

P.-Y. Monjal
directeur éditorial

Revue du
DROIT
de
L'UNION
européenne

CJ

EDITIONS CLÉMENT JUGLAR

2-2017

Revue du
DROIT
de
L'UNION
européenne

En vous remerciant
Très sincèrement

de votre collaboration

A votre disposition 2-2017

P. Y. Monjal

Revue trimestrielle
de droit européen

Correspondance, manuscrits et ouvrages à recenser sont à envoyer à : **Pierre-Yves Monjal**
Professeur de droit public, Faculté de Droit, 50 avenue J. Portalis – 37206 Tours
pierre.monjal@univ-tours.fr

Pour les conditions d'abonnement, voir à la fin de la revue

CLÉMENT JUGLAR
Éditions juridiques et économiques

Administration et Abonnements : 62, avenue de Suffren – 75015 PARIS
clementjuglar@amalivre.fr – Tél. : 33(0)1 45 67 58 06 – Fax : 33(0)1 45 66 50 70

Comité éditorial

Directeur :

Pierre-Yves Monjal - Professeur de droit public, Chaire Jean-Monnet, Université de Tours.

Membres : **Jean-Christophe Barbato** - Professeur de droit public, Chaire Jean-Monnet, Université de Nantes. **Françoise Comte** - Professeur visiteur au Collège d'Europe ; Chef de Secteur à la Direction générale « Affaires intérieures et Migration », Commission européenne. **Patrick Deboyser** - Professeur au Collège européen de Parme ; Ministre Conseiller à la Délégation de l'Union européenne en Thaïlande. **Jean-Philippe Derosier** - Professeur de droit public, Université Lille II. **Giacomo Gattinara** - Docteur en droit, Membre du Service juridique de la Commission européenne. **Luis González Vaqué** - Asociación Iberoamericana para el Derecho alimentario ; UNESCO Chair on Science and Innovation for Sustainable Development. **João Aguiar Machado** - Directeur général à la Direction générale « Affaires maritimes et pêche ». **Valérie Michel** - Professeur de droit public, Chaire Jean-Monnet, Université d'Aix-Marseille. **Carla Montesi** - Directrice à la Direction générale « Coopération Internationale et Développement », Commission européenne. **Elefteria Néframi** - Professeur de droit public, Chaire Jean-Monnet, Université de Luxembourg. **Paolo Ponzano** - Ancien Directeur au Secrétariat général de la Commission européenne ; Professeur à l'Institut universitaire européen de Florence et au Collège européen de Parme. **Laurence Potvin-Solis** - Professeur de droit public, Chaire Jean-Monnet, Université de Caen. **Thierry Renoux** - Professeur de droit public, Université d'Aix-Marseille. **Matthias Ruete** - Directeur Général à la Direction générale « Affaires intérieures et Migration », Commission européenne. **Nicolas de Sadeleer** - Professeur de droit, Chaire Jean-Monnet, Institut universitaire européen. **Nicolas de Sadeleer** - Professeur de droit, Chaire Jean-Monnet, Université Saint-Louis-Bruxelles. **José Manuel Sobrino Heredia** - Professeur de droit international, Chaire Jean-Monnet, Institut universitaire d'études européennes Salvador de Madariaga. **Marc Van Der Woude** - Vice-président du Tribunal de l'Union européenne ; Professeur à l'Université Erasmus de Rotterdam.

Comité scientifique

Membres : **Karine Aberemane** - Maître de conférences de droit public, Université de Tours. **Sébastien Adalid** - Professeur de droit public, Université du Havre. **Viviane de Beaufort** - Professeure de droit public et de droit des affaires, Chaire Jean-Monnet, Essec Business ; codirectrice du Centre européen en Droit et Économie. **Abdelkhaleq Berramdane** - Professeur de droit public, Université de Tours. **Claude Blumann** - Professeur émérite de droit public, Université Paris Panthéon-Assas. **Anne Cammilleri** - Professeur de droit public, Université Paris-Nord. **Enzo Canizzaro** - Professeur de droit public, Université Sapienza de Rome. **Nicolas Clinchamps** - Maître de conférences HDR de droit public, Université Paris-Nord. **Emmanuel Crabit** - Chef de l'unité « Politique de la justice et État de droit » à la Direction générale de la Justice et des Consommateurs, Commission européenne. **Patrick Daillier** - Professeur de droit public, Université Paris-Ouest Nanterre. **Peggy Ducoulombier** - Professeur de droit public, Université de Strasbourg ; Lecturer honoraire de l'Université d'Aberdeen. **Emmanuel François** - Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne. **Dimitrios Giotakos** - Chef de l'unité « Affaires juridiques » à la Direction générale Affaires Intérieures et migration, Commission européenne. **Laetitia Guilloud** - Professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes ; Responsable du département « études européennes » du CESICE (EA 2420). **Philippe Icard** - Professeur de droit public, Université de Bourgogne-Franche-Comté. **Nicolas Leron** - Docteur en science politique ; Chercheur associé au Centre d'études européennes de Sciences-Po Paris ; Président du think tank EuroCité. **Coralie Mayeur** - Maître de conférence de droit public, Université de Franche-Comté. **Maki Nishiumi** - Professeur de droit public, Université Chuo, Tokyo ; Professeur associé à l'Université Paris-Nord et de Tours. **Laura Pignataro** - Directrice au Service juridique de la Commission européenne. **Adelheid Puttler** - Professeur de droit public, Université de Bochum, Allemagne. **Aurélien Raccach** - Enseignant-Chercheur, Université catholique de Lille ; Fondateur du Global Legal Network. **Sébastien Roland** - Professeur de droit public, Université de Tours et IEP de Saint-Germain-en-Laye. **Marie-Clothilde Runavot** - Maître de conférences de droit public, Université de Cergy-Pontoise et IEP de Saint-Germain-en-Laye. **Manuel Szapiro** - Membre du Cabinet du Vice-Président Maroš Šefčovič, Commission européenne ; Professeur visiteur au Collège d'Europe.

© 2017 Éditions Clément Juglar

Les opinions exprimées dans cette Revue n'engagent que leurs auteurs

Éditorial

- Soixante ans du traité de Rome 5
T. von Danwitz

Chronique

- La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal en matière d'environnement 13
L. Krämer
- La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal en matière de contentieux institutionnels et interinstitutionnels 29
C. Blumann

Articles

- La justiciabilité du droit souple devant le juge administratif français et le juge de l'Union européenne 73
B. Lavergne
- Le renouvellement des contrats à durée déterminée des agents contractuels de l'Union européenne 113
P. Jacob
- Une dernière précision sur l'exception « in house » avant l'application des directives de 2014 ? 141
A. Deroudille
- Les rôles de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union après la dissolution du Tribunal de la fonction publique européenne 157
G. Gattinara
- Après le Brexit, le choc de la vague migratoire, le désenchantement des peuples européens... 171
V. de Beaufort
- La « primauté au provisoire » : une protection réelle du justiciable 189
J. Dupont-Lassalle

Une dernière précision sur l'exception « in house » avant l'application des directives de 2014 ?

L'arrêt *Undis Servizi*

(CJUE, 8 décembre 2016, *Undis Servizi* ; aff. C-553/15)

Alexis Deroudille,
Docteur en droit

SOMMAIRE

- I. La place de l'arrêt « *Undis Servizi* » au sein de la théorie de l'exception « in house »
 - A. L'état actuel de l'exception « in house »
 - B. Bref rappel des faits et de la procédure
 - II. L'apport de l'arrêt « *Undis Servizi* » : les précisions apportées par la Cour de justice sur les modalités de calcul de l'activité dédiée
 - A. L'apport de la première question préjudicielle : précisions sur l'imputation de l'activité réalisée au profit de collectivités non-actionnaires dans le calcul de l'activité dite « dédiée »
 - B. L'apport de la seconde question préjudicielle : la possibilité de comptabiliser l'activité déjà exercée avant la consolidation de la relation « in house »
- Conclusion

L'arrêt *Undis Servizi* de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 décembre 2016¹, dont il est question ici concerne les derniers développements de la jurisprudence relative à l'exception « in house », désormais intégrée à l'hypothèse des « entités appartenant au secteur public »,

1. CJUE, 8 décembre 2016, *Undis Servizi Srl c. Comune di Sulmona*, n° C-553/15.

conformément à l'expression employée dans les trois directives de 2014, relatives aux marchés publics et aux concessions².

Il est en effet question ici d'une situation dans laquelle il est possible de déroger aux obligations de publicité et de mise en concurrence, lorsque l'opérateur avec lequel traite le pouvoir adjudicateur est un « opérateur interne », objet de la part de ce pouvoir adjudicateur, d'un contrôle « analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services », et qui réalise avec lui l'« essentiel de son activité »³.

C'est principalement la question relative à l'essentiel de l'activité qui a posé problème ici, et au sujet de laquelle la Cour de justice a apporté certains éléments de réponse intéressants.

Après avoir brièvement rappelé les caractéristiques de l'exception « in house », ainsi que les faits et la procédure ayant donné lieu à cette affaire (I), l'on s'intéressera successivement à l'apport de chacune des deux questions préjudicielles, posées par le Conseil d'État italien (« Consiglio di Stato »), auxquelles la Cour de justice a répondu (II).

I. La place de l'arrêt « *Undis Servizi* » au sein de la théorie de l'exception « in house »

A. L'état actuel de l'exception « in house »

Initialement apparue dans le cadre des marchés publics, l'exception « in house » a depuis été étendue aux concessions⁴, et a connu une certaine postérité jurisprudentielle⁵ devant la Cour de justice, qui n'a pas hésité, le cas échéant, à en faire application, que ce soit dans le cas de questions préjudicielles ou de contentieux initiés par la Commission.

2. Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, JOUE C 191 du 29 juin 2012, p. 84, article 12 ; directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L 94/65, article 17 ; directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE L 94 du 28 mars 2014, article 28.

3. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c. commune de Viano, Azienda et Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, pts 49 et 50.

4. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, Rec. I-8585, pt. 61.

5. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03 ; CJCE, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes c. République d'Autriche*, aff. C-29/04, Rec. p. I-9722 ; CJCE, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, aff. C-410/04, Rec. p. I-3311 ; CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/0 ; CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, I-3034 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-371/05 ; CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, affaire C-324/07, Rec. 2008, p. I-08457, pt. 48 ; CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl c. Comune di Ponte Nossa*, aff. C-573/07 ; CJUE, 29 novembre 2012, *Econord Spa c. Cnes de Cagno, Varese et Solbiate* aff. jtes. C-182/11 et C-183/11 ; CJUE, 13 juin 2013, *Piepenb* ; 29 novembre 2012, *Econord Spa*

Ces conditions n'ont jamais été connues. Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur ses propres services propres, être exercé à la majorité par les personnes physiques ou morales pas individuellement, structure qu'il se doit d'être effectif : les décisions de décision, sans majorité⁷.

De la même manière, plusieurs collectivités locales, le pouvoir adjudicateur, mais pour pouvoir être effectivement consacré à la sur le marché commun. *Asemfo* la Cour de justice pour le compte de l'État a rabaisé à seulement.

Les conditions d'être codifiées et précises. Ces dispositions « in house » doivent de participation et de sévérité.

(Suite note 5)

c. *Cnes de Cagno, Varese et Solbiate*, aff. jtes. C-182/11 et C-183/11 ; CJUE, 13 juin 2013, *Piepenb* ; 29 novembre 2012, *Econord Spa*

6. Arrêt *Coditel Brabant*

7. Arrêt *Econord Spa*

8. Arrêt *Carbotermo*

9. En effet, alors que l'exception « in house » a une portée d'influence ou de blocage, elle est abstraite, toute partie

ives aux marchés
er aux obligations
voir adjudicateur
ontrôle « analogue
de son activité »³.
problème ici, et
intéressants.
use », ainsi que
successivement
il d'État italien

sein de

se » a depuis été
devant la Cour
dans le cas de

trats de concession,
du 26 février 2014,
directive 2014/25/UE
opérant dans les
CE, JOUE L 94 du

di Reggio Emilia,

européennes c.
giatori (ANAV) c.
400 ; CJCE, 19 avril
ción del Estado, aff.
C-371/05 ; CJCE,
ec. 2008, p. I-08457,
12, Econord Spa c.
2012, Econord Spa

Ces conditions réciproques à l'exercice d'un *contrôle analogue* et à l'*activité dédiée* ont toutefois connu un certain nombre d'aménagements. Ainsi, le contrôle que le pouvoir adjudicateur doit exercer sur sa personne morale « in house », et qui doit être analogue à celui exercé sur ses propres services peut, dans le cas d'un opérateur détenu simultanément par plusieurs actionnaires, être exercé conjointement, c'est-à-dire collectivement dans le cadre de décisions prises à la majorité par ces actionnaires, auxquelles la collectivité adjudicatrice doit participer, et non pas individuellement par chaque collectivité prise séparément⁶. C'est précisément de ce type de structure qu'il sera question dans la présente affaire. Ce contrôle conjoint se doit néanmoins d'être effectif : les collectivités les plus minoritaires doivent réellement participer au processus de décision, sans que celui-ci ne repose uniquement sur le pouvoir d'initiative de la collectivité majoritaire⁷.

De la même manière, dans l'hypothèse de l'exercice conjoint du *contrôle analogue* par plusieurs collectivités, l'activité n'a pas besoin d'être principalement dédiée à un seul pouvoir adjudicateur, mais peut l'être à l'ensemble d'entre eux, là encore pris collectivement⁸. De plus, pour pouvoir être considérée comme *dédiée*, l'activité en question n'a pas besoin d'être exclusivement consacrée au pouvoir adjudicateur. Une activité accessoire réalisée à titre complémentaire sur le marché concurrentiel peut être acceptée à condition qu'elle reste limitée. Dans un arrêt *Asemfo* la Cour de justice a ainsi considéré qu'une entreprise qui réalisait 90 % de son activité pour le compte de l'État espagnol lui dédiait l'*essentiel de son activité*. Plus tard, ce chiffre a été rabaisé à seulement plus de 80 % de l'activité dans les directives de 2014.

Les conditions relatives à l'hypothèse de l'exception « in house » n'ont en effet pas manqué d'être codifiées au sein des directives de 2014, lesquelles y ont apporté un certain nombre de précisions. Ces directives ont notamment détaché la condition selon laquelle la personne morale « in house » doit être entièrement détenue par des actionnaires publics, à l'exception des formes de participations « sans capacité de contrôle ou de blocage », autrefois appréciée – avec davantage de sévérité d'ailleurs⁹ – dans le cadre de l'exercice du *contrôle analogue*.

(Suite note 5)

c. *Cnes de Cagno, Varese et Solbiate*, aff. jtes. C182/11 et C183/11 ; CJUE, 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG c. Kreis Düren*, aff. C-386/11 ; CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, aff. C-15/13 ; CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c. Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, aff. C-574/12.

6. Arrêt *Coditel Brabant* précité ; arrêt *Sea* précité.

7. Arrêt *Econord* précité.

8. Arrêt *Carbotermo* précité.

9. En effet, alors que les directives admettent aujourd'hui la participation de capitaux privés « neutralisés », sans pouvoir d'influence ou de blocage, la jurisprudence antérieure tendait à exclure systématiquement, sur la base d'une appréciation *in abstracto*, toute participation privée, même dépourvue d'un tel pouvoir.

Bien que le délai de transposition des directives de 2014, dont le terme était fixé le 18 avril 2016¹⁰, ait aujourd'hui expiré, la Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion d'en faire application dans ce type de litige. La présente affaire, dont les faits, pourtant postérieurs à leur adoption, remontaient à septembre 2014, ne lui en a hélas pas donné l'occasion. Toutefois, comme on va le voir, le Conseil d'État italien, bien qu'il n'en n'ait pas fait application, considéré que les dispositions de telles directives étaient importantes pour le règlement du litige.

B. Bref rappel des faits et de la procédure

C'est encore de l'Italie dont il est question dans l'affaire en cause, et du tri des déchets. Comme le rappelle la Cour de justice dans cet arrêt, la commune de Sulmone¹¹, située dans les Abruzzes, avait choisi, par une délibération en date du 30 septembre 2014, d'attribuer la gestion de son cycle intégré des déchets urbains¹², à une société à capital entièrement public, la société Cogesa. Cette société était détenue par plusieurs communes de la région des Abruzzes (« Regione Abruzzo »), dont la commune de Sulmone, à une hauteur de 200 actions sur 1200, soit une participation d'environ 16,6 % du capital.

Le 30 octobre 2014, les collectivités territoriales associées au sein de cette société conclurent une convention en vue d'exercer conjointement sur elle un *contrôle analogue* à celui qu'elles exerçaient sur leurs propres services. À cette date, le contrat d'attribution de services entre la société Cogesa et la commune de Sulmone n'avait pas encore été signé.

C'est cette décision d'attribution du marché à la société Cogesa par la commune de Sulmone qui fit l'objet d'un recours de la part d'une société concurrente, la société Undis. Celle-ci faisait en effet valoir que la condition tenant au *contrôle analogue* exercé par la commune de Sulmone sur la société Cogesa n'aurait pas été remplie, la convention portant sur un tel contrôle ayant été signée postérieurement à la décision d'attribution.

Surtout, c'est la condition relative à *l'essentiel de l'activité* qui posait problème en l'espèce. En effet, la région des Abruzzes avait fait obligation à la société Cogesa, en vertu des principes d'autosuffisance, de subsidiarité et de proximité, de traiter et de valoriser les déchets urbains, non seulement de ses collectivités actionnaires, mais encore d'un certain nombre d'autres communes qui, sans doute plus petites ou moins fortunées, n'étaient pas actionnaires de la société. Ainsi, cette société se trouvait devoir travailler, non seulement pour le compte de ses collectivi-

10. Directive 2014/23/UE, article 51 ; directive 2014/24/UE, article 90.

11. Lieu de naissance d'Ovide.

12. L'on entend par « gestion intégrée », dans le domaine de l'environnement, une gestion qui tend à incorporer l'ensemble des dimensions en jeu, à la fois, sociales, environnementales, économiques etc... La gestion intégrée des déchets tend donc à prendre en charge l'intégralité du cycle de prise en charge des déchets urbaine : collecte, tri, recyclage, redistribution des matières premières, ventes – le cas échéant à caractère social etc ; L. Rocher, « Les contradictions de la gestion intégrée des déchets urbains : l'incinération entre valorisation énergétique et refus social », *Revue Flux*, 2008/4, n° 74, pp. 22-29.

tés action
tion se p
collectivi
au profit

Cette
pouvoir s
analogue
Or, dans
vérifiée
des pouv
l'activité

La soc
collectivi
profit de
s'élevait

Le déc
Dans la
conclue l
dont celu
question
également

L'affair
(« *Tribun*
présenté
conventi
comme e
logue exe
té était e
la société
actionna
des colle
sant 90 %

La soc
(« *Consig*
Conseil c

13. CJCE

était fixé le 18 avril
n d'en faire applica-
érieurs à leur adop-
a. Toutefois, comme
n, considéré que les
tège.

du tri des déchets.
sione¹¹, située dans
2014, d'attribuer la
ièrement public, la
région des Abruzzes
0 actions sur 1200,

la société conclurent
que à celui qu'elles
de services entre la

commune de Sulmone
Undis. Celle-ci faisait
commune de Sulmone
en tel contrôle ayant

problème en l'espèce.
vertu des principes
des déchets urbains,
nombre d'autres com-
naires de la société.
pte de ses collectivi-

ad à incorporer l'ensemble
des déchets tend donc
yclage, redistribution des
de la gestion intégrée des
74, pp. 22-29.

tés actionnaires, mais encore pour un certain nombre de collectivités non-actionnaires. La ques-
tion se posait donc de savoir de quelle manière cette activité, qui n'était ni réalisée au profit des
collectivités actionnaires, ni exercée en tant qu'opérateur banalisé sur le marché concurrentiel
au profit de tiers, devait être comptabilisée dans le bilan de l'appréciation de l'*activité dédiée*.

Cette question était déterminante dans la mesure où, comme on l'a dit précédemment, pour
pouvoir satisfaire les conditions de la relation « in house », la personne morale objet du *contrôle*
analogue doit réaliser avec celle ou celles exerçant un tel contrôle l'*essentiel de son activité*.
Or, dans un arrêt *Asemfo* de 2007, la Cour de justice de l'Union européenne n'avait pu estimer
vérifiée cette condition que dans le cas d'une société réalisant 90 % de son activité au profit
des pouvoirs adjudicateurs actionnaires¹³, seuil ultérieurement abaissé à « plus de 80 % » de
l'activité par les directives de 2014.

La société Undis, concurrente de la Cogesa, soutenait que l'activité exercée au profit des
collectivités non-actionnaires devait être comptabilisée, et assimilée à une activité réalisée au
profit de tiers, si bien que l'activité réalisée par la Cogesa pour ses collectivités actionnaires ne
s'élevait plus qu'à 50 % de son activité totale.

Le décompte de l'*activité dédiée* posait également un autre problème dans ce cas d'espèce.
Dans la mesure où la convention portant sur la consolidation de l'activité « in house » avait été
conclue le 30 octobre 2014, soit postérieurement à la décision d'attribution de certains marchés,
dont celui conclu par la commune de Sulmone le 30 septembre 2014. Ainsi, se posait encore la
question de savoir si l'activité passée exercée au profit des collectivités actionnaires devait être
également prise en compte au titre de l'*activité dédiée*.

L'affaire ayant été portée devant le Tribunal administratif de la Région des Abruzzes
(« *Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo* ») celui-ci ne retint pas le raisonnement
présenté par la société Undis. Cette juridiction considéra non seulement que, compte tenu de la
convention qui avait été signée le 30 octobre 2014, la commune de Sulmone devait être regardée
comme exerçant de manière conjointe avec les autres collectivités actionnaires, un *contrôle ana-*
logue exercé sur ses propres services, mais encore que la condition tenant à l'*essentiel de l'activi-*
té était elle aussi remplie. En effet, le tribunal considéra que, pour apprécier l'activité totale de
la société Cogesa par rapport à laquelle la fraction d'*activité dédiée* aux pouvoirs adjudicateurs
actionnaires devait être appréciée, il ne fallait pas tenir compte de l'activité réalisée au profit
des collectivités non actionnaires, si bien que cette société pouvait être regardée comme réali-
sant 90 % de son activité dans le cadre des missions confiées par ces pouvoirs adjudicateurs.

La société Undis SPA fit alors appel de ce jugement devant le Conseil d'État italien
(« *Consiglio di Stato* »). Confronté aux difficultés d'interprétation précédemment évoquées, le
Conseil d'État italien considéra que, si pour répondre à cette question, il ne pouvait faire appli-

13. CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, pt. 63.

cation des directives de 2014, les dispositions de ces directives étaient toutefois importantes au regard des nécessités tenant à la résolution du litige.

Le Conseil d'État observa qu'aucune disposition des directives en question ne permettait de répondre à la question qui était relative à l'imputation de la part d'activité réalisée au profit des collectivités non-actionnaires. C'est en l'absence d'une telle information à ce sujet dans les directives qu'il décida de s'adresser à la Cour de justice de l'Union européenne.

Toujours au sujet de la condition tenant à *l'essentiel de l'activité*, le Conseil d'État demanda encore à la Cour si l'activité réalisée par la société Cogesa au profit de ses collectivités actionnaires avant la signature de la convention établissant à proprement parler le *contrôle analogue* et la relation « in house » devait être effectivement comptabilisée.

C'est donc de ces deux questions préjudicielles que fut saisi la Cour de justice de l'Union européenne. Ce sont ces deux questions préjudicielles que l'on va étudier ici successivement.

II. L'apport de l'arrêt « *Undis Servizi* » : les précisions apportées par la Cour de justice sur les modalités de calcul de l'activité dédiée

A. L'apport de la première question préjudicielle : précisions sur l'imputation de l'activité réalisée au profit de collectivités non-actionnaires dans le calcul de l'activité dite « dédiée »

Alors que la condition tenant à la vérification du *contrôle analogue* vise à assurer l'existence d'une véritable continuité fonctionnelle entre les deux personnes en jeu, et l'absence de recroisement de deux volontés autonomes – la relation « in house » s'assimilant en quelque sorte à un « non-contrat »¹⁴, ou, pour reprendre l'expression de M. le Professeur Delvolvé, à un « contrat avec soi-même »¹⁵ –, la condition qui lui est réciproque, relative à *l'essentiel de l'activité* revêt quant à elle une finalité d'ordre économique. Le droit de l'Union européenne entend ainsi éviter qu'en intervenant comme un opérateur économique sur le marché, la personne « in house », qui jouit en quelque sorte d'une rente du fait de sa position privilégiée au regard des prestations qu'elle réalise pour le compte de ses collectivités contrôlantes, en tire un avantage indu, et crée

14. J.-M. Peyricol, « Que reste-t-il du "in house" ? » ; *RFDA*, 2005 p. 955 ; voir aussi M. Peltier, « Les prestations "in house" entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle ? », *LPA*, 2006, n° 14, p. 6.

15. P. Delvolvé, « Marchés publics : les critères des contrats maison », *Rev. dr. UE*, 2002, p. 55.

des distorsions
longuement ce

Cette condit
aujourd'hui les
une fraction de
rentiel, tant q
– sans que l'or
entre ces deux
d'étanchéité co

La plupart d
tives de 2014 r
activité dite «
l'activité réalis
devait être reg
justice de l'Uni
que cette activi
de précisions, c
regardée comm
moins de 10 % d
actionnaires¹⁹.

Longtemps, c
de 10 %, l'activ
d'une relation «

16. « L'exigence qu
objet de garantir qu
collectivités est activ
prise n'est pas nécess
les collectivités qui la
opérateurs. En revan
seules collectivités, il
par le souci de présen

17. Conclusions de
2006, I-3001, pt. 111
publiques : éléments

in house et aides d'Ét

18. Arrêt *Carboterr*.

19. Arrêt *Asemfo* p

des distorsions à la concurrence. Dans le présent arrêt, la Cour de justice rappelle d'ailleurs longuement cette justification¹⁶.

Cette condition est toutefois appréciée avec une certaine souplesse, la jurisprudence, et aujourd'hui les directives n'excluant pas la possibilité, pour la personne « in house » d'exercer une fraction de cette activité en tant qu'opérateur économique banalisé sur le marché concurrentiel, tant que celle-ci demeure minoritaire – jusqu'à « moins de 20 % de l'activité totale » – sans que l'on ait encore résolu, d'ailleurs, la question de savoir si les éventuels transferts entre ces deux activités doivent ou non être considérés comme des « aides d'État », en l'absence d'étanchéité comptable et juridique¹⁷.

La plupart des litiges qui s'étaient posés devant la Cour de justice, jusqu'à ce que les directives de 2014 ne viennent clarifier la question concernaient en effet la répartition entre cette activité dite « dédiée » réalisée au profit des seules collectivités publiques actionnaires, et l'activité réalisée au profit de tiers, en particulier le seuil chiffré à partir duquel cette condition devait être regardée ou non comme vérifiée. Si, dans l'arrêt *Carbotermo*, de 2006, la Cour de justice de l'Union européenne avait pu se contenter d'affirmer, d'une manière assez imprécise, que cette activité devait revêtir un « caractère marginal »¹⁸, celle-ci apporta par la suite plus de précisions, dans son arrêt *Asemfo*, de 2007 en considérant que cette condition pouvait être regardée comme vérifiée dans le cas d'une activité complémentaire ne représentant qu'un peu moins de 10 % de l'ensemble de l'activité réalisée, le reste étant réalisé au profit des collectivités actionnaires¹⁹.

Longtemps, cette jurisprudence *Asemfo* a d'ailleurs pu laisser croire qu'au-delà de ce seuil de 10 %, l'activité complémentaire exercée sur le marché était incompatible avec l'existence d'une relation « in house ». Récemment encore, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Centro*

16. « L'exigence que la personne en cause réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent a pour objet de garantir que la directive 2004/18 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. 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 ou les collectivités qui la détiennent, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs. En revanche, lorsque les prestations de cette entreprise sont substantiellement destinées à cette seule ou à ces seules collectivités, il apparaît justifié que cette entreprise échappe aux contraintes de la directive 2004/18, celles-ci étant dictées par le souci de préserver une concurrence qui n'a, en ce cas, plus lieu d'être » ; arrêt *Undis*, pt. 33.

17. Conclusions de M. l'avocat général Geelhoed, présentées le 28 septembre 2006, dans l'affaire *Asemfo*, aff. C-295/05, Rec. 2006, I-3001, pt. 111 ; voir aussi à ce sujet, E. Fatôme, A. Menemenis, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA*, 2006, p. 67, voir p. 75 ; F. Olivier, J.-L. Lesquins, « Nouvelles directives européennes, in house et aides d'État », *Contrats et Marchés publics*, n° 8-9, août 2014, étude 8.

18. Arrêt *Carbotermo* précité, pt. 63.

19. Arrêt *Asemfo* précité, pt. 63.

Hospitalar, de 2014, l'avocat général Mengozzi avait pu encore estimer cette activité incompatible lorsqu'elle représentait exactement 20 % de l'activité totale²⁰.

Toutefois, dans le cas présent, la question ne limitait pas l'alternative habituelle entre les activités de marché et les activités « in house », c'est-à-dire, entre l'activité réalisée pour le compte de clients, dans une optique de profit, et l'activité réalisée pour le compte des personnes morales contrôlantes, mais impliquait une troisième catégorie de personnes qui ne relevaient ni de l'une ni de l'autre des deux précédentes : les collectivités non-actionnaires de la personne morale « in house », envers lesquelles celle-ci était toutefois obligée en raison de ses objectifs d'intérêt général. Comment fallait-il, en effet, comptabiliser l'activité réalisée pour le compte de ces personnes dans le bilan du décompte de l'activité dédiée réalisée par la Cogesa ? La réponse à cette question était déterminante pour cette société, dans la mesure où selon le raisonnement choisi, la relation « in house » était, ou non vérifiée.

En effet, trois options différentes s'offraient à la Cour de justice. Tout d'abord, cette activité réalisée au profit de sociétés non-actionnaires pouvait être assimilée à l'activité exercée sur le marché concurrentiel au profit de tiers. Dans un tel cas, le volume d'activité dédiée de la société Cogesa était nettement minoré. En effet, l'activité réalisée pour les collectivités non-actionnaires, considérées comme des tiers, venait alors augmenter le volume d'activité totale de la Cogesa, pour un volume d'activité dite « dédiée », consacrée personnes morales actionnaires constant, qui diminuait ainsi de manière relative. Dans une telle hypothèse la Cogesa ne pouvait être regardée que comme n'exerçant que 50 % de son activité pour le compte de ses actionnaires, soit un pourcentage très en deçà du seuil de « plus de 80 % » exigé par les directives de 2014 pour la reconnaissance d'une relation « in house ».

Bien qu'elle ne fut pas évoquée dans les débats, la deuxième option, diamétralement opposée à la première, aurait consisté à rattacher l'activité réalisée au profit de collectivités non-actionnaire à l'activité dite « dédiée », réalisée pour le compte des collectivités actionnaires exerçant leur *contrôle analogue* sur la personne morale « in house » – sous réserve du fait, bien sûr, que ces collectivités non-actionnaires puissent justifier de leur participation à un *contrôle analogue* effectif sur la société Cogesa. Il va sans dire que, dans un tel cas, le volume de l'activité dédiée aurait été porté très nettement au-dessus de 90 % de l'activité totale de la société Cogesa.

Bien que la Cour n'ait pas même évoqué cette deuxième option, celle-ci était loin d'être aberrante au regard de sa propre jurisprudence. En effet, cette activité se rattachait bien à une activité d'intérêt général, réalisée dans le cadre des obligations relevant de la sphère publique et non pas à une activité de profit réalisée sur le marché. Il est difficile de concevoir, en effet, comment l'exercice d'une telle activité serait susceptible de créer des distorsions à la concurrence.

20. Conclusions de M. l'avocat général, présentées le 27 février 2014, dans l'affaire *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c. Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, aff. C-574/12, pt. 62.

tivité incompa-
nelle entre les
alisée pour le
des personnes
ne relevaient
de la personne
de ses objectifs
r le compte de
a ? La réponse
raisonnement

cette activité
é exercée sur
é dédiée de la
activités non-
tivité totale de
s actionnaires
ogesa ne pou-
de ses action-
tives de

ment opposée
s non-action-
ires exerçant
bien sûr, que
rôle analogue
activité dédiée
Cogesa.
n d'être aber-
en à une acti-
e publique et
en effet, com-
concurrence.

bal, EPE Serviço
C-574/12, pt. 62.

Ensuite, avant l'arrêt *Econord*, de 2012, lequel a rappelé que le *contrôle analogue* exigeait la participation, *tant aux organes de direction qu'au capital* de la personne morale contrôlée²¹, exigence reprise dans les directives de 2014, il n'avait pas toujours été exclu que la relation « in house » puisse se réaliser en dehors de toute participation capitalistique de l'entité contrôlante, dès lors que les collectivités non-actionnaires satisfaisaient les deux conditions précédemment rappelées. C'est ainsi que la Cour avait pu considérer comme vérifiée cette relation pour des collectivités qui ne détenaient qu'une fraction pratiquement symbolique de leur personne morale « in house », comme dans l'arrêt *Asemfo*, où celle-ci ne s'élevait qu'à 0,25 % du capital. Ce point de vue avait pu même être envisagé, un temps par certains des Avocats généraux²², en dépit de l'ancienne jurisprudence *Coname*²³, de 2005, qui avait semblé, avant l'arrêt *Econord*, exiger un seuil d'intensité capitalistique minimale. D'ailleurs, une telle conception était en adéquation avec une approche dite « privatiste » selon laquelle les contours de la relation « in house » auraient été ceux de l'*affectio societatis*, ou sphère d'influence publique.

Surtout, dans cette affaire, la réalisation de telles missions au profit des collectivités actionnaires ne relevait non pas de l'expression de la volonté de la société Cogesa, mais lui était imposée de manière unilatérale, sur la base d'obligations légales tirées des principes d'auto-suffisance, de subsidiarité et de proximité précédemment évoqués. Or, l'on sait l'importance de ce caractère d'obligation unilatérale aux yeux de la Cour, dans la détermination de l'existence d'une relation interne. Dans un arrêt dit « *Correos* », de 2007 la Cour n'avait d'ailleurs pas hésité à caractériser une telle relation sur cette seule base, sans même rechercher si l'entité en question, qui pouvait alors être qualifiée de « service instrumental », réalisait avec les pouvoirs adjudicateurs la détenant *l'essentiel de son activité*²⁴.

Enfin, à mi-chemin entre les deux solutions précédemment évoquées, une troisième option, plus modérée, s'offrait encore à la Cour de justice. Elle consistait à ne pas comptabiliser du

21. Arrêt *Econord*, de 2012, précité, pt. 33.

22. « Une telle réponse négative a certes été apportée depuis par l'arrêt *Coname*, en 2005, car une participation à hauteur de 0,97 % du capital social a été considérée comme insuffisante.

L'arrêt *Asemfo* a toutefois clairement montré que l'importance de la participation d'une collectivité publique individuelle à une structure de coopération de collectivités publiques ne fait pas (plus) fonction d'indicateur de la possibilité de contrôle. La Cour a expressément précisé qu'une participation même aussi faible que, par exemple, 0,25 % du capital d'une telle structure (1 % du capital était détenu par quatre Communautés autonomes, disposant chacune d'une action) ne s'oppose pas à ce que l'on puisse considérer, vis-à-vis de l'ensemble des collectivités territoriales affiliées, que ladite structure réalise une mission de services quasi -interne » ; conclusions de Mme l'avocat général Verica Trstenjak présentées le 4 juin 2008 dans l'affaire *Coditel Brabant*, précitée, pts. 70 et 71.

23. CJCE, 21 juillet 2005, *Coname c. Padania Acque SpA* ; C-231/03 ; pts 23 et 24.

24. CJCE, 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado*, dit « *Correos* », aff. C-220/06 ; S. Chavarochette-Boufferet, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du in house ? », *AJDA*, 2008 p. 2147.

tout l'activité réalisée pour le compte des collectivités non-actionnaires, et à ne prendre en compte, pour le chiffre d'activité totale, que l'activité dédiée précédemment évoquée, réalisée pour le compte des collectivités actionnaires exerçant un *contrôle analogue*, et l'activité exercée pour le compte d'autres personnes morales que les collectivités territoriales, actionnaires ou non-actionnaires. L'activité dédiée s'élevait alors à 90 % de l'activité totale, chiffre pleinement compatible avec l'existence d'une relation « in house ». C'est là d'ailleurs la solution que retint le tribunal administratif italien, pour qui la Cogesa entretenait une relation « in house » effective avec ses collectivités actionnaires.

Malheureusement pour la société Cogesa, c'est la première option, la plus défavorable, que choisit la Cour de justice. Elle considéra en effet, à la suite d'un long raisonnement qui lui donna l'occasion de rappeler la justification de l'exception « in house » et de ses différentes conditions, que l'activité réalisée au profit des collectivités publiques non associées devait être assimilée à une activité réalisée au profit de tiers, à la manière d'une activité exercée sur le marché concurrentiel, quand bien même celle-ci aurait été adressée à des personnes morales relevant de la sphère publique, dans le cadre d'obligations de service public²⁵.

Une telle solution n'est pas sans rappeler celle retenue dans l'arrêt *Centro Hospitalar* de 2014, dans lequel la Cour de justice a assimilé à des actionnaires privés, incompatibles avec l'exercice d'un *contrôle analogue*, un certain nombre d'institutions caritatives, qui détenaient des parts dans le capital d'une personne morale « in house »²⁶. L'avocat général Mengozzi, suivi par la Cour, avait alors affirmé qu'aussi louables soient-ils, les objectifs poursuivis par de telles institutions ne pouvaient être regardés comme relevant de missions de service public²⁷.

Sans surprise, dans le présent arrêt, la Cour de justice s'inscrit toujours dans le rejet d'une conception dite « privatiste » de la relation « in house », dont les contours s'identifieraient avec ceux, plus ou moins larges, d'une sphère d'influence publique, ou *affectio societatis* publique. L'on sait en effet que, dans le domaine du droit de la concurrence, l'unité économique entre les sociétés mères et leurs filiales – qui est, *mutatis mutandis*, au droit de la concurrence, ce

que l'exception lors que le cap étant suffisant droit de la com nécessaire à la être suffisant blement à un aucune maniè

Toutefois, il assimile l'acti réalisée au pr société Cogesa ment de la sa de participati celles-ci ne pa intelligibleme que c'est prin lectivités à de

Certes, l'on directives de de leur absen cipation, tant

Toutefois, l' naires, avaien société Cogesa tation au sein

25. Arrêt *Undis*, pts 35 et 38.

26. CJCE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal*, précité, pts. 36, 37 et 39 ; S. Brammeret, « Association et in house : un rendez-vous manqué », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 41, 13 octobre 2014, 2279 ; W. Zimmer, « Relation in house et critère du contrôle analogue », *Contrats et Marchés publics*, n° 10, octobre 2014, comm. 256 ; D. Simon, « Exception « in house ». Services hospitaliers », *Europe*, n° 8-9, août 2014, comm. 332.

27. Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Centro Hospitalar*, précitées.

28. Voir notamr pt. 62 ; CJCE, 25 européennes, aff. n'est pourtant pas principe de solidar péen », *Revue du c en droit de l'Union*

29. « Par conséq pas associées de C renvoi, il n'existe justifie selon la ju adjudicateur et l'e

que l'exception « in house » est au droit de la commande publique²⁸ – peut être présumée dès lors que le capital de ces dernières est entièrement détenu par les sociétés mères, un tel indice étant suffisant pour caractériser l'« influence déterminante » de la société mère sur sa filiale. En droit de la commande publique, si l'existence d'une *affectio societatis* publique est une condition nécessaire à la caractérisation d'une relation « in house », celle-ci ne saurait en aucune manière être suffisante. Quand bien même les collectivités en question se rattacheraient indiscutablement à une telle sphère d'influence publique, l'activité réalisée à leur profit ne saurait en aucune manière être assimilée à l'activité dédiée exigée pour réaliser une telle relation.

Toutefois, il est tout à fait intéressant de noter que, si, dans le présent arrêt, la Cour de justice assimile l'activité exercée au profit de collectivités territoriales non-actionnaires à une activité réalisée au profit de tiers, c'est-à-dire, pratiquement à l'activité concurrentielle exercée par la société Cogesa sur le marché – et cela alors même que cette activité résulte pourtant précisément de la satisfactions de missions de service public – ce n'est pas tant en raison de l'absence de participation de ces collectivités non actionnaires au capital de cette société que parce que celles-ci ne participent pas à l'exercice conjoint du *contrôle analogue*. En effet, il ressort très intelligiblement du raisonnement de la Cour de justice, en particulier du point 33 de son arrêt que c'est principalement cette absence de *contrôle analogue* qui cause l'assimilation de ces collectivités à des tiers²⁹.

Certes, l'on ne peut nier que, conformément à la jurisprudence *Econord* précitée, ainsi qu'aux directives de 2014, cette absence de *contrôle analogue* conjoint des collectivités en cause résulte de leur absence de participation au capital, un tel contrôle étant vérifié dans le cas de la participation, *tant aux organes de direction qu'au capital*.

Toutefois, l'on peut se demander ce qu'il serait advenu si ces collectivités, bien que non-actionnaires, avaient, s'étaient vu reconnaître le droit, en vertu de la convention signée entre la société Cogesa et les collectivités actionnaires, de participer effectivement, et par leur représentation au sein des organes de direction, au contrôle exercé conjointement sur la société Cogesa.

28. Voir notamment CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel c. Commission des communautés européennes*, aff. C-97/08 P, pt. 62 ; CJCE, 25 octobre 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Commission des Communautés européennes*, aff. 107/82, Rec. 3151, pt. 50 ; cette comparaison entre l'unité économique entre les sociétés mères et leurs filiales n'est pourtant pas très fréquente dans la doctrine. Voir notamment Pierre-Yves Monjal, « La fonction juridique suspensive du principe de solidarité ; Remarques sur la juridicité neutralisante d'un principe social dans l'environnement concurrentiel européen », *Revue du droit de l'Union européenne*, 1/2013, voir note 104 ; voir aussi, A. Deroudille, « La notion d'unité économique en droit de l'Union européenne », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 2016-3.

29. « Par conséquent, à la lumière de cette jurisprudence, dans l'affaire au principal, les collectivités territoriales qui ne sont pas associées de Cogesa doivent être considérées comme des tiers. En effet, selon les indications figurant dans la décision de renvoi, il n'existe aucun rapport de contrôle entre ces collectivités et cette société, de sorte que le lien interne particulier, qui justifie selon la jurisprudence de la Cour l'exception en ce qui concerne les attributions dites « in house », entre le pouvoir adjudicateur et l'entité adjudicataire fait défaut », arrêt *Undis*, pt. 33.

Il est certain qu'un tel *contrôle analogue* aurait été vérifié, *a minima*, si ces collectivités avaient détenu une part ne serait-ce que symbolique du capital de la Cogesa.

Enfin, la Cour de justice ne manque pas également de relever que les prestations réalisées au profit des collectivités non-actionnaires résultaient d'obligations légales, imposées unilatéralement à la Cogesa. Bien que la Cour apporte formule à ce sujet toujours la même objection, cette prise en compte révèle l'importance d'un tel élément.

B. L'apport de la seconde question préjudicielle : la possibilité de comptabiliser l'activité déjà exercée avant la consolidation de la relation « in house »

La question de la prise en compte de l'activité des collectivités non-actionnaires n'était pas la seule qui se posait à la Cour de justice. En effet, les faits ayant donné lieu à l'arrêt Undis posaient également un autre problème de taille : c'est seulement le 30 octobre 2014 que la convention portant sur la consolidation de la relation « in house » a été conclue entre l'ensemble des collectivités actionnaires et la société Cogesa. Or, à cette date, celle-ci avait déjà commencé à exécuter un certain nombre de ses prestations avec ses collectivités actionnaires, y compris la commune de Sulmone, avec laquelle elle avait signé un marché le 30 septembre 2014, soit un mois auparavant.

Ainsi, la question se posait de savoir si cette activité réalisée avant la concrétisation d'une relation du *contrôle analogue*, ou du moins sa formalisation, devait être comptabilisée dans le cadre de l'*activité dédiée*, propre à caractériser la relation « in house ».

Là encore, la Cour de justice disposait, en somme de trois options. La plus sévère consistait tout d'abord ne comptabiliser strictement que l'activité réalisée au profit des collectivités actionnaires à partir du 30 octobre 2014, soit la date de consolidation de la relation « in house », par la convention précitée, et à refuser de prendre en considération toutes les prestations commencées avant cette date.

À l'opposé, la Cour de justice pouvait au contraire comptabiliser l'ensemble de l'activité réalisée au profit de ces collectivités avant l'entrée en vigueur de la convention formalisant le *contrôle analogue* des collectivités sur la société Cogesa.

Enfin, comme pour la première question préjudicielle, une troisième option aurait consisté à opérer une distinction, au sein des prestations en cause, entre celles qui étaient toujours en cours au moment de la consolidation du *contrôle analogue* au moment de la conclusion de la convention du 30 octobre 2014, et celles qui étaient au contraire déjà achevées à cette date. Seules les premières auraient pu être comptabilisées au titre de l'activité dédiée.

Contrastant avec son approche de la résolution de la première question préjudicielle, c'est ici la solution la plus clémente qu'a retenue la Cour de justice, puisqu'elle a considéré, au

point 4
house »
tances
exercé
le 30 o
même

Avar
entre l
établis
duisan
assuré
que le
respec
obliga

Le 1
dence
actual
son ca
court
même
voire
de la
de so
que c
D'une

30. «
vité po
à celui
parmi
qu'un

31. «
les col
assuré
des ac
la réa
de l'a
effet »
32.
prése

point 42 de son arrêt, qu'il convenait de prendre en compte, pour déterminer si la personne « in house » dédiait bien l'essentiel de son activité à ses collectivités actionnaires, toutes les circonstances d'espèce, y compris l'activité réalisée par cette personne avant que le *contrôle analogue*, exercé conjointement, ne soit devenu effectif³⁰. Ainsi, l'ensemble des prestations débutées avant le 30 octobre 2014 peuvent être comptabilisées au titre de cette *activité dédiée*, quand bien même elles auraient été achevées à cette date.

Avant de parvenir à une telle conclusion, la Cour de justice opère néanmoins une distinction entre les prestations encore en cours d'exécution au moment de la signature de la convention établissant le *contrôle analogue*, le 30 octobre 2014, et celles déjà achevées à cette date, introduisant ainsi une certaine nuance dans le raisonnement précité. Si les premières « doivent assurément » être prise en compte dans l'appréciation du chiffre de l'*activité dédiée*, elle précise que les secondes « peuvent également être pertinentes », ou « peuvent constituer un indice » du respect de la condition de l'*activité dédiée*³¹. Ainsi, si la prise en compte des premières est une obligation pour la juridiction de renvoi, la prise en compte des secondes n'est qu'une faculté.

Le raisonnement employé ici par la Cour de justice s'inscrit dans la ligne de ses jurisprudences, aujourd'hui anciennes, à l'occasion desquelles elle avait opté pour une appréciation actualisée de l'activité de marché de la personne morale « in house », et de la composition de son capital. Ainsi, dans un arrêt *Parking Brixen*, de 2005, la Cour de justice a voulu couper court à tout risque de contournement de la relation « in house », en considérant que, quand bien même la personne morale « in house » réaliserait effectivement l'« essentiel » de son activité, voire la totalité de celle-ci avec les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent au moment précis de la consolidation du *contrôle analogue*, la relation « in house » devrait être écartée s'il résulte de son profil juridique général, en particulier de son objet social et de sa portée géographique, que celle-ci a manifestement vocation à diversifier son activité, dans un cadre concurrentiel³². D'une manière comparable, dans une affaire *Commission contre Autriche*, de la même année,

30. « Eu égard aux considérations qui précèdent, aux fins de déterminer si l'entité adjudicataire réalise l'essentiel de son activité pour les collectivités territoriales qui sont ses associées et qui exercent sur elle, de manière conjointe, un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, il convient de prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, parmi lesquelles peut figurer l'activité que cette entité adjudicataire a réalisée pour ces mêmes collectivités territoriales avant qu'un tel contrôle conjoint ne soit devenu effectif », arrêt *Undis*, pt. 42.

31. « En l'occurrence, il ressort des indications figurant dans la décision de renvoi que Cogesa a déjà exercé des activités pour les collectivités territoriales qui la détiennent avant la conclusion de la convention du 30 octobre 2014. Ces activités doivent assurément être prises en considération lorsqu'elles perdurent encore au moment d'une attribution de marché public. En outre, des activités achevées avant le 30 octobre 2014 peuvent également être pertinentes pour apprécier si la condition concernant la réalisation de l'essentiel de l'activité est remplie. En effet, les activités passées peuvent constituer un indice de l'importance de l'activité que Cogesa projette d'exercer pour ses autorités territoriales associées après que leur contrôle analogue a pris effet », *idem*, pt. 41.

32. Arrêt *Parking Brixen* précité, pt. 65 ; voir aussi, à ce sujet, les conclusions de Mme l'avocat général Verica Trstenjak, présentées dans l'affaire *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, pt. 86.

la Cour avait pu considérer qu'une personne morale à l'origine entièrement détenue par des actionnaires publics pouvait se voir écarter du bénéfice du *contrôle analogue* s'il était établi qu'un tel capital avait vocation à être ouvert à des actionnaires privés³³.

C'est ici, en substance, à un raisonnement comparable que procède la Cour de justice, mais d'une manière inversée, les deux raisonnements en cause n'étant que deux formes différentes d'une même appréciation actualisée de l'*activité dédiée* de la personne morale « in house ». Si, dans l'affaire *Parking Brixen*, celle-ci avait pu estimer que l'activité de marché future ou potentielle était incompatible avec l'existence d'une relation « in house », ici, c'est au contraire l'*activité dédiée* passée qui, étant reportée au moment de la concrétisation du contrôle analogue, vient au secours d'une telle relation.

En procédant ainsi, la Cour de justice confirme encore le double mode d'appréciation, à la fois *qualitatif*, et *quantitatif* d'une telle *activité dédiée*, qu'évoquait déjà l'avocat général Stix Hackl, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Stadt Halle* en 2005³⁴, ainsi que la Cour de justice dans son arrêt *Carbotermo* de 2006³⁵. En effet, pour déterminer si la personne morale « in house » a bien la vocation d'être un *opérateur dédié*, il convient de prendre en compte, outre l'activité effective proprement dite, un certain nombre d'autres indices qui révèlent une telle vocation. Parmi ces indices, l'activité passée occupe une place importante, comme l'affirme la Cour de justice, même lorsque celle-ci concerne des prestations déjà achevées au moment de la concrétisation du *contrôle analogue*³⁶.

Enfin, un tel raisonnement s'inscrit encore dans le sillage de l'article 12, paragraphe 5, alinéa 2 de la directive 2014/24/UE selon lequel, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la fraction du chiffre d'affaires que la personne morale « in house » réalise avec les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent, en raison de la date de début de ces activités, il est possible d'avoir recours à des projections³⁷.

Conclusion

Bien que n'étant pas une « in house », l'arrêt U... de précisions tout... personne « in hou...

La Cour de jus... pouvant avec lesq... qui ne peuvent é... sur celle-ci leur c... de toute forme d... périmètre de l'acti...

C'est avec davan... ter l'activité pass... calcul d'une telle... de ce décompte, q... de 2005.

Enfin, bien que... ce litige, il est inté... de l'Union europé... ainsi un avant-go...

C'est sans dout... nera l'occasion d'e...

33. Arrêt *Commission c. Autriche*, précité, pts 40 et suivants.

34. « Le juge national doit donc évaluer « le caractère essentiel des activités » au moyen d'éléments quantitatifs et qualitatifs. La position sur le marché de l'entité contrôlée, c'est-à-dire en particulier sa situation concurrentielle par rapport à d'éventuels concurrents, pourrait d'ailleurs également jouer un rôle » ; « Il convient encore de préciser que ce sont les activités effectives qui importent et non pas les activités possibles d'après la loi ou les statuts de la société, ni même les activités auxquelles l'entité contrôlée est obligée » ; conclusions de M. l'avocat général Stix-Hackl, présentées le 23 septembre 2004, dans l'affaire *Stadt Halle c. Lochau*, aff. C-26/03, pt. 89.

35. Arrêt *Carbotermo*, précité, pts. 63 et 64.

36. Arrêt *Undis*, pt. 41 précité.

37. « Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités »

Conclusion

Bien que n'étant certainement pas qualifiable de « grand arrêt » relatif à l'exception « in house », l'arrêt *Undis Servizi*, dont il a été question ici apporte néanmoins un certain nombre de précisions tout à fait intéressantes au sujet de la condition relative à l'activité dédiée, que la personne « in house » doit réaliser, principalement au profit des collectivités qui la détiennent.

La Cour de justice fait délimiter ici assez sévèrement les contours des personnes morales pouvant avec lesquelles cette activité peut être exercée, pour pouvoir être qualifiée de dédiée, qui ne peuvent être que les collectivités actionnaires de l'entité « in house », et qui exercent sur celle-ci leur *contrôle analogue*. La Cour coupe ainsi court à certaines tentatives d'inclusion de toute forme d'activité de susceptible se rattacher de près ou de loin à l'intérêt général au périmètre de l'*activité dédiée*.

C'est avec davantage de souplesse, en revanche, que la Cour apprécie la possibilité de reporter l'activité passée, y compris même, dans certains cas, les prestations déjà achevées, dans le calcul d'une telle activité dédiée, confirmant ainsi le caractère cohérent de l'approche actualisée de ce décompte, qu'elle avait déjà eu l'occasion de développer dans son arrêt *Parking Brixen*, de 2005.

Enfin, bien que les directives de 2014 n'aient malheureusement pas encore été applicables à ce litige, il est intéressant de voir comment, tant le Conseil d'État italien, que la Cour de justice de l'Union européenne n'ont pas manqué d'en tenir compte dans leurs raisonnements, livrant ainsi un avant-goût de leur application future dans la jurisprudence de l'Union européenne.

C'est sans doute le prochain arrêt de la Cour de justice relatif au « in house » qui nous donnera l'occasion d'en savoir davantage sur les modalités d'application de ces textes !