ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

11 mai 2006 *

Dans l'affaire C-340/04,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italie), par décision du 27 mai 2004, parvenue à la Cour le 9 août 2004, dans la procédure

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

contre

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

en présence de:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Langue de procédure: l'italien.

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, M. K. Schiemann, M^me^ N. Colneric, MM. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur) et E. Levits, juges,

avocat général: M^me^ C. Stix-Hackl,
greffier: M^me^ C. Strömholm, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 10 novembre 2005,

considérant les observations présentées:

— pour Carbotermo SpA, par M^es^ A. Sansone et P. Sansone, avvocati,

— pour Consorzio Alisei, ensemble avec AGESI, par M^es^ B. Becchi et L. Grillo, avvocati,

— pour le Comune di Busto Arsizio, par M^e^ C. Caputo, avvocatessa,

— pour AGESP SpA, par M^es^ A. Sciumè et D. Tassan Mazzocco, avvocati,

— pour le gouvernement italien, par M. I. M. Braguglia, en qualité d'agent, assisté de M. G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— pour le gouvernement allemand, par M. W.-D. Plessing, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement polonais, par M. T. Nowakowski, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M. M. Hoskins, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. X. Lewis et M^me^ D. Recchia, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 12 janvier 2006,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant les entreprises Carbotermo SpA (ci-après «Carbotermo») et Consorzio Alisei au Comune di Busto Arsizio (ci-après la «commune de Busto Arsizio») et à l'entreprise AGESP SpA (ci-après «AGESP») au sujet de l'attribution à cette dernière d'un marché portant sur la fourniture de combustibles ainsi que sur l'entretien et la remise à niveau réglementaire et technique des installations de chauffage des bâtiments de ladite commune.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 L'article 1er, sous a) et b), de la directive 93/36 dispose:

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

a) 'marchés publics de fournitures': des contrats conclus par écrit à titre onéreux 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;

b) 'pouvoirs adjudicateurs': l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

On entend par 'organisme de droit public' tout organisme:

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

et

— 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 au contrôle de ceux-ci, 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.

[...]»

4 L'article 6 de la même directive prévoit:

«1. Pour passer leurs marchés publics de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les [...] [procédures ouvertes, les procédures restreintes et les procédures négociées] dans les cas énumérés ci-dessous.

2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure négociée en cas de [...]

3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication dans les cas suivants:

[...]

4. Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.»

5 L'article 1er, point 3, 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 (JO L 199, p. 84) prévoit:

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

[...]

3) 'entreprise liée': toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la septième directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g) du traité, concernant les comptes consolidés [...] [JO L 193, p. 1] ou, dans le cas d'entités non soumises à cette directive, toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, au sens du point 2 du présent article ou qui peut exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ou qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.»

6 L'article 13 de la même directive prévoit:

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

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

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,

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.

2. Les entités adjudicatrices notifient à la Commission, sur sa demande, les informations suivantes relatives à l'application des dispositions du paragraphe 1:

— les noms des entreprises concernées,

— la nature et la valeur des marchés de services visés,

— les éléments que la Commission juge nécessaires pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences du présent article.»

Le droit italien

7 Par arrêt n° 5316 du 18 septembre 2003, le Consiglio di Stato a décidé qu'une collectivité locale était en droit d'attribuer un marché de fournitures à un fournisseur sans recourir à un appel d'offres dans le cas où la collectivité locale exerçait sur le fournisseur un contrôle analogue à celui qu'elle exerçait sur ses propres services et que le fournisseur réalisait l'essentiel de son activité avec la collectivité qui le contrôlait.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8 Carbotermo est une entreprise spécialisée dans les marchés de fourniture d'énergie et de gestion de chauffage, en faveur de clients aussi bien publics que privés.

9 Consorzio Alisei est une entreprise qui fournit des produits énergétiques et des services afférents à la climatisation et au chauffage des bâtiments.

10 AGESP Holding SpA (ci-après «AGESP Holding») est une société par actions qui est née de la transformation, décidée le 24 septembre 1997, de l'Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, entreprise spéciale de la commune de Busto Arsizio. Le capital social d'AGESP Holding est actuellement détenu à 99,98 % par la commune de Busto Arsizio. Les autres actionnaires sont les communes de Castellanza, de Dairago, de Fagnano Olona, de Gorla Minore, de Marnate et d'Olgiate Olona, chacune desquelles détient une action.

11 Selon l'article 2 de ses statuts, l'objet d'AGESP Holding comprend la gestion de services d'utilité publique dans les secteurs du gaz, de l'eau, de l'hygiène de l'environnement, des transports, des parkings, des bains publics, des pharmacies, de l'énergie électrique et du chauffage, des services funéraires et de la signalisation routière.

12 L'article 6 de ces statuts prévoit:

«[...] La majorité des actions est réservée [à la commune de Busto Arsizio].

[...]

Outre [la commune de Busto Arsizio], peuvent entrer pour faire partie de la société d'autres collectivités publiques locales (provinces, communes et leurs associations), établissements économiques et financiers, associations territoriales et catégorielles, ainsi que citoyens personnes privées qui adhèrent aux objectifs statutaires [...]»

13 L'article 7 des mêmes statuts précise:

«Aucun associé personne privée ne peut détenir plus de 10 % de l'intégralité du capital de la société [...]»

14 Selon l'article 18 des statuts d'AGESP Holding, celle-ci est administrée par un conseil d'administration.

15 Selon l'article 26 desdits statuts:

«Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour la gestion ordinaire et extraordinaire de la société, avec la faculté d'effectuer tous les actes qu'il estime nécessaires pour mettre en œuvre et réaliser l'objet de la société, à l'exception uniquement des actes que la loi ou les statuts réservent formellement à l'assemblée [...]»

16 AGESP est une société par actions constituée le 12 juillet 2000 par AGESP Holding et dont le capital social est actuellement détenu à 100 % par AGESP Holding.

17 Selon l'article 3 de ses statuts, dans la version modifiée élargissant l'objet de la société qui a été produite devant la juridiction de renvoi, AGESP a pour objet l'exercice d'activités relatives aux services d'utilité publique dans les secteurs du gaz, de l'eau, de l'hygiène de l'environnement, des transports, des parkings, de l'énergie électrique, du chauffage, de la climatisation, de l'informatique, des télécommunications, de la gestion du sous-sol, de l'éclairage ainsi que des prestations de services divers envers des sociétés associées.

18 L'article 7 des statuts d'AGESP prévoit:

«Aucun actionnaire, à l'exception de la société actionnaire majoritaire AGESP Holding [...], ne peut détenir plus d'un dixième de l'ensemble du capital de la société [...]»

19 Aux termes de l'article 17 desdits statuts, AGESP est administrée par un conseil.

20 À cet égard, l'article 19 des mêmes statuts précise:

«Le conseil a les pouvoirs les plus étendus, sans limitation, pour assurer la gestion ordinaire et extraordinaire de la société.»

21 Le 22 septembre 2003, la commune de Busto Arsizio a publié un appel d'offres pour la fourniture de combustibles ainsi que pour l'entretien et la remise à niveau réglementaire et technique des installations de chauffage des bâtiments municipaux. Le marché, d'un montant estimé de 8 450 000 euros plus la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), comprenait la fourniture de combustibles (dont 4/5 de gasoil et 1/5 de méthane) pour un montant de 5 700 000 euros, l'entretien des installations de chauffage pour un montant de 1 000 000 euros et la remise à niveau réglementaire et technique desdites installations pour un montant de 1 750 000 euros.

22 Carbotermo a présenté une offre le 22 novembre 2003. Consorzio Alisei a préparé une offre sans la présenter dans le délai prescrit.

23 Le 21 novembre 2003, la commune de Busto Arsizio a décidé, à la lumière de l'arrêt du Consiglio di Stato n° 5316 mentionné au point 7 du présent arrêt, de suspendre la procédure d'appel d'offres jusqu'au 10 décembre 2003.

24 Par décision du 10 décembre 2003, la commune de Busto Arsizio a retiré l'appel d'offres en se réservant la faculté d'attribuer ultérieurement le marché directement à AGESP.

25 Par décision du 18 décembre 2003, la commune de Busto Arsizio a attribué le marché en question directement à AGESP. Cette décision était motivée par la considération qu'AGESP remplissait les deux conditions posées par les jurisprudences communautaire et nationale pour conclure des marchés publics sans appel d'offres, à savoir que la collectivité locale exerce sur l'entité adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la contrôle. Le préambule de cette décision affirme, d'une part, qu'une relation de dépendance entre AGESP et la commune de Busto Arsizio résulte de la circonstance que celle-ci détient 99,98 % du capital d'AGESP Holding, laquelle détient 100 % du capital d'AGESP. D'autre part, ce préambule énonce que la plus grande partie du chiffre d'affaires d'AGESP découle d'activités qui lui ont été confiées en vertu de marchés obtenus directement de la commune de Busto Arsizio.

26 Par un avis du 23 janvier 2004, AGESP a lancé un appel d'offres dans le cadre d'une procédure accélérée pour la fourniture du gasoil concerné et a attribué ce marché à l'entreprise Pezzoli Petroli Srl le 27 février 2004. Les 28 avril, 18 mai, 30 juin et 2 septembre 2004, AGESP a attribué à d'autres entreprises des marchés portant sur la transformation au méthane, la remise à niveau technologique, la mise aux normes et l'installation d'un système de contrôle et de gestion à distance pour les installations de chauffage de différents bâtiments municipaux. Ni Carbotermo ni Consorzio Alisei ne figurait parmi les entreprises adjudicataires de ces marchés.

27 Carbotermo et Consorzio Alisei ont attaqué les décisions suspendant l'appel d'offres et attribuant le marché en cause à AGESP devant le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

28 Devant cette juridiction, ces deux entreprises ont fait valoir que les conditions permettant de considérer la directive 93/36 inapplicable n'étaient pas remplies en l'espèce. D'une part, AGESP ne serait pas contrôlée par la commune de Busto Arsizio parce que celle-ci ne détenait sa participation dans AGESP qu'à travers une société holding dont elle était actionnaire à 99,98 % et qu'AGESP gardait toute

l'autonomie d'une société par actions de droit privé. D'autre part, AGESP ne réaliserait pas l'essentiel de son activité pour la commune de Busto Arsizio puisqu'elle réaliserait avec cette commune bien moins de 80 % de son chiffre d'affaires, critère qu'il fallait retenir par analogie avec l'article 13 de la directive 93/38.

29 La commune de Busto Arsizio et AGESP ont rétorqué que l'attribution directe était permise en l'espèce puisque AGESP était contrôlée par la commune de Busto Arsizio du fait de la participation de cette dernière dans son capital et qu'AGESP réalisait l'essentiel de son activité avec cette commune. À cet égard, AGESP a précisé que plus de 28 % du chiffre d'affaires qu'elle réalisait sur le territoire de la commune de Busto Arsizio se rapportait à des prestations directement fournies à la commune et que le chiffre d'affaires qu'elle réalisait sur le territoire de ladite commune représentait 65,59 % de son chiffre d'affaires total.

30 C'est dans ces conditions que le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'attribution directe d'un marché de fournitures 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 par actions dont le capital est, dans l'état actuel des choses, intégralement détenu par une autre société par actions 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 [...]?

2) Faut-il appliquer l'article 13 de la directive 93/38 [...] pour apprécier la condition selon laquelle l'entreprise à laquelle un marché de fournitures a été directement attribué 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?»

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

31 La Cour a déjà jugé que, si un marché public a pour objet à la fois des produits au sens de la directive 93/36 et des services au sens de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), il relève de la directive 93/36 lorsque la valeur des produits incorporés dans le marché est supérieure à celle des services (arrêt du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 38). Un marché tel que celui en cause au principal, où la valeur des produits est supérieure à celle des services qui en font l'objet, relève donc de la directive 93/36, comme la juridiction de renvoi l'a d'ailleurs constaté.

32 L'existence d'un contrat au sens de l'article 1er, sous a), de la directive 93/36 présuppose qu'il y ait eu une convention entre deux personnes distinctes (arrêt Teckal, précité, point 49).

33 Conformément à l'article 1er, sous a), de ladite directive, 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 (arrêt Teckal, précité, point 50).

34 Il ressort de la décision de renvoi et des pièces du dossier que, dans l'état actuel des choses, le pouvoir adjudicateur détient 99,98 % du capital d'AGESP Holding, les 0,02 % restants étant détenus par d'autres collectivités territoriales. D'après les statuts d'AGESP Holding, des actionnaires privés peuvent entrer dans le capital de cette société sous deux réserves: d'une part, la majorité des actions est réservée à la commune de Busto Arsizio; d'autre part, aucun actionnaire privé ne peut détenir plus d'un dixième du capital de cette société.

35 À son tour, AGESP Holding détient, dans l'état actuel des choses, 100 % du capital d'AGESP. Selon les statuts de cette dernière, le capital de celle-ci peut être ouvert à des actionnaires privés sous la seule réserve qu'aucun actionnaire, à l'exception d'AGESP Holding, ne peut détenir plus d'un dixième du capital de cette société.

36 Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société (voir arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, non encore publié au Recueil, point 65).

37 La circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du point 50 de l'arrêt Teckal, précité.

38 Il résulte du dossier de l'affaire que les statuts d'AGESP Holding et d'AGESP attribuent au conseil d'administration de chacune de ces sociétés les pouvoirs les plus étendus pour la gestion ordinaire et extraordinaire de la société. Ces statuts ne réservent à la commune de Busto Arsizio aucun pouvoir de contrôle ou droit de vote particulier pour restreindre la liberté d'action reconnue à ces conseils d'administration. Le contrôle exercé par la commune de Busto Arsizio sur ces deux sociétés se résume pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, ce qui limite de manière considérable son pouvoir d'influencer les décisions de ces sociétés.

39 En outre, l'influence éventuelle de la commune de Busto Arsizio sur les décisions d'AGESP s'exerce par l'intermédiaire d'une société holding. L'intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital.

40 Il en découle que, dans de telles circonstances, sous réserve de leur vérification par le juge de fond dans l'affaire au principal, le pouvoir adjudicateur n'exerce pas sur la société adjudicataire du marché public en cause un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

41 L'article 6 de la directive 93/36 impose aux pouvoirs adjudicateurs qui passent un marché public de recourir à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte, à

moins que le marché relève d'un des cas exceptionnels limitativement énumérés aux paragraphes 2 et 3 dudit article. Il ne ressort pas de la décision de renvoi que le marché en cause au principal relève de l'un de ces cas.

42 Il s'ensuit que la directive 93/36 s'oppose à l'attribution directe d'un marché public dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal.

43 À l'encontre d'une telle conclusion, le gouvernement italien objecte que le fait qu'AGESP doive recourir à une procédure d'adjudication publique pour acquérir le gasoil concerné démontre que la commune de Busto Arsizio, AGESP Holding et AGESP doivent être considérées comme constituant ensemble un unique «organisme de droit public» au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 93/36, tenu de passer des marchés publics de fournitures conformément aux législations communautaire et nationale en la matière.

44 Cet argument ne peut pas être accepté. D'une part, la commune de Busto Arsizio relève de la notion de «collectivité territoriale» et non pas de celle d'«organisme de droit public» au sens de cette disposition. D'autre part, la commune de Busto Arsizio, AGESP Holding et AGESP ont chacune une personnalité juridique distincte.

45 Par ailleurs, comme la Cour l'a rappelé au point 43 de l'arrêt Teckal, précité, les seules exceptions permises à l'application de la directive 93/36 sont celles qui y sont limitativement et expressément mentionnées.

46 Or, la directive 93/36 ne contient pas de disposition comparable à l'article 6 de la directive 92/50, qui exclut de son champ d'application des marchés publics attribués, dans certaines conditions, à des pouvoirs adjudicateurs (arrêt Teckal, précité, point 44).

47 Par conséquent, il convient de répondre à la première question que la directive 93/36 s'oppose à l'attribution directe d'un marché de fournitures et de services, dans lequel la valeur des fournitures est prépondérante, à une société par actions dont le conseil d'administration possède d'amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome et dont le capital est, dans l'état actuel des choses, intégralement détenu par une autre société par actions dont l'actionnaire majoritaire est, à son tour, le pouvoir adjudicateur.

Sur la seconde question

48 La seconde question comporte deux branches.

49 D'une part, la juridiction de renvoi cherche à savoir s'il faut appliquer l'article 13 de la directive 93/38 pour apprécier la condition selon laquelle l'entreprise à laquelle un marché de fournitures a été directement attribué doit réaliser l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient. D'autre part, elle demande si cette condition peut être considérée comme remplie lorsqu'une telle entreprise réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires avec la collectivité publique qui la détient ou lorsqu'elle réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires sur le territoire de ladite collectivité.

Première branche de la seconde question

50 Il ressort de la décision de renvoi que le marché en cause au principal relève de la directive 93/36.

51 Il s'agit donc de savoir si l'exception prévue à l'article 13 de la directive 93/38 doit être appliquée par analogie dans le champ d'application de la directive 93/36.

52 L'exception prévue audit article 13 ne porte que sur les marchés de services, à l'exclusion des marchés de fournitures.

53 L'article 13 de la directive 93/38 vise des acteurs, et notamment des coentreprises et des entreprises dont les comptes annuels sont consolidés, dont les modes de fonctionnement sont différents de ceux des pouvoirs adjudicateurs visés par la directive 93/36.

54 En outre, ledit article comporte un mécanisme de notification à la Commission qui ne pourrait pas être transposé à la directive 93/36, à défaut de base juridique.

55 Les exceptions devant être interprétées de façon stricte, il en résulte qu'il n'y a pas lieu d'étendre l'application de l'article 13 de la directive 93/38 au champ d'application de la directive 93/36.

56 Cette conclusion est confirmée par le fait que, lors de la refonte des directives sur les marchés publics en 2004, le législateur communautaire, tout en maintenant ladite exception à l'article 23 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 (JO L 134, p. 1), a choisi de ne pas incorporer une exception analogue dans 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), qui a remplacé la directive 93/36.

57 Au regard de tout ce qui précède, il convient de répondre à la première branche de la seconde question en ce sens que, pour apprécier la condition relative à l'inapplicabilité de la directive 93/36, selon laquelle l'entreprise à laquelle un marché de fournitures a été directement attribué doit réaliser l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, il ne faut pas appliquer l'article 13 de la directive 93/38.

Seconde branche de la seconde question

58 Il convient de rappeler que l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics est la libre circulation des marchandises et des services ainsi que l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (voir, en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 44).

59 Les conditions posées par l'arrêt Teckal, précité, pour considérer la directive 93/36 inapplicable aux marchés conclus entre une collectivité territoriale et une personne juridiquement distincte d'elle, selon lesquelles, à la fois, la collectivité territoriale doit exercer sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et cette personne doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent, ont notamment pour but d'éviter que le jeu de la concurrence soit faussé.

60 L'exigence que la personne en cause réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent a particulièrement pour objet de garantir que la directive 93/36 demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises.

61 En effet, une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs.

62 Encore faut-il que les prestations de cette entreprise soient substantiellement destinées à cette seule collectivité. Dans de telles limites, il apparaît justifié que cette entreprise échappe aux contraintes de la directive 93/36, celles-ci étant dictées par le souci de préserver une concurrence qui n'a, en ce cas, plus lieu d'être.

63 Par application de ces principes, on ne peut considérer que l'entreprise en cause réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, au sens de l'arrêt Teckal, précité, que si l'activité de cette entreprise est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal.

64 Pour évaluer si tel est le cas, le juge compétent doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives.

65 Quant à la question de savoir s'il faut prendre en compte dans ce contexte le seul chiffre d'affaires réalisé avec la collectivité de tutelle ou celui réalisé sur le territoire de cette collectivité, il faut considérer que le chiffre d'affaires déterminant est celui que l'entreprise en question réalise en vertu des décisions d'attribution prises par la collectivité de tutelle, y compris celui réalisé avec des utilisateurs en exécution de telles décisions.

66 En effet, les activités d'une entreprise adjudicataire dont il convient de tenir compte sont toutes celles que cette entreprise réalise dans le cadre d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur, et ce, indépendamment de l'identité du bénéficiaire, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations.

67 Il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée, que ce soit la collectivité qui la détient ou les tiers usagers de prestations fournies en vertu de concessions ou d'autres relations juridiques établies par ladite collectivité. Il est également sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies.

68 Dans la mesure où, dans l'affaire au principal, le capital de l'entreprise adjudicataire est détenu indirectement par plusieurs collectivités, il peut être pertinent d'examiner la question de savoir si l'activité à prendre en compte est celle que l'entreprise adjudicataire réalise avec l'ensemble des collectivités qui la détiennent ou seulement l'activité réalisée avec la collectivité qui agit en l'espèce comme pouvoir adjudicateur.

69 À cet égard, il convient de rappeler que la Cour a précisé que la personne juridiquement distincte en cause doit réaliser l'essentiel de son activité avec «la ou les collectivités qui la détiennent» (arrêt Teckal, précité, point 50). Elle a donc envisagé la possibilité que l'exception prévue s'applique non seulement au cas où une seule collectivité détient une telle personne juridique, mais également au cas où plusieurs le font.

70 Dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble.

71 Par conséquent, l'activité à prendre en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités.

72 Il résulte de ce qui précède qu'il convient de répondre à la seconde branche de la seconde question en ce sens que, pour apprécier si une entreprise réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, aux fins de décider de l'applicabilité de la directive 93/36, il convient de tenir compte de toutes les activités que cette entreprise réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur, et ce, indépendamment de savoir qui rémunère cette activité, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations fournies, le territoire où l'activité est exercée étant sans pertinence.

Sur les dépens

73 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit:

1) **La directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, s'oppose à l'attribution directe d'un marché de fournitures et de services, dans lequel la valeur des fournitures est prépondérante, à une société par actions dont**

le conseil d'administration possède d'amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome et dont le capital est, dans l'état actuel des choses, intégralement détenu par une autre société par actions dont l'actionnaire majoritaire est, à son tour, le pouvoir adjudicateur.

2) **Pour apprécier la condition relative à l'inapplicabilité de la directive 93/36, selon laquelle l'entreprise à laquelle un marché de fournitures a été directement attribué doit réaliser l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, il ne faut pas 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.**

3) **Pour apprécier si une entreprise réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, aux fins de décider de l'applicabilité de la directive 93/36, il convient de tenir compte de toutes les activités que cette entreprise réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur, et ce, indépendamment de savoir qui rémunère cette activité, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations fournies, le territoire où l'activité est exercée étant sans pertinence.**

Signatures