Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

29 novembre 2012*

«Marchés publics de services — Directive 2004/18/CE — Pouvoir adjudicateur exerçant sur une entité attributaire juridiquement distincte de lui un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services — Absence d'obligation d'organiser une procédure d'adjudication selon les règles du droit de l'Union (attribution dite 'in house') — Entité attributaire contrôlée conjointement par plusieurs collectivités territoriales — Conditions de l'applicabilité d'une attribution 'in house'»

Dans les affaires jointes C-182/11 et C-183/11,

ayant pour objet deux demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduites par le Consiglio di Stato (Italie), par décisions du 23 février 2011, parvenues à la Cour le 18 avril 2011, dans les procédures

Econord SpA

contre

Comune di Cagno (C-182/11),

Comune di Varese,

Comune di Solbiate (C-183/11),

Comune di Varese,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M[me] R. Silva de Lapuerta, faisant fonction de président de la troisième chambre, MM. K. Lenaerts, E. Juhász (rapporteur), T. von Danwitz et D. Šváby, juges,

avocat général: M. P. Cruz Villalón,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

— pour les Comune di Cagno et Comune di Solbiate, par M[e] C. Colombo, avvocatessa,

— pour le gouvernement italien, par M[me] G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. P. Gentili, avvocato dello Stato,

* Langue de procédure: l'italien.

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

— pour le gouvernement polonais, par M. M. Szpunar, en qualité d'agent,

— pour la Commission européenne, par M. C. Zadra et M[e] P. Manzini, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 19 juillet 2012,

rend le présent

Arrêt

1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation du droit de l'Union relatif aux conditions d'application de l'exception de l'attribution directe, dite «in house», d'un service d'intérêt public.

2 Ces demandes ont été présentées dans le cadre de litiges opposant Econord SpA aux Comune di Varese, Comune di Cagno et Comune di Solbiate, au sujet de la régularité de l'attribution directe d'un marché de services, par les deux dernières communes, à ASPEM SpA (ci-après «ASPEM»), sans l'organisation d'une procédure de passation de ce marché conformément aux règles du droit de l'Union.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 L'article 1[er] de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114), intitulé «Définitions», énonce à son paragraphe 2:

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

[…]

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

[…]»

4 L'article 1[er], paragraphe 4, de cette directive dispose:

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

5 Aux termes de l'article 20 de ladite directive:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux articles 23 à 55.»

6 Au point 16 de l'annexe II A de la même directive sont cités les «services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues».

Le droit italien

7 L'article 30 du décret législatif n° 267, du 18 août 2000 (texte unique des lois sur le régime des collectivités locales) (GURI n° 227, du 28 septembre 2000 – supplément ordinaire n° 162, ci-après le «décret législatif n° 267/2000»), dispose:

«1. Afin d'exercer de façon coordonnée des fonctions et des services déterminés, les collectivités locales peuvent conclure entre elles des conventions appropriées.

2. Lesdites conventions doivent établir les finalités, la durée, les modalités de consultation des collectivités contractantes, leurs relations financières et les obligations et garanties réciproques.

3. Pour la gestion à durée déterminée d'un service spécifique ou pour la réalisation d'un ouvrage, l'État et la Région, dans les matières relevant de leur compétence, peuvent prévoir des formes de convention obligatoires entre les collectivités locales, après élaboration d'une réglementation type.

4. Les conventions visées au présent article peuvent prévoir également la constitution de bureaux communs, qui opèrent avec un personnel détaché des collectivités participantes et auxquels est confié l'exercice des fonctions publiques en lieu et place des collectivités participant à l'accord, ou bien la délégation de fonctions de la part des collectivités participantes en faveur de l'une d'entre elles, qui opère à la place et pour le compte des collectivités délégantes».

8 L'article 113 du décret législatif n° 267/2000, intitulé «Gestion des réseaux et fourniture des services publics locaux d'intérêt économique», prévoit à son paragraphe 5:

«La fourniture [d'un service public local par une collectivité locale] a lieu selon les réglementations sectorielles et dans le respect de la réglementation de l'Union européenne par attribution de l'exploitation du service:

[…]

c) à des sociétés à capital entièrement public à condition que la ou les collectivités publiques qui détiennent le capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services et que la société réalise la partie la plus importante de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la contrôlent.»

Les faits à l'origine du litige au principal et la question préjudicielle

9 Il ressort du dossier soumis à la Cour que le Comune di Varese a constitué ASPEM pour la gestion de services publics sur son territoire, principalement du service de propreté urbaine, en tant que prestataire «in house». À l'époque des faits, le Comune di Varese détenait, dans cette société, une participation presque totale, ce qui lui assurait le contrôle de cette dernière.

10 Par une série de décisions rendues dans le courant de l'année 2005, les Comune di Cagno et Comune di Solbiate ont choisi comme forme préférentielle de gestion du service de propreté urbaine, plus particulièrement du service d'élimination des déchets solides urbains, celle coordonnée avec d'autres communes, conformément aux articles 30 et 113, paragraphe 5, sous c), du décret législatif n° 267/2000, ont approuvé la conclusion d'une convention avec le Comune di Varese pour l'attribution,

à titre onéreux, de leur service de propreté urbaine à ASPEM et ont adhéré à cette dernière en qualité d'actionnaires publics, par la participation au capital social consistant en l'acquisition d'une action pour chacune de ces communes.

11 Il ressort du dossier soumis à la Cour que le capital social d'ASPEM s'élève à 173 785 euros, représenté par autant d'actions d'une valeur nominale d'un euro chacune. Le Comune di Varese détient la majorité du capital en possédant 173 467 actions. Les 318 actions restantes sont réparties entre 36 communes de la province de Varèse, avec des participations individuelles qui varient entre 1 et 19 actions.

12 Parallèlement à l'acquisition de cette participation, les Comune di Cagno et Comune di Solbiate ont procédé, ensemble avec d'autres communes intéressées, à la souscription d'un pacte d'actionnaires, lequel prévoyait leur droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes, et de désigner, en accord avec les autres communes parties au pacte, un conseiller d'administration.

13 Dans ce contexte, ces deux communes ont estimé que les conditions d'une attribution «in house» du service d'intérêt public en cause étaient réunies, étant donné qu'ASPEM était conjointement contrôlée par des autorités territoriales. Elles ont ainsi attribué directement ce marché à ASPEM. Econord SpA a contesté cette attribution directe, en faisant valoir que, en l'occurrence, le contrôle des deux communes sur ASPEM n'était pas assuré et que, par conséquent, l'attribution du marché aurait dû être effectuée conformément aux règles du droit de l'Union.

14 Le Consiglio di Stato relève que l'arrêt du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), a constitué le point de départ de la jurisprudence précisant les conditions qui justifient l'attribution directe d'un marché public. Conformément au point 50 de cet arrêt, l'attribution directe d'un marché est justifiée, même à l'égard d'une personne formellement et juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, 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. En effet, dans une telle hypothèse, la personne en cause ne saurait être considérée comme ayant la qualité de tiers par rapport au pouvoir adjudicateur. Le Consiglio di Stato signale que, dans les affaires au principal, de ces deux conditions cumulatives énoncées au point 50 de l'arrêt Teckal, précité, c'est uniquement celle de l'exercice d'un «contrôle analogue» qui est en discussion.

15 Le Consiglio di Stato relève que, dans l'arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), la Cour a posé des conditions assez strictes quant à la reconnaissance de l'existence d'un «contrôle analogue» et a fixé à cet égard un nombre important d'indices concrets.

16 Toutefois, dans les arrêts ultérieurs du 19 avril 2007, Asemfo (C-295/05 Rec. p. I-2999); du 17 juillet 2008, Commission/Italie (C-371/05), et du 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457), la Cour aurait fait preuve d'ouverture et allégé les conditions devant être réunies pour parvenir à la reconnaissance de l'exercice d'un «contrôle analogue». Le Consiglio di Stato tire plus particulièrement de ce dernier arrêt la conclusion qu'il est permis de considérer que l'on est en présence d'une société «in house» en cas de contrôle conjoint exercé sur celle-ci par plusieurs collectivités publiques et que la situation individuelle de chacune de ces collectivités publiques, en ce qui concerne le contrôle exercé sur ladite société, est sans importance.

17 La juridiction de renvoi fait observer que, en l'occurrence, le Comune di Varese exerce pleinement le contrôle d'ASPEM, ce qui n'est pas le cas des Comune di Cagno et Comune di Solbiate. En effet, l'acquisition d'une seule action et un pacte d'actionnaires particulièrement faible ne donneraient lieu à aucun contrôle conjoint effectif de la société en cause, en ce que ces deux dernières communes ne pourraient influencer les décisions d'ASPEM, et ne pourraient satisfaire au critère de «contrôle

analogue». Toutefois, à la lumière de l'arrêt Coditel Brabant, précité, la situation de chacune des collectivités publiques participantes, prises individuellement, quant à l'exercice du contrôle, serait sans incidence.

18 Eu égard à ces considérations, le Consiglio di Stato a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«[Le] principe selon lequel la situation individuelle de chaque collectivité publique associée à la société ad hoc est sans incidence doit-il s'appliquer également dans le cas où, comme en l'espèce, une des communes associées possède une seule action de la société ad hoc et où les pactes d'actionnaires conclus entre les collectivités publiques ne sont pas propres à conférer le moindre contrôle effectif de la société à la commune participante, de sorte que la participation à la société peut être considérée comme le simple cadre formel d'un contrat de prestation de services?»

Sur la question préjudicielle

Observations liminaires

19 Les Comune di Cagno et Comune di Solbiate font valoir que, postérieurement aux faits à l'origine des présentes demandes de décision préjudicielle, elles ont engagé des procédures d'appel d'offres ouvertes, à l'issue desquelles le marché en cause a été adjugé à titre définitif à ASPEM. Cette évolution ultérieure aurait une incidence sur l'utilité d'une réponse de la Cour à la question posée par la juridiction de renvoi.

20 Le gouvernement italien soutient que la question préjudicielle est irrecevable en raison d'un défaut de description suffisante du cadre juridique et factuel des affaires au principal.

21 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, dans le cadre de la procédure visée à l'article 267 TFUE, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, le juge national est seul compétent pour constater et apprécier les faits du litige au principal ainsi que pour interpréter et appliquer le droit national. Il appartient de même au seul juge national, qui est saisi du litige et doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer (arrêt du 25 octobre 2012, Rintisch, C-553/11, point 15 et jurisprudence citée).

22 Ainsi, le rejet par la Cour d'une demande de décision préjudicielle introduite par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (arrêt Rintisch, précité, point 16 et jurisprudence citée).

23 Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, la juridiction de renvoi invite la Cour à expliciter sa jurisprudence concernant le contrôle conjointement exercé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs sur une entité attributaire détenue en commun par ceux-ci, ainsi que les conditions selon lesquelles il doit être considéré qu'un «contrôle analogue» est exercé dans un tel cas, question qui est incontestablement en rapport avec l'objet des affaires au principal. En outre, la Cour considère que les données réglementaires et factuelles contenues dans la présente demande sont suffisantes pour qu'elle soit en mesure de répondre utilement à la question posée.

24 Il s'ensuit que les demandes de décision préjudicielle sont recevables.

Sur le fond

25 Selon une jurisprudence bien établie, un pouvoir adjudicateur, tel qu'une collectivité territoriale, est dispensé d'engager une procédure de passation d'un marché public lorsqu'il exerce sur l'entité 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 (arrêt Teckal, précité, point 50). Il est constant que cette jurisprudence, initialement adoptée en vue de l'interprétation et de l'application 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), est également applicable aux procédures de passation de marchés publics de travaux et de services.

26 Il convient de relever également que, conformément à la jurisprudence de la Cour, la question de savoir s'il s'agit d'une concession de services ou d'un marché public de services et, dans ce dernier cas, si la valeur du marché atteint le seuil prévu par les règles de l'Union est sans incidence sur la réponse à apporter par la Cour à la question préjudicielle, étant donné que l'exception à l'application des règles du droit de l'Union lorsque les conditions de l'exercice d'un «contrôle analogue» sont remplies est applicable dans toutes ces situations (voir, en ce sens, arrêt du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, Rec. p. I-8127, points 31 à 40).

27 Selon une jurisprudence constante, il existe un «contrôle analogue» lorsque l'entité en cause est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de celle-ci. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité (arrêts précités Parking Brixen, point 65; Coditel Brabant, point 28, et Sea, point 65). En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'exercer sur cette entité un contrôle structurel et fonctionnel (arrêt Commission/Italie, précité, point 26). La Cour exige également que ce contrôle soit effectif (arrêt Coditel Brabant, précité, point 46).

28 Conformément à la jurisprudence, en cas de recours à une entité détenue en commun par plusieurs autorités publiques, le «contrôle analogue» peut être exercé conjointement par ces autorités, sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacune d'elles (voir, en ce sens, arrêts précités Coditel Brabant, points 47 et 50, ainsi que Sea, point 59).

29 Il en découle que, si une autorité publique devient associée minoritaire d'une société par actions à capital entièrement public en vue de lui attribuer la gestion d'un service public, le contrôle que les autorités publiques associées au sein de cette société exercent sur celle-ci peut être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services lorsqu'il est exercé conjointement par ces autorités (arrêt Sea, précité, point 63).

30 Dans ces conditions, si, en cas de recours de plusieurs autorités publiques à une entité commune aux fins de l'accomplissement d'une mission commune de service public, il n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint.

31 La position d'un pouvoir adjudicateur au sein d'une entité attributaire détenue en commun ne lui assurant pas la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité ouvrirait, en effet, la voie au contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation

d'engager une procédure d'appel d'offres selon les règles de l'Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement part à l'exercice du «contrôle analogue» sur cette entité (voir, en ce sens, arrêt du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, point 24).

32 Il s'ensuit que, dans les affaires au principal, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la souscription par les Comune di Cagno et Comune di Solbiate d'un pacte d'actionnaires, leur conférant le droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes et de désigner un conseiller d'administration en accord avec les autres collectivités concernées par ce pacte, est de nature à permettre à ces communes de contribuer effectivement au contrôle d'ASPEM.

33 Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que, lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

Sur les dépens

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

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

Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

Signatures