

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. P. Cruz Villalón
présentées le 19 juillet 2012 (1)

Affaires C-182/11

Econord Spa
contre
Comune di Cagno
Comune di Varese

[demande de décision préjudicielle formée par le Consiglio di Stato (Italie)]

Affaire C-183/11
Econord Spa
contre
Comune di Solbiate
Comune di Varese

[demande de décision préjudicielle formée par le Consiglio di Stato (Italie)]

«Gestion du service municipal d'assainissement par une société dans laquelle la commune détient une participation minoritaire – attribution sans appel d'offre – Contrats in house – Exercice, de la part de l'entité adjudicatrice d'un contrôle analogue sur la société à celui qu'elle exerce sur ses propres services – Pluralité d'entités adjudicatrices – «asymétrie» entre les différentes entités adjudicatrices»

I – Introduction

1. Par l'intermédiaire des deux questions préjudicielles jointes dans la présente affaire, le Consiglio di Stato formule ses doutes quant à la compatibilité avec le droit de l'Union d'un régime de prestation de services publics dans lequel il n'y a pas eu de procédure d'appel d'offre publique. Plus précisément, il s'agit d'une situation dans laquelle plusieurs communes italiennes participent symboliquement au capital d'une société publique, majoritairement contrôlée par la commune de la ville de Varese, et qui est chargée du service public de propreté urbaine dans toutes ces localités.

2. Ainsi posée, la présente affaire confronte de nouveau la Cour à la problématique de l'*in house providing*. En effet, le problème exact présenté en l'espèce est celui d'une pluralité d'entités publiques qui se servent d'une société ad hoc créée par une autre collectivité publique beaucoup plus importante et qui, en conséquence, conserve par rapport aux autres une capacité de décision clairement hégémonique au sein de cette société ad hoc. Dans quelles conditions chacune de ces autres entités mineures peut-elle légitimement recourir à l'option du contrat *in house*? Plus concrètement, la question se pose de savoir dans quelles conditions on peut estimer que ces entités exercent sur la société ad hoc un «contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leur propres services», ainsi que l'exige la jurisprudence [Or. 3] Teckal (2). Tel est en définitive l'objet du litige présenté en l'espèce devant la Cour.

3. La jurisprudence a déjà été confrontée dans le passé à plusieurs cas présentant des similitudes avec la présente affaire. Dans toutes ces affaires, la Cour a procédé à un examen au cas par cas de la position statutaire de l'entité publique dans les organes de gestion de la société publique ad hoc afin de déterminer si le «contrôle analogue» de la société adjudicatrice était de fait exercée collectivement. Le litige qui nous est transmis par le Consiglio di Stato invite implicitement la Cour à aller au-delà de cette analyse casuistique, afin d'établir un ensemble de critères objectifs permettant d'évaluer le niveau requis d'influence de l'entité publique dans le fonctionnement de la société ad hoc pour qu'elle puisse faire usage de l'exception de la passation de contrat *in house*.

II – Cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

4. Conformément à l'article 1, 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 (3), «[l]es '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» [article 1, paragraphe 2, sous a)], alors que «[l]a '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» (article 1, paragraphe 4).

B – *Le droit national*

5. L'article 30 du décret législatif n° 267, du 18 août 2000 (texte unique des lois portant sur le régime des collectivités locales) (4), confère aux collectivités locales la faculté de conclure entre elles, par le biais de conventions, des accords «afin d'exercer de façon coordonnée des fonctions et des services déterminés».

6. L'article 113 du décret législatif n° 267 précité, intitulé «Gestion des réseaux et fourniture des services publics locaux d'intérêt économique», dans sa version en vigueur au moment des faits, contenait les dispositions suivantes en ses paragraphes 4 et 5:

«4. En cas de séparation de l'activité de fourniture des services, pour la gestion des réseaux, des installations et des autres dotations patrimoniales, les collectivités locales, y compris en association, recourent:

a) à des personnes constituées à cette fin, sous la forme de sociétés de capitaux dans lesquelles les collectivités locales détiennent une participation à 100 %, auxquelles cette activité peut être confiée directement, à condition que lesdites collectivités publiques titulaires du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services et que la société réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la contrôlent;

[...]

5. La fourniture du service 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 titulaires du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services et que la société réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la contrôlent.».

III – Les litiges principaux et la question préjudicielle

7. La commune de Varese a constitué, à une date qui n'apparaît pas dans le dossier, une société par action «in house», ASPEM SpA, pour la gestion sur son territoire, entre autres, du service public de propreté urbaine. Au moment des faits, ladite entreprise appartenait dans sa quasi-totalité à la commune de Varese.

8. En 2005, par une série de décision de leurs «conseils municipaux», les communes de Cagno et de Solbiate ont décidé de choisir à titre préférentiel, pour la gestion de la propreté urbaine, la gestion coordonnée avec d'autres communes conformément aux articles 30 et 113, paragraphe 5, sous c), du décret législatif n° 267 de 2000, et ont approuvé à cet effet la convention conclue avec la commune de Varese pour la gestion du service de propreté urbaine effectué par ASPEM. Enfin, chacun des «conseils municipaux» a décidé d'acquérir une action dans la société ASPEM. D'autres petites communes de la province de Varese ont adopté des décisions parallèles.

9. Conformément aux données fournies par le gouvernement italien, le capital social d'ASPEM s'élève à 173 785 euros, divisé en un nombre équivalent d'actions d'une valeur minimale d'un euro chacune. La commune de Varese détenait, à l'époque des faits, 173 467 actions, les 318 actions restantes étant réparties entre 36 communes de la province de Varese, lesquelles détenaient chacune entre 1 et 19 actions.

10. D'autre part, les communes de Cagno et de Varese ont souscrit avec d'autres communes intéressées un pacte d'actionnaires avec ASPEM qui leur confère le droit d'être consultées, celui de désigner un cadre issu des commissaires aux comptes ainsi qu'un membre du conseil d'administration, en commun accord avec les autres municipalités faisant partie du syndicat de communes.

11. Les communes de Cagno et de Solbiate ont estimé que, compte tenu de toutes ces mesures, l'attribution du service à ASPEM remplissait les conditions de l'exception d'un contrat «in house».

12. La société ECONORD SpA a cependant introduit deux recours extraordinaires devant le chef de l'État, pour demander l'annulation des accords précités des conseils municipaux de la commune de Cagno (affaire C-182/11) et de Solbiate (affaire C-183/11) en soutenant, entre autres, qu'il y a eu violation du principe du «contrôle analogue», compte tenu de la très faible participation des communes précitées au capital social d'ASPEM. L'avis du Consiglio di Stato a été demandé dans le cadre de ces procédures, ce qui l'a conduit à adresser à la Cour la présente question préjudicielle.

13. Compte tenu des doutes qui existent concernant l'interprétation de la jurisprudence relative aux conditions de l'application de l'exception des contrats dits «in house», le Consiglio di Stato a adressé à la Cour de justice la question préjudicielle suivante (son libellé est identique dans les deux affaires jointes en l'espèce):

«Le principe selon lequel la situation individuelle de chaque collectivité publique associée à la société ad hoc est sans incidence doit 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?»

IV – La procédure devant la Cour de Justice

14. Les questions préjudicielles ont été enregistrées au greffe de la Cour le 27 juillet 2011.

15. Les communes de Cagno et de Solbiate (conjointement) ont déposé leurs observations écrites dans cette affaire, ainsi que l'Italie, l'Autriche, la Pologne et la Commission. Il n'y a pas eu d'audience dans cette affaire.

V – Analyse de la question préjudicielle

A – Observations préliminaires

16. Avant de proposer une réponse à la question préjudicielle, il faudrait faire une série d'observations préliminaires. En premier lieu, j'estime qu'il convient de rejeter les objections d'irrecevabilité soulevées respectivement par les communes de Cagno et Solbiate et par le gouvernement italien.

17. D'une part, les communes défenderesses soutiennent qu'en juin 2011, postérieurement aux faits à l'origine du présent renvoi préjudiciel et à peine un mois avant ledit renvoi, elles ont attribué le service litigieux à ASPEM, à la suite cette fois d'un appel d'offre public. Selon les parties défenderesses, cette circonstance rendrait les recours inutiles et la question préjudicielle irrecevable. J'estime cependant que cet argument d'irrecevabilité ne saurait être accueilli, car il y a lieu de supposer que la résolution du litige principal est encore nécessaire du point de vue des intérêts de la société Econord.

18. J'estime également que la Cour ne devrait pas accueillir l'argument du gouvernement italien selon lequel la question préjudicielle est irrecevable en raison d'un défaut de description suffisante du cadre juridique et factuel de l'affaire. Le gouvernement italien affirme notamment que le Consiglio di Stato ne fournit pas de données suffisantes sur le capital d'ASPEM ni sur ses statuts sociaux. Je pense néanmoins que la Cour peut, avec les informations qui lui ont été communiquées, apporter une réponse utile au Consiglio di Stato, sans préjudice, bien entendu, de l'éventuel renvoi à cet organe de l'appréciation de certaines circonstances de fait.

19. Abstraction faite des deux objections d'irrecevabilité expressément soulevées par les parties, il me semble opportun de relever ici que, si dans le cas d'espèce le Consiglio di Stato intervient dans l'exercice de ses fonctions consultatives (en émettant un avis dans le cadre d'un recours extraordinaire présenté au Président de la République), la jurisprudence a déjà indiqué que, dans ces cas là, cet organe peut être considéré comme une juridiction au sens et aux fins de l'article 267 TFUE (5).

20. Je précise enfin que le dossier ne révèle pas clairement si le service litigieux a fait l'objet d'un contrat de gestion soumis à la directive 2004/18 ou s'il a fait l'objet d'une concession, ce qui dépend fondamentalement du régime de rétribution d'ASPEM (6). Néanmoins, cette circonstance n'a aucune importance aux fins de la question déferée, car la Cour a précisé que sa jurisprudence sur l'exception des contrats «in house» est pertinente tant pour l'interprétation de la directive 2004/18, applicable à certains contrats, que pour celle des articles 25 TUE, 49 TFUE et 56 TFUE ainsi que des principes généraux dont ils constituent l'expression spécifique, qui doivent être respectés lors de l'attribution des concessions (7).

B – La question préjudicielle

21. La présente affaire porte, une fois de plus et de manière assez claire, sur l'interprétation de la jurisprudence Teckal, c'est-à-dire celle qui précise les conditions dans lesquelles une collectivité publique peut confier à une entité juridiquement distincte la prestation d'un service de sa compétence sans passer au préalable par un appel d'offre, à condition que «la collectivité exerce sur ladite entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services» (première condition posée dans l'arrêt Teckal) et que «cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent» (deuxième condition de l'arrêt Teckal) (8). Néanmoins, il y a lieu d'indiquer que la présente question préjudicielle est centrée sur l'examen de la première des conditions posées par l'arrêt Teckal, la deuxième condition n'étant à aucun moment abordée.

22. Ajoutons encore que le Consiglio di Stato part dans sa question d'un soi-disant «principe selon lequel la situation individuelle de chaque collectivité publique associée à la société ad hoc est sans incidence», principe qu'il semble déduire de la jurisprudence Coditel (9). Néanmoins, cette expression n'est pas particulièrement heureuse, notamment dans la mesure où elle pourrait faire penser que la Cour a été beaucoup plus loin dans cet arrêt que ce que, selon moi, elle a réellement voulu dire. Afin de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, il faut par conséquent préciser si la jurisprudence en matière de contrats «in house» a effectivement formulé le principe précité.

23. En somme, j'estime que la question du Consiglio di Stato vise essentiellement à déterminer dans quelles circonstances il peut être conclu que les collectivités publiques détenant une participation minoritaire, y compris minime, dans le capital d'une société ad hoc peuvent parvenir à exercer sur celle-ci un «contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services» et notamment, si cette condition est remplie dans un cas tel que celui de l'espèce, dans lequel, de surcroît, «les pactes d'actionnaires conclus entre les collectivités publiques ne sont pas propres à conférer le moindre contrôle effectif» sur la société ad hoc.

24. En me fondant sur cette lecture de la question, j'organiserai mon analyse en deux parties. Ainsi, je tenterais en premier lieu de déterminer les circonstances concrètes qui doivent être réunies pour que, dans le cas d'une société dont le capital est détenu à titre principal par une collectivité publique de façon hégémonique, et à titre minoritaire par un autre groupe de collectivités publiques, il soit possible de considérer que ces dernières exercent sur la société ad hoc un «contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services». En second lieu, à partir des informations communiquées par la juridiction de renvoi, je tenterais d'analyser si ces conditions sont remplies dans le présent cas d'espèce.

C – Le «contrôle analogue» sur une société détenue par plusieurs collectivités publiques, dans une situation d'asymétrie manifeste du pouvoir de l'une des collectivités par rapport aux autres

1. Considérations préalables

25. Pour commencer, il convient de rappeler que, logiquement et conformément à une jurisprudence constante, rien n'empêche que la condition de «contrôle analogue» soit remplie lorsque le capital de la société adjudicataire est détenu non pas par une, mais par plusieurs collectivités publiques.

26. L'arrêt Coditel a littéralement déclaré qu'il «importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel», car exiger «que le contrôle exercé par une autorité publique en pareil cas soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques, tel qu'une société coopérative intercommunale» (10). Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt Sea précité, qui indique en son point 63 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».

27. En outre, toujours dans cette perspective, le fait que l'entité adjudicatrice détienne, par elle-même ou avec d'autres collectivités publiques, la totalité du capital de la société ad hoc tend à indiquer qu'elle exerce sur la société ad hoc un «contrôle analogue» à celui qu'elle exerce sur ses propres services (11). Il convient cependant d'apporter deux précisions importantes à cette dernière affirmation.

a) La participation d'un partenaire privé exclut que les collectivités publiques puissent exercer un «contrôle analogue» sur la société

28. En premier lieu, «la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut, en tout état de cause, que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services» (12). Cette précision pourrait être importante dans la présente affaire car s'il semble qu'au moment des adjudications litigieuses, ASPÉM était une société dont le capital était entièrement public, la Commission a établi que le 15 juin 2009 cette société était passée sous le contrôle du groupe A2A, qui est une société par actions dont le capital pourrait être détenu par des actionnaires privés.

29. Conformément à la jurisprudence Sea précitée, le fait que postérieurement à l'adjudication directe du service, «mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence» (13). Partant, dans le présent cas d'espèce, s'il y avait confirmation d'une entrée de capitaux privés alors que le contrat ou la concession était en vigueur, cela suffirait à exclure dès le départ que la condition du contrôle analogue soit remplie. En tout état de cause, il appartient à la juridiction nationale de confirmer ces points.

b) Le caractère entièrement public de la société n'est pas un indice concluant

30. En second lieu, il convient d'avancer dès à présent que la jurisprudence ne considère pas non plus le caractère entièrement public d'une société comme étant un indice concluant de ce que toutes les collectivités qui la détiennent exercent sur elle un «contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services» (14).

31. Partant, au-delà du caractère intégralement public de la société ad hoc, l'examen de la première condition posée par l'arrêt Teckal doit tenir compte, ainsi que l'indique la Cour, de «l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes» et du fait que «[i]l doit résulter de cet examen que l'entité concessionnaire en question est soumise à un contrôle permettant à l'autorité publique concédante d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes» (15).

2. Sur le soi-disant «principe selon lequel la situation individuelle de chaque collectivité publique associée à la société est sans incidence»

32. En ce qui concerne le fond de la question en cause, il y a lieu de commencer par l'observation de la formule utilisée par la juridiction de renvoi pour résumer la jurisprudence dans cette matière, à savoir le principe «d'absence d'incidence» de la situation de la collectivité publique détenant une partie du capital de la société ad hoc.

33. Ainsi que nous l'avons vu, les arrêts Coditel et Sea établissent que, même dans le cas de collectivités publiques ne disposant que d'une participation très minoritaire dans le capital de la société concessionnaire, la condition de «contrôle analogue» peut être remplie du moment que le

contrôle, exercé conjointement avec les autres propriétaires de la société adjudicatrice, est effectif.

34. Selon moi, cela signifie que l'entité publique adjudicatrice doit pouvoir participer au contrôle effectif de la société concessionnaire, au moins dans une mesure proportionnelle à son poids relatif par rapport à l'ensemble des entités publiques qui contrôlent conjointement la société. Afin de pouvoir évaluer le poids relatif de la collectivité en cause, les juges pourraient utiliser des critères tels que le volume budgétaire de la collectivité locale, sa population ou ses besoins par rapport au service géré par cette société.

35. Par conséquent, si on utilise la terminologie de la question préjudicielle, ce qui est «sans incidence» aux fins de la première condition Teckal n'est pas la position ou la participation de la collectivité publique dans le contrôle effectif de la société concessionnaire, mais sa position ou participation dans le capital de celle-ci. Ces deux participations (participation à la gestion et participation au capital) peuvent être minoritaires, mais aucune d'elles ne peut être inexistante.

36. C'est pourquoi il convient de nuancer notablement la qualification de «principe d'absence d'incidence» utilisée dans la question préjudicielle. Dans les hypothèses de contrôle collectif de la société, la condition de «contrôle analogue» ne sera remplie que si chacune des entités publiques adjudicatrices a en elle-même la capacité d'influencer, de façon plus ou moins importante, tant les «objectifs stratégiques» que les «décisions importantes» de la société (16). S'il suffisait, pour valider l'exception du contrat in house, d'une petite (voire symbolique) participation au capital de la société, la condition du «contrôle analogue» serait totalement vidée de son sens (17).

3. Les critères du manque d'autonomie et de vocation de marché

37. Cela dit, les circonstances qui doivent être réunies pour estimer qu'une entité publique détenant une participation minoritaire exerce une influence dite «déterminante» sur les décisions et les objectifs de la société peuvent être limitées à deux catégories: le manque d'autonomie et le manque de vocation de marché.

38. Nous rappelons que la Cour, dans l'arrêt Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) du 19 avril 2007 (18), a admis que quatre Comunidades Autónomas espagnoles exerçaient sur l'entreprise publique Tragsa un «contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services», et ce, en dépit du fait qu'elles ne possédaient à elles toutes que 1 % du capital (0,25 % pour chacune), contre 99 % pour l'État espagnol. Cette situation n'était pas très différente de celle examinée dans l'affaire Consorcio Aziende Metano (Coname) dans laquelle, seulement deux ans auparavant, la Cour a jugé qu'une participation de 0,97 % dans le capital de la société adjudicataire était par nature trop faible pour permettre à une commune d'exercer un «contrôle analogue» (19). Néanmoins, la solution adoptée dans l'arrêt Tragsa était fondée sur des circonstances spécifiques telles que le fait que la société était tenue de réaliser les travaux qui lui étaient commandés par les Comunidades Autónomas, qu'elle ne pouvait pas fixer librement le prix de ces interventions et que ses relations n'étaient pas de nature contractuelle (20).

39. Ceci peut expliquer le fait que, ultérieurement, la jurisprudence a expressément indiqué que si la Cour avait admis dans l'arrêt Asemfo que la condition du contrôle analogue pouvait être remplie avec une participation au capital s'élevant à 0,25 %, cela avait eu lieu dans «certaines circonstances» (21).

40. L'arrêt Coditel précité a confirmé la thèse que nous défendons. Dans cet arrêt, la Cour a évalué la première condition de l'arrêt Teckal en soulignant le fait que la concessionnaire était une société coopérative intercommunale dont le conseil d'administration était constitué par les représentants des municipalités associées, désignés par l'assemblée générale, laquelle à son tour était composée par les représentants de ces municipalités. Ainsi, toutes les communes associées contrôlaient conjointement les organes de décision de la société, notamment le conseil d'administration, organe disposant de larges pouvoirs et qui établissait notamment les prix (22). D'autre part, la Cour a tenu compte dans cette affaire de ce que la société poursuivait

principalement un objectif d'intérêt municipal et n'avait pas de vocation de marché, car elle ne pouvait pas fonctionner comme toutes les sociétés anonymes ou sociétés par actions, en fixant ses objectifs indépendamment de ses actionnaires (23).

41. La Cour a également effectué ce type d'analyse dans l'arrêt Sea. D'une part, elle a tenu compte du fait que les statuts de la société avaient été modifiés pour superposer à l'assemblée générale et au conseil d'administration des structures de prises de décision destinées à garantir un contrôle renforcé. Il s'agissait en particulier d'un comité unitaire et de plusieurs comités techniques, tous composés par des représentants des entités associées. Les orientations adoptées par ces comités devaient être prises en compte par l'assemblée générale (24). Enfin, il importe de souligner que l'arrêt affirmait que la société ne semblait pas avoir de vocation de marché, dans la mesure où «le champ géographique des activités de la société adjudicataire en cause au principal ne s'étend pas au-delà du territoire des communes qui en sont les actionnaires et, d'autre part, que cette société a pour objet de gérer les services publics seulement pour ces communes» (25).

42. Partant, l'élément central de toute cette analyse jurisprudentielle est que la société ne doit pas jouir d'une marge d'autonomie telle qu'elle empêche les collectivités locales d'exercer sur elle un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services (26).

43. C'est pourquoi une lecture attentive de l'arrêt Teckal, dans lequel la Cour a formulé pour la première fois les conditions du contrat in house, nous amène à conclure que le fondement de cette exception à l'exigence générale d'une mise en concurrence publique est qu'il ne peut pas exister de relation contractuelle au sens strict entre l'entité adjudicatrice et la société, du fait de l'absence de «concours de deux volontés autonomes qui représentent des intérêts légitimes différents» (27).

44. Autrement dit, le mécanisme du contrat «in house» ne peut être mis en œuvre que lorsque la société n'a pas la condition de tiers par rapport à l'entité adjudicatrice. A cette fin, il faudra vérifier que la société n'a aucune autonomie vis-à-vis de l'entité adjudicatrice, qui exerce en ce cas son pouvoir d'auto organisation (28).

45. C'est cette ligne de raisonnement qui a été développée dans l'affaire Asemfo, dans laquelle, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la Cour a estimé qu'il y avait un «contrôle analogue» en se fondant sur le défaut d'autonomie de la société pour fixer ses propres tarifs, et apparemment, pour décider des commandes qu'elle devait satisfaire.

46. Cependant j'estime que l'examen plus exigeant mené dans les arrêts Coditel et Sea est beaucoup plus juste et complet. Ainsi que précédemment indiqué, la Cour a tenu compte dans ces arrêts de deux circonstances cumulées: à savoir d'une part, la situation statutaire de la collectivité publique dans les organes de gestion de la société et d'autre part, le défaut de «vocation de marché» de cette société.

47. Il est clair que ces deux éléments ne sont que des indices de l'absence d'autonomie précitée, mais j'estime que si la Cour exigeait la réunion des deux éléments, la garantie de l'existence d'un «contrôle analogue» serait supérieure. Selon moi, il sera difficile d'apprécier ce contrôle analogue sans une présence directe des entités adjudicatrices dans les organes de gestion ou, ce qui revient au même, sans une position statutaire qui garantisse l'«influence déterminante» exigée par la jurisprudence dans l'adoption de décisions.

48. Par conséquent, en résumé, j'estime que les entités adjudicatrices exerceront un contrôle analogue sur la société adjudicataire à condition qu'elles disposent d'une position statutaire leur permettant d'influencer conjointement l'adoption des décisions importantes et les objectifs stratégiques de cette société. En tout état de cause, la société ne peut être exclusivement contrôlée par l'entité publique qui détient une participation majoritaire dans son capital.

49. De même, il conviendra de vérifier le fait que la société manque de vocation de marché et, en définitive, d'autonomie pour l'adoption de décisions par rapport aux collectivités publiques qui la

contrôlent conjointement.

D – *Appréciation des conditions du contrôle analogue dans la présente affaire*

50. Pour l'application au présent cas d'espèce de l'ensemble des facteurs exposés jusqu'ici, il convient de souligner tout d'abord le peu d'information fourni par la juridiction de renvoi aux fins pertinentes.

51. En ce qui concerne, en premier lieu, l'éventuelle participation des communes de Cagno et Solbiate aux organes de gestion de la société ASPEM, la question préjudicielle indique que, conformément à un accord souscrit entre la société et les collectivités qui détiennent une partie minoritaire de son capital, ces collectivités ont en tout état de cause le droit d'être «consultées», de nommer un membre du comité des commissaires aux comptes ainsi que le droit de désigner un membre du conseil d'administration en commun accord avec toutes les autres collectivités qui participent à la convention du syndicat de communes.

52. Partant, dans le présent cas d'espèce, au-delà du caractère symbolique de la participation au capital, il y a une certaine participation des actionnaires minoritaires aux organes de gestion de la société. Il faut néanmoins convenir que la désignation d'un membre du conseil d'administration, de commun accord avec tous les actionnaires minoritaires (36 collectivités au total), ajoutée à la nomination par l'ensemble des collectivités, d'un membre du conseil des commissaires aux comptes, et à l'existence d'un «droit de consultation» abstrait de fréquence semestrielle pourrait ne pas suffire pour considérer que les collectivités précitées ont le pouvoir d'influencer de manière effective les «objectifs stratégiques» et les «décisions importantes» de la société ASPEM.

53. D'autre part, il n'est pas déraisonnable de considérer que l'efficacité juridique du pacte d'actionnaires détaillant cette participation peut être discutable, et que ledit «droit de consultation» concernant le «développement du service» (29) ne garantit pas qu'il soit étendu aux «décisions importantes» et aux «objectifs stratégiques» de la société prise dans son ensemble (30).

54. Partant, à première vue, sauf estimation définitive contraire effectuée par la juridiction de renvoi, le caractère dépendant de la société semble fonctionner principalement par rapport à l'actionnaire majoritaire, le rôle des actionnaires minoritaires dans le contrôle de facto de la société étant discutable.

55. Le gouvernement italien lui-même semble suivre le même raisonnement lorsqu'il affirme «les trente-six communes associées, même en menant une actions concertée en permanence, n'auraient aucun pouvoir réel d'influencer la société, laquelle appartient, en définitive (du moins jusqu'au 15 janvier 2009) à la seule commune de Varèse et ne saurait être considérée en aucune façon comme une structure organisationnelle relevant d'une de ces 36 communes». Enfin, la Commission s'est aussi manifestée en ce sens.

56. D'autre part, afin d'évaluer si ASPEM possède ou non une «vocation de marché» affaiblissant le contrôle exercé par les entités qui détiennent une partie de son capital, il faudrait aussi analyser, conformément aux dispositions du point 73 de l'arrêt Sea, des facteurs tels que la portée géographique et matérielle des activités de cette société, ou la possibilité que celle-ci entame des relations avec des entreprises du secteur privé.

57. Cependant, l'ordonnance de renvoi ne fournit presque aucun élément clair à ce sujet. Le gouvernement italien affirme pour sa part qu'ASPEM semble avoir un objet social «particulièrement large» (il comprendrait non seulement la gestion complète du cycle des déchets urbains, mais également la production d'énergie, l'approvisionnement en eau potable et les services de chauffage), et d'autre part que ses statuts lui permettent d'opérer en concurrence avec d'autres entreprises du secteur en participant à des procédures d'appel d'offres publiques.

58. Il est vrai que le fait qu'ASPEM puisse éventuellement offrir ses services à des acteurs

économiques privés ne suffirait pas, conformément à la jurisprudence, pour considérer que cette société a une «vocation de marché». Ainsi que le précise l'arrêt Sea, la deuxième condition posée par l'arrêt Teckal (la société adjudicataire doit effectuer l'essentiel de son activité avec les entités qui la contrôlent) serait privée d'objet si la première condition était interprétée comme interdisant toute activité accessoire, y compris avec le secteur privé (31).

59. Néanmoins, il ne faut pas ignorer que le fait qu'ASPEM a un objet particulièrement large et qu'elle peut éventuellement se consacrer à la prestation de services vis-à-vis desquels l'entité publique ayant une participation minoritaire dans son capital aurait à peine un pouvoir de décision, pourrait être un indice de ce que cette société jouit d'un degré d'autonomie qui fragiliserait le contrôle des collectivités publiques qui détiennent une part minoritaire de son capital.

60. En résumé, il devrait à ce point apparaître clairement que le problème fondamental n'est pas que la participation des communes de Cagno et Solbiate au capital d'ASPEM est nettement minoritaire, mais que les facultés supplémentaires de contrôle qui leur ont été attribuées peuvent être, même exercées conjointement, clairement insuffisantes pour que l'on puisse parler d'une influence pouvant être qualifiée de «déterminante» sur les décisions et la fixation des objectifs de la société et, en définitive, d'un défaut d'autonomie de celle-ci vis-à-vis des communes.

61. Il y a lieu d'insister ici sur le fait que les données dont nous disposons ne sont pas suffisamment concrètes, car nous ignorons par exemple en quoi consiste ce «droit de consultation» semestriel, de quelle capacité d'influence dispose le membre du conseil d'administration désigné par les actionnaires minoritaires ou encore quelle est l'efficacité juridique réelle du pacte d'actionnaires.

62. Il reviendra donc à la juridiction nationale d'apprécier les circonstances de l'espèce. De façon générale, il convient d'être conscient de ce que, par le biais de sa question, la juridiction de renvoi, le Consiglio di Stato, a exprimé sa vision des choses: «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», à tel point que l'on peut considérer que «la participation à la société peut être considérée comme le simple cadre formel d'un contrat de prestation de services».

63. La situation ainsi exposée, en cas de confirmation de ce qui précède, j'estime que la Cour ne peut que répondre à la question préjudicielle en ce sens que la condition que l'entité adjudicatrice exerce sur la société adjudicataire «un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services» ne semble pas être remplie dans une hypothèse dans laquelle, comme dans la présente affaire, chacune des entités adjudicatrices est titulaire d'une seule action de la société et les pactes entre actionnaires conclus par les collectivités publiques n'accordent pas à ces communes un contrôle effectif sur la société.

64. Enfin, tout porte à considérer que la condition exigeant que les entités publiques participent aux organes de gestion de la société et, en définitive, à l'adoption des décisions importantes de celle-ci, n'est pas remplie, du moins de façon proportionnelle au poids des entités publiques adjudicatrices concernées parmi l'ensemble des entités publiques contrôlant conjointement la société, pas plus que ne l'est la condition que la société n'ait pas de «vocation de marché» susceptible de fragiliser le contrôle que lesdites entités publiques peuvent exercer sur elle. Afin d'évaluer ce «poids relatif» des collectivités publiques concernées, des critères tels que le budget de la collectivité publique, sa population ou ses besoins en relation avec le service géré par la société visée peuvent être utilisés.

65. En cas de confirmation de tout ce qui ressort de la description des faits, une évaluation différente présenterait à un risque élevé de fraude à la loi, en offrant aux entités publiques la possibilité d'éviter les exigences des règles de procédure d'appel d'offre publique, en complétant une possession minimale du capital par une participation strictement formelle dans la gestion et la prise de décision de la société. La participation au contrôle, bien qu'il soit collectif, doit être effective et un pacte d'actionnaires introduisant des changements purement «cosmétiques» ou

symboliques dans les organes de gestion de la société ne semble pas suffisant pour garantir cette effectivité.

66. En conclusion, j'estime qu'il existe de nombreux indices permettant de penser que la participation des communes de Cagno et Solbiate dans la société ASPEM n'est pas suffisante pour que puisse être remplie la condition du «contrôle analogue». L'appréciation concrète des circonstances de l'affaire devra être effectuée par la juridiction nationale.

VI – Conclusion

67. Partant, je propose à la Cour de justice de répondre à la question préjudicielle formulée par le Consiglio di Stato comme suit:

«Aux fins de l'exception du contrat in house, la participation minoritaire ou majoritaire de l'entité publique au capital de la société à laquelle elle souhaite attribuer un service est en principe sans incidence. En revanche, on ne saurait parler de 'principe d'absence d'incidence' de la position de cette entité publique dans le contrôle effectif de la société.

En particulier, le recours à l'exception du contrat «in house» n'est pas possible dans une hypothèse où, d'une part, chacune des entités adjudicatrices en question est titulaire d'une seule action dans la société et d'autre part, les pactes entre actionnaires conclus par les entités publiques ne confèrent pas à la commune participante un contrôle appréciable et proportionnel sur la société, ces circonstances devant être appréciées en définitive par la juridiction nationale».

1 – Langue originale: l'espagnol.

2 – Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999 (Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121).

3 – JO L 134, p.114.

4 – GURI n°227, du 28 septembre 2000, supplément ordinaire n° 162.

5 – Voir les arrêts de la Cour du 16 octobre 1997, Garofalo e.a. (C-69/96 à C-79/96, Rec. p. I-5603, points 25 à 27); et du 23 décembre 2009, CoNISMa (C-305/08, Rec. p. I-12129, point 25). Voir également, concernant le Nederlandse Raad van State, l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, (36/73, Rec. p. 1299).

6 – Sur l'état de la jurisprudence sur ce point, voir l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, Eurawasser (C-206/08, Rec. p. I-8377, points 53 et suiv.).

7 – Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1, point 49); du 14 décembre 2006, Commission/Espagne (C-485/03 à C-490/03, Rec. p. I-11887, point 62); et du 10 septembre 2009, Sea (C-573/07, Rec. p. I-8127, points 35 à 37).

8 – Arrêt Teckal précité, point 50.

9 – Arrêt de la Cour du 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457; ci-après «arrêt Coditel»).

[10](#) – Arrêt Coditel précité, points 46 et 47.

[11](#) – Voir, entre autres, l’arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei (C-340/04, Rec. p. I-4137, point 37, ci-après «l’arrêt Carbotermo»).

[12](#) – Voir l’arrêt Sea précité, point 46, ainsi que la jurisprudence qui y est mentionnée.

[13](#) – Arrêt Sea précité, point 53.

[14](#) – Arrêts précités, Carbotermo, point 37; et Sea, point 45. Voir dans le même sens, l’arrêt Coditel, précité, point 31.

[15](#) – Arrêts précités Parking Brixen (point 65) et Carbotermo (point 26); ainsi que l’arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Commission/Italie (C-371/05, Rec. p. I-110, point 24); et les arrêts Coditel (point 28) et Sea précité (point 65).

[16](#) – Arrêts précités Parking Brixen (point 65); Coditel (point 28). Bien que la jurisprudence parle ici d’une «influence déterminante», j’estime que l’adjectif renvoie au contrôle exercé collectivement par les collectivités publiques, et que cette condition doit être modulée dans les hypothèses de contrôle collectif.

[17](#) – À cet égard, il n’est pas anodin que, dans l’arrêt Teckal, la Cour parle de contrôle analogue à celui qu’exerce «l’entité territoriale» en désignant celle-ci au singulier, alors que, lorsqu’elle formule la deuxième condition, elle exige que la société visée réalise la partie essentielle de son activité «avec le ou les entités» qui la contrôlent. Selon moi, ceci exclue la possibilité d’une application analogique au présent cas d’espèce, concernant la deuxième condition Teckal, de la solution adoptée dans l’arrêt Carbotermo précité, point 70.

[18](#) – Arrêt de la Cour du 19 avril 2007, Asemfo (C-295/05, Rec. p. I-2999).

[19](#) – Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287, point 24).

[20](#) – Arrêt Asemfo, point 60. Tel est l’élément qualitatif qui différencie le cas Coname du cas Asemfo, même si, ainsi que le rappelle l’arrêt Coditel, dans ce passage de l’arrêt Coname «la Cour ne visait pas la question de savoir si un tel contrôle pouvait être exercé de façon conjointe» (arrêt Coditel précité, point 52). En tout état de cause, il convient de souligner que la société adjudicataire dans Coname était au moins partiellement ouverte au capital privé (arrêt Coname précité, point 26).

[21](#) – Arrêt Coditel précité, point 53.

[22](#) – Arrêt Coditel précité, points 33 à 35.

[23](#) – Arrêt Coditel précité, points 36 à 38.

[24](#) – Néanmoins, la Cour a constaté qu’il y avait un doute sur l’effectivité de ce contrôle, et a renvoyé l’interprétation de ce point à la juridiction de renvoi. Arrêt Sea précité, points 81 à 88.

[25](#) – Arrêt Sea précité, points 73 à 76.

[26](#) – Voir l’arrêt Coditel précité, point 39.

[27](#) – Conclusions de l’avocat général Cosmas présentées le 1^{er} juillet 1999 dans l’affaire Teckal précitée, point 64.

[28](#) – Par rapport à ce point, voir Bernal Blay, M.A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house (un faux pas dans l’interprétation du critère du contrôle analogue à celui des services propres de l’entité adjudicatrice dans les relations in house)», (Revista española de Derecho administrativo, n° 137, 2008).

[29](#) – C’est ce qu’ont déclaré les deux collectivités intéressées dans leurs observations écrites.

[30](#) – Sur ce point, je partage l’opinion exprimée par l’avocat général Geelhoed dans ses conclusions du 28 septembre 2006 relatives à l’affaire Asemfo précitée, selon lesquelles le contrôle «sur la définition et l’exécution de travaux et projets particuliers – contrôle inhérent à toute mission qu’une entité publique confie à un service propre ou à une personne juridique externe – n’est pas le contrôle auquel la Cour fait allusion lorsqu’elle parle d’une ‘influence décisive aussi bien sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes’ du, en l’espèce, service instrumental ‘propre’» (point 98).

[31](#) – Arrêt Sea précité, points 79 et 80.