence, et de non-discrimination et les obligations d'égalité de traitement et de transparence qui en découlent, ainsi qu'avec le principe de proportionnalité, lorsqu'il s'agit d'une société anonyme issue, conformément à l'article 115 du décret-loi n° 267/2000, de la transfor-

mation d'un établissement propre d'une commune, dont le capital social est entièrement détenu par la commune elle-même au moment de l'attribution, mais dont le conseil d'administration possède tous les pouvoirs étendus de la gestion ordinaire jusqu'à concurrence d'un montant de 5 millions d'euros par transaction?»

24. Par lettre du 16 décembre 2004, le greffe de la Cour a attiré l'attention des parties sur le prononcé de l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau<sup>14</sup> prévu pour le 11 janvier 2005 et les a invitées à prendre position sur ledit arrêt au cours de l'audience du 13 janvier 2005 dans la présente affaire.

25. Au cours de la procédure devant la Cour, Parking Brixen GmbH, la Stadtwerke Brixen AG, la commune de Brixen, les gouvernements italien et autrichien ainsi que la Commission ont déposé des observations écrites et orales. Le gouvernement néerlandais s'est en outre exprimé à l'audience.

## V — Appréciation

26. La demande de décision préjudicielle vise en substance à clarifier la question de

<sup>14</sup> — Précité (note 4).

savoir si le droit communautaire soumet à des conditions, et lesquelles, les transactions entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs filiales; tel est l'objet de la deuxième question de la juridiction de renvoi. Mais il conviendra tout d'abord, dans le cadre de la première question préjudicielle, d'examiner quelles sont les dispositions du droit communautaire dont découleraient d'éventuelles conditions — la directive 92/50 ou des principes généraux figurant dans le traité; à cet effet, il est nécessaire de tracer la démarcation entre marchés publics de services et concessions de services.

*A — Sur la première question: démarcation entre marché public de services et concession de services*

27. Par sa première question, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir si l'on est en présence d'un marché public de services au sens de la directive 92/50, ou au contraire d'une concession de services, lorsqu'un pouvoir adjudicateur charge un entrepreneur d'exploiter un parc de stationnement public, que cet entrepreneur est habilité à percevoir un droit pour l'utilisation du parc de stationnement, et qu'il s'engage en contrepartie à verser à la commune une indemnité annuelle.

28. La réponse à cette question ne nécessite pas à ce stade que soit tracée la démarcation,

évoquée en introduction, entre marchés de sous-traitance soumis à l'obligation de publier un appel d'offres et marchés in-house<sup>15</sup> non soumis à cette obligation. Il suffit pour l'heure d'examiner si l'objet même d'une transaction telle que celle conclue en l'espèce entre la commune de Brixen et la Stadtwerke Brixen AG peut ou non relever de la directive 92/50. Tel serait le cas si cette transaction constituait un *marché public de services*, mais il en serait en revanche autrement si une *concession de services* avait été attribuée. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, qui a tout d'abord été développée aux fins de la directive secteurs spéciaux<sup>16</sup>, puis transposée au domaine de la directive services (92/50), ces concessions ne sont pas des *contrats à titre onéreux, conclus par écrit* au sens de ces deux directives<sup>17</sup>, et cela même lorsqu'elles portent sur les domaines d'activité énumérés aux annexes de la directive considérée. C'est aussi, a contrario, ce que confirme la directive 2004/18, applicable à l'avenir, dans laquelle les concessions de services sont pour la première fois expressément mentionnées<sup>18</sup>.

29. Contrairement au *marché public de services*, la *concession de services* se caracté-

15 — Voir, à cet égard, points 1 et 2 des présentes conclusions.

16 — 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), dans l'intervalle abrogée et remplacée par 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 (JO L 134, p. 1).

17 — Sur l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive 92/50, voir ordonnance du 30 mai 2002, *Buchhändler-Vereinigung* (C-358/00, Rec. p. I-4685, points 29 et 30); sur l'article 1<sup>er</sup>, point 4, de la directive 93/38, voir arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress* (C-324/98, Rec. p. I-10745, points 57 et 58).

18 — Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/18.

rise par le fait que le fournisseur de la prestation en cause obtient du pouvoir adjudicateur le *droit d'exploiter sa propre prestation*<sup>19</sup>.

30. Ainsi que la Commission et les gouvernements autrichien et italien le relèvent à juste titre, c'est en effet, dans le cas d'une *concession de services*, l'opérateur qui supporte les risques liés au service en cause et se rémunère — au moins en partie — sur l'usager du service, qui acquitte par exemple une redevance<sup>20</sup>. Il existe donc un rapport triangulaire entre le pouvoir adjudicateur, le prestataire de services et leur bénéficiaire. Au contraire, un *marché public de services* implique un rapport juridique simplement bilatéral, dans lequel la rémunération de la prestation fournie est apportée par le pouvoir adjudicateur lui-même, qui supporte du reste également le risque de l'opération.

31. Selon les faits établis en l'espèce, la contreprestation que la commune de Brixen fournit à la Stadtwerke Brixen AG au titre de l'exploitation du parc de stationnement sur la parcelle 491/6 consiste exclusivement à autoriser la Stadtwerke Brixen AG à percevoir des usagers du parc de stationnement un droit pour son utilisation. Du point de vue économique, la Stadtwerke Brixen AG

peut ainsi recueillir les fruits des prestations qu'elle fournit, à savoir l'exploitation et le fonctionnement du parc de stationnement. Mais, simultanément, elle supporte aussi le risque économique de l'exploitation du parc de stationnement, puisqu'elle doit financer, avec les droits qu'elle perçoit des usagers, non seulement les frais courants, mais aussi, de surcroît, l'entretien de l'aire de stationnement et l'indemnité annuelle qu'elle doit verser à la commune. Tous ces éléments laissent à penser qu'il s'agit, non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services.

32. Les informations disponibles ne permettent pas de se prononcer définitivement sur le point de savoir si tel est également le cas du parc de stationnement situé sur la parcelle 491/11. Mais, quoi qu'il en soit, ce n'est pas à la Cour qu'il appartient d'appliquer les critères imposés par le droit communautaire aux faits de l'affaire principale, mais à la juridiction de renvoi<sup>21</sup>. Celle-ci devra en particulier déterminer si la contre-prestation que la commune de Brixen fournit à la Stadtwerke Brixen AG pour l'exploitation du parc de stationnement réside dans l'autorisation de percevoir des usagers du parc de stationnement un droit d'utilisation.

19 — Arrêt *Telaustria et Telefonadress*, point 58, deuxième tiret, et ordonnance *Buchhändler-Vereinigung*, point 27, précités (note 17). Voir également, en ce sens, la définition juridique applicable à l'avenir figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/18.

20 — La Commission se réfère également, dans ce contexte, à sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire (JO 2000, C 121, p. 2, spécialement point 2.2).

21 — Voir, à cet égard, à titre d'illustration, les arrêts du 16 juillet 1998, *Dumon et Froment* (C-235/95, Rec. p. I-4531, point 25), et, en termes analogues, *Telaustria et Telefonadress*, précité (note 17), point 63.

33. En conclusion, je partage en tout état de cause l'avis de Parking Brixen GmbH, des gouvernements autrichien et italien et de la Commission<sup>22</sup>, selon lequel on est en présence, non pas d'un marché public de services au sens de la directive 92/50, mais d'une concession de services non visée par cette directive, lorsqu'un pouvoir adjudicateur charge un entrepreneur d'exploiter un parc de stationnement public, que cet entrepreneur est habilité à percevoir un droit pour l'utilisation du parc de stationnement, et qu'il s'engage en contrepartie à verser au pouvoir adjudicateur une indemnité annuelle.

*B — Sur la deuxième question: les conditions posées par le droit communautaire pour l'attribution d'une concession de services aux filiales d'un pouvoir adjudicateur*

34. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir sous quelles conditions un pouvoir adjudicateur est habilité à confier à l'une de ses filiales, sans procéder au préalable à un appel d'offres, une concession de services l'autorisant, comme dans le cas d'espèce, à exploiter des parcs de stationnement publics payants.

22 — Les autres parties à la procédure n'ont pas pris précisément position sur la question présentement examinée. La commune de Brixen et la Stadtwerke Brixen AG contestent quant à elles qu'il s'agisse d'une concession de services, au motif que la Stadtwerke Brixen AG n'est pas un tiers par rapport à la commune de Brixen.

1. Les principes communautaires de non-discrimination et de transparence même en dehors du domaine d'application des directives en matière de marchés publics

35. Contrairement à la thèse du gouvernement néerlandais, la jurisprudence a déjà établi que les pouvoirs adjudicateurs sont soumis, même en dehors du domaine d'application de chacune des directives en matière de marchés publics<sup>23</sup>, aux obligations du droit communautaire découlant des règles fondamentales du traité, en particulier des libertés fondamentales<sup>24</sup> et du principe de non-discrimination qui en fait partie<sup>25</sup>.

36. Le principe de non-discrimination va de pair avec une obligation de transparence. Ce n'est en effet que si l'attribution d'un marché ou d'une concession est effectuée de manière transparente qu'il peut être établi que le principe de non-discrimination a été respecté en l'espèce ou, au contraire, qu'une

23 — Sur l'inapplicabilité de la directive 92/50 dans une affaire telle que le cas d'espèce, voir l'analyse de la première question (points 27 à 33 des présentes conclusions).

24 — Dans un cas tel que la présente affaire, la libre prestation des services (article 49 CE) et — dans la mesure où un soumissionnaire étranger envisage de s'établir en Italie aux fins d'y exploiter les parcs de stationnements — également la liberté d'établissement (article 43 CE) peuvent être concernées.

25 — En ce sens, dans le cas particulier d'une concession de services, arrêt *Telaustria et Telefonadress*, précité (note 17), point 60 ; de même, arrêt du 23 janvier 2003, *Makedoniko Metro et Michaniki* (C-57/01, Rec. p. I-1091, point 69); ordonnance du 3 décembre 2001, *Vestergaard* (C-59/00, Rec. p. I-9505, points 20 et 21), et, de manière analogue, arrêt du 18 juin 2002, *HI* (C-92/00, Rec. p. I-5553, point 47).

décision arbitraire a été prise en faveur ou à l'encontre d'un soumissionnaire donné<sup>26</sup>.

37. Certes, cela ne signifie nullement qu'il faudrait appliquer une procédure comparable en tout point à celle des directives en matière de marchés publics. Mais, ainsi que la Cour l'a établi dans son arrêt *Telaustria et Telefonadress*, l'obligation de transparence incombant au pouvoir adjudicateur «consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication»<sup>27</sup>.

38. On observera au passage que la *Stadtwerke Brixen AG* objecte dans ce contexte que les articles 43 CE et suivants ne seraient absolument pas applicables dans le cas d'espèce parce que les faits litigieux seraient dépourvus de tout élément de rattachement national. Toutes les parties au principal ont en effet leur siège en Italie.

39. Il convient de relever à ce sujet que les libertés fondamentales ne sont effectivement pas applicables à des faits de nature pure-

ment interne<sup>28</sup>. Toutefois, ainsi que la Commission, *Parking Brixen GmbH* et le gouvernement autrichien l'ont justement souligné, une éventuelle violation du principe de transparence dans le cadre des marchés publics affecte, non seulement les entreprises nationales telles que *Parking Brixen GmbH*, mais tous les autres intéressés potentiels, y compris d'éventuels soumissionnaires d'autres États membres<sup>29</sup>. Tout déficit en matière de publicité affecte donc aussi simultanément les intéressés potentiels d'autres États membres dans leurs libertés fondamentales.

2. Possibilité d'une dérogation pour les opérations avec ses propres filiales: la jurisprudence *Teckal*

40. Il reste toutefois à se demander si un pouvoir adjudicateur ne peut pas être exonéré des obligations du droit communautaire susmentionnées lorsqu'il fait exécuter des prestations par des organismes qu'il contrôle lui-même.

26 — Arrêts *Telaustria et Telefonadress*, précité (note 17), point 61; *HI*, précité (note 25), point 45, et du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S* (C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31).

27 — Précité (note 17), point 62.

28 — Jurisprudence constante; en dernier lieu, arrêt du 16 décembre 2004, *My* (C-293/83, Rec. p. I-12013, point 40). Spécialement en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services, arrêt très antérieur du 7 février 1979, *Knoors* (115/78, p. 399, point 24, première phrase).

29 — Voir, également, arrêt du 25 avril 1996, *Commission/Belgique* (C-87/94, Rec. p. I-2043, point 33), selon lequel il est toujours possible que des entreprises établies dans d'autres États membres soient concernés, directement ou indirectement, par l'attribution d'un marché. C'est pourquoi les exigences en matière de passation de marchés doivent être respectées indépendamment de la nationalité ou du lieu d'établissement des soumissionnaires. Cet argument ne vaut pas seulement pour les exigences imposées par les directives en matière de marchés publics, il est également transposable aux cas où, comme en l'espèce, des principes généraux du droit communautaire doivent s'appliquer.

41. Si le pouvoir adjudicateur envisage de faire intervenir à cet effet une entreprise publique dotée d'une autonomie organique, à savoir l'une de ses filiales, la réponse semble en premier lieu évidente: en vertu du principe de l'égalité de traitement des entreprises publiques et privées, sur lequel repose en particulier l'article 86, paragraphe 1, CE, les entreprises publiques — sous réserve des exceptions prévues à l'article 86, paragraphe 2, CE — ne sauraient être mieux traitées que la concurrence privée. Un pouvoir adjudicateur ne peut donc confier sans préalable la fourniture de services à une entreprise qu'il contrôle, sans tenir auparavant le moindre compte de tous les autres candidats possibles, et sans suivre à cet effet une procédure de concours transparente.

42. Inversement, les pouvoirs publics ont évidemment aussi toute liberté d'accomplir intégralement les missions qui leur incombent *avec leurs moyens propres*, c'est-à-dire de manière interne, sans recourir en quoi que ce soit aux services d'entreprises juridiquement autonomes, qu'elles soient publiques ou privées. Ils ne sont alors pas non plus liés par les obligations du droit des marchés publics<sup>30</sup> et de l'article 86 CE.

43. Ainsi qu'il a été mentionné en introduction, il n'est pas rare que la délimitation entre ces marchés internes et les attributions de marchés extérieurs suscite, dans des cas concrets, des difficultés. La Cour a pris à cet égard — dans le cadre de la directive 93/36 — une position de principe dans son arrêt

Teckal<sup>31</sup>. Cet arrêt indique que le droit des marchés publics est fondamentalement applicable dès lors qu'une *convention entre deux personnes distinctes*<sup>32</sup> est conclue, dès lors donc qu'il existe un *contrat*.

44. Ce ne sont pas seulement des aspects purement formels qui déterminent l'application du droit des marchés publics, mais aussi une appréciation d'ordre qualitatif. En effet, même si les deux parties à une opération juridique ont chacune une personnalité juridique formellement propre, la transaction conclue entre elles peut néanmoins être exceptionnellement assimilée à un marché interne, dans l'hypothèse où deux conditions formulées par la jurisprudence sont cumulativement remplies<sup>33</sup>:

- le pouvoir adjudicateur<sup>34</sup> doit exercer sur son cocontractant<sup>35</sup> un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (*premier critère Teckal*) et

31 — Précité (note 2), points 46, 49 et 50.

32 — En ce qui concerne le champ d'application personnel, il est nécessaire mais suffisant que l'un des cocontractants soit un pouvoir adjudicateur [arrêts Teckal, précité (note 2), point 42, deuxième phrase, et Stadt Halle et RPL Lochau, précité (note 4), point 47; voir également arrêt du 7 décembre 2000, ARGE (C-94/99, Rec. p. I-11037, point 40)].

33 — Les critères figurent, dans leur version originale, au point 50, deuxième phrase, de l'arrêt Teckal, précité (note 2) et sont également évoqués dans l'arrêt du 13 janvier 2005, Commission/Espagne (C-84/03, Rec. p. I-139, point 38). Dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité (note 4), point 49, deuxième phrase, ces critères sont repris, mais dans une version légèrement modifiée du point de vue linguistique. C'est sur cette dernière version que reposent, sauf mention contraire, les propos qui suivent.

34 — L'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau recourt littéralement à la formule alourdie «autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur», l'arrêt Teckal parle — conformément aux faits de cette affaire — d'une «collectivité territoriale».

35 — Le cocontractant est littéralement désigné, dans l'affaire Teckal, comme la «personne en cause» et, dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, comme l'«entité distincte en question».

30 — Arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité (note 4), point 48.

- ce cocontractant doit pour sa part réaliser l'essentiel de son activité pour<sup>36</sup> le ou les pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent (*deuxième critère Teckal*).
- principe de transparence. Si tel n'était pas le cas, on aboutirait à ce résultat paradoxal que les pouvoirs adjudicateurs seraient soumis à des conditions plus strictes *en dehors* qu'à l'intérieur du domaine d'application des directives, c'est-à-dire à une obligation d'assurer la transparence et la publicité qui s'appliquerait alors *sans exception*.

45. Depuis, la Cour a appliqué cette jurisprudence, non seulement à la directive 93/36, mais aussi aux directives 92/50 et 93/37/CEE<sup>37 38</sup>.

46. Les critères de l'arrêt Teckal sont tout aussi transposables aux cas tels que la présente affaire, qui ne relèvent d'aucune des directives relatives aux marchés publics<sup>39</sup>. En effet, si les directives en matière de marchés publics, qui soumettent la procédure de passation des marchés à des exigences détaillées, admettent des dérogations pour les marchés internes, il doit à plus forte raison en être ainsi là où s'appliquent en tout état de cause des exigences moins précises en matière de procédure — simplement des conditions générales découlant du principe de non-discrimination et du

47. Il convient par ailleurs de tenir compte du fait que les directives en matière de marchés publics ont, quant à elles, simplement pour but de concrétiser les règles fondamentales du traité, telles qu'elles découlent en particulier des libertés fondamentales<sup>40</sup>. Les dérogations aux directives sont donc en dernier ressort des dérogations à ces principes. Cet élément plaide lui aussi en faveur d'une transposition de la jurisprudence Teckal aux cas dans lesquels les principes de non-discrimination et de transparence découlent directement des droits fondamentaux et ne sont pas mis en œuvre par les directives en matière de marchés publics.

36 — L'emploi, dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau et dans la plupart des versions linguistiques de l'arrêt Teckal, du mot «avec» est inhabituel du point de vue sémantique, si l'on songe qu'il ne s'agit généralement pas d'une coopération entre deux entreprises, mais d'un rapport dans lequel une entreprise publique remplit certaines missions ou fournit des services *pour* l'organisme public qui la contrôle, habituellement une collectivité territoriale.

37 — Directive du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), dans l'intervalle abrogée et remplacée par la directive 2004/18.

38 — Sur la directive 92/50, voir arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité (note 4), points 47 et 49; une allusion en ce sens figurait du reste déjà dans l'arrêt ARGE, précité (note 32), point 40. Sur la directive 93/37, voir arrêt Commission/Espagne, précité (note 33), point 39.

39 — Sur l'inapplicabilité de la directive 92/50 dans un cas tel qu'en l'espèce, voir l'analyse de la première question (points 27 à 33 des présentes conclusions).

48. Quant à savoir cependant si les deux critères de l'arrêt Teckal peuvent être réunis dans un cas concret tel que celui qui nous occupe ici, de sorte que le pouvoir adjudicateur est libéré des conditions posées par le droit communautaire, comme le soutiennent

40 — Voir, à cet égard, par exemple, le sixième considérant de la directive 92/50 et le deuxième considérant de la directive 2004/18, ainsi que les arrêts du 3 octobre 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035, point 16), et du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Rec. p. I-11617, point 51). Voir, également, points 35 à 37 des présentes conclusions.

la commune de Brixen, la Stadtwerke Brixen AG et le gouvernement italien, cela dépend d'une appréciation d'ensemble de toutes les circonstances du cas d'espèce.

l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau. La Cour y a précisé le premier critère Teckal en ce sens que toute participation de personnes privées, même si cette participation n'est que minoritaire, exclut que le pouvoir adjudicateur exerce un *contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services*<sup>41</sup>.

a) Premier critère Teckal: contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services

49. Conformément au premier critère Teckal, l'assimilation à un marché interne suppose que le pouvoir adjudicateur exerce sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

50. La Commission doute qu'il puisse en être ainsi dans le cas d'une entreprise telle que la Stadtwerke Brixen AG, pour deux raisons. En premier lieu, le capital de la Stadtwerke Brixen AG doit à l'avenir être éventuellement ouvert, en vertu d'une obligation légale, à la participation de tiers et, en deuxième lieu, les organes de cette société anonyme peuvent mener les opérations courantes avec une large autonomie. Parking Brixen GmbH et le gouvernement autrichien ont également évoqué ce deuxième aspect.

i) L'exclusion d'un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services en cas de prise de participation par des particuliers

51. Le point de départ de ces réflexions résiderait dans l'arrêt récemment rendu dans

52. Cette précision montre que la jurisprudence établit, avec le critère du contrôle *analogue à celui exercé sur ses propres services*, une condition plus stricte que, par exemple, en droit de la concurrence. Le fait donc que le pouvoir adjudicateur dispose d'une participation majoritaire au capital de sa filiale, qu'il dispose de la majorité des voix et qu'il fournisse la majorité des représentants dans les organes de cette entreprise, tout cela — de même que d'éventuels accords entre les associés — permet de conclure à l'existence d'un contrôle au sens du droit de la concurrence<sup>42</sup> et fait de la filiale une entreprise publique au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE<sup>43</sup>, mais ces éléments ne permettent cependant pas de conclure à l'exercice d'un *contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services*.

53. La simple présence d'un tiers, personne privée, ne serait-ce que sous la forme d'une

41 — Arrêt précité (note 4), points 49 et 52.

42 — Voir, par exemple, à cet égard, concernant la notion de contrôle en cas de concentration entre entreprises, les points 13, 14 et 18 et suiv. de la communication de la Commission sur la notion de contrôle du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises (JO 1998, C 66, p. 5).

43 — Voir, également, article 2 de la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 195, p. 35), modifiée en dernier lieu par la directive 2000/52/CE de la Commission, du 26 juillet 2000 (JO L 193, p. 75).

participation minoritaire sans droit de veto, empêche en effet le pouvoir adjudicateur d'exercer un contrôle *analogue à celui exercé sur ses propres services*. La présence d'un tiers, personne privée, implique en effet toujours un minimum d'attention de la puissance publique envers les intérêts de ce tiers — c'est en effet à cette condition qu'une entreprise privée acceptera de mettre à la disposition de la puissance publique son savoir-faire ou sa puissance financière. Si donc un tiers, personne privée, le cas échéant après exécution d'un appel public d'offres, prend une participation dans une entreprise, la prise en considération des intérêts économiques de celui-ci peut amener la puissance publique à ne pas réaliser pleinement ses objectifs d'intérêt public, quand bien même cela lui serait possible du point de vue purement juridique. Par cette alliance entre intérêts publics et privés, les entreprises dites «d'économie mixte» diffèrent fondamentalement des simples services de l'administration<sup>44</sup>.

54. Puisque la puissance publique ne peut donc *pas* contrôler les entreprises d'économie mixte de manière analogue à ses propres services, toutes les opérations juridiques conclues par des pouvoirs adjudicateurs avec leurs filiales d'économie mixte sont par principe soumises aux dispositions du droit applicable aux marchés publics, en particulier aux principes de non-discrimination et de transparence.

44 — Il y est également fait allusion dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité (note 4), point 50. Sur la notion d'entreprise d'économie mixte, voir par exemple point 58 des conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, précitées (note 3).

ii) L'ouverture future du capital social à la participation de tiers

55. La Stadtwerke Brixen AG n'était *pas*, à la date de la reprise des deux parcs de stationnement, et encore ultérieurement, une entreprise d'économie mixte de ce type, mais une filiale à 100 % de la commune de Brixen. La commune était toutefois censée renoncer à sa position d'actionnaire unique au plus tard dans les deux années suivant la transformation de son ancien établissement propre, pour ne plus détenir qu'une simple participation majoritaire<sup>45</sup>.

56. Le principe de la sécurité juridique impose de se prononcer sur l'obligation de mener une procédure d'attribution de marché toujours *ex ante*, donc à la date de la conclusion de l'opération. Il faut en effet, aussi bien du point de vue du pouvoir adjudicateur et de son cocontractant que du point de vue des concurrents non retenus, qu'ils puissent établir si une procédure d'appel d'offres devait ou non être suivie. La prise en considération de circonstances ultérieures peut à la rigueur être envisagée si leur survenance était déjà prévisible de manière certaine à l'époque de l'attribution du marché.

45 — Voir, d'une part, article 115 du decreto legislativo n° 267/2000 et, d'autre part, articles 88, paragraphe 6, sous b), de la loi sur les communes et 5, paragraphe 2, des statuts de la Stadtwerke Brixen AG.

57. La perte de la participation à 100 % de la commune dans sa filiale aurait, certes, été prévisible de manière certaine si l'acquisition d'une participation dans la société par un tiers *identifié* avait déjà été *imminente*.

58. La Commission va plus loin en estimant que, dans un cas tel que celui-ci, en raison de la législation existante, la perte de la participation à 100 % de la commune était déjà suffisamment prévisible, et qu'elle aurait dû être prise en considération dès le moment du transfert des parcs de stationnement.

59. Cependant, une disposition législative telle que l'article 115 du decreto legislativo n° 267/2000 établit — ce point même est contesté<sup>46</sup> — une simple *obligation* de vendre des actions dans un certain délai. Mais la réponse à la question de savoir si, et quand, une telle vente et un tel transfert des parts sociales à un tiers se produisent *réellement* dépend de nombreuses autres circonstances, dont la simple existence de cette obligation légale ne suffit pas à assurer qu'elles surviendront. En particulier, il ne peut nullement être exclu qu'il ne se trouvera aucun intéressé qui soit disposé à prendre une participation dans l'entreprise en cause, aux conditions qui lui sont offertes. Le cas présent en apporte au demeurant lui-

même l'illustration: selon les indications données par la commune de Brixen et la Stadtwerke Brixen AG à l'audience, aucun tiers ne participe à ce jour au capital de la Stadtwerke Brixen AG.

60. Les intérêts des parties en présence ne sont pas non plus, pour l'heure, comparables à ceux qui caractérisent une société d'économie mixte. Aussi longtemps en effet qu'il existe une obligation d'ouvrir *ultérieurement* le capital de la filiale, mais qu'il ne s'est encore trouvé aucun tiers identifié qui en soit partenaire, le pouvoir adjudicateur n'est pas encore amené à tenir compte des intérêts de cet investisseur privé lors de la passation de marchés ou de concessions avec sa filiale.

61. La Commission exprime sa préoccupation que, *pendant la durée* d'une concession accordée (éventuellement pour le long terme<sup>47</sup>), un tiers puisse entrer dans la société anonyme et participer alors aussi, au travers de ses parts dans l'entreprise, aux bénéfices économiques de la concession. Mais il n'est pas nécessaire de se prémunir contre le risque que cela implique de favoriser l'investisseur privé ultérieur par rapport à d'autres entreprises privées<sup>48</sup> dès le moment de l'attribution de la concession elle-même à la filiale communale, il suffit au contraire de prendre les *précautions requises*

46 — L'audience devant la Cour a montré que les parties au litige s'opposent en l'espèce sur le point même de savoir si l'article 115 du decreto legislativo n° 267/2000 établit une *obligation* légale de la commune d'ouvrir le capital social de la Stadtwerke Brixen AG, ou si la commune est habilitée à rester à long terme l'actionnaire unique. La commune de Brixen invoque à cet égard l'article 2362 du code civil italien (codice civile, dans la version du decreto legislativo n° 6 du président de la République du 17 janvier 2003, GURI n° 17, du 22 janvier 2003, supplément ordinaire n° 8), selon lequel il peut exister en Italie des sociétés anonymes n'ayant qu'un actionnaire unique.

47 — Dans le cas d'espèce, une durée de neuf années a été convenue en ce qui concerne le parc de stationnement situé sur la parcelle 491/6: voir point 14 des présentes conclusions.

48 — Arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité (note 4), point 51.

au moment du choix du tiers, c'est-à-dire avant le transfert à ce dernier des parts dans la société. Les libertés fondamentales<sup>49</sup> exigent en effet, en cas de participation d'un tiers, personne privée, dans une entreprise publique, le respect des principes de non-discrimination et de transparence, en particulier la garantie d'un degré suffisant de publicité<sup>50</sup>.

62. Pour les motifs susmentionnés, l'obligation légale d'ouvrir le capital d'une société, dans un certain délai, à la participation de tiers ne suffit pas, seule, à exclure que le pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

iii) La capacité des organes d'une société anonyme à en assurer la gestion courante de manière autonome

63. Mais les doutes quant à l'exercice d'un contrôle analogue à celui exercé sur des services propres peuvent également survenir de manière générale, tout à fait indépendamment des participations respectives, du fait qu'une société telle que la Stadtwerke Brixen AG est une société anonyme dont les organes sont habilités à assurer la gestion

courante de manière largement autonome<sup>51</sup>. Ces doutes ont été exprimés non seulement par Parking Brixen GmbH, le gouvernement autrichien et la Commission, mais aussi par la juridiction de renvoi.

64. Il convient à cet égard d'établir la distinction entre les relations extérieures de la société publique avec d'autres opérateurs, et ses rapports internes avec la commune.

65. L'existence de pouvoirs de gestion étenus des organes d'une entreprise publique dans les relations extérieures ne suffit nullement à exclure que cette entreprise est contrôlée par la commune de manière analogue à un service propre. Des compétences de ce type dans les relations extérieures sont au contraire généralement nécessaires pour assurer une capacité d'action, ne pas entraver la conduite des affaires courantes, voire protéger les intérêts des tiers<sup>52</sup>. Il n'est pas rare non plus que, même dans l'administration, des représentants de certains organismes, par exemple le maire d'une commune, le président d'un conseil de district ou les dirigeants d'administrations de l'État, soient investis de pouvoirs relativement larges aux fins de représenter la collectivité concernée à l'extérieur.

51 — Ainsi que la juridiction de renvoi l'a souligné dans sa deuxième question, le conseil d'administration de la Stadtwerke Brixen AG «possède tous les pouvoirs étendus de la gestion ordinaire jusqu'à concurrence d'un montant de 5 millions d'euros par transaction».

52 — Voir article 9 et deuxième considérant de la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65, p. 8).

49 — Liberté d'établissement (article 43 CE) et libre circulation des capitaux (article 56, paragraphe 1, CE).

50 — Voir, à cet égard, points 35 à 39 des présentes conclusions.

66. C'est pourquoi, pour la question du *contrôle* qui nous intéresse ici, ce sont les *rappports internes* entre une commune et une entreprise telle que la Stadtwerke Brixen AG qui sont déterminants. La juridiction de renvoi exprime à ce sujet l'idée que la Stadtwerke Brixen AG a acquis, par rapport à son prédécesseur, l'établissement propre des Stadtwerke de Brixen, un niveau significatif d'autonomie. En effet, alors que l'établissement propre était soumis au contrôle direct et au pouvoir de décision du conseil municipal, la commune ne disposerait plus, à l'égard de la société anonyme, que des moyens fournis par le droit des sociétés. La Commission et Parking Brixen GmbH reprennent une argumentation analogue.

67. Le contrôle de la puissance publique sur ses propres services est surtout caractérisé, du point de vue juridique, par le droit de délivrer des instructions et un pouvoir de tutelle. À l'intérieur d'une même administration, l'autorité supérieure a par exemple normalement le droit de délivrer des instructions aux services qui lui sont subordonnés. Par rapport aux administrations subalternes, il existe de même normalement un droit de délivrer des instructions, ou à tout le moins la possibilité de contrôler et de corriger les décisions en utilisant un pouvoir de tutelle.

68. Des pouvoirs d'instruction ou de tutelle de ce type constituent sans doute l'exception dans les rapports avec les organes de direction des entreprises publiques, en tout cas lorsque celles-ci sont organisées sous la forme d'une société anonyme ou d'une

société à responsabilité limitée. Si l'on exigeait donc que l'organisme de droit public détenteur de parts dispose à l'égard de son cocontractant des mêmes pouvoirs *juridiques* de décision qu'à l'égard de ses propres services, le critère de l'arrêt Teckal ne pourrait pratiquement pas être satisfait par rapport aux sociétés de capitaux constituées selon le droit privé. Les pouvoirs adjudicateurs devraient alors, avant la conclusion de contrats avec leurs filiales constituées en sociétés anonymes ou sociétés à responsabilité limitée, *même s'ils en sont l'unique associé*, toujours respecter les dispositions du droit des marchés publics et ils devraient dans la mesure du possible confier l'accomplissement de leurs missions à des tiers mieux offrants. En pareilles circonstances, la simple délégation de missions à de telles sociétés, y compris dans des domaines aussi sensibles que, par exemple, l'adduction d'eau, équivaudrait en substance à un *début de privatisation forcée de ces missions*.

69. Certes, la transformation de services propres en sociétés anonymes ou en sociétés à responsabilité limitée peut effectivement être décidée, dans certains cas, comme un premier pas vers la privatisation des secteurs concernés. Mais tel n'est pas forcément le cas. Il peut tout aussi bien s'agir d'une simple mesure interne de réorganisation visant, par exemple, à fournir des services à un coût moindre ou à rendre plus flexibles les droits statutaires du personnel, sans que la collectivité concernée veuille pour autant nécessairement renoncer à accomplir elle-même ses missions. Les dispositions applicables en matière de bilan peuvent par ailleurs également conduire à choisir la forme juridique de la société anonyme ou de la société à

responsabilité limitée dans le but louable d'augmenter la transparence<sup>53</sup>.

70. Si l'on appliquait les dispositions du droit des marchés publics même aux opérations conclues entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs filiales à 100 %, la forme juridique privée de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée ne pourrait désormais plus être utilisée aux fins d'une réorganisation purement interne. Il ne resterait donc plus matériellement à la collectivité concernée que le choix entre la privatisation de ses missions<sup>54</sup> et l'accomplissement de ses missions en interne par des services de l'administration ou par des établissements propres, qui sont intégrés dans la hiérarchie administrative et n'ont aucune autonomie notable. Les filiales existantes pourraient même, dans certains cas, être retransformées en établissements propres par un retour en arrière.

71. Or une atteinte aussi grave au pouvoir d'organisation des États membres, et en particulier à l'autonomie de nombreuses

communes<sup>55</sup>, ne serait pas nécessaire, notamment au regard de la fonction d'ouverture du marché assignée au droit des marchés publics. Le droit des marchés publics vise en effet à garantir un choix transparent et non discriminatoire des cocontractants dans tous les domaines où la puissance publique a décidé d'accomplir ses missions avec l'aide de tiers. Le droit des marchés publics n'a en revanche pas pour but de privatiser «en catimini» même les missions d'ordre public que la puissance publique souhaite continuer à assumer avec ses moyens propres<sup>56</sup>; il faudrait en réalité, à cet effet, que le législateur prenne des initiatives concrètes en faveur de la libéralisation<sup>57</sup>.

72. Les termes de l'arrêt Teckal indiquent en tout état de cause, en employant la formule

53 — Voir en particulier articles 2 et suiv. de la directive 68/151 et articles 2 et 47 de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JO L 222, p. 11).

54 — Une entreprise contrôlée par les pouvoirs publics, constituée sous la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, devrait, le cas échéant, concourir parmi d'autres soumissionnaires potentiels pour le marché ou la concession en cause.

55 — On peut se référer à cet égard à la charte européenne de l'autonomie locale, du 15 octobre 1985, signée par la plupart des États membres dans le cadre du Conseil de l'Europe (STE n° 122). Son article 6, paragraphe 1, stipule que les collectivités locales doivent «pouvoir définir elles-mêmes les structures administratives internes dont elles entendent se doter, en vue de les adapter à leurs besoins spécifiques et afin de permettre une gestion efficace». L'importance de l'autonomie locale est encore soulignée par le fait qu'elle est expressément mentionnée à l'article 1-5 paragraphe 1, du traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004 (entrée en vigueur prévue le 1<sup>er</sup> novembre 2006, sous réserve de sa ratification par les États membres) (JO C 310, p. 1).

56 — Voir également, à cet égard, point 42 des présentes conclusions.

57 — On mentionnera à cet égard, par exemple, les étapes de la libéralisation du secteur des télécommunications, en dernier lieu la directive 2002/77/CE de la Commission, du 16 septembre 2002, relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (JO L 249, p. 21). Voir, en outre, la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (COM/2002/107 final, JO C 151 E, p. 146).

«un contrôle *analogue* à»<sup>58</sup>, que les possibilités d'influer sur les services propres et sur les entreprises publiques ne sont pas nécessairement identiques. Ce qui détermine l'analogie d'une entreprise avec un service d'une administration, ou au contraire avec d'autres opérateurs, ce n'est pas le fait que la puissance publique a, *du point de vue formel*, les mêmes possibilités *juridiques* d'influence qu'à l'égard de ses propres services, par exemple un droit de délivrer des instructions dans un cas particulier. Ce qui est décisif, c'est que le pouvoir adjudicateur soit à tout moment *effectivement* en mesure de faire valoir en totalité ses objectifs d'intérêt général. C'est seulement si une entreprise jouit d'une autonomie telle<sup>59</sup> que le pouvoir adjudicateur n'est plus en mesure de faire réellement valoir ses intérêts à l'intérieur de cette entreprise, qu'il n'est plus possible de parler d'un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services.

73. Cette interprétation en fonction des intérêts apparaît en particulier clairement dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau<sup>60</sup> qui se réfère spécialement, pour interpréter le premier critère de l'arrêt Teckal, à la *poursuite d'objectifs d'intérêt public*. Selon l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, l'obligation de faire prévaloir cet intérêt public détermine quelles sont les possibilités d'action dont la

puissance publique a réellement besoin à l'égard de ses services<sup>61</sup>.

74. Pour ce qui est maintenant de ces possibilités réelles d'action, ce qui a été dit précédemment, sous le point 53 des présentes conclusions, vaut *mutatis mutandis*: si un tiers, personne privée, a des parts dans une entreprise, ne serait-ce que sous la forme d'une simple participation minoritaire, la prise en considération des intérêts économiques de celle-ci peut amener la puissance publique à ne pas réaliser pleinement ses objectifs d'intérêt public, quant bien même cela lui serait possible du point de vue purement juridique. Si le pouvoir adjudicateur est en revanche le seul détenteur des parts de sa filiale, ses intérêts et ceux de la filiale peuvent normalement être considérés comme coïncidant en substance, même si la filiale est constituée sous la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. Le détenteur de la totalité des parts perçoit en particulier 100 % des bénéfices réalisés et peut seul décider de leur affectation.

75. Dès lors que la puissance publique n'est pas contrainte de tenir compte des intérêts économiques de tiers du secteur privé, parce qu'elle détient 100 % des parts de la société, la réalisation des intérêts d'ordre public dans la société est suffisamment garantie, même sans pouvoir de direction au sens technique

58 — C'est moi qui souligne. La version allemande de l'arrêt Teckal ne comportait cependant pas, contrairement à la plupart des autres versions linguistiques, le terme «analogue». Cet oubli a été réparé dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau.

59 — Dans l'arrêt Teckal, précité (note 2), point 51, on retrouve à cet égard la notion de pouvoir de décision propre à l'égard du pouvoir adjudicateur (la version française utilise l'adjectif «autonome», la version italienne l'adjectif «autonomo»).

60 — Précité (note 4), point 50.

61 — L'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité (note 4), dispose littéralement (point 50): «Le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public».

du terme, avec les seuls moyens du droit des sociétés, en particulier grâce à la présence dans les organes de la société de représentants exclusivement nommés par la puissance publique. Il paraît hautement improbable que ces organes, qui se caractérisent en outre généralement par des liens personnels étroits avec la puissance publique, divergent dans le cadre de la gestion courante de la politique de la collectivité territoriale qui les y a détachés dans une mesure telle qu'elle pourrait mettre en péril la réalisation des objectifs d'intérêt public. Les mandataires concernés devraient également craindre pour l'avenir d'être révoqués, ou à tout le moins que leur mandat ne soit pas renouvelé.

76. Le fait qu'une société telle que la Stadtwerke Brixen AG soit une société anonyme dont les organes détiennent des pouvoirs étendus dans la gestion courante ne permet en tout état de cause pas, à lui seul, de conclure que cette société est autonome par rapport à l'organisme public qui détient ses parts et que celui-ci n'exerce plus sur elle un contrôle analogue à celui de ses propres services.

b) Deuxième critère Teckal: activité du cocontractant réalisée pour l'essentiel pour son ou ses détenteurs de droit public

77. Selon le deuxième critère de l'arrêt Teckal, l'assimilation à un marché interne implique de surcroît que le cocontractant du pouvoir adjudicateur réalise l'essentiel de

son activité pour le ou les pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent.

78. Dans son ordonnance de renvoi, la juridiction nationale cite simplement des dispositions des statuts de la Stadtwerke Brixen AG. Il en ressort que le domaine matériel d'activité de cette société inclut une longue liste d'activités qui relèvent pour l'essentiel des services d'intérêt général, ces activités pouvant être exercées sur le plan aussi bien local que national et international<sup>62</sup>.

79. De telles dispositions des statuts ne sont cependant pas décisives. En effet, d'une part, il n'est pas rare que les dispositions des statuts se caractérisent par une formulation particulièrement large visant à couvrir, non pas nécessairement seulement des activités actuelles, mais aussi d'éventuelles activités futures de la société. D'autre part, même des *limitations* du domaine d'activité d'une société anonyme qui résultent des statuts sont inopposables aux tiers<sup>63</sup> puisque, dans les statuts, les actionnaires de la société définissent simplement à usage interne le cadre à l'intérieur duquel leur activité peut se déployer.

80. Si l'on s'en tenait donc aux seuls domaines d'activité, en règle générale relativement larges, juridiquement admis (par la

62 — Voir, pour plus de détails, point 19 des présentes conclusions.  
63 — Article 9, paragraphes 1 et 2, de la directive 68/151.

loi et les statuts de la société) d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, il serait alors pratiquement exclu que de telles entreprises satisfassent au deuxième critère de l'arrêt Teckal. Les pouvoirs adjudicateurs devraient alors, avant la conclusion de marchés avec leurs filiales, toujours s'en tenir aux dispositions du droit des marchés publics dès lors que ces filiales seraient constituées en sociétés anonymes ou en sociétés à responsabilité limitée. Cela priverait le choix de la forme juridique de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée d'une grande part de son attrait<sup>64</sup>. Une atteinte aussi sérieuse au pouvoir d'organisation des États membres, et en particulier à l'autonomie de nombreuses communes, ne serait pas nécessaire au regard de la fonction d'ouverture du marché assignée au droit des marchés publics.

81. Il suffit tout à fait de se fonder sur l'*activité effective* de l'entreprise considérée<sup>65</sup>. En effet c'est l'activité effective d'une société, indépendamment de sa forme d'organisation juridique, qui indique le mieux si cette entreprise opère comme les autres sur le marché, ou si elle est si étroitement imbriquée avec la puissance publique que les contrats entre elle et le pouvoir adjudicateur peuvent être assimilés à des marchés internes, et justifient de ce fait une dérogation aux dispositions du droit des marchés publics.

64 — Voir également, à cet égard, points 68 à 71 des présentes conclusions.

65 — L'avocat général Stix-Hackl souligne, au point 83 de ses conclusions dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, précitées (note 3), que ce sont les activités effectives qui importent, et non pas les activités possibles d'après la loi ou les statuts de la société.

82. Il convient de retenir, dans ce contexte, qu'une exception aux règles du droit applicables aux marchés publics est possible, selon le deuxième critère de l'arrêt Teckal, dès lors que l'entreprise concernée réalise l'*essentiel* de son activité pour le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Il est donc indifférent qu'elle opère pour le compte de tiers, dans la mesure où cette activité ne présente qu'une importance secondaire.

83. Il convient, pour se prononcer sur ce point, comme on l'a dit en introduction, de procéder à un examen global de toutes les circonstances du cas d'espèce. Pour qu'une transaction constitue un marché interne, le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit réaliser l'essentiel de son activité, du point de vue aussi bien *quantitatif* que *qualitatif*, pour le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent<sup>66</sup>. Une première indication à cet égard peut être fournie par le pourcentage du chiffre d'affaires que cette entreprise réalise avec les marchés passés par l'organisme de droit public qui la détient. Lorsqu'une entreprise — comme dans le cas de la Stadtwerke Brixen AG — a plusieurs domaines d'activité, il convient également de rechercher dans combien de ces domaines d'affaires l'entreprise réalise l'essentiel de ses activités pour des organismes de droit public

66 — C'est aussi l'avis de l'avocat général Stix-Hackl, au point 89 de ses conclusions dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, précitées (note 3).

qui la détiennent, et quel est le poids de chacun de ces secteurs pour l'entreprise<sup>67</sup>.

c) Conclusion intermédiaire

86. Il convient donc, en résumé, de retenir ce qui suit:

84. Il convient également d'examiner de manière approfondie le rayon géographique d'action d'entreprises telles que la Stadtwerke Brixen AG. En effet, le simple fait qu'une entreprise publique communale opère ou puisse opérer au delà des limites d'une commune n'exclut pas pour autant nécessairement qu'elle réalise *l'essentiel* de son activité pour cette commune. Il conviendrait plutôt de rechercher quelle est la place, du point de vue quantitatif et qualitatif, d'une éventuelle activité de l'entreprise en dehors des limites de la commune par rapport à son activité pour son ou ses détenteurs du secteur public.

Une commune qui confie, sans appel d'offres préalable, l'exploitation d'un parc de stationnement public payant à une société anonyme dont elle est le seul actionnaire n'enfreint pas les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, dans la mesure où la commune exerce sur cette société anonyme un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette société anonyme réalise l'essentiel de son activité pour la commune.

85. En tout état de cause, le fait que le domaine d'activité prévu par les statuts d'une société anonyme telle que la Stadtwerke Brixen AG soit matériellement étendu et qu'elle soit aussi autorisée à opérer au delà des limites géographiques de la commune ne suffit pas, seul, à exclure que cette société anonyme réalise effectivement l'essentiel de son activité pour la commune qui la détient.

L'exercice d'un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services n'est pas exclu du seul fait que la commune est légalement tenue d'ouvrir à l'avenir le capital de cette société anonyme, dans un délai donné, à la participation de tiers, ou du fait que les organes de cette société anonyme disposent de pouvoirs étendus dans la gestion courante.

La réalisation de l'essentiel de l'activité pour la commune n'est pas exclue du seul fait que, en vertu des statuts de cette société anonyme, son domaine d'activité possible est matériellement et géographiquement étendu; c'est l'activité effectivement exercée qui importe.

67 — Dans un cas tel qu'en l'espèce, il conviendrait par exemple d'examiner également quelle est la place dans l'activité de l'entreprise des nouveaux secteurs de travail qui ont été attribués à la Stadtwerke Brixen AG dans ses statuts en plus de ceux de l'ancien établissement spécial (à savoir informatique et télécommunications), et sur les instances de qui l'entreprise agit dans ce domaine.

## VI – Conclusion

87. En vertu de l'analyse qui précède, je suggère à la Cour de répondre aux questions préjudicielles du Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, dans les termes suivants:

- «1) On est en présence, non pas d'un marché public de services au sens de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, mais d'une concession de services non visée par cette directive, lorsqu'un pouvoir adjudicateur charge un entrepreneur d'exploiter un parc de stationnement public, que cet entrepreneur est habilité à percevoir un droit pour l'utilisation du parc de stationnement, et qu'il s'engage en contrepartie à verser au pouvoir adjudicateur une indemnité annuelle.
  
- 2) Une commune qui confie, sans procédure d'appel d'offres préalable, l'exploitation d'un parc de stationnement public payant à une société anonyme dont elle est le seul actionnaire n'enfreint pas les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, dans la mesure où la commune exerce sur cette société anonyme un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, et où cette société anonyme exerce son activité pour l'essentiel pour la commune.

L'exercice d'un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services n'est pas exclu du seul fait que la commune est légalement tenue d'ouvrir à l'avenir le capital de cette société anonyme, dans un délai donné, à la participation de tiers, ou du fait que les organes de cette société anonyme disposent de pouvoirs étendus dans la gestion courante.

Une activité exercée pour l'essentiel pour la commune n'est pas exclue du seul fait que, en vertu des statuts de cette société anonyme, son domaine d'activité possible est matériellement et géographiquement étendu; c'est l'activité effectivement exercée qui importe.»