

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} CHRISTINE STIX-HACKL

présentées le 12 janvier 2006¹

I — Introduction

dans les domaines de l'approvisionnement en énergie ou de la gestion des déchets par des communes italiennes.

1. Le présent renvoi préjudiciel porte sur la question de savoir dans quelles conditions l'attribution d'un marché public est considérée comme une attribution de marché quasi interne et ne relevant par conséquent pas de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures². Il s'agit donc d'une nouvelle affaire visant à l'interprétation et à l'application des critères développés dans l'affaire Teckal³ et précisés — au moins partiellement — dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau⁴.

II — Cadre juridique: droit communautaire

3. La directive 93/36 établit en son article 1^{er} les règles de base concernant son champ d'application.

4. L'article 1^{er}, initio et sous a), est libellé comme suit:

2. Par ailleurs, le présent litige s'inscrit dans le cadre d'une série de procédures — sur lesquelles la Cour a en partie déjà statué⁵ — portant sur l'attribution de marchés publics

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

a) 'marchés publics de fournitures': des contrats conclus par écrit à titre oné-

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 199, p. 1.

3 — Arrêt du 18 novembre 1999 (C-107/98, Rec. p. I-8121).

4 — Arrêt du 11 janvier 2005 (C-26/03, Rec. p. I-1).

5 — Voir, par exemple, ordonnance du 14 novembre 2002, Comune di Udine (C-310/01, JO 2003, C 55, p. 20), et arrêt du 9 septembre 1999, R.I.SAN. (C-108/98, Rec. p. I-5219).

reux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits entre un fournisseur (personne physique ou morale), d'une part, et, d'autre part, un des pouvoirs adjudicateurs définis au point b). La livraison des produits peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.»

5. Aux points 49 et 50 de l'arrêt Teckal, la Cour a établi les principes en vertu desquels certaines opérations ne relèvent pas de l'application de la directive.

«49 S'agissant de l'existence d'un contrat, le juge national doit vérifier s'il y a eu une convention entre deux personnes distinctes.

50 À cet égard, conformément à l'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/36, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.»

6. La Cour a précisé la première des deux conditions précitées dans ses arrêts Stadt Halle et RPL Lochau⁶ et Parking Brixen⁷.

7. La directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications⁸, comporte une règle sur la passation des marchés avec des entreprises proches du pouvoir adjudicateur qui a été modifiée 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 postaux⁹.

8. Aux termes de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 93/38:

«1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés de services:

a) qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée;

6 — Arrêt précité à la note 4.

7 — Arrêt du 13 octobre 2005 (C-458/03, Rec. p. I-8585).

8 — JO L 199, p. 84.

9 — JO L 134, p. 1.

- b) passés par une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens de l'article 2, paragraphe 2, auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices,
- bâtiments municipaux (le marché, d'un montant de 8 450 000 euros + TVA, comprenait la fourniture de combustibles — 4/5 de gasoil et 1/5 de méthane —, pour un montant de 5 700 000 euros, l'entretien, pour un montant de 1 000 000 euros, et la remise à niveau réglementaire et technique, pour un montant de 1 750 000 euros).

pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque le même service ou des services similaires sont prestés par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre d'affaires total dans la Communauté résultant de la fourniture de services par ces entreprises.»

10. La commune a, par décision du conseil municipal n° 804 du 21 novembre 2003, suspendu la procédure d'appel d'offres jusqu'au 10 décembre 2003 dans l'attente d'une décision éventuelle de passation du marché de gré à gré. La requérante Carbotermo SpA (ci-après «Carbotermo») a présenté une offre le 22 novembre 2003. Le Consorzio Alisei (ci-après «Alisei») a certes préparé une offre technique, mais ne l'a pas présentée dans le délai prescrit au départ, soit avant le 24 novembre 2003, ayant été informée, le 21 novembre 2003, par la commune, de la suspension de la procédure d'appel d'offres jusqu'au 10 décembre 2003 dans l'attente d'une décision éventuelle de passation du marché de gré à gré et ayant, ensuite, reçu l'avis de retrait de l'appel d'offres en question.

III — Les faits de l'affaire et la procédure au principal

9. La Comune di Busto Arsizio (ci-après la «commune») a, en date du 22 septembre 2003, publié un appel d'offres pour la fourniture d'énergie ainsi que pour l'entretien et la remise à niveau réglementaire et technique des installations de chauffage des

11. Par décision n° 857 du 10 décembre 2003, la commune a retiré l'appel d'offres en se réservant la faculté d'attribuer ultérieurement le marché de gré à gré à AGESP SpA (ci-après «AGESP»).

12. AGESP est une société entièrement détenue par la AGESP Holding SpA¹⁰ qui est, quant à elle, une société anonyme dont le capital social est détenu à 99,98 % par la commune¹¹. Le reste des actions est détenu par des communes voisines de la même province.

13. Le 18 décembre 2003, le marché en cause a été adjugé de gré à gré à AGESP.

14. Carbotermo et Alisei ont mis en cause ces décisions auprès du Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. Celui-ci a joint les deux procédures et déferé les questions suivantes à la Cour à titre préjudiciel par décision du 27 mai 2004, parvenue au greffe de la Cour le 9 août 2004:

«1) L'attribution de gré à gré d'un marché de fourniture de combustibles pour les installations de chauffage de bâtiments dont la commune est propriétaire ou qui relèvent de sa compétence, marché portant également sur la gestion et

l'entretien desdites installations (mais dont la valeur des fournitures est prépondérante) à une société anonyme dont le capital est, dans l'état actuel des choses, intégralement détenu par une autre société anonyme dont l'actionnaire majoritaire est, à son tour, la commune commettante (à 99,98 %), à savoir à une société (AGESP) qui n'est pas détenue directement par la collectivité publique mais par une autre société (AGESP Holding) dont le capital est actuellement détenu à 99,98 % par la collectivité publique, est-elle compatible avec la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures?

2) Faut-il appliquer l'article 13 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, pour apprécier la condition selon laquelle l'entreprise à laquelle un marché de fourniture a été attribué de gré à gré doit réaliser l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient et ladite condition peut-elle être considérée comme remplie lorsque l'entreprise en question réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires avec la collectivité publique qui le détient ou, le cas échéant, lorsqu'elle réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires sur le territoire de ladite collectivité?»

10 — Conformément à l'article 7 des statuts d'AGESP, «aucun associé, à l'exception de la société-mère, AGESP Holding SpA, n'est autorisé à détenir une participation supérieure à 10 % de la totalité du capital de la société».

11 — Conformément à l'article 6 des statuts de AGESP Holding SpA, la majorité des actions est réservée à la commune. Conformément à l'article 7 des statuts de l'AGESP Holding SpA, «aucun associé privé n'est autorisé à détenir une participation supérieure à 10 % de la totalité du capital de la société».

IV — Les questions préjudicielles

15. Les deux questions préjudicielles portent principalement sur les deux conditions cumulatives dont la réunion entraîne l'inapplicabilité de la directive 93/36 à certaines passations de marché quasi internes (exception dite de l'affaire Teckal ou critères de l'arrêt Teckal): le pouvoir adjudicateur doit exercer un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et l'activité de l'entreprise en cause doit être réalisée pour l'essentiel avec la ou les collectivités qui la détiennent. Si ces deux conditions sont remplies, il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions de la directive, comme le respect de certaines règles de procédure.

16. Pour clarifier les choses, nous insistons sur le fait que la présente affaire porte sur le droit applicable à l'époque, et non sur les nouvelles dispositions de ce qu'il est convenu d'appeler le «paquet législatif».

V — Remarques liminaires

17. La présente affaire a démontré, comme cela avait été le cas dans les affaires précédentes, que les critères de l'arrêt Teckal consistent en un certain nombre de notions floues qui ont fait naître un grand nombre de problèmes juridiques et eu pour conséquence des difficultés de délimitation. Au

regard de ces expériences, la question se pose de savoir comment la Cour peut le plus précisément clarifier la situation sur le plan du droit et donner ainsi aux entités concernées une meilleure sécurité juridique; une possibilité serait que la Cour précise sa jurisprudence non seulement au cas par cas, mais de manière plus générale que ce qu'elle a fait jusqu'à présent. Une autre solution serait d'éliminer les incertitudes nées de l'arrêt Teckal par une révision approfondie de la jurisprudence applicable. En novembre 1999, la Cour avait, par son arrêt Teckal, entr'ouvert la porte à des exceptions à la directive. Cependant, la question de savoir jusqu'à quel point continue de ne pas être claire.

18. La présente affaire montre précisément que cette circonstance a également des conséquences sur les plus hautes juridictions nationales, telles que le Consiglio di Stato. Ainsi, les orientations établies par le Consiglio di Stato pour la passation de marchés quasi internes sont — selon la décision de renvoi — fondées sur un arrêt de la Cour¹². Par contre, il est sans importance de savoir si cette jurisprudence correspond à celle de la Cour. L'affaire au principal ainsi que d'autres procédures également en cours dans d'autres États membres démontrent en toute hypothèse que la jurisprudence de la Cour ne comporte manifestement pas d'indications claires pour les milieux économiques intéressés et les juridictions des États membres.

12 — Ordonnance Comune di Udine à la note 5.

19. Pour permettre à la Cour un choix entre différentes options, nous précisons l'exception de l'affaire Teckal en termes généraux en dépit des doutes que nous avons exposés. Il reste toujours à la Cour la possibilité de choisir l'autre option.

A — *L'appréciation en droit de participations indirectes*

22. Le premier trait caractéristique des faits de l'affaire que la Cour doit examiner en l'espèce est la circonstance que, comme tel est le cas dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, le marché n'est pas attribué directement à l'entité dans laquelle la collectivité territoriale détient une participation.

VI — Le premier critère: un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services

20. La présente affaire présente plusieurs particularités et se distingue ainsi globalement d'autres affaires pendantes ou sur lesquelles la Cour a déjà statué et qui concernent des partenariats dits «partenariats Public-Privé» (ci-après «PPP»).

23. La question se pose, à cet égard, de savoir si les critères de l'arrêt Teckal sont en principe aussi également applicables à des cas de figure dans lesquels l'entreprise à laquelle le marché est attribué est indirectement détenue par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire si les directives en matière de passation de marché sont également inapplicables à des situations dans lesquelles la puissance publique à laquelle une prestation est fournie ne détient une participation à l'entité en cause que par l'intermédiaire d'une autre société.

21. À la différence des faits sur lesquels la Cour a dû se pencher dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, la présente affaire ne fait pas apparaître de participation d'entreprises privées. Il s'agit par ailleurs en l'espèce d'un autre type de société que dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, à savoir d'une société anonyme. À la différence des affaires Parking Brixen¹³ ou Teckal, ici le marché n'a pas été attribué à une filiale, mais à une «sous-filiale» de la collectivité territoriale en cause.

24. La Commission et le gouvernement polonais rejettent une telle interprétation pour des considérations de principe.

25. On ne peut déduire aucune indication claire de la jurisprudence de la Cour. Cette

13 — Arrêt précité à la note 7.

constatation continue d'être valable après l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Parking Brixen.

26. Le fait que la Cour ait en tout état de cause vérifié dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau si les conditions d'application des deux critères de l'arrêt Teckal sont remplies plaide en faveur de la légalité du principe de l'applicabilité des critères de cet arrêt Teckal même à des cas de participations indirectes. On pourrait en déduire une reconnaissance tacite de principe.

27. Le libellé de l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau semble au contraire pointer dans une autre direction. Ainsi le point 49 est-il rédigé comme suit: «cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent»? On pourrait en déduire que l'échange des prestations doit avoir lieu directement entre le pouvoir adjudicateur en tant que détenteur de participations et l'entité dans laquelle il détient lesdites participations.

28. Puisque cette formulation fait cependant expressément référence au deuxième critère, c'est-à-dire à l'essentiel de l'activité, on pourrait naturellement en déduire que l'arrêt Teckal ne comporte aucune indication expresse sur la possibilité même pour des participations indirectes de satisfaire au premier critère.

29. La circonstance que l'affaire Teckal portait sur un cas de société publique mixte et que la Cour a reconnu explicitement cette situation par l'introduction des critères dits de l'arrêt Teckal plaide par contre en faveur du fait que des participations indirectes peuvent en principe également entrer en ligne de compte. La condition en est toutefois que le critère du contrôle soit étendu à toutes les étapes de la participation.

30. S'agissant de ce critère, il importe, selon l'arrêt Parking Brixen, que l'autorité publique concédante ait «une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes». Il faut, à cet égard, prendre en considération l'ensemble des règles juridiques applicables et des circonstances pertinentes de l'affaire¹⁴. Selon cet arrêt, il ne semble toutefois pas nécessaire que cette influence soit exercée effectivement.

B — *L'appréciation en droit des sociétés publiques mixtes*

1. Les principes

31. Les faits de l'affaire au principal présentent encore une autre particularité qui les

¹⁴ — Arrêt précité à la note 7, point 65.

distingue des faits de l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau. Dans la présente procédure, il ne s'agit en effet pas d'une entité d'économie mixte, mais d'une entité, plus précisément, de la société mère de cette entité dans laquelle aucune entreprise privée ne détient de participation. Cela ne ressort certes pas de la décision de renvoi elle-même, mais du reste du dossier. En outre, cette participation d'autres sociétés ne concerne que 0,02 % de son capital social. Puisque ce pourcentage est détenu par d'autres communes, par conséquent par des entités publiques, il s'agit d'une entreprise publique mixte ou d'un partenariat dit «partenariat Public-Public».

32. Si l'on replace la situation de fait à l'origine du présent litige dans le cadre de la jurisprudence de la Cour, on se trouve devant la situation suivante: une différence importante apparaît par rapport à l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, dans lequel il s'agissait d'une entité d'économie mixte; d'autre part, le parallèle avec l'arrêt Teckal dans lequel il s'agissait d'une société publique mixte apparaît clairement. L'entité qui devait exécuter le marché de fournitures dans ladite affaire, l'AGAC, avait en effet certes une personnalité juridique propre, mais elle s'était constituée à l'initiative de plusieurs communes.

33. Outre l'arrêt dans l'affaire Teckal, la circonstance que, comme nous l'avons déjà exposé, la Cour a jugé dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau¹⁵ que les entreprises privées

obéissent à des considérations différentes de ce qui est le cas pour les collectivités locales plaide en faveur de l'application de l'exception de l'arrêt Teckal à des sociétés publiques mixtes.

34. Dans la présente affaire, il ne s'agit pourtant que de la participation de communes et non d'intérêts privés. Puisque les communes poursuivent des objectifs d'intérêt général, on pourrait au moins au premier abord penser qu'elles satisfont au critère du contrôle même dans son interprétation la plus stricte. Cela s'applique en tout état de cause lorsqu'on entend la condition de coïncidence des intérêts¹⁶ de telle manière qu'elle est déjà réalisée du seul fait de l'absence de participations de capitaux privés. Il n'est cependant pas exclu — et cela est confirmé par l'action des communes en tant qu'opérateurs économiques — que les communes puissent représenter des intérêts différents. Dans ce cas, il n'y a plus de coïncidence d'intérêts.

35. Il ne faut enfin pas non plus passer sous silence le fait qu'il s'agissait dans l'affaire Teckal d'une entreprise dite «municipalisée» et non d'une société anonyme comme dans la présente affaire. Il nous faudra encore revenir sur l'importance de la forme de la société.

16 — Voir l'approche de l'avocat général Kokott dans ses conclusions du 1^{er} mars 2005 dans l'affaire Parking Brixen, précitée, points 74 et suiv.

36. La réponse à la question de savoir de quelle manière il convient de traiter les sociétés publiques mixtes doit toutefois également être donnée au regard du principe d'interprétation qui a été expressément confirmé dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, selon lequel toute exception à l'obligation d'appliquer les règles du droit communautaire est par conséquent d'interprétation stricte¹⁷.

37. Même dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, qui ne portait pas sur la participation de plusieurs titulaires de participations, la Cour a confirmé l'applicabilité de principe de l'exception de l'arrêt Teckal à des entités détenues par plusieurs titulaires de participations. On peut déduire cela du fait que non seulement la Cour¹⁸ a repris mot pour mot l'exception figurant dans l'arrêt Teckal, mais également rappelé que, dans l'affaire Teckal, l'entité en cause était détenue par des «autorités publiques». Par conséquent, la Cour n'a pas utilisé le pluriel uniquement en ce qui concerne le deuxième critère de l'exception de l'arrêt Teckal.

38. Il en résulte par conséquent que même les entités qui sont détenues par plusieurs organismes peuvent en principe relever de cette exception.

39. Pour appliquer l'exception de l'arrêt Teckal dans la présente affaire, il faudrait toutefois aller encore un peu plus loin, puisque en l'espèce, il s'agit en outre d'une participation indirecte. Selon nous, il ne saurait être exclu de manière générale et abstraite d'appliquer aussi l'exception de l'arrêt Teckal à un tel cas de figure.

40. Il faut au contraire vérifier également en l'espèce de manière concrète si le critère du contrôle est rempli. Il convient, à cet égard, de rappeler le critère établi par la Cour dans l'arrêt Parking Brixen. Selon ce critère, il importe que l'entité contrôlée ne dispose que d'une certaine autonomie¹⁹, et ce, par rapport à ses actionnaires²⁰.

41. Puisque en l'espèce, en raison des statuts de la société, il existe une possibilité de participation de particuliers, il y a lieu, pour ce qui est du critère du contrôle, de vérifier si une éventuelle ouverture du capital de la société à des particuliers dans l'avenir est pertinente en droit.

42. S'agissant de l'ouverture du capital de la société à des particuliers, on pourrait distinguer selon que cette participation est simplement possible ou qu'elle est contraignante en droit. S'agissant du premier cas de

17 — Arrêt précité à la note 4, point 46.

18 — Ibidem, point 49.

19 — Arrêt précité à la note 7, point 70.

20 — Ibidem, point 68.

figure, on pourrait également différencier selon qu'il a été ou non fait un usage effectif d'une telle possibilité — le cas où l'ouverture a déjà eu lieu, comme dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau —, est donc exclu en l'espèce.

43. À cet égard, la Commission a soutenu que l'ouverture, même simplement potentielle, du capital social à des actionnaires privés telle qu'elle résulte des statuts de la société plaide en faveur de l'argument selon lequel le critère du contrôle n'est pas rempli.

44. À l'encontre de ce point de vue extrême soutenu par la Commission militent en premier lieu des considérations de principe. La qualification juridique de projets de PPP ne dépendrait dans ce cas que de développements éventuellement envisageables pour l'avenir. Il serait cependant dépourvu de pertinence qu'ils aient lieu effectivement. Une telle approche est inhabituelle dans le système des directives en matière de passation de marchés publics. En outre, selon le droit de l'État membre en cause, il pourrait même être défendu d'interdire dans les statuts d'un organisme donné la cession de participations à des particuliers.

45. Naturellement, le principe de la protection contre les fraudes qui sous-tend les directives applicables en matière de passation de marchés publics impose, à l'inverse, de prendre en compte certains événements

survenus après que les travaux ont été confiés à une entreprise, c'est-à-dire après l'adjudication du marché. Cela concerne notamment les cas dans lesquels l'ouverture du capital n'avait pas encore été réalisée lors de l'attribution du marché, mais qu'un plan concret en ce sens existait déjà.

46. On peut se demander si l'arrêt dans l'affaire Parking Brixen modifie quelque chose à cette appréciation. Le fait que, à l'inverse de ce qui est le cas en l'espèce, l'ouverture de la société à d'autres capitaux était prescrite dans l'affaire précitée et qu'elle ne constituait que l'un des cinq critères essentiels d'appréciation plaide pour une réponse négative²¹. Cela n'exclut cependant toujours pas que même la simple éventualité d'une ouverture — quand bien même tel n'est le cas que si elle est assortie des autres particularités qui caractérisent les faits de l'affaire au principal — puisse avoir pour conséquence que le critère du minimum de contrôle n'est pas rempli en l'espèce. Il nous faut par conséquent analyser ces autres particularités et leur importance pour le contrôle.

47. Il faut en effet dans ce contexte attirer l'attention sur les faits sur lesquels est également fondée une procédure en manquement contre la République d'Autriche²² et sur l'arrêt récent de la Cour dans cette affaire.

21 — Arrêt précité à la note 7, point 67.

22 — Arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche (C-28/04, Rec. p. I-9705).

48. Dans l'affaire *Commission/Autriche*, il s'agissait pour la commune de Mödling de confier l'élimination des déchets à une société à responsabilité limitée, par conséquent pour une commune de confier cette activité à une société qu'elle détenait entièrement. Environ deux semaines après que ladite société s'est vu confier la gestion des déchets, la commune a décidé de céder 49 % de ses parts à une entreprise privée. Cette cession a été effectuée environ deux semaines plus tard. L'exécution de l'activité confiée à la société a débuté quelques semaines encore après la cession.

49. Dans son arrêt dans l'affaire précitée, la Cour a souligné que ce marché devait être examiné en tenant compte de l'ensemble des phases ainsi que de leur finalité et non de manière isolée²³. Cette circonstance plaide en faveur de l'argument selon lequel il faut aussi prendre en considération des événements survenus après l'attribution du marché, comme le souligne expressément la Cour dans ladite affaire²⁴. À la différence de ce qui est le cas en l'espèce, il s'agissait dans l'affaire précitée d'événements qui s'étaient effectivement produits. Dans cette affaire, la municipalité avait déjà fait usage de la possibilité d'ouverture de la société à des capitaux privés. Cette ouverture était déjà intervenue lorsque la Cour s'est prononcée sur l'ensemble des opérations.

50. À la différence de ce qui était le cas dans l'affaire précitée, on ne peut déduire du dossier de la présente affaire si, et le cas échéant à quel moment, une cession d'actions à des actionnaires privés est intervenue ou si des plans en ce sens existaient déjà. Dans cette perspective, ni l'arrêt dans l'affaire *Parking Brixen* ni celui dans l'affaire *Commission/Autriche* ne fournissent d'indications suffisantes pour affirmer que la simple possibilité d'ouvrir une société à des actionnaires privés est suffisante.

51. On peut par conséquent considérer que les arrêts rendus jusqu'à ce jour n'excluent pas en principe l'attribution d'un marché à des entités publiques mixtes de l'application de l'exception de l'arrêt *Teckal*. Il nous faut donc dans la suite des présentes conclusions exposer les conditions auxquelles ces opérations doivent satisfaire.

2. Les différentes conditions

52. Les conditions dans lesquelles l'attribution d'un marché à des organismes publics mixtes peut relever de l'exception définie dans l'affaire *Teckal* concernant les rapports entre l'entité en cause et les pouvoirs publics qui détiennent une participation directe ou indirecte dans cette entité.

²³ — Ibidem, point 41.

²⁴ — Ibidem, point 38.

53. Il y a lieu d'abord de rejeter d'emblée l'argument qui a été soulevé au cours de la présente procédure, selon lequel l'exception définie dans l'arrêt Teckal ne vise que des délégations «interorganiques ou organisationnelles» ou les structures organisationnelles d'une collectivité territoriale. La jurisprudence de la Cour ne fait aucune référence à ce type de catégories.

54. En règle générale, la Cour part dans ce contexte, notamment dans l'arrêt Parking Brixen, d'une interprétation fonctionnelle et non d'une interprétation formelle. Ainsi, comme nous ne le démontrerons plus précisément, ce qui importe est l'organisation des modalités opérationnelles entre les parties concernées. Dans le détail, il convient d'analyser pour cela des dispositions générales et abstraites, comme le droit national des sociétés, et les modalités pratiques d'organisation d'une entité, comme son statut²⁵.

55. Dans la présente affaire, à la différence de ce qui est le cas dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, l'entité qui doit fournir la prestation n'est pas une société à responsabilité limitée de droit allemand, mais une société anonyme de droit italien (SpA).

56. En l'espèce, ce sont les dispositions pertinentes du code civil italien qui s'appliquent.

57. La présente affaire présente également une différence par rapport à l'entité qui faisait l'objet de l'arrêt Teckal. Alors que l'affaire précitée avait pour objet la forme juridique d'une entreprise dite «entreprise municipalisée», la présente affaire porte précisément sur une entité, AGESP, qui opérait certes à l'origine sous la forme juridique précitée, mais a été transformée en société anonyme par décision n° 148 du 24 septembre 1997.

58. En droit italien aussi, les sociétés anonymes disposent en principe d'une plus grande autonomie que les sociétés à responsabilité limitée.

59. Selon nous, une analyse purement abstraite des possibilités d'influence des actionnaires sur les sociétés anonymes et leurs filiales prévues par le code civil ne suffit pas. Comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, il importe, au contraire, d'analyser la configuration concrète des rapports entre une société et la sous-filiale de cette société ainsi qu'entre une société mère et sa filiale²⁶.

25 — Ainsi que cela résulte de l'arrêt précité à la note 7, points 66 et suiv.

26 — Voir nos conclusions dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, précitée à la note 4, point 65.

60. La forme juridique de la société anonyme, telle que celle du droit italien par exemple, n'est donc pas un «inconvenient» en soi. Une telle constatation résulte par ailleurs également de l'arrêt *Parking Brixen*, dans lequel il s'agissait aussi d'une société anonyme de droit italien. Le fait que la Cour n'a pas considéré cette circonstance comme suffisante pour conclure à l'autonomie de la société et, par conséquent, à l'absence de contrôle plaide en faveur de l'argument selon lequel la forme juridique de la société anonyme de droit italien n'exclut pas en elle-même qu'il existe un contrôle suffisant.

61. Toutefois, la transformation d'un établissement propre du pouvoir adjudicateur en une société anonyme constitue au moins une circonstance parmi plusieurs autres à prendre en considération pour l'appréciation de l'autonomie de la société²⁷.

62. S'agissant de l'examen de la configuration précise d'un cas particulier, ce qui importe en toute hypothèse, ce sont les droits de contrôle concrets des différents actionnaires et non la manière dont ce contrôle est exercé en pratique²⁸. La Cour a confirmé cette conception dans l'affaire *Parking Brixen*, dans laquelle elle a analysé le statut de la société en cause²⁹.

63. En outre, les droits de contrôle de l'actionnaire ou des actionnaires ne doivent pas s'exercer uniquement sur les décisions d'attribution de marché en général ou même sur la décision spécifique d'attribution du marché en cause³⁰, mais également sur la gestion dans son ensemble.

64. S'agissant des moyens de contrôle, ce sont en règle générale le pouvoir de délivrer des instructions, le pouvoir de tutelle et de nomination qui doivent être pris en considération. Il faut à cet égard partir du principe que ce sont les possibilités concrètes d'influence et pas seulement les règles juridiques qui importent³¹.

65. En conclusion, il nous faut encore analyser l'argument avancé au cours de la procédure, selon lequel l'appréciation d'une opération d'acquisition et l'application de l'exception définie dans l'affaire *Teckal* dépendent du comportement des intéressés, par conséquent de l'entité qui exerce un contrôle et de celle qui est contrôlée lors de l'attribution concrète du marché.

66. Ainsi, du comportement des parties à la procédure de passation de marché et, notamment, de celui de l'entité publique

27 — Arrêt *Parking Brixen*, précité à la note 7, point 67.

28 — Voir nos conclusions dans l'affaire *Stadt Halle et RPL Lochau*, précitée à la note 4, point 76.

29 — Arrêt précité à la note 7, points 66 et suiv.

30 — Voir nos conclusions dans l'affaire *Stadt Halle et RPL Lochau*, précitée, point 77.

31 — Arrêt *Parkin Brixen*, précité, point 65.

mixte, on pourrait déduire leur degré d'autonomie par rapport au pouvoir adjudicateur.

l'espèce. Conformément à la répartition des compétences prévue à l'article 234 CE, cette évaluation ainsi que l'interprétation du droit national ne sont pas du ressort de la Cour, mais du juge national.

67. Dans la présente affaire, les arguments exposés portaient à cet égard pour l'essentiel sur le contenu du contrat. Il a été allégué que, notamment, la clause pénale figurant dans ce contrat et sanctionnant la non-réalisation de certains objectifs devait être considérée comme un indice de l'autonomie d'AGESP.

C — Conclusion intermédiaire

68. Puisque le critère du contrôle se réfère à la possibilité d'influencer l'ensemble de la gestion, le comportement de l'entité en cause dans une procédure de passation de marché précise ne saurait être décisif. Cela pourrait en effet aboutir à ce que la même entité relève de l'exception de l'affaire Teckal pour une opération d'acquisition et non pour une autre. La jurisprudence de la Cour ne fournit aucun élément permettant une telle approche. Au contraire, la Cour lie la qualification du rapport juridique et, partant, l'existence du critère du contrôle à des circonstances tenant aux personnes concernées.

70. Le critère du contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services peut en principe également être rempli par des entreprises publiques mixtes. C'est au juge national qu'il incombe d'apprécier les circonstances concrètes de l'affaire au principal. Il doit en l'espèce prendre en considération les circonstances suivantes:

- les intérêts des actionnaires;
- la transformation de l'«entreprise municipalisée» en une société anonyme;
- le fait qu'il n'était pas prévu de manière contraignante d'ouvrir la société à d'autres capitaux et qu'une telle ouverture n'a pas eu lieu;

69. En l'espèce, l'appréciation concrète de la question de savoir si les dispositions générales abstraites du droit national et les modalités concrètes figurant dans les statuts de la société en cause, notamment dans son article 19, garantissent un contrôle suffisant dépend de l'évaluation des circonstances de

- la possibilité pour AGESP d'ouvrir des succursales même à l'étranger;
- la possibilité d'influencer les nominations au conseil d'administration et de contrôler la gestion;
- les pouvoirs du conseil d'administration d'AGESP ainsi que
- la circonstance que la commune détient des participations indirectes dans AGESP par l'intermédiaire d'AGESP Holding SpA.

sévère par de nombreux commentateurs — que, dans les circonstances de l'affaire au principal, le premier critère, à savoir le contrôle suffisant, analogue à celui qu'une collectivité exerce sur ses propres services, n'est pas rempli.

72. Si la Cour devait par contre saisir cette occasion pour clarifier sa jurisprudence jusqu'à ce jour en ce sens qu'au moins certaines entreprises publiques mixtes sont en mesure de remplir le critère du contrôle, et parvenait à la conclusion que cela s'applique également dans l'affaire au principal, elle aurait — pour la première fois — l'occasion de préciser le deuxième critère de l'arrêt Teckal, à savoir celui du caractère essentiel.

VII — Second critère: l'essentiel de l'activité est réalisé avec le détenteur des participations

71. La Cour pourrait naturellement en l'espèce — comme elle l'a déjà fait dans les affaires Stadt Halle et RPL Lochau, et Parking Brixen — procéder elle-même à une appréciation définitive d'un cas comme celui du litige au principal. Puisque les circonstances ci-dessus mentionnées, auxquelles s'ajoute la participation indirecte, coïncident pour une large part avec celles de l'arrêt Parking Brixen³², on peut en conclure — sur la base de la jurisprudence de la Cour à ce jour, considérée comme trop

73. À la différence de ce qui est le cas pour le premier critère de l'arrêt Teckal, aucun arrêt de la Cour n'a précisé les modalités d'application du second critère à l'issue de l'arrêt précité. La présente procédure offre aujourd'hui à la Cour l'occasion de le faire.

74. La procédure au principal concerne du reste un cas dans lequel au premier niveau, à

32 — Arrêt précité à la note 7, point 67.

savoir celui des rapports entre la commune et l'AGESP Holding SpA, la commune détient près de 100 % de cette société et, au deuxième niveau, celui des rapports entre AGESP Holding SpA et AGESP, AGESP Holding détient 100 % d'AGESP.

75. Comme tel était déjà le cas dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau, il s'agit dans la présente affaire également d'une participation indirecte. Il faut analyser par conséquent si l'activité d'une «sous-filiale» peut en principe remplir le deuxième critère de l'arrêt Teckal vis-à-vis de «la société qui la détient indirectement».

A — La thèse de départ

76. Puisque en raison de son interprétation du premier critère dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, la Cour n'a pas eu à interpréter le second, il n'est que logique que nous reprenions ici la thèse que nous avons défendue à cet égard dans nos conclusions dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau.

77. Le deuxième critère mis en place par l'arrêt dans l'affaire Teckal concernant le caractère essentiel est relatif à une certaine participation minimale à l'ensemble des activités réalisées par l'entité contrôlée. Il s'agit donc d'apprécier l'ampleur des presta-

tions globales et des prestations réalisées pour l'associé au sens large.

78. Dans ce cadre, il convient néanmoins de remarquer que la circonstance que la notion de détenteur de participations ne doit pas être interprétée trop restrictivement ne signifie pas qu'il faille également prendre en compte des prestations à des tiers que l'associé aurait sinon dû fournir lui-même. En pratique, cela concerne surtout les services d'intérêt général et donc les municipalités (communes) qui ont, vis-à-vis de certaines personnes, l'obligation de fournir certaines prestations.

79. Il convient encore de préciser que ce sont les activités effectives qui importent et non pas les activités possibles d'après la loi ou les statuts de la société, ni même les activités auxquelles l'entité contrôlée est obligée³³.

80. La question centrale est donc de savoir à partir de quelle participation le seuil du deuxième critère de l'affaire Teckal est atteint. Les opinions à ce sujet sont multiples. Elles vont de plus de 50 % à «exclusivement», en passant par «dans une proportion notable», «essentiellement» et «presque exclusivement».

³³ — Voir conclusions de l'avocat général Kokott du 1^{er} mars 2005 dans l'affaire Parking Brixen, précitée, point 81, suivant en cela nos propres conclusions.

81. S'agissant du seuil, il n'existe pas seulement une approche positive fondée sur l'ampleur des prestations réalisées pour le titulaire des parts, mais également une approche négative. L'approche négative prend pour critère la proportion des prestations fournies à d'autres que le titulaire des parts. Ce dernier point de vue se retrouve dans les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire ARGE. D'après lui, «la directive est applicable lorsque cette entité réalise l'essentiel de son activité *avec d'autres* opérateurs ou d'autres collectivités que celles qui composent ce pouvoir adjudicateur»³⁴. Compte tenu de l'approche positive suivie dans le cadre de l'exception de l'affaire Teckal, il n'y a pas lieu de s'étendre plus avant sur l'approche négative.

authentique du point correspondant de l'arrêt Teckal, c'est-à-dire, la version italienne, n'exclut pas de s'appuyer, à titre complémentaire ou alternatif, sur une approche qualitative («la parte più importante della propria attività»).

84. En outre, l'exception de l'affaire Teckal ne contient pas non plus d'indication relative au mode de calcul de la participation. Il n'est donc pas évident que seul le chiffre d'affaires importe.

82. Toutefois, le passage précité des conclusions de l'avocat général Léger évoque encore un autre aspect important, qui doit être pris en compte dans le cadre de la détermination de la participation.

85. Le juge national doit donc, selon nous, évaluer le «caractère essentiel des activités» au moyen d'éléments quantitatifs et qualitatifs.

83. Il se pose en effet la question de savoir si le deuxième critère de l'affaire Teckal n'autorise qu'un abord quantitatif ou s'il faut également prendre en compte des éléments qualitatifs. La seconde hypothèse peut s'appuyer sur le libellé et le sens de l'exception, qui n'indique pas comment les activités doivent être évaluées. La version

86. Il convient de rappeler à cet égard que les conclusions sont authentiques dans la langue choisie par l'avocat général comme langue originale. Compte tenu de ce principe, il résulte des conclusions de l'avocat général Léger que, d'une part, il se réfère à la «quasi-exclusivité» des prestations fournies, traduite en allemand par «sämtliche Dienstleistungen»³⁵. D'autre part, s'appuyant sur la

34 — Conclusions du 15 juin 2000 (arrêt du 7 décembre 2000, C-94/99, Rec. p. I-11037), point 93 (c'est nous qui soulignons).

35 — Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire ARGE, précité à la note 34, point 74.

version dans la langue de procédure italienne, il analyse l'exception de l'affaire Teckal en employant les expressions «en grande partie», traduite en allemand par «im Wesentlichen»³⁶, ou «la plus grande partie de leur activité» (dans la version allemande «den größten Teil ihrer Tätigkeit») ³⁷.

87. Par souci de précision, le critère des 80 % de l'article 13 de la directive 93/38 est mentionné dans la doctrine, mais également dans certaines affaires devant la Cour. Cela a été justifié par le caractère «objectif» et «approprié» de ce critère.

88. Il convient de remarquer à ce sujet qu'un autre pourcentage fixe pourrait également être objectif et approprié. Comme certaines parties l'ont indiqué au cours de la présente procédure, nous avons déjà attiré l'attention dans nos conclusions dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau sur le fait que la rigidité d'un pourcentage fixe peut aussi constituer un obstacle à une solution appropriée. De plus, il ne permet pas la prise en compte d'éléments autres que quantitatifs.

89. La possibilité de transposer le critère des 80 % de l'article 13 de la directive 93/38

paraît premièrement exclue par le fait qu'il s'agit d'une disposition d'exception d'une directive applicable à certains secteurs seulement. Conformément à la volonté du législateur communautaire, la valeur qui y est déterminée se limite à ladite directive. Bien qu'en pratique l'idée fondamentale puisse aussi être appliquée en dehors de ces secteurs, il reste qu'aucune réglementation telle ne figure dans la directive applicable en l'espèce.

90. Deuxièmement, les partisans d'une transposition du seuil de 80 % ne tiennent pas compte du fait que l'article 13 de la directive 93/38 ne s'applique qu'aux prestations de services. Puisqu'il s'agit d'une exception, une application analogue à des livraisons relevant desdits secteurs s'exclut d'elle-même. Ce critère n'a été étendu aux livraisons³⁸ que par l'intermédiaire de la modification intervenue dans le cadre du paquet législatif.

91. Troisièmement, même lors de la modification des directives dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler le paquet législatif, le législateur communautaire n'a maintenu le seuil des 80 % que pour les différents secteurs et a renoncé à l'étendre à la directive dite «classique». Le deuxième critère de

36 — Ibidem, point 81.

37 — Ibidem, point 83.

38 — Article 23 de la directive 2004/17.

l'arrêt Teckal était cependant déjà connu à cette date et avait fait l'objet de discussions au cours de la procédure législative.

permettant d'apprécier le caractère essentiel des activités³⁹.

92. Le recours à l'article 13 de la directive 93/38 est exclu pour un autre motif encore. Son paragraphe 2 oblige en effet les entités adjudicatrices à fournir certaines informations à la Commission, sur demande de cette dernière. Cette disposition constitue une compensation de droit procédural à l'exception établie à l'article 13. Dans le cadre de l'exception de l'affaire Teckal, la Cour a cependant suivi une autre voie.

B — L'évolution de cette thèse au regard de la jurisprudence récente

95. En tant que condition de l'application d'une exception, le critère de l'essentiel de l'activité doit faire l'objet d'une interprétation stricte. La Cour a confirmé cette conception en jugeant au point 63 de l'arrêt dans l'affaire Parking Brixen:

93. Cinquièmement, la circonstance que la Cour n'a pas défini le deuxième critère de l'arrêt Teckal en se référant à la directive 93/38 dont elle avait certainement connaissance plaiderait déjà en soi contre la possibilité de transposer ce critère. La Cour s'est contentée au contraire de deux conditions matérielles différentes de l'article 13, à savoir les deux critères de l'arrêt Teckal. Ces conditions doivent cependant être interprétées de manière stricte, précisément du fait qu'une règle de procédure comparable à celle de l'article 13 fait défaut.

«S'agissant d'une exception aux règles générales du droit communautaire, les deux conditions énoncées au point précédent doivent faire l'objet d'une interprétation

94. En définitive, il faut par conséquent retenir que le seuil de 80 % résultant de la directive 93/38 ne constitue pas un critère

39 — Sur la doctrine à cet égard qui est devenue entre-temps l'opinion dominante, voir: Dreher, M., «Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-House-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater», *NZBau*, 2002, p. 245 et notamment 253; Krohn, W., «Aus' für In-House-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater», *NZBau*, 2005, p. 92 et notamment 95; Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, p. 97 (105); Pape, U. D., et Holz, H., «Die Voraussetzungen vergabefreier In-House-Geschäfte», *NJW*, 2005, p. 2264 et notamment 2265 et suiv.; Jaeger, W., «Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht», dans Büdenbender, Kühne et Baur (Hrsg.), *Das neue Energierrecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven*, *Baur-FS* 2002, p. 455 et notamment 464; Riese, E., et van den Eikel, A., «Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?», *Vergaberecht*, 2005, p. 590 et notamment 601; Welzien, K., «Avoiding the Procurement Directives in the classical sector», *Public Procurement Law Review* 2005, p. 237 et notamment 249, qui attire l'attention à juste titre sur le fait que la directive 93/38 s'applique également aux entreprises privées; Ziekow, J., et Siegel, T., «Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand», *Vergaberecht* 2005, p. 145 et notamment 148 qui émettent des doutes sur la conformité au droit communautaire du critère des 80 %.

stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement.»

d'autres entités que celle qui exerce le contrôle⁴².

96. Il y a lieu également dans la présente affaire de se conformer à ces prescriptions.

97. Nous continuons à penser — comme dans nos conclusions dans l'affaire Stadt Halle et RPL Lochau — que le «caractère essentiel des activités» ne doit pas seulement être évalué au moyen d'éléments quantitatifs, mais également qualitatifs^{40, 41}.

98. S'agissant de l'aspect qualitatif, il conviendrait de déterminer comment et vis-à-vis de qui l'entité contrôlée exerce ses activités. Il y a une différence à cet égard selon qu'il existe un marché pour l'activité de l'entité en cause et si cette entité offre sur ce marché une partie des services fournis à

99. Cette condition ne doit cependant pas être entendue en ce sens que les services fournis par l'entité concernée doivent être exigés d'entités autres que des organismes publics. En effet, même si pour une marchandise ou une prestation de services, seuls des organismes publics sont demandeurs, cela ne signifie pas encore qu'il n'existe pas de marché. Il peut en effet aussi y avoir plusieurs fournisseurs. L'appréciation des éléments qualitatifs ne dépend par conséquent pas uniquement des rapports de l'entité fournissant des services avec l'entité qui la contrôle, mais, au sens des objectifs de concurrence qui sous-tendent le droit communautaire des marchés publics, également de sa position sur le marché. On se rapprocherait ainsi des cas dans lesquels, en application des directives, des marchés publics peuvent être passés en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, à savoir lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé⁴³.

40 — Cité par l'avocat général Kokott dans ses conclusions dans l'affaire Parking Briken, précitée, point 83, suivant en cela nos propres conclusions.

41 — Voir en ce sens: Gabriel, M., et Joachimsmeier, B., *Vergaberecht*, 2005, p. 103 et suiv.; Schröder, H., «In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?», *NZBau* 2005, p. 127 et suiv.; Welzien, K., «Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an In-House Entity: The scope of procurement directives in the classical sector», *Public Procurement Law Review* 2005, p. 237 et notamment 248.

42 — Il est renvoyé, à cet égard, à la définition légale figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 8, premier alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114), ainsi qu'à l'article 1^{er}, paragraphe 7, premier alinéa, de la directive 2004/17, dans la directive applicable en l'espèce, il manque une définition faisant expressément référence au marché.

43 — Voir articles 31, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18 et 40, paragraphe 3, sous c), de la directive 2004/17.

100. En outre, il faut absolument clarifier la question de savoir si ce sont les activités effectives qui importent ou s'il y a lieu également de tenir compte de l'objet de l'entreprise contrôlée, par exemple l'objet social tel que prévu par les statuts, et, par conséquent, de toutes les activités que cette entité peut exercer dans l'absolu. Même s'il n'est pas étranger au droit des marchés publics de tenir compte de l'objet d'une entité, une telle approche rendrait toutefois encore plus difficile l'appréciation du caractère essentiel d'une activité, au motif que l'on ne peut fournir à un moment donné d'indications fiables concernant des activités éventuelles — et non certaines — dans l'avenir.

101. On peut en outre se demander s'il faut uniquement tenir compte de certaines activités réalisées par une entité ou de l'ensemble de ces activités. On pourrait ainsi entendre le critère du caractère essentiel en ce sens qu'il ne faut tenir compte que du type de prestations devant également être fournies à l'entité qui exerce le contrôle, par exemple la fourniture d'énergie, les autres prestations réalisées par l'entité en cause, telles que l'élimination des déchets, n'étant dans ce cas pas prises en considération et le pourcentage d'activités réalisé dans ce secteur spécifique étant alors le seul pourcentage déterminant.

102. Selon nous, la circonstance qu'il s'agit d'une exception au régime de la directive suffit à elle seule à plaider contre une telle

interprétation du deuxième critère de l'arrêt Teckal. En effet, ladite interprétation pourrait avoir pour conséquence d'augmenter le nombre de situations relevant de cette exception dans lesquelles le critère du caractère essentiel est rempli par un certain type de prestations, mais non par la totalité des prestations réalisées par l'entité en cause.

103. Comme la rédaction de l'arrêt Teckal et les faits de la présente affaire tendent à le montrer, il ne saurait en outre être satisfait au critère du caractère essentiel du seul fait que les prestations fournies à un détenteur de participations dépassent le seuil à partir duquel une activité est considérée comme ayant un caractère essentiel, mais également du fait qu'il convient de prendre en considération l'ensemble des prestations réalisées pour l'ensemble des détenteurs de participations et de mettre en rapport ce résultat avec la totalité de l'activité exercée.

104. Au point 50 de l'arrêt dans l'affaire Teckal, la Cour a également utilisé le pluriel en ce qui concerne le deuxième critère et établi ce qui suit:

«[...] Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne

réalise l'essentiel de son activité avec la ou les *collectivités* qui la détiennent»⁴⁴.

105. Si l'on prend cette formulation au sérieux, ce ne sont pas seulement les prestations fournies à l'entité qui contrôle, c'est-à-dire à la commune, qui importent. Les prestations fournies aux autres actionnaires pourraient également être prises en considération.

106. S'agissant de l'aspect *quantitatif*, il ne peut être uniquement tenu compte du chiffre d'affaires. Il faut sans doute prendre également en considération d'autres indicateurs économiques de l'entreprise. Ainsi, comme cela a été indiqué dans la deuxième question préjudicielle, le pourcentage des revenus provenant d'activités effectuées pour le compte de titulaires de participations par rapport à l'ensemble du chiffre d'affaires peut également en principe entrer en ligne de compte. Toutefois, même en ce qui concerne le calcul du pourcentage des revenus ainsi obtenus par rapport à l'ensemble, il y a lieu d'appliquer le principe valable pour le pourcentage du chiffre d'affaires global, à savoir, qu'il ne suffit pas que leur montant dépasse légèrement le montant des autres revenus. Dans les deux cas, il ne s'agit — bien entendu — que de l'aspect quantitatif.

107. Enfin, en ce qui concerne le critère du caractère essentiel, la Cour n'a pas précisé à quel moment cette condition doit être remplie ou quelle est la période pertinente pour cette appréciation.

108. Si l'on suit le système appliqué dans les directives relatives à la passation des marchés publics, ce serait le moment où le pouvoir adjudicateur agit, c'est-à-dire, en l'espèce, où il attribue le marché. Toutefois, cela conduit à ne refléter que la situation à un moment donné, sauf s'il est prévu — comme dans l'article 13 de la directive 93/38 — de tenir compte d'une période plus longue.

109. Puisque AGESP ne fournit pas uniquement des prestations directement à la commune, mais, pour plusieurs de ces prestations, directement à des tiers dans la commune, à savoir à des entreprises aussi bien qu'à des ménages, la question se pose aussi de savoir si et dans quelles conditions des prestations qui ne sont pas directement fournies à la commune doivent être considérées comme des prestations fournies à la commune, c'est-à-dire à l'entité qui contrôle AGESP au sens du deuxième critère de l'arrêt Teckal.

110. À ce stade de nos considérations, l'imprécision du deuxième critère de l'arrêt Teckal et l'incertitude qui en résulte sur le plan du droit apparaissent clairement. Une

44 — C'est nous qui soulignons.

précision serait par conséquent nécessaire dans l'intérêt de la sécurité juridique.

111. À cet égard, il a notamment été soulevé la question de l'importance éventuelle du lieu où les prestations ont été réalisées. Si l'on suivait cet argument, seules les prestations réalisées sur le territoire de la commune seraient visées dans la procédure au principal. Un lien territorial suffisant constitue au moins un critère approprié pour l'imputation de ces chiffres dans le pourcentage total. Cela est lié au fait qu'un tel lien joue un rôle essentiel lors de la définition des compétences des collectivités territoriales et, notamment, des communes. L'argument selon lequel l'entreprise ne doit fournir des prestations qu'à des personnes domiciliées dans la commune serait en toute hypothèse trop restrictif. À l'inverse, on pourrait cependant également tenir compte des prestations qui ont été fournies à l'extérieur de la commune, mais qui bénéficieraient à des personnes de la commune au motif que celle-ci ne fournit pas la prestation en cause — par exemple, en raison de son coût —, mais que cette prestation est fournie par une entité à laquelle plusieurs communes et/ou une ou plusieurs régions sont associées.

112. Il faut en outre souligner qu'il est dépourvu de pertinence aux fins de l'imputation de savoir quel est le destinataire de la facture pour la prestation en cause ou qui acquitte cette prestation. Il est par conséquent typique pour les prestations d'intérêt

général qui sont gérées sous forme d'attribution de concessions qu'au moins une partie de la rémunération de ces prestations provient d'utilisateurs de l'entité en cause. Il faut penser notamment aux concessions concernant la construction d'autoroutes pour lesquelles il est prélevé un droit de péage. Pour les communes, les prestations les plus importantes sont les prestations de transport, la fourniture d'énergie, l'élimination des déchets ainsi que la construction et, éventuellement aussi, le fonctionnement d'institutions d'enseignement et éventuellement aussi de centres de loisir ou de parkings. Dans ces cas, il faudrait toutefois commencer par vérifier s'il ne s'agit pas de concessions de service auxquelles, ne serait-ce que pour ce motif, le régime de la directive 93/36 ne s'applique pas.

113. La Cour devrait clarifier le deuxième critère de l'arrêt Teckal, de telle sorte qu'il fixe les conditions dans lesquelles il est tenu compte des prestations à des tiers. Ce qui doit être pris en considération est plutôt la nature de la relation entre le tiers et l'entité qui contrôle l'autre, en l'espèce, par conséquent, la commune. Il est concevable d'imputer ces prestations à une commune dans les cas dans lesquels celle-ci est tenue de fournir une prestation à des tiers. Il n'est pas absolument nécessaire à cet égard qu'il s'agisse d'une obligation d'approvisionnement prévue par des règles normatives de portée générale, telles que les lois régionales applicables. On pourrait penser à y inclure des obligations de droit privé telles qu'elle résultent par exemple d'un contrat conclu par des particuliers avec la commune. Il

faudrait également clarifier la question de savoir si des relations contractuelles qui jouent un rôle entre des tiers et l'entité fournissant la prestation sont pertinentes. À cet égard également, il importe que, en plus de la fourniture effective de la prestation, il existe un lien juridique entre la commune et l'entité qui fournit la prestation.

115. Il y a lieu, par conséquent, de constater que ce n'est pas seulement la qualité du tiers demandeur de la prestation qui importe, mais également le contenu de la transaction.

C — Conclusion provisoire

114. Il faut en tout état de cause rejeter la thèse selon laquelle il convient d'inclure toute prestation fournie à la population de la collectivité territoriale en cause, par conséquent, en l'espèce, la commune. En effet, cette conception aurait précisément pour effet de prendre en considération également l'ensemble des prestations fournies à des particuliers sans qu'elles aient nécessairement un rapport avec la commune. Le type d'activités exercé serait dans ce cas dépourvu de pertinence. Si une entité ne se bornait pas par exemple à fournir de l'énergie ou à éliminer des déchets, mais vendait également certaines marchandises, comme des radiateurs ou des conteneurs à déchets, ce chiffre d'affaires serait alors lui aussi pris en considération, bien qu'il s'agisse de marchandises que tout consommateur peut également se procurer par d'autres sources. Une interprétation qui ne tient compte que de la qualité des tiers auxquels les prestations sont fournies aurait pour conséquence que toutes les prestations fournies à des consommateurs seraient visées du seul fait qu'ils ont leur résidence dans la commune.

116. Le critère selon lequel l'entité contrôlée doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent peut également être rempli dans le cas d'entreprises publiques et d'une participation indirecte. À cet égard, il convient d'imputer à l'entité qui exerce le contrôle également certaines prestations fournies à des tiers.

117. Dans la présente affaire, le juge national doit à cette fin tenir compte d'un certain nombre de circonstances parmi lesquelles figurent également les revenus provenant d'activités exercées pour ceux qui détiennent une participation, mais non du critère des 80 % visé à l'article 13 de la directive 93/38.

VIII — Conclusion

118. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles:

«Il y a lieu d'interpréter la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'attribution de gré à gré d'un marché de fournitures dans une procédure telle que celle de l'affaire au principal, mais uniquement lorsque les conditions suivantes sont remplies:

Premièrement, la collectivité locale exerce sur l'autre entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Le juge national doit vérifier à cet égard les circonstances suivantes:

— les intérêts des actionnaires;

— la transformation de l'entreprise municipalisée en une société anonyme;

— le fait qu'il n'était pas prévu de manière contraignante d'ouvrir la société à d'autres capitaux et qu'une telle ouverture n'a pas eu lieu;

- la possibilité pour AGESP SpA d'ouvrir des succursales même à l'étranger;
- la possibilité d'influencer les nominations au conseil d'administration et de contrôler la gestion;
- les pouvoirs du conseil d'administration d'AGESP ainsi que
- la circonstance que la commune détient des participations indirectes dans AGESP par l'intermédiaire d'AGESP Holding SpA.

Deuxièmement, il doit vérifier ensuite si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la (ou les collectivités) qui la détient (qui la détiennent). Le juge national doit, pour ce faire, prendre en considération les circonstances mentionnées aux points 76 à 115, en tenant également compte des revenus provenant des activités exercées pour les actionnaires, mais non du critère des 80 % visé à l'article 13 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.