



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 27 avril 2017¹

Affaire C-567/15

**UAB LitSpecMet
contre
UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas**

[demande de décision préjudicielle formée par le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius, Lituanie)]

« Demande de décision préjudicielle – Marchés publics de travaux, de fournitures et de services – Directive 2004/18/CE – Marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications – Directive 2004/17/CE – Notion de "pouvoir adjudicateur" – Société dont l'État détient le capital par l'intermédiaire d'une autre société d'État – Exception dite *in house* »

1. Le présent renvoi préjudiciel donne à la Cour l'occasion d'élargir sa jurisprudence en matière de procédures d'attribution de marchés publics. Elle aura en particulier à préciser une fois de plus la notion de « pouvoir adjudicateur » au sens de la directive 2004/17/CE² et de la directive 2004/18/CE³.
2. Les questions que pose la juridiction de renvoi sont nées dans le cadre d'un recours formé contre une procédure d'appel d'offres ouverte, sans appliquer ces directives, par une société anonyme⁴ dont le capital est intégralement détenu par l'entreprise étatique des chemins de fer de Lituanie⁵ (dont la qualité de pouvoir adjudicateur n'est pas contestée), à laquelle la société filiale fournit certains biens et services. Celle-ci, malgré son lien avec la société mère, conteste sa qualité d'« organisme public » au sens des directives 2004/17 et 2004/18, en ce qu'elle n'a pas été créée « pour satisfaire à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».
3. À l'origine, la discussion s'est principalement articulée autour de la nature des activités de VLRD, afin de comprendre si son objet vise *directement* à satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Dans le cadre de la procédure devant la Cour, il a en outre été discuté du point de savoir si, en vendant des marchandises ou des services à une entité (LG) qui satisfait ce type de besoins, VLRD les satisfait aussi *indirectement* et peut donc faire partie des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives susmentionnées.

1 Langue originale : l'espagnol.

2 Directive 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 2004, L 134, p. 1).

3 Directive 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 2004, L 134, p. 114).

4 UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas (ci-après « VLRD »).

5 AB Lietuvos geležinkeliai (ci-après « LG »).

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2004/17

4. L'article 2 dispose ce qui suit :

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

- a) "pouvoirs adjudicateurs" : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public. Est considéré comme un "organisme de droit public" tout organisme :
- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
 - doté de la personnalité juridique et
 - dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

[...]

2. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices :

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

[...]. »

5. L'article 5 dispose ce qui suit :

« 1. La présente directive s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble.

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre de l'Union, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service.

2. La présente directive ne s'applique pas aux entités fournissant un service de transport par autobus au public qui étaient exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE [6] en vertu de son article 2, paragraphe 4. »

6 Directive 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 1993, L 199, p. 84).

2. La directive 2004/18

6. L'article 1, paragraphe 9, est ainsi rédigé :

« Sont considérés comme “pouvoirs adjudicateurs” : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Par “organisme de droit public”, on entend tout organisme :

- a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- b) doté de la personnalité juridique, et
- c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes, non exhaustives, des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa, points a), b) et c), figurent à l'annexe III. Les États membres notifient périodiquement à la Commission les modifications intervenues dans leurs listes. »

3. La directive 2014/24/UE⁷

7. Le considérant 10 est formulé de la façon suivante :

« Les notions de “pouvoirs adjudicateurs” et, en particulier, celle d’“organismes de droit public” ont fait, à plusieurs reprises, l'objet d'un examen dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Afin d'indiquer clairement que le champ d'application *ratione personae* de la présente directive devrait demeurer inchangé, il convient de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée et d'introduire un certain nombre de clarifications apportées par ladite jurisprudence pour une meilleure compréhension des définitions elles-mêmes sans viser à modifier la compréhension des concepts tels qu'ils ont été élaborés par la jurisprudence. À cette fin, il faudrait préciser qu'un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un “organisme de droit public” étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial.

De même, la condition liée à l'origine du financement de l'organisme considéré a également été examinée par la jurisprudence, qui a précisé notamment que la notion de “financement majoritaire” signifie un financement pour plus de la moitié, qui peut comprendre des paiements provenant d'usagers qui sont imposés, calculés et recouverts conformément aux règles de droit public. »

8. L'article 2, paragraphe 1, point 4, de la directive 2014/24 comporte une définition de la notion d'« organisme de droit public » semblable à celle qui est établie à l'article 1, paragraphe 9, de la directive 2004/18.

⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

9. L'article 12, paragraphe 1, prévoit ce qui suit :

« Un marché attribué par un pouvoir adjudicateur à une autre personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- b) plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ; et
- c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle semblable à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur. »

B. Le droit lituanien

10. La Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics, ci-après la « loi relative aux marchés publics ») transpose en droit lituanien la directive 2004/18.

11. L'article 4 dispose ce qui suit :

« 1. Le pouvoir adjudicateur est :

- 1) une autorité de l'État ou locale ;
 - 2) une personne morale de droit public ou privé répondant aux conditions prévues au paragraphe 2 du présent article ;
 - 3) une association d'autorités mentionnées au point 1 du présent paragraphe et/ou de personnes morales de droit public ou privé mentionnées au point 2 du présent paragraphe ;
 - 4) les entreprises adjudicatrices opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des services postaux visées aux points 2 à 4 de l'article 70, paragraphe 1, de la présente loi.
2. Une personne morale de droit public ou privé (autre que les administrations nationales ou locales) créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et qui remplit au moins l'une des conditions suivantes :
- 1) plus de 50 % de son activité est financée par le budget de l'État ou des collectivités locales ou par d'autres ressources de l'État ou des collectivités locales ou par les fonds d'autres personnes morales, de droit public ou privé, visées au présent paragraphe ;

- 2) elle est contrôlée (dirigée) par l'administration nationale ou locale ou par d'autres personnes morales, de droit public ou privé, visées au présent paragraphe ;
- 3) plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par les administrations nationales ou locales ou par des personnes morales de droit public ou privé visées au présent paragraphe.

[...] »

12. Aux termes de l'article 10, paragraphe 5 :

« Les dispositions de cette loi ne s'appliquent pas lorsque le pouvoir adjudicateur conclut un contrat avec une entité juridiquement distincte sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ou organes et qu'il détient exclusivement (ou à l'égard de laquelle il exerce les droits et obligations de l'État ou d'une collectivité locale en tant qu'unique associé) et que l'entité contrôlée a réalisé au minimum 90 % de son chiffre d'affaires de l'exercice précédent (ou de la période écoulée depuis sa création si elle exerce son activité depuis moins d'un exercice) au moyen d'activités destinées à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur ou à lui permettre d'exercer ses fonctions. Un appel d'offres ne peut être lancé dans les conditions prévues au présent paragraphe qu'à la réception de l'autorisation de l'autorité chargée des marchés publics [...]. »

II. Les faits

13. En 2003, lorsque la société étatique des chemins de fer LG a été restructurée, VLRD a été fondée en tant que sa filiale dont le capital était détenu à 100 %.

14. VLRD a pour objet social de fabriquer et d'entretenir des locomotives et des wagons. À l'époque pertinente aux fins du litige, les commandes de LG représentaient environ 90 % du chiffre d'affaires de VLRD.

15. En 2013, VLRD a publié un avis de marché simplifié portant sur l'achat de barres de métaux ferreux (ci-après la « procédure de passation »). En vertu des clauses de cet avis de marché, la procédure de passation se déroule selon les règles temporaires de marché établies par VLRD.

16. UAB LitSpecMet a soumissionné et s'est vu attribuer une partie de la fourniture.

17. Toutefois, LitSpecMet a sollicité l'annulation de la procédure de passation et la publication d'un nouvel appel d'offres respectant la loi relative aux marchés publics. LitSpecMet faisait valoir, d'une part, que VLRD avait été créée pour répondre aux besoins de LG, entreprise financée par l'État et chargée d'une mission de service public et, d'autre part, que les conditions des prestations et ventes réalisées par VLRD au bénéfice de la société mère ne correspondaient pas à des conditions concurrentielles normales. LitSpecMet en a conclu que l'activité de VLRD avait pour objectif de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et que, par conséquent, elle était un pouvoir adjudicateur soumis aux règles des marchés publics.

18. Le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius, Lituanie) a débouté LitSpecMet de ses prétentions par un jugement du 2 juin 2014, confirmé par le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie) dans son arrêt du 25 septembre 2014.

19. Ces deux juridictions ont estimé qu'en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la loi relative aux marchés publics, pour qu'une personne morale de droit public ou privé soit qualifiée de pouvoir adjudicateur, il ne suffit pas de démontrer que cette personne morale est liée à une entreprise du secteur public ou dirigée par celle-ci ; il faut en outre établir que ses activités ont pour objet de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ce qui ne serait pas le cas de VLRD, en ce qu'il s'agissait d'une société fondée pour exercer une activité commerciale et en tirer des profits en supportant les risques de son activité.

20. Par l'arrêt du 27 mai 2015, la section civile du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) a cassé la décision rendue en appel. Selon elle, les juridictions de première instance et d'appel n'ont pas correctement apprécié les circonstances de la fondation de VLRD, la nature particulière de ses activités ni ses relations avec sa société mère.

21. L'affaire a été renvoyée devant le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie) qui, par décision du 14 juillet 2015, a annulé la décision du Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius) du 2 juin 2014 et lui a renvoyé l'affaire, dans le cadre de laquelle cette dernière juridiction saisit la Cour de la présente demande de décision préjudicielle.

III. Les questions préjudicielles

22. Les questions préjudicielles, introduites le 9 novembre 2015, sont formulées de la façon suivante :

« 1) L'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18 doit-il être interprété en ce sens qu'une société, qui :

- a été fondée par un pouvoir adjudicateur qui exerce son activité dans le domaine du transport ferroviaire : gestion de l'infrastructure ferroviaire publique, transport de passagers et de marchandises ;
- de manière autonome, exerce une activité commerciale, établit sa stratégie d'activité, adopte des décisions relatives aux conditions de son activité (marché de produits, segment de clientèle, etc.), participe au marché concurrentiel sur tout le territoire de l'Union européenne et en dehors de l'Union européenne en proposant des services de production et d'entretien de matériel roulant, et participe à des marchés liés à cette activité afin d'obtenir des commandes auprès de tiers (autres que sa société mère) ;
- preste des services d'entretien de matériel roulant à sa fondatrice dans le cadre d'opérations internes, la valeur de ces services représentant 90 % de toute son activité ;
- les services fournis à sa fondatrice étant destinés à permettre à celle-ci d'exercer son activité de transport de passagers et de marchandises ;

ne doit pas être considérée comme un pouvoir adjudicateur ?

2) Si la Cour estime que, dans les circonstances exposées ci-dessus, une société doit être qualifiée de pouvoir adjudicateur, l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18 doit-il être interprété en ce sens que cette société n'a plus le statut de pouvoir adjudicateur lorsque la valeur des services d'entretien de matériel roulant fournis dans le cadre d'opérations internes au pouvoir adjudicateur qui a fondé la société en question diminue et représente moins de 90 % ou une partie non essentielle du chiffre d'affaires global de l'entreprise ? »

IV. La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

23. Des observations écrites ont été déposées par LitSpecMet, VLRD, les gouvernements lituanien et portugais, ainsi que par la Commission européenne, lesquels ont également comparu avec le gouvernement allemand lors de l'audience publique du 9 février 2017.

24. Selon LitSpecMet, les services d'entretien prestés par VLRD satisfont l'intérêt général, en ce qu'ils permettent à LG d'assurer le service public dont elle a la charge, à savoir gérer l'infrastructure ferroviaire et assurer le transport de voyageurs. Selon elle, la nature de ces services n'est pas industrielle ou commerciale, étant donné que LG est la seule entreprise qui les fournit en Lituanie, ce qui lui permet de se laisser guider par des considérations autres qu'économiques. Admettre que VLRD n'est pas soumise aux règles en matière de marchés publics reviendrait à donner à un pouvoir adjudicateur (LG) la possibilité de contourner ces règles simplement en créant une filiale (VLRD) destinée à réaliser des activités en interne.

25. Selon LitSpecMet, VLRD est donc un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18, le pourcentage d'opérations internes qu'elle réalise avec la société mère étant indifférent. À titre subsidiaire, elle pourrait être qualifiée de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17, puisqu'il s'agit de la directive véritablement applicable à l'espèce, compte tenu de l'activité de LG et de l'interprétation des articles 3 à 7 de cette directive dans l'arrêt Ing. Aigner⁸.

26. VLRD allègue avoir été créée non pas pour accomplir une mission d'intérêt général particulière utile pour tous les citoyens, mais pour compléter les activités commerciales de transport de passagers de LG. Selon elle, le fait qu'elle ait réalisé des opérations internes avec LG, qui est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2004/17, n'implique pas qu'elle soit elle aussi un pouvoir adjudicateur.

27. Le gouvernement lituanien évoque l'arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.⁹, dans lequel la Cour aurait accueilli la « théorie de la contagion », en estimant que les personnes dont l'activité, ne fût-ce qu'en partie, relève d'un intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial doivent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, selon le gouvernement lituanien, la « théorie de la contagion » ne s'applique pas verticalement et la nature des activités exercées par une société ne dépend pas du fait qu'elle a été fondée par un pouvoir adjudicateur pour lequel elle effectue des opérations internes.

28. Selon le gouvernement allemand, qui adopte une perspective fonctionnelle, il existe, compte tenu des circonstances, des indices suffisants pour estimer que VLRD exerce des activités d'intérêt général, étant donné que, sans participer directement aux activités de transport de LG, elle s'occupe d'une tâche étroitement liée à celles-ci, à savoir la construction de locomotives. En ce qui concerne le caractère commercial des activités de VLRD, ce qui est déterminant pour le gouvernement allemand, c'est de savoir si elle opère sur un marché concurrentiel, ce qui ne serait pas le cas, étant donné qu'elle effectue 90 % de ses activités avec LG, de telle sorte qu'elle ne supporte pas un véritable risque d'entreprise. En définitive, le gouvernement allemand considère que la filiale d'un pouvoir adjudicateur est, elle aussi, un pouvoir adjudicateur lorsque ses activités ont pour objet de satisfaire des besoins d'intérêt général auxquels l'activité de la société mère répond. En outre, à la lumière de la directive 2014/24 (qui, bien qu'elle ne soit pas applicable *ratione temporis*, peut orienter la réflexion), une filiale ne serait pas un pouvoir adjudicateur lorsque les marchés qu'elle réalise avec la société mère ne dépassent pas 80 % de ses activités.

⁸ Arrêt du 10 avril 2008 (C-393/06, EU:C:2008:213).

⁹ Arrêt du 15 janvier 1998 (C-44/96, EU:C:1998:4).

29. Le gouvernement portugais rappelle que, même si l'objectif de la création de VLRD semble être d'intérêt général, son activité revêt un caractère industriel et commercial, étant donné qu'elle supporte intégralement les risques de son activité. Conformément à la jurisprudence résultant de l'arrêt Commission/Espagne¹⁰, intégrée dans le considérant 10 de la directive 2014/24, VLRD ne devrait pas être considérée comme un pouvoir adjudicateur.

30. La Commission précise qu'en l'espèce, seule la directive 2004/18 doit être prise en considération, dans la mesure où VLRD fournit des biens et des services à la société des chemins de fer lituaniens, et qu'il est dépourvu de pertinence que l'activité de celle-ci (LG) relève du champ d'application de la directive 2004/17.

31. Selon la Commission, VLRD ne relève pas de la directive 2004/18, en ce qu'elle n'est pas un « organisme de droit public » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 9, de cette directive, étant donné qu'elle a été créée non pas pour satisfaire l'intérêt général, mais pour les besoins particuliers de LG, ce qui en fait son fournisseur interne. De l'avis de la Commission, il est sans pertinence que LG ait pour objet de satisfaire un intérêt général et qu'elle ait employé VLRD à cette fin, car ce qui est déterminant, c'est que les activités de VLRD ont pour seul objectif de répondre aux intérêts particuliers de la société mère.

32. La Commission doute donc que VLRD ait été fondée spécifiquement pour répondre à des besoins d'intérêt général, même si elle relève que seule la juridiction nationale est en mesure d'apprécier toutes les circonstances de l'espèce et de confirmer que le but non lucratif qui a présidé à la création de VLRD ne prévaut pas sur l'environnement commercial dans lequel elle opère.

V. Appréciation

A. Considérations liminaires

33. La juridiction de renvoi et la plupart des parties qui sont intervenues à la procédure préjudicielle considèrent comme établi que la présente affaire est régie par la directive 2004/18. Toutefois, ne fût-ce qu'à titre subsidiaire, LitSpecMet estime qu'en réalité il y a lieu d'appliquer la directive 2004/17 (connue sous le nom de « directive sectorielle » en matière de marchés publics).

34. En fait, étant donné que l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17 comme l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 contiennent une définition identique de la notion d'« organismes de droit public »¹¹, il est possible de répondre aux questions posées par le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius) sans écarter d'emblée l'application de l'une ou l'autre directive.

35. Il convient de plus d'observer que, même si le montant du marché litigieux ne ressort pas du dossier, le représentant de VLRD a affirmé en audience qu'il s'élèverait à 600 000 ou 700 000 euros et dépasserait dès lors le montant exigé aux fins de l'applicabilité des dispositions de l'Union européenne dans ce domaine. C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient d'établir cette circonstance¹².

10 Arrêt du 16 octobre 2003 (C-283/00, EU:C:2003:544).

11 Arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, point 35).

12 Arrêt du 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, point 43).

36. Enfin, la réponse de la Cour devra inévitablement prendre en considération les informations apportées par la juridiction de renvoi sur les circonstances de fait concernant VLRD. Il est cependant possible que ces informations ne coïncident pas entièrement avec celles qui, en vertu des conclusions du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) dans son arrêt du 27 mai 2015, devaient être contrôlées par la juridiction compétente devant laquelle l'affaire allait être renvoyée¹³.

B. Sur la première question préjudicielle

1. Sur la satisfaction directe (ou indirecte) de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

37. Les parties ne contestent pas que VLRD remplit deux des trois conditions nécessaires pour la qualifier d'« organisme de droit public » (et, dès lors, de « pouvoir adjudicateur ») en vertu de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17 et de l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18.

38. En effet, VLRD remplit la deuxième et la troisième de ces trois conditions considérées comme cumulatives¹⁴ : elle est dotée d'une personnalité juridique indépendante et il est indéniable qu'un autre organisme de droit public (LG) intervient dans son financement, le contrôle de sa gestion ou la composition de ses organes d'administration, de direction ou de surveillance.

39. Cependant, les parties ne s'accordent pas sur la condition exigeant que VLRD ait été « créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

40. Les observations écrites des parties examinent le point de savoir si l'activité de VLRD répond en soi à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, la plupart estimant que ce n'est pas le cas. Pendant l'audience, sur demande de la Cour, le débat s'est étendu au point de savoir si VLRD satisfait indirectement ce type de besoins, dans la mesure où elle fournit des biens ou des services à un organisme de droit public tel que LG, qui répond à des besoins de cette nature. Les positions des parties à cet égard coïncident en substance avec celles qu'elles ont adoptées en ce qui concerne l'éventuel intérêt général satisfait par les activités de VLRD.

41. Si l'on se réfère aux informations fournies par la juridiction de renvoi, LG est une société publique qui exploite un réseau de transport par voie ferrée. Comme je l'ai déjà dit, il ne fait pas de doute qu'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur au sens de la directive 2004/17¹⁵. Quant à VLRD, elle fabrique et entretient des locomotives et du matériel roulant ; en d'autres termes, bien qu'elle soit étroitement liée au transport ferroviaire, la tâche qu'elle remplit n'est pas « la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer », à savoir l'activité définie à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17.

13 C'est ce que souligne le gouvernement lituanien à la fin du point 7 de ses observations écrites, où il affirme que le dossier ne montre pas clairement si le juge de renvoi a pris en compte « les éléments pertinents du dossier » que le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) lui avait indiqués lorsqu'il lui a renvoyé le dossier pour qu'il statue à nouveau.

14 Notamment dans l'arrêt du 12 septembre 2013, IVD (C-526/11, EU:C:2013:543, point 19).

15 LG est mentionnée en tant que pouvoir adjudicateur à l'annexe IV (« Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer ») de la décision 2008/963/CE de la Commission, du 9 décembre 2008, modifiant les listes des entités adjudicatrices et des pouvoirs adjudicateurs annexées aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics (JO 2008, L 349, p. 1). Dans la même annexe sont incluses les « Autres entités respectant les exigences de l'article 70, paragraphes 1 et 2, de la [loi relative aux marchés publics] (Žin., 1996, n° 84-2000 et Žin., 2006, n° 4-102) et actives dans le domaine des services de chemin de fer conformément au code du transport ferroviaire de la République de Lituanie (Žin., 2004, n° 72-2489) », sans que leur dénomination soit précisée.

42. LitSpecMet allègue qu'en toute hypothèse, VLRD a un rôle crucial pour la « mise à disposition ou l'exploitation » du réseau de transport ferroviaire lituanien, et qu'elle satisferait donc le même intérêt général que LG. Selon LitSpecMet, on ne saurait écarter le fait que, en vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/14/CE¹⁶, les entreprises ferroviaires peuvent prétendre à « l'ensemble des prestations minimales ainsi qu'à l'accès par le réseau aux infrastructures de services » décrits à l'annexe II de la même directive, dont le point 2, sous h), mentionne « les centres d'entretien et les autres infrastructures techniques ». Elle en déduit qu'« en l'absence de réelles options alternatives sur le marché », VLRD est « obligée de fournir des services d'entretien de matériel roulant à [...] LG, en faisant abstraction de toute considération commerciale»¹⁷.

43. Je ne suis pas d'accord avec cette allégation de LitSpecMet, étant donné que la directive 2001/14 inclut dans « l'ensemble des prestations minimales » non pas les services d'entretien, mais seulement les installations dans lesquelles ceux-ci doivent être effectués. Par conséquent, si VLRD satisfait de manière immédiate et directe à un besoin d'intérêt général, il ne s'agit pas de celui auquel répond l'activité prévue spécifiquement à l'article 5 de cette directive.

44. Il convient donc de faire porter l'analyse sur l'interprétation de la directive 2004/18 afin de comprendre si VLRD satisfait des besoins d'intérêt général (ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial) inhérents aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

45. Le raisonnement doit d'abord permettre de déterminer si, en l'espèce, il est satisfait à des besoins d'intérêt général, et ensuite, dans l'hypothèse où cela serait le cas, d'établir si leur caractère commercial ou industriel prévaut sur tout autre aspect.

46. Dans cette optique, il ne me semble pas qu'en soi, la simple fabrication et l'entretien du matériel roulant dans le secteur ferroviaire visent à satisfaire des besoins étroitement liés au fonctionnement institutionnel de l'État¹⁸, à la promotion et au développement des conditions du bien-être social dont la garantie est une responsabilité de l'État¹⁹ ou à d'autres fins analogues.

47. On pourrait certainement considérer, comme l'affirme le gouvernement allemand, qu'en fournissant à sa société mère des biens ou services qui lui permettent de répondre aux besoins qu'elle satisfait, lesquels sont, eux, des besoins d'intérêt général, VLRD sert également, indirectement, le même intérêt que LG.

48. Cette approche du problème se heurte toutefois à certains obstacles, au moins d'un point de vue général.

49. En effet, s'il n'est normalement pas facile de déterminer si une activité économique vise la satisfaction de besoins d'intérêt général (cette expression est elle-même ambiguë ou polysémique), il est encore plus difficile de préciser dans quelle mesure le lien entre une activité en principe privée et à caractère commercial et des activités qui revêtent un véritable intérêt général permet d'attribuer à la première la nature des secondes. Les conséquences de cette assimilation ne sont pas négligeables : comme l'a signalé le gouvernement lituanien lors de l'audience, en tant que collaborateur nécessaire d'un pouvoir adjudicateur, un opérateur privé pourrait devenir fournisseur d'activités d'intérêt général sans même s'en rendre compte.

¹⁶ Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (JO 2001, L 75, p. 34).

¹⁷ Observations écrites de LitSpecMet, point 33.

¹⁸ Arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, EU:C:1998:4, point 24).

¹⁹ Dans sa jurisprudence, la Cour a identifié ce type de besoins en grand nombre. Ils vont notamment de la fourniture de chauffage par un procédé respectueux de l'environnement (arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, point 39) jusqu'à la promotion de l'implantation d'entreprises privées sur un territoire déterminé (arrêt du 22 mai 2003, Korhonen e.a., C-18/01, EU:C:2003:300, point 48).

50. Le degré de connexité et d'interdépendance de l'ensemble des activités économiques, publiques et privées est tellement remarquable dans l'économie de marché actuelle qu'il serait difficile de poser une limite à l'extension de la notion de « satisfaction de besoins d'intérêt général », si l'on admettait que cette notion recouvre également les activités privées nécessaires, *dans une certaine mesure*, pour répondre à ces besoins. Se poserait en outre le problème très ardu de discerner *dans quelle mesure* cette relation de nécessité serait pertinente dans chaque cas.

51. Tout bien considéré, même en admettant, en théorie, que l'activité réalisée par VLRD avait pour objet la satisfaction de besoins d'intérêt général, cela ne serait pas suffisant pour conclure que VLRD est un « organisme de droit public » au sens de la directive 2004/18. Cela se justifie par le fait qu'il ne suffit pas de satisfaire des besoins d'intérêt général, ces derniers devant aussi présenter un caractère autre qu'industriel ou commercial. Or, conformément à la jurisprudence de la Cour, pour qu'ils puissent être qualifiés de la sorte, il est nécessaire que ces besoins soient satisfaits dans des conditions qui ne suivent pas la logique du marché.

52. Comme l'a confirmé la Cour dans l'arrêt *Korhonen e.a.*, il s'agit d'« exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques»²⁰.

53. Dans ces conditions, l'entité qui entend gérer ce type de besoins (qu'il ne faut pas confondre avec les besoins que les entreprises privées ne peuvent pas satisfaire)²¹ pourrait bien courir ce risque si elle ne suivait pas une logique de marché, c'est-à-dire si elle agissait en dehors des règles de la libre concurrence. En revanche, il est moins probable qu'une entité soumise à la pression concurrentielle d'autres concurrents²² coure ce risque, puisqu'à long terme, un comportement guidé par des motivations autres qu'économiques la ferait sortir du marché.

54. En d'autres termes, ce qui est déterminant pour dissiper ce doute, ce n'est pas tant le caractère public du besoin qui doit être satisfait que les conditions dans lesquelles on entend le satisfaire. Lorsque l'on interprète l'expression « besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial », force est donc de vérifier dans quelles conditions ces besoins sont satisfaits.

55. Je le répète, il en va ainsi dans la mesure où, dans l'esprit des directives 2004/17 et 2004/18, ce qui est important, c'est de garantir la concurrence sur le marché et de protéger celle-ci contre toute dénaturation ou distorsion causée par des acteurs qui échappent à la logique du libre commerce. Par conséquent, ce qui est décisif, ce n'est pas de savoir si VLRD, en fournissant des biens et services à LG, satisfait elle-même des besoins d'intérêt général ou si elle le fait de manière indirecte, mais si, dans l'une quelconque de ces deux hypothèses, elle agit dans les mêmes conditions que ses éventuels concurrents privés, à savoir sans être incitée à procurer des avantages indus aux producteurs nationaux.

20 Arrêt du 22 mai 2003, *Korhonen e.a.* (C-18/01, EU:C:2003:300, point 52), qui renvoie notamment aux arrêts du 3 octobre 2000, *University of Cambridge* (C-380/98, EU:C:2000:529, point 17) ; du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.* (C-470/99, EU:C:2002:746, point 52), ainsi que du 27 février 2003, *Adolf Truley*, (C-373/00, EU:C:2003:110, point 4). Voir, dans le même esprit, arrêt du 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.* (C-337/06, EU:C:2007:786, point 36).

21 Arrêt du 10 avril 2008, *Ing. Aigner* (C-393/06, EU:C:2008:213, point 40).

22 Selon la Cour, dans l'arrêt du 22 mai 2003, *Korhonen e.a.* (C-18/01, EU:C:2003:300, point 49), « l'existence d'une telle concurrence [peut] constituer un indice au soutien du fait qu'un besoin d'intérêt général revêt un caractère industriel ou commercial ».

56. À cette fin, comme le précise la juridiction de renvoi, il convient de prendre en considération un ensemble d'éléments de droit et de fait au nombre desquels la Cour a notamment retenu les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné²³ et à des facteurs tels que « l'absence de poursuite d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause »²⁴.

57. Selon moi, seule la juridiction de renvoi est à même de pouvoir apprécier si, compte tenu de l'ensemble des éléments de fait et de droit pertinents, VLRD satisfait un besoin d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial. Même s'il est permis de déduire²⁵ de la question préjudicielle que le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius) semble pencher pour sa première thèse, confirmée par la juridiction d'appel, mais que le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) ne partage pas, il est certain que la décision de renvoi se borne en réalité à exposer le débat entre les parties et les raisonnements des trois décisions rendues jusqu'à présent dans cette affaire, mais qu'elle ne contient pas une véritable analyse des « éléments pertinents »²⁶ du litige qui permettent de donner une réponse concluante.

58. Dans ces circonstances, la Cour devrait peut-être se limiter à signaler à la juridiction de renvoi qu'elle doit prêter une attention particulière à plusieurs facteurs, dont, outre la soumission de VLRD aux conditions du marché²⁷, son éventuel financement public majoritaire, son but lucratif et le fait qu'elle supporte les risques (et les pertes) découlant de sa gestion. La juridiction de renvoi n'a en effet pas détaillé ces points que l'on ne saurait négliger aux fins de se prononcer sur la nature des activités de VLRD.

59. Les informations versées au dossier et celles qui ont été communiquées lors de l'audience permettent toutefois de déduire que VLRD exerce l'essentiel de ses activités (90 % aux dates pertinentes) dans un cadre économique caractérisé par un monopole de la fourniture de matériel roulant à LG, à savoir dans des conditions qui ne sont pas celles du marché. LG s'approvisionne en matériel roulant auprès de sa filiale, sans recourir à des procédures de passation de marchés publics qui augmenteraient la pression concurrentielle sur VLRD. Celle-ci peut donc se laisser guider par des critères autres que ceux du marché, sachant en toute sécurité (ou en toute absence de risque) qu'elle n'a pas besoin de faire plus pour répondre aux commandes que LG lui garantit en toute hypothèse.

2. Sur la satisfaction de besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial dans les cas de passation interne

60. Il est permis de déduire de ce qui précède que VLRD peut être qualifiée de pouvoir adjudicateur au sens susmentionné. Or, il est également possible d'aborder la question posée dans une perspective différente. Si l'on met de côté pour le moment la nature des activités de VLRD et de LG, il convient d'examiner la relation entre ces deux sociétés pour comprendre si la première est un organisme instrumental (ou un moyen propre) de la deuxième, susceptible de bénéficier de ce que l'on appelle l'exception dite « *in house* ». Après avoir abordé le problème *sous l'angle de l'activité*, je propose donc de l'examiner *dans une perspective organique*.

23 Voir, notamment, arrêt du 16 octobre 2003, Commission/Espagne (C-283/00, EU:C:2003:544, point 81).

24 Une fois encore, voir arrêt du 22 mai 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, EU:C:2003:300, point 59).

25 La juridiction de renvoi souligne au deuxième tiret de sa question que VLRD, « de manière autonome, exerce une activité commerciale, établit sa stratégie d'activité, adopte des décisions *relatives* aux conditions de son activité [...], participe au marché concurrentiel sur tout le territoire de l'Union européenne [...], et participe à des marchés liés à cette activité afin d'obtenir des commandes auprès de tiers (autres que sa société mère) » (mise en italique par mes soins).

26 Voir, à cet égard, observations du gouvernement lituanien mentionnées dans la note de bas de page 13.

27 Au point 24 des « éléments de fait et de procédure » constatés dans la décision de renvoi, il est affirmé que « les opérations internes de [VLRD] et [LG] démontrent non seulement les liens économiques étroits de ces entreprises, [...] mais *peut-être* aussi que VLRD n'exerce pas en substance son activité dans les conditions du libre marché » (mise en italique par mes soins).

61. À cet égard, deux paragraphes de la décision de renvoi du Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius) présentent un intérêt particulier. Le premier est le paragraphe 23, dans lequel on lit qu'« environ 90 % des revenus de la filiale [VLRD] provenaient de la société mère [LG] dans le cadre de transactions entre les deux sociétés », ce dont on déduit que « les activités de la défenderesse et de sa société mère sont étroitement liées ».

62. Cette circonstance a été déterminante dans la décision du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) de casser l'arrêt d'appel. Aux termes du même point de la décision de renvoi, cette donnée était suffisante pour ne pas « écarter comme non fondée la thèse de la demanderesse [LitSpecMet] selon laquelle la fondation de VLRD, intervenue après la restructuration de [LG], n'a de facto pas créé de nouvelles relations économiques et juridiques, de nature différente, entre des sociétés distinctes, mais a plutôt constitué *une modification de la forme sous laquelle était organisée l'activité de la seconde*»²⁸.

63. L'autre paragraphe de la décision de renvoi qu'il convient de souligner est le paragraphe 25, qui indique que « pendant la période allant de 2011 à 2014, [VLRD] a effectué pour [LG] en moyenne quinze opérations internes (*in house*) par an », la décision de renvoi précisant que « [s]elon la jurisprudence de la Cour, des opérations internes ne constituent pas des contrats de marchés publics»²⁹.

64. Les allusions dans la décision de renvoi au régime des contrats *in house* ne sont pas passées inaperçues auprès des parties au renvoi préjudiciel. Concrètement, la Commission a affirmé³⁰ que VLRD est un fournisseur interne de LG et que, par conséquent, les transactions que ces sociétés concluent entre elles ne sont pas soumises aux procédures de passation de marchés publics, mais relèvent de ce que l'on nomme l'exception dite « *in house*»³¹.

65. Le gouvernement lituanien également s'est référé au régime *in house* dans ses observations écrites³², en invoquant expressément l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24³³. Quant au gouvernement allemand, il a également mentionné ce régime dans ses observations orales.

66. Enfin, lors de l'audience, le représentant de VLRD, répondant à une question sur la destination des biens qui ont fait l'objet de l'appel d'offres en cause, a répondu qu'ils étaient destinés à fabriquer du matériel dont la fourniture avait été commandée par LG dans le cadre de leurs relations *in house*.

67. Comme l'a redit la Cour, l'exception dite « *in house* » « est justifiée par la considération qu'une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, et que cette exception peut être étendue aux situations dans lesquelles le cocontractant est une entité juridiquement

28 Mise en italique par mes soins.

29 La décision de renvoi cite par la suite plusieurs arrêts de la Cour dans lesquels l'exception dite « *in house* » a été appliquée : arrêts du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), ainsi que du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).

30 Points 21 et 22 de ses observations écrites.

31 Cela serait confirmé par les données fournies par Kanapinskas, V., Plytnikas, Z., et Tvaronavičienė, A., « In-house procurement exception : Threat for sustainable procedure of public procurement ? », *Journal of Security and Sustainability Issues* [(http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2(4)], dont il ressort, pour l'année 2011, que VLRD a obtenu 39,2 % de l'ensemble des marchés octroyés par LG dans le cadre du régime dit « *in house* » ; ce pourcentage aurait augmenté à 74 % en 2013.

32 Points 31 à 36.

33 La directive 2014/24, plus précisément son article 12, paragraphe 1, qui s'inspire de la jurisprudence de la Cour en la matière (mais s'en écarte cependant sur certains points significatifs), n'est pas applicable *ratione temporis* au litige au principal.

distincte du pouvoir adjudicateur, lorsque ce dernier exerce sur l'attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent [...]. Dans de tels cas, il peut être considéré que le pouvoir adjudicateur a recours à ses propres moyens»³⁴.

68. Ainsi, force est de convenir que la création de VLRD en tant que moyen instrumental de LG, même si elle aboutit formellement à la constitution d'une entité distincte (il s'agit en effet de deux sociétés différentes sur le plan juridique), semble avoir perpétué la situation antérieure sur le plan fonctionnel. En dernière analyse, la création de cette société s'inscrit dans le cadre d'une réorganisation des activités propres de l'entreprise étatique des chemins de fer lituaniens³⁵.

69. L'exception dite « *in house* » prend son sens ultime³⁶ à la lumière d'un examen de ces deux entités d'un point de vue fonctionnel. Lorsqu'elle est admise, les directives 2004/17 et 2004/18 ne s'appliquent pas, ce qui répond à un choix organisationnel des pouvoirs publics, qui confient certaines tâches à leurs entités instrumentales (lorsqu'ils exercent sur elles le même contrôle que sur leurs propres services) sans recourir au marché pour se procurer des travaux, des services ou des fournitures.

70. Si l'on adopte une perspective fonctionnelle, en régime dit « *in house* », le pouvoir adjudicateur conclut un marché non pas avec une autre entité, mais en réalité avec lui-même, compte tenu de son lien avec l'entité formellement distincte. Il s'agit à proprement parler non pas d'une attribution d'un marché, mais simplement d'une commande ou d'une mission, que l'autre « partie » n'est pas en droit de refuser, quelle que soit la forme que l'une ou l'autre prend.

71. L'inexistence d'une véritable relation d'altérité justifie qu'une entité adjudicatrice n'ait pas l'obligation de se soumettre aux procédures d'attribution de marchés publics lorsqu'elle emploie ses propres moyens pour réaliser les missions qui lui ont été confiées, à savoir lorsqu'elle se prévaut d'entreprises qui, bien qu'elles aient une personnalité juridique différente, se confondent *matériellement* avec elle. Les procédures de passation n'ont de sens qu'entre deux entités différentes et autonomes, étant donné que, par ces procédures, il est précisément visé d'établir entre elles la relation juridique (synallagmatique) indispensable à la conclusion d'un contrat à titre onéreux³⁷, en des termes d'égalité et non de dépendance ou de subordination hiérarchique.

72. Il est donc logique, dans le cadre strict établi par la jurisprudence de la Cour, de soustraire les relations économiques entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui lui est subordonnée aux procédures formelles encadrant les marchés publics régies par les directives, lorsque cette entité agit en tant que simple instrument au service du pouvoir adjudicateur et qu'elle est soumise au même contrôle que celui qu'il exerce sur ses (autres) services. Il ne serait pas non plus cohérent de transformer la procédure de passation en une affaire d'organisation interne de l'entité en l'appliquant aux cas dans lesquels l'entité décide de se prévaloir exclusivement de ses propres moyens.

73. Dès lors, en partant du principe de l'identité matérielle qui se trouve à la base de l'exception dite « *in house* », je considère que si cette exception a pu s'appliquer aux transactions entre LG et VLRD dans les conditions indiquées dans la décision de renvoi, c'est parce que ces deux sociétés remplissent les conditions jurisprudentielles auxquelles j'ai renvoyé ci-dessus (et qui sont à présent consacrées à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24), ce qu'il appartient en définitive à la juridiction de renvoi d'établir.

34 Arrêt du 8 mai 2014, *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:303, point 25), avec renvois jurisprudentiels. Plus récemment, arrêt du 8 décembre 2016, *Undis Servizi* (C-553/15, EU:C:2016:935, point 30).

35 C'est la juridiction de renvoi elle-même qui estime que la création de VLRD visait à *restructurer* les activités de LG (point 26 de la décision de renvoi).

36 Voir, de manière générale, Sánchez Graells, A., *Public procurement and the competition rules*, 2^e éd., Hart, Oxford, 2015, p. 265 à 272.

37 La Cour s'est référée au caractère onéreux en tant que caractéristique particulière des contrats régis par la directive 2004/18 dans l'arrêt du 8 septembre 2016, *Politanò* (C-225/15, EU:C:2016:645, points 29 à 31).

74. La Commission estime que le fait que VLRD soit un fournisseur interne de LG ne suffit pas, en soi, à en faire un pouvoir adjudicateur, bien qu'elle n'apporte pas suffisamment de raisons à l'appui de cette approche³⁸. On pourrait admettre en effet de manière générale que les entités subordonnées *in house* ne revêtent la qualité d'« organismes de droit public » au sens des directives 2004/17 et 2004/18 que lorsqu'elles-mêmes réunissent les trois conditions cumulatives que j'ai précédemment mentionnées.

75. Cependant, il y a lieu de nuancer d'emblée cette assertion, en effectuant une distinction entre les activités « marginales » et les activités « essentielles » des entités instrumentales, qui justifient l'exception dite « *in house* ». En ce qui concerne les premières³⁹, je ne crois pas qu'il soit problématique d'accepter la position de la Commission, car en ce qui les concerne, l'entreprise opère sur le marché et peut entrer en concurrence, sur un pied d'égalité, avec le reste des opérateurs économiques.

76. Il n'en va pas de même, selon moi, lorsqu'il s'agit des missions « essentielles » de l'entreprise subordonnée, qui lui ont été confiées ou attribuées par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exception dite « *in house* ». Si, pour les exécuter, cette entreprise (en l'espèce VLRD) doit elle-même acquérir des biens, des services ou des fournitures à des tiers, pour un montant dépassant celui qui est prévu pour les marchés publics harmonisés, les directives 2004/17 et 2004/18 sont applicables.

77. Une interprétation différente serait non seulement source d'incohérence, mais elle risquerait d'aboutir à une fraude à la loi. Premièrement, parce qu'elle ne serait pas cohérente avec l'*identité* matérielle des deux entités qui a été établie lorsqu'il s'est agi de les exempter de l'application des procédures de passation de marché dans leurs relations réciproques. Deuxièmement, parce que cela permettrait de contourner facilement l'application de la réglementation de l'Union sur les passations de marchés publics.

78. La relation entre LG et VLRD autorise déjà en soi une importante exception à l'application de la réglementation de l'Union à leurs opérations *internes*, qui sont réputées non contractuelles. Si, de surcroît, on exemptait VLRD de soumettre à ces mêmes règles les transactions formellement *externes* qu'elle conclut avec des tiers, mais qui, en réalité, relèvent du chiffre d'affaires du binôme LG/VLRD, l'exception dite « *in house* » pourrait prendre des dimensions insoupçonnées.

79. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur peut se prévaloir d'entités instrumentales, dans les limites déjà exposées, pour leur confier certaines missions qui, en principe, devraient faire l'objet d'une passation de marché public, mais que l'on soustrait à celle-ci. Cette exception n'est pas discutable, en soi, d'un point de vue juridique, compte tenu de la jurisprudence de la Cour (et, à présent, de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24). Toutefois, lorsque les moyens instrumentaux ne disposent pas, à leur tour, de ressources suffisantes pour remplir eux-mêmes les missions que leur confie le pouvoir adjudicateur et sont obligés de recourir à des tiers pour y parvenir, les raisons qui justifient l'exception dite « *in house* » s'estompent et ce qui apparaît, c'est en réalité une sous-traitance publique dissimulée, dans laquelle, par le truchement d'un intermédiaire (l'entité instrumentale), le pouvoir adjudicateur acquiert les biens et services auprès de tiers sans respecter les directives qui devraient en régir l'attribution.

38 Observations écrites de la Commission, point 23.

39 La Cour a rappelé, dans l'arrêt du 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308), ce qu'elle avait déclaré dans l'arrêt du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), à savoir que l'entité subordonnée doit impérativement « réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (point 59), et elle a affirmé que cette activité doit être « consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère *marginal* » (point 63, mise en italique par mes soins). L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 a fixé les limites de ce qui est « essentiel » à 80 % et de ce qui est « marginal » à 20 % (ce qui est contestable).

80. Tel serait le cas en l'espèce. Des opérations de LG qui, si VLRD n'avait pas existé, auraient forcément dû respecter la réglementation sur les marchés publics (si la société étatique les avait réalisées directement) échapperaient à ce régime parce qu'elles sont imputables à une autre société, bien que celle-ci soit tellement liée matériellement à la première que toutes deux peuvent invoquer l'exception dite « *in house* » pour leurs opérations réciproques⁴⁰.

81. Selon moi, si la nature du lien entre LG et VLRD est telle que l'exception dite « *in house* » est justifiée dans les transactions entre elles, les opérations externes indispensables pour mener à bien les missions que LG confie à VLRD ne sauraient contourner les directives 2004/17 et 2004/18 (si tant est qu'elles dépassent le montant pertinent). Dans l'hypothèse contraire, la simple *restructuration* des activités de LG par laquelle a été créée VLRD serait suffisante pour permettre à LG d'éviter les conséquences de son statut de pouvoir adjudicateur.

82. Dès lors, j'estime qu'il n'est pas indispensable de déterminer si VLRD est un organisme de droit public pour estimer qu'elle satisfait elle-même des besoins d'intérêt général autres qu'industriels ou commerciaux, car il y a lieu de conclure qu'elle le fait dans la mesure où, sur le plan fonctionnel, elle forme un tout avec une société (LG) qui satisfait ce type de besoins, et pour laquelle elle agit dans le cadre du régime dit « *in house* ».

83. En ce qui concerne la directive précise dont devraient relever les marchés conclus par VLRD, force est de rappeler que « relèvent de la directive 2004/17 les marchés qui sont passés dans le domaine d'une des activités qui sont expressément visées aux articles 3 à 7 de ladite directive ainsi que les marchés qui, même s'ils sont de nature différente et pourraient ainsi, en tant que tels, relever normalement du champ d'application de la directive 2004/18, servent à l'exercice des activités définies dans la directive 2004/17 »⁴¹. Il appartient donc à la juridiction de renvoi, qui n'a pas soulevé ce doute devant la Cour, d'établir quelle est la directive applicable compte tenu de l'objet du marché litigieux au principal.

84. En bref, je propose de répondre à la première question posée par le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius) qu'il faut interpréter l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17 et l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 en ce sens qu'une société dont le lien matériel et fonctionnel avec un pouvoir adjudicateur justifie l'exception dite « *in house* » pour leurs opérations internes est soumise à ces directives lorsqu'elle conclut un marché de travaux, de fournitures ou de services avec des tiers en vue de remplir la mission que lui a confiée ce pouvoir adjudicateur.

C. Sur la seconde question préjudicielle

85. Dans l'hypothèse où, comme je l'ai proposé, la Cour répondrait par l'affirmative à la première question, le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius) souhaite savoir si une société telle que VLRD perd son statut de pouvoir adjudicateur lorsque la valeur des services fournis dans le cadre d'opérations internes à LG diminue et représente moins de 90 % ou une partie non essentielle du chiffre d'affaires global de l'entreprise.

⁴⁰ Voir, sur les risques de la sous-traitance dans le régime dit « *in house* » comme manière de contourner les garanties de la libre concurrence, rapport de la Commission nationale de la concurrence espagnole, « Los medios propios y las encomiendas de gestión : implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia », p. 30 à 57 (https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/2014_MediosPropios_Inf_sectorial.PDF).

⁴¹ Arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, point 57).

86. Cette question est purement hypothétique (et, dans cette mesure, elle est irrecevable), étant donné que la juridiction de renvoi n'est pas appelée à trancher une situation future, mais la situation telle qu'elle se présentait au moment où VLRD a publié l'avis d'appel d'offres pour la fourniture de barres de métaux ferreux (2013). En effet, le litige au principal porte uniquement sur l'annulation de la procédure de passation de marché concrète qui fait l'objet d'un recours par LitSpecMet.

87. Le moment qu'il convient de prendre en compte pour résoudre le litige est le moment initial, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour. Sur ce point, le principe de sécurité juridique exige que les règles de l'Union soient claires et que leur application soit prévisible pour tous ceux qui sont concernés⁴². Il résulte tant de cette exigence que des impératifs liés à la protection des intérêts des soumissionnaires qu'un organisme qui, à la date à laquelle une procédure de passation de marché est lancée, constitue un « pouvoir adjudicateur » demeure, pour ce marché, soumis aux exigences de ces directives jusqu'à la clôture de la procédure concernée⁴³.

88. Ainsi que je l'ai exposé, pour savoir si les directives 2004/17 et 2004/18 s'appliquaient à VLRD, il est pertinent de relever que cet appel d'offres de 2013 a eu pour objet des biens fournis par des tiers, avec lesquels VLRD accomplissait la mission que lui avait confiée LG dans le cadre de leurs relations dites « *in house* ».

89. En toute logique, si, des années plus tard, cette circonstance disparaissait et soit en vertu de l'hypothèse de la juridiction de renvoi (l'« essentiel » de l'activité de VLRD ne serait plus au service de LG)⁴⁴, soit en vertu d'une autre raison analogue, VLRD perdrait son statut d'entité instrumentale de LG pour agir sur le marché libre, il serait nécessaire de prendre ces nouvelles circonstances en considération pour trancher le litige.

90. Dans cet hypothétique futur, la réglementation applicable serait la directive 2014/24, et c'est en vertu de ses critères et exigences qu'il y aurait lieu de déterminer si, dans ces circonstances également, VLRD devrait être qualifiée de pouvoir adjudicateur.

VI. Conclusion

91. Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, je propose à la Cour de répondre au Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius, Lituanie) de la façon suivante :

L'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens que :

- a) une société dont le lien matériel et fonctionnel avec un pouvoir adjudicateur justifie l'exception dite « *in house* » pour leurs opérations internes est soumise à ces directives lorsqu'elle conclut un marché de travaux, de fournitures ou de services avec des tiers en vue de remplir la mission que lui a confiée ce pouvoir adjudicateur, et que,

42 Voir notamment arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, EU:C:1998:4, point 34).

43 Arrêt du 3 octobre 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, point 43).

44 Il est toutefois certain que, selon les données apportées lors de l'audience, 85 % des fournitures de VLRD continuaient à être destinées à LG en 2016, dont les deux tiers dans le cadre du régime dit « *in house* ».

- b) en toute hypothèse, cette société doit être qualifiée comme un organisme de droit public si, alors qu'elle jouit de la personnalité juridique et qu'elle est soumise au contrôle d'un pouvoir adjudicateur, elle consacre l'essentiel de son activité à fournir du matériel roulant à ce pouvoir adjudicateur, sans subir de pression concurrentielle et dans des conditions qui ne sont pas celles du marché, afin qu'il preste le service de transport de personnes et de marchandises dont il a la charge.