

Affaire C-328/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

19 avril 2019

Juridiction de renvoi

Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande)

Date de la décision de renvoi :

15 avril 2019

Partie requérante :

Porin kaupunki

ORDONNANCE DU KORKEIN HALLINTO-OIKEUS (COUR ADMINISTRATIVE SUPRÊME, FINLANDE)

Objet

Demande de décision préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, introduite au titre de l'article 267 TFUE

Requérante

Porin kaupunki (ville de Pori)

Autres parties :

Porin Linjat Oy
Lyttylän Liikenne Oy

Décision faisant l'objet du pourvoi

Décision du markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques, Finlande) du 3 février 2017 [OMISSIS]

Objet de la procédure et contexte des questions

1. Dans l'affaire pendante devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande), la perusturvalautakunta (commission de garantie des droits sociaux fondamentaux) de la ville de Pori a, le 4 mai 2015, adopté une décision (articles 110 et 111) selon laquelle les transports des personnes handicapées vers

les unités de travail et d'activité de jour par des autobus à plancher bas seraient effectués par la ville de Pori en tant que mission propre. Selon cette décision, les transports sont effectués par Porin Linjat Oy, une société par actions détenue intégralement par la ville de Pori.

2. Cette décision porte sur les transports des habitants de la zone de coopération formée par les villes de Pori et Ulvila ainsi que la commune de Merikarvia, fondée sur un accord de coopération relatif à l'organisation et à la fourniture des services sociaux et de santé. Cet accord repose sur le modèle dit de la commune responsable, par lequel la responsabilité de l'organisation des services a été transférée à la ville de Pori.
3. La ville de Pori n'a pas fait appel à la concurrence pour ce marché, car elle a considéré qu'il s'agit d'un marché passé auprès de Porin Linjat Oy, qu'elle contrôle (attribution dite « in house », appelée, dans la législation finlandaise, attribution à une entité liée). **[Or. 2]**
4. Selon le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), les services en cause en l'espèce sont, de par leur objectif principal, des services qui relèvent de la catégorie 2 des services de l'annexe II A, « Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier », de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114, ci-après la « directive de 2004 sur les marchés publics »).
5. Selon l'offre faite par Porin Linjat Oy, la valeur totale, hors TVA, des services de transport attribués est d'environ 600 000 euros, ce qui dépasse le seuil fixé à l'article 7 de la directive de 2004 sur les marchés publics.
6. Devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), il s'agit de savoir si l'attribution de services de transport de personnes handicapées à Porin Linjat Oy constitue, au sens de la directive de 2004 sur les marchés publics, un marché public qui aurait dû faire l'objet d'un appel à la concurrence.
7. En l'espèce, il convient de déterminer, premièrement, si l'accord de coopération conclu entre les villes de Pori et Ulvila et la commune de Merikarvia, ayant pour objet l'organisation des services sociaux et de santé, constitue, par nature, un dispositif de transfert de compétence soustrait au champ d'application de la directive de 2004 sur les marchés publics, ou si la coopération constitue une coopération entre pouvoirs adjudicateurs portant sur l'attribution de marchés, à laquelle ne s'applique pas d'obligation de mise en concurrence fondée sur cette directive, ou encore s'il s'agit d'un quelconque autre troisième cas de figure.
8. S'il est considéré qu'il s'agit de l'un des cas de figure décrits au point 7, il y a ensuite lieu de déterminer en l'espèce si la ville de Pori peut attribuer des services de transport également pour le compte de la ville d'Ulvila et de la commune de Merikarvia sans qu'il soit considéré qu'il s'agit de marchés publics.

9. En outre, il s'agit de savoir si la part du chiffre d'affaires de Porin Linjat Oy qui est généré par la ville de Pori est d'une importance telle que cette société doit être qualifiée d'entité contrôlée par la ville de Pori, auquel cas l'obligation de concurrence ne s'applique pas aux attributions à ladite société. À cet égard, il importe de savoir s'il convient d'ajouter au chiffre d'affaires généré par la ville de Pori également le chiffre d'affaires de cette même société généré par les transports régionaux que la ville de Pori organise également en tant qu'autorité compétente pour le compte des villes de Harjavalta, Kokemäki et Ulvila, ainsi que de la commune de Nakkila au titre du joukkoliikennelaki (869/2009, loi sur les transports en commun)¹ et de l'accord de coopération entre lesdites communes. [Or. 3]

Les faits pertinents

L'accord de coopération relatif aux services sociaux et de santé

10. Les décisions de la commission de garantie des droits sociaux fondamentaux de la ville de Pori portent sur des services de transport au sens de la vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista annettu laki (380/1987)² (loi sur les services et les mesures de soutien aux personnes handicapées, ci-après la « loi sur les services aux personnes handicapées »), pour lesquels la responsabilité en matière d'organisation incombe à la commune, conformément à l'article 3 de cette loi.
11. Les villes de Pori et d'Ulvila ainsi que la commune de Merikarvia ont convenu, par un accord de coopération relatif à l'organisation et à la fourniture de services sociaux et de santé conclu le 18 décembre 2012, de transférer à la ville de Pori la responsabilité de l'organisation des services de santé et des services sociaux. Dans cet accord, la ville de Pori est désignée en tant que ville responsable ou ville hôte et la ville d'Ulvila et la commune de Merikarvia en tant que communes contractantes.
12. Les décisions du 4 mai 2015 concernaient l'ensemble de la zone de coopération, mais Porin Linjat Oy n'a effectué des transports que sur les territoires des villes de Pori et d'Ulvila.
13. L'accord de coopération a créé, sur le fondement du kunta- ja palvelurakennemuudistuksesta annettu laki (169/2007) (loi sur la restructuration des communes et des services)³, une zone de coopération dont la gestion est organisée

¹ [omissis]

² [omissis]

³ [omissis]

selon les modalités prévues aux articles 76 et 77 de la kuntalaki (365/1995) ⁴ (loi sur les communes).

14. En vertu de l'accord de coopération, le dispositif de services constitue un ensemble cohérent qui est développé conjointement par la commune responsable et les communes contractantes (accord de coopération, point 1.3).
15. Selon l'accord de coopération, la responsabilité d'organisation de la commune responsable consiste à évaluer et à définir les besoins des résidents en matière de service, à décider de l'ampleur et du niveau de qualité des services offerts aux résidents et à veiller à ce que ceux-ci disposent des services nécessaires. La commune responsable décide de la manière dont les services sont fournis ; elle est responsable de la disponibilité, de l'accessibilité et de la qualité des services, ainsi que du contrôle et du suivi de ceux-ci (accord de coopération, point 1.3). [Or. 4]
16. L'activité au sens de l'accord de coopération relève, pour les modalités opérationnelles ainsi que les modalités économiques et de gestion, de l'organisation et de la gestion de la commune responsable (accord de coopération, point 1.3).
17. La responsabilité de l'organisation des services de la zone de coopération incombe à la commission de garantie des droits sociaux fondamentaux de la ville de Pori, qui fonctionne en tant que commission mixte, celle-ci étant composée de 18 membres, dont trois sont sommés par la ville d'Ulvila, deux par la ville de Merikarvia et les autres par la ville de Pori (accord de coopération, point 3.1).
18. Le champ d'action et les missions de la commission de garantie des droits sociaux fondamentaux sont déterminés par le conseil communal de Pori, qui approuve le statut de cette commission (accord de coopération, point 3.2).
19. La commission de garantie des droits sociaux fondamentaux assume l'ensemble de la responsabilité pour ce qui est des services, du dispositif de services et du budget de l'activité. Elle approuve, entre autres, les accords relevant de son champ d'action et décide des redevances dues pour les services et les autres prestations relevant de son champ d'action, conformément aux critères généraux établis par le conseil communal de Pori (accord de coopération, point 3.2).
20. La commission de garantie des droits sociaux fondamentaux établit chaque année un plan des services définissant le contenu spécifique des services ; le projet de plan est soumis, pour avis, aux communes contractantes (accord de coopération, point 2.1).
21. La gestion économique repose sur un budget, un plan financier et un plan des services préparés conjointement ainsi que sur un suivi des dépenses et de l'utilisation des services (accord de coopération, point 4.2).

⁴ [omissis].

22. Les coûts sont répartis en fonction de l'utilisation des services, de sorte que chaque commune paie le coût réel des services utilisés par sa propre population et les résidents dont elle est responsable (accord de coopération, point 4.3).

Le transport régional et les accords le concernant

23. La ville de Pori est, dans la zone constituée par les communes de Harjavalta, Kokemäki, Nakkila, Pori et Ulvila, une autorité communale régionale au sens de l'article 12, paragraphe 3, (1219/2011) de la loi sur les transports en commun (869/2009). Ledit paragraphe a été modifié par la loi n° 872/2012, mais la modification en cause ne concerne pas la zone mentionnée ci-dessus. **[Or. 5]**
24. En vertu de l'article 14, paragraphe 1, (1007/2010) de la loi sur les transports en commun, la ville de Pori est, en tant qu'autorité communale régionale, l'autorité compétente en matière de transport routier au sens du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO 2007, L 315, p. 1).
25. Par un accord de coopération entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012, les villes de Pori, Harjavalta, Kokemäki, Ulvila et la commune de Nakkila ont pris des dispositions sur les missions confiées à l'autorité locale compétente dans le cadre du règlement n° 1370/2007 et de la loi sur les transports en commun ainsi que sur les missions pour les transports en commun convenues par les communes entre elles.
26. En vertu de l'accord de coopération, les missions susmentionnées sont gérées par les communes contractantes selon les modalités prévues aux articles 76 et 77 de la loi sur les communes (365/1995), la ville de Pori constituant une institution commune (accord de coopération, point 1).
27. La commission des transports en commun de la région de Pori, constituée de cinq membres désignés par la ville de Pori et d'un membre désigné par chacune des autres communes contractantes, agit en tant qu'autorité compétente pour le transport local à Pori et exclusivement pour les transports exploités dans la zone formée par les communes contractantes. Le fonctionnement de la commission des transports en commun est régi par un statut qui est approuvé par le conseil communal de Pori ainsi que par des règles de gestion approuvées par ladite commission (accord de coopération, points 3 et 4).
28. Les coûts relatifs aux transports qui ont été attribués conformément au règlement n° 1370/2007 sont répartis entre les communes contractantes selon des modalités déterminées spécifiquement par la commission des transports en commun. Lors de la préparation du budget et du plan financier, les communes contractantes doivent avoir la possibilité de faire des propositions sur les objectifs et le financement de la coopération (accord de coopération, point 6).

29. Le statut de la commission des transports en commun de la région de Pori prévoit que, conformément à l'accord de coopération approuvé par les communes, cette commission agit, en tant qu'autorité régionale compétente commune en matière de transports pour la zone des villes de Pori, Ulvila, Harjavalta, Kokemäki et de la commune de Nakkila, sous l'autorité du conseil communal et du conseil municipal de Pori. Ladite commission est responsable des missions que le règlement n° 1370/2007 et la loi sur les transports en commun assignent à l'autorité compétente en matière de transports en commun. Ses missions générales consistent notamment, sauf disposition contraire, à décider des modalités d'organisation et de l'attribution des transports en commun au sens du règlement n° 1370/2007 qui sont exploités dans sa zone de compétence uniquement, à approuver les contrats à conclure ainsi qu'à décider des tarifs et des redevances. **[Or. 6]**

30. La ville de Pori indique que les contrats suivants ont été conclus avec Porin Linjat Oy au cours de la période qui a précédé les décisions du 4 mai 2015 :

Le contrat du 11 juin 2014, ayant pour objet les transports entre Pori et Ulvila, avec, en qualité d'attributaire, la commission des transports en commun de la région de Pori, la ville d'Ulvila et la ville de Pori, intitulé contrat de concession régional pour la période comprise entre le 1^{er} juillet 2014 et le 31 mai 2016, portant sur le niveau de gestion des transports en commun pour la zone de compétence de l'autorité des transports en commun compétente pour la région de Pori et sur les services à attribuer à des opérateurs ; et

Le contrat du 5 septembre 2013, ayant pour objet les lignes 70 et 71 Pori – Nakkila – Harjavalta – Kokemäki, avec, en qualité d'attributaire, l'autorité des transports en commun compétente pour la région de Pori, intitulé contrat d'attribution de transports pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2013 et le 31 mai 2016, portant sur le niveau de gestion des transports en commun à Pori et sur les services à attribuer à des opérateurs.

La législation nationale

La loi sur les marchés publics

31. La directive de 2004 sur les marchés publics a été transposée en Finlande par la julkisista hankinnoista annettu laki (348/2007, loi sur les marchés publics), qui s'applique en l'espèce ⁵.
32. La loi sur les marchés publics définit, en son article 5, paragraphe 1, le marché public, et en son article 5, paragraphe 4, le marché public de services.

⁵ [OMISSIS]

33. En vertu de l'article 10 de la loi sur les marchés publics, qui porte sur les marchés passés auprès d'une entité liée à une entité adjudicatrice, cette loi ne s'applique pas aux marchés que l'entité adjudicatrice attribue à une entité distincte d'elle sur le plan formel et autonome par rapport à elle sur le plan décisionnel, lorsqu'elle exerce sur celle-ci, seule ou avec d'autres entités adjudicatrices, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et lorsque cette entité distincte réalise l'essentiel de son activité avec les entités adjudicatrices qui la contrôlent.

L'ancienne loi sur les communes

34. En vertu de l'article 76, paragraphe 1, de la loi sur les communes (365/1995), des communes peuvent, dans le cadre d'un accord, exercer ensemble leurs missions. En vertu de l'article 76, paragraphe 2, de cette loi, des communes peuvent convenir qu'une commune sera chargée d'une mission pour le compte d'une ou de plusieurs communes. **[Or. 7]**
35. En vertu de l'article 77, paragraphe 1, de la loi sur les communes (365/1995), lorsque, dans le cadre d'un accord, une commune est en charge d'une mission pour le compte d'une ou de plusieurs communes, il peut être convenu que les autres communes concernées désignent une partie des membres de l'institution de la première commune qui est en charge de cette mission.

La loi sur les communes de 2015

36. La kuntalaki (loi sur les communes) (365/1995) a été abrogée par la kuntalaki (loi sur les communes) (410/2015), laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2015 (ci-après la « loi de 2015 sur les communes ») ⁶.
37. En vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la loi de 2015 sur les communes, une commune peut exécuter elle-même les missions qui lui sont confiées par la loi ou convenir de confier la responsabilité d'exécution de celles-ci à une autre commune ou à un groupement de communes. En vertu de l'article 8, paragraphe 2, de cette loi, la commune ou le groupement de communes responsables de l'organisation de l'exécution de missions sont responsables des services à organiser et des autres mesures pour ce qui est de : 1) l'égalité d'accès, 2) la définition des besoins, de la quantité et de la qualité, 3) la méthode de fourniture, 4) le contrôle de la fourniture et 5) l'exercice de la compétence attribuée à l'autorité. En vertu de l'article 8, paragraphe 3, de cette même loi, une commune est responsable du financement de ses missions même si la responsabilité de l'exécution de celles-ci est transférée à une autre commune ou à un groupement de communes.

⁶ [OMISSIS]

38. En vertu de l'article 49, paragraphe 1, de la loi de 2015 sur les communes, des communes et des groupements de commune peuvent, dans le cadre d'un accord, exercer ensemble leurs missions. En vertu de l'article 49, paragraphe 2, de cette loi, la coopération des communes en droit public peut prendre, entre autres, la forme d'une institution commune.
39. En vertu de l'article 50 (410/2015), paragraphe 1, de la loi de 2015 sur les communes, si une commune, conformément à l'article 8 de cette loi, convient de transférer à une commune ou à un groupement de communes la responsabilité d'organisation d'une mission qui lui incombe, la loi sur les marchés publics ne s'applique pas au transfert. En vertu de l'article 49, paragraphe 2, de cette loi, la loi sur les marchés publics ne s'applique pas à la coopération entre les communes si la coopération porte sur une attribution faite par une commune ou un groupement de communes à une entité liée au sens de l'article 10 de la loi sur les marchés public ou si, pour un autre motif, cette dernière loi ne s'applique pas à la coopération.
40. En vertu de l'article 51 (410/2015), paragraphe 1, de la loi de 2015 sur les communes, une commune peut exécuter une mission pour le compte d'une ou de plusieurs communes de telle sorte que les communes disposent d'une institution commune responsable de l'exécution de cette mission. La commune en charge de la mission s'appelle la commune responsable. En vertu de l'article 51, paragraphe 2, de cette loi, les communes peuvent convenir que les autres communes désignent une partie des membres de l'institution commune. **[Or. 8]**
41. En vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la loi de 2015 sur les communes, l'accord sur l'institution commune doit prévoir des dispositions au moins sur les éléments suivants : 1) les missions de l'institution commune et, le cas échéant, le transfert de la responsabilité d'organisation visée à l'article 8 de la loi ; 2) la composition de celle-ci et le droit des autres communes d'en désigner des membres ; 3) les critères de calcul des coûts et de leur répartition ainsi que 4) la durée et la résiliation de l'accord.

La loi sur les transports en commun

42. En vertu de l'article 12, paragraphe 3, de la loi sur les transports en commun (1219/2011), l'autorité communale régionale n'autorise l'exploitation de lignes régulières que pour le territoire pour lequel elle est compétente.
43. En vertu de l'article 4 de la loi sur les transports en commun, les autorités compétentes en matière de transport routier au sens du règlement n° 1370/2007 sont tenues de déterminer le niveau de service applicable aux transports publics de leur zone de compétence. L'article 4, paragraphe 2, de cette loi oblige les autorités à coopérer, dans la mesure nécessaire, entre elles ainsi qu'avec les communes et les associations de provinces lors de l'élaboration de la définition du niveau de service.

44. En vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la loi sur les transports en commun, les autorités compétentes pour les transports exploités conformément au règlement n° 1370/2007 sont responsables de la définition des services. Pour lesdits transports, la responsabilité de la planification des itinéraires et des horaires peut incomber aux opérateurs de transport ou aux autorités, ou encore être partagée entre eux.
45. Les autorités compétentes en vertu de l'article 6 de la loi sur les transports en commun sont tenues de concevoir la planification des services de transports en commun avant tout en tant que systèmes régionaux ou territoriaux, afin d'obtenir un réseau de transports en commun qui soit fonctionnel. Lors de la conception de la planification des transports en commun, les autorités coopèrent entre elles et avec les autres communes.
46. En vertu de l'article 14, paragraphe 4, de la loi sur les transports en commun, les autorités compétentes adoptent des décisions sur l'organisation des services de transports en commun de leur zone de compétence ou d'une partie de celle-ci conformément au règlement n° 1370/2007.

Les dispositions pertinentes du droit de l'Union

La directive 2004/18

47. La directive 2004/18 définit, à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), les marchés publics et à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), les marchés publics de services. **[Or. 9]**

Le règlement n° 1370/2007

48. L'article 2, sous j), du règlement n° 1370/2007 définit l'opérateur interne.
49. Aux termes de l'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 1370/2007, « Sauf interdiction en vertu du droit national, toute autorité locale compétente, qu'il s'agisse ou non d'une autorité individuelle ou d'un groupement d'autorités fournissant des services intégrés de transport public de voyageurs, peut décider [...] d'attribuer directement des contrats de service public à une entité juridiquement distincte sur laquelle l'autorité locale compétente ou, dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ».

Aux termes de l'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 1370/2007, lorsqu'une autorité locale compétente prend une telle décision, les dispositions suivantes, entre autres, s'appliquent :

- « b) le présent paragraphe est applicable à condition que l'opérateur interne et toute entité sur laquelle celui-ci a une influence, même minime, exercent

leur activité de transport public de voyageurs sur le territoire de l'autorité locale compétente, nonobstant d'éventuelles lignes sortantes et autres éléments accessoires à cette activité se prolongeant sur le territoire d'autorités locales compétentes voisines, et ne participent pas à des mises en concurrence concernant la fourniture de services publics de transport de voyageurs organisés en dehors du territoire de l'autorité locale compétente ; ».

La jurisprudence pertinente de la Cour

50. La jurisprudence de la Cour permet d'identifier trois types de cas de figure dans lesquels il n'existe pas d'obligation de faire appel à la concurrence pour un marché. Il peut s'agir, premièrement, d'un transfert de compétence entre autorités, deuxièmement, d'une coopération horizontale entre entités adjudicatrices ou, troisièmement, d'une attribution à une entreprise liée. La présente affaire nécessite d'être analysée sous tous ces angles.
51. Dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, point 55), la Cour a considéré que ne constitue pas un marché public un transfert de compétence entre autorités qui remplit certaines conditions. **[Or. 10]**
52. Un transfert de compétence doit porter non seulement sur les responsabilités liées à la compétence transférée, notamment l'obligation d'accomplir les missions que cette compétence implique, mais également sur les pouvoirs qui sont le corollaire de celle-ci. Cela requiert que l'autorité publique qui se voit investie d'une compétence ait le pouvoir d'organiser l'exécution des missions qui relèvent de cette compétence ainsi que d'établir le cadre réglementaire relatif à ces missions et qu'elle dispose d'une autonomie financière permettant d'assurer le financement desdites missions (point 49 de l'arrêt). Une entité qui transfère une compétence peut conserver un certain droit de regard sur les missions liées à ce service public (point 52 de l'arrêt).
53. La Cour a traité de la coopération horizontale entre entités adjudicatrices notamment dans les arrêts du 9 juin 2009, Commission/Allemagne (C-480/06, EU:C:2009:357), du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817) et du 13 juin 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385).
54. Dans l'arrêt du 13 juin 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), la Cour a considéré qu'il s'agit des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques, ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci. Dans cette hypothèse, les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ne sont pas applicables pour autant que de tels contrats soient conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à

la poursuite d'objectifs d'intérêt public (points 36 et 37 de l'arrêt, et jurisprudence citée).

55. Dans l'arrêt du 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308), qui portait sur des marchés passés auprès d'entités liées, la Cour a considéré que le chiffre d'affaires déterminant est celui que l'entreprise en question réalise en vertu des décisions d'attribution prises par la collectivité de tutelle, y compris celui réalisé avec des utilisateurs en exécution de telles décisions (point 65 de l'arrêt). Il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée, que ce soit la collectivité qui la détient ou les tiers usagers de prestations fournies en vertu de relations juridiques établies par ladite collectivité (point 67 de l'arrêt).
56. Dans l'arrêt du 8 décembre 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935), la Cour a considéré qu'aux fins de vérifier si une société réalise l'essentiel de son activité avec les collectivités qui la détiennent, l'activité que cette société consacre aux collectivités territoriales non associées doit être considérée comme étant exercée au profit de tiers. **[Or. 11]** Cette conclusion ne saurait être infirmée par la circonstance selon laquelle l'activité de ladite société exercée au profit des collectivités territoriales non associées est imposée par une autorité publique, également non associée de cette société (points 36 et 37 de l'arrêt).

Résumé des antécédents de l'affaire et des arguments principaux des parties

La procédure devant le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques)

57. Le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), qui s'est prononcé sur l'affaire en première instance, a jugé dans sa décision que, sur la base des preuves produites en l'espèce, Porin Linjat Oy ne saurait être qualifiée d'entité liée à la ville de Pori au sens de l'article 10 de la loi sur les marchés publics. Il a considéré qu'en l'espèce, il n'avait pas été établi qu'un autre motif prévu dans la loi sur les marchés publics justifierait que le marché n'ait pas été mis en concurrence.
58. Selon les motifs de la décision du markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), la ville de Pori est l'autorité communale régionale au sens de la loi sur les transports en commun, qui n'autorise l'exploitation de lignes régulières que pour le territoire pour lequel elle est compétente, formé par les communes de Harjavalta, Kokemäki, Nakkila, Pori et Ulvila. Porin Linjat Oy a exploité des lignes régulières sur le territoire de ces autres communes sur la base d'une autorisation pour des lignes régulières délivrée par la commission des transports en commun de la région de Pori. Les autres communes mentionnées dans cette disposition ont chacune un représentant au sein de ladite commission, mais n'exercent pas de contrôle sur Porin Linjat Oy. Ainsi, le bénéfice réalisé par Porin Linjat Oy au titre de l'exploitation des transports en commun de ces communes ne peut être pris en compte dans l'évaluation du chiffre d'affaires, même si

l'exploitation des transports est partiellement basée sur des actes adoptés par des commissions de la ville de Pori, laquelle exerce un contrôle sur Porin Linjat Oy.

59. Selon les motifs de la décision du markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), le montant du chiffre d'affaires généré par la ville de Pori qui a été constaté en l'espèce ne correspond pas à ce que la Cour a jugé suffisant pour retenir l'existence d'une relation avec une entité liée. Porin Linjat Oy ne réalise pas l'essentiel de son activité avec une entité adjudicatrice qui est l'actionnaire unique de la société.
60. Le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) a annulé les décisions du 4 mai 2015 (articles 110 et 111) de la commission de garantie des droits sociaux fondamentaux de la ville de Pori, pour les transports en cause, pour autant que les périodes d'option qui y étaient visées courraient encore. [Or. 12]

La procédure devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême)

61. La ville de Pori, qui a formé un pourvoi devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), a fait valoir que Porin Linjat Oy était une entité qui lui était liée.
62. Selon la ville de Pori, Porin Linjat Oy est une société détenue et contrôlée par elle, qui, depuis 2009, n'a pas participé en tant que soumissionnaire à des appels d'offres pour des services de transport et qui ne prend part d'aucune autre manière à la concurrence sur le marché. En tant qu'entité « in house », Porin Linjat Oy répond aux conditions de l'opérateur interne qui sont définies dans la loi sur les transports en commun.
63. Les transports gérés par Porin Linjat Oy constituent des transports au sens du règlement n° 1370/2007, que l'autorité des transports en commun fournit par elle-même. Cette société exploite les lignes que la commission des transports en commun lui a attribuées.
64. Sur la base de la législation et de l'accord de coopération, les villes de Harjavalta, Kokemäki, Ulvila et la commune de Nakkila ont confié à la ville de Pori la responsabilité de gérer, en tant que commune responsable, le fonctionnement des transports en commun des communes participant à la coopération. Les transports exploités sur le territoire desdites communes, dont l'exploitation a été confiée par la ville de Pori, en tant qu'autorité compétente, à Porin Linjat Oy, constituent une activité de la ville de Pori et le chiffre d'affaires réalisé à cet égard est un chiffre d'affaires de cette société généré par cette ville.
65. Il résulte de ce qui précède que plus de 90 % du chiffre d'affaires de Porin Linjat Oy provient de la ville de Pori et des bénéficiaires des services de transport en commun de celle-ci.
66. Porin Linjat Oy a indiqué qu'elle se ralliait aux arguments figurant dans le recours de la ville de Pori.

67. *Lyttylän Liikenne Oy*, qui a contesté le marché devant le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), a fait valoir que Porin Linjat Oy ne réalisait pas l'essentiel de son activité avec la ville de Pori, son actionnaire unique, et que, par conséquent, Porin Linjat Oy n'était pas une entité liée à cette ville.

Le caractère nécessaire de la demande de décision préjudicielle

68. Bien que la période contractuelle prévue pour le contrat de services de transport en cause ait déjà expiré et que la décision ne puisse plus être exécutée, le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) doit décider si le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), dans sa décision, est parvenu à une conclusion correcte. [Or. 13]
69. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) fait observer que la coopération entre les communes de la région de Pori repose, en matière de fourniture tant de services sociaux et de santé que de services de transports, sur le modèle de la commune responsable, qui constitue un mode de coopération entre communes qui est prévu à la fois dans l'ancienne loi sur les communes et dans la loi de 2015 sur les communes. Dans le modèle de la commune responsable, une mission incombant aux communes est assumée par une commune pour le compte d'autres communes dans le cadre d'un accord conclu entre lesdites communes. La commune en charge de la mission s'appelle la commune responsable.
70. En l'espèce, un éclaircissement est nécessaire sur la question de savoir si, dans le cadre d'une coopération entre communes reposant sur le modèle de la commune responsable, les marchés passés par la commune responsable peuvent être considérés comme étant soustraits à l'obligation de mise en concurrence lorsque la commune responsable ou son entité liée acquièrent des services pour le compte des communes de la zone de coopération pour leurs habitants. Par conséquent, le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) estime qu'une décision préjudicielle est indispensable pour qu'il se prononce sur l'affaire.

La coopération sur l'organisation des services sociaux et de santé

71. L'attribution litigieuse, à savoir l'attribution de services de transport de personnes handicapées, a pour cadre l'accord de coopération conclu par les villes de Pori et d'Ulvila ainsi que la commune de Merikarvia, ayant pour objet les services sociaux et de santé et en vertu duquel le statut de commune responsable est assumé par la ville de Pori.
72. En l'espèce, la présentation d'une demande de décision préjudicielle est nécessaire, premièrement, car il n'apparaît pas clairement si la coopération des communes en matière d'organisation de services sociaux et de santé fondée sur le modèle de la commune responsable constitue un transfert de compétence soustrait aux règles de passation des marchés, une coopération horizontale soustraite à

l'obligation de mise en concurrence ou s'il s'agit d'un quelconque autre troisième cas de figure.

73. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) considère qu'un éclaircissement est nécessaire sur la question de savoir si le dispositif fondé sur l'accord de coopération ayant pour objet les services sociaux et de santé répond aux conditions d'un transfert de compétence soustrait au champ d'application de la directive de 2004 sur les marchés publics. Un éclaircissement est nécessaire sur la question de savoir si les conditions d'un transfert de compétence définies dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985) sont réunies lorsque l'autorité devenue compétente exerce ce pouvoir de manière autonome et sous sa propre responsabilité même lorsqu'il s'agit d'un dispositif, tel que celui en cause, qui est fondé sur un accord entre des communes et par lequel les autres communes ont confié à la commune responsable la responsabilité de l'organisation de services prévus par la loi. Dans le cadre de cette jurisprudence, il n'apparaît pas clairement si le pouvoir de surveillance et la responsabilité que conservent ces autres communes, ainsi qu'il ressort des points 14, 17 et 19 à 22 ci-dessus, vont au-delà des limites admises dans la jurisprudence. **[Or. 14]**
74. Un éclaircissement est également nécessaire sur la question de savoir si le dispositif entre communes portant sur les services sociaux et de santé fondé sur un accord de coopération répond aux conditions d'une coopération licite entre entités adjudicatrices. Selon le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), il est possible qu'un tel dispositif réponde aux conditions d'une telle coopération. La responsabilité légale de l'organisation des services, en l'occurrence l'organisation des services de transport pour personnes handicapées, continue à incomber aux communes contractantes même dans le cas de figure dans lequel elle est mise en œuvre par un dispositif entre communes fondé sur le modèle de la commune responsable. Il s'agit de services d'intérêt général dont l'organisation est une obligation légale pour toutes les communes qui sont parties prenantes dans le dispositif. D'autres communes que la commune responsable participent également au dispositif, de la manière décrite aux points 14, 17 et 19 à 21 ci-dessus.
75. Si l'accord de coopération en cause est qualifié de transfert de compétence soustrait au champ d'application de la directive de 2004 sur les marchés publics, il n'apparaît pas clairement si l'autorité qui a reçu compétence, lorsqu'elle attribue des services pour assumer des missions conformément à la compétence qui lui a été transférée, est considérée comme une entité adjudicatrice et si elle peut, en sa qualité de commune responsable, attribuer sans mise en concurrence lesdits services également à une entité qui lui est liée, dans la mesure où, sans la structure de la commune responsable, c'est aux communes ayant transféré la compétence qu'il aurait incombé, en tant que mission propre, d'attribuer ces services.
76. S'il est considéré qu'il s'agit d'une coopération horizontale entre entités adjudicatrices qui est soustraite à l'obligation de mise en concurrence, un éclaircissement est, de même, nécessaire sur la question de savoir si, dans le cadre de cette coopération entre entités adjudicatrices, la commune qui a le statut de

commune responsable peut, lors de l'organisation de services pour les autres entités adjudicatrices qui participent à la coopération, utiliser une entité qui lui est liée, ou s'il s'agit alors d'un marché public qui doit faire l'objet d'une mise en concurrence.

77. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) considère qu'il est indispensable de présenter une demande de décision préjudicielle, car il n'existe pas de jurisprudence sur les questions susmentionnées. L'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985) n'aborde pas expressément la question de savoir si l'obligation de mise en concurrence prévue dans la législation sur les marchés publics s'applique aux mesures consécutives à un transfert de compétence.
78. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) estime que s'il s'agit d'un transfert de compétence, l'autorité ayant reçu compétence, en l'occurrence la ville de Pori, pourrait être qualifiée, pour l'attribution des services de transport en cause, d'entité adjudicatrice qui, sans mise en concurrence, pourrait attribuer les transports à son entité liée pour l'ensemble de la zone de coopération. **[Or. 15]**
79. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) estime que si, en revanche, il s'agit d'une coopération horizontale licite, les autres communes de la zone de coopération pourraient attribuer les services de transport susmentionnés à la ville de Pori sans mise en concurrence, si la ville de Pori les a mis en concurrence pour son propre compte et pour le compte des autres communes ou si elle les fournit en tant qu'activité propre. En revanche, un éclaircissement est nécessaire sur la question de savoir si une entité adjudicatrice qui participe à la coopération peut, sans mise en concurrence, attribuer les services à une entité liée d'une autre entité adjudicatrice qui participe à la coopération, étant donné que la coopération ne doit pas placer un prestataire de services privé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents (arrêt du 13 juin 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, point 37).

La coopération en matière de transport régional et le statut d'entité liée

80. La ville de Pori n'a pas effectué les transports de personnes handicapées en tant qu'activité propre, ceux-ci ayant été effectués par Porin Linjat Oy, une personne morale juridiquement distincte de cette ville et détenue exclusivement par celle-ci.
81. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) considère que, indépendamment de la manière dont l'obligation de mise en concurrence portant sur la coopération des services sociaux et de santé est analysée dans le cadre du modèle de la commune responsable en cause, il n'est pas possible d'attribuer à Porin Linjat Oy des transports sans mise en concurrence, à moins que cette société puisse être qualifiée d'entité liée à la ville de Pori.
82. La ville de Pori est l'autorité compétente visée dans le règlement n° 1370/2007 et la loi sur les transports en commun, à laquelle il a été convenu, dans le cadre d'un

accord de coopération pour les transports en commun conclu entre les villes de Pori, Harjavalta, Kokemäki, Ulvila et la commune de Nakkila, de confier des missions et le statut de commune responsable. La ville de Pori indique que Porin Linjat Oy exploite, outre les transports des personnes handicapées en cause, le transport régional relevant du règlement n° 1370/2007 sur le territoire de compétence de la ville de Pori, qui couvre ainsi le territoire des communes qui ont conclu l'accord de coopération.

83. Les autres communes de la zone de compétence susmentionnée n'exercent pas de contrôle sur Porin Linjat Oy, car elles n'en sont pas actionnaires et car elles ne peuvent pas avoir d'influence sur ses décisions d'une quelconque autre manière. Par conséquent, il n'existe pas de motifs de considérer que Porin Linjat Oy constitue une entité commune liée aux communes de la zone de compétence.
84. Pour ce qui est du critère du contrôle, le statut d'entité liée peut être retenu à l'égard de la ville de Pori, mais il n'apparaît pas clairement si le critère concernant l'attribution de l'activité est rempli et dans quelle mesure [Or. 16] l'activité de Porin Linjat Oy est prise en compte dans le calcul du chiffre d'affaires généré par la ville de Pori.
85. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) a examiné si la ville de Pori, eu égard à son statut d'autorité compétente en matière de transports et de commune responsable, doit être qualifiée d'entité adjudicatrice, dès lors qu'elle attribue des services pour l'organisation du transport régional pour son territoire de compétence. Néanmoins, la ville de Pori attribue des services également pour le compte d'autres communes, qui supportent une partie des coûts des services attribués. Si la ville de Pori était qualifiée d'entité adjudicatrice pour l'ensemble du transport régional, le chiffre d'affaires qui s'y rapporte devrait, selon le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), être pris en compte dans son intégralité dans le calcul du chiffre d'affaires de Porin Linjat Oy généré par la ville de Pori.
86. Porin Linjat Oy est, selon les indications fournies par la ville de Pori, un opérateur de transport interne de celle-ci au sens du règlement n° 1370/2007, qui, depuis 2009, n'a participé à aucune procédure d'appel d'offres en matière de transports. Si le transport régional pris en charge par Porin Linjat Oy n'est pas pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires généré par la ville de Pori, cela signifie qu'il est peu probable que Porin Linjat Oy puisse réaliser un chiffre d'affaires tel que les conditions de l'entité liée soient remplies à l'égard de la ville de Pori.
87. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) observe que la jurisprudence de la Cour ne contient pas de décision dans laquelle celle-ci aurait pris position, dans un cas de figure tel que celui-ci, sur l'attribution de l'activité d'une société contrôlée par une entité adjudicatrice.

Sur les questions préjudicielles

Le korkein hallinto-oikeus a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes sur le fondement de l'article 267 TFUE :

- 1) L'article premier, paragraphe 2, sous a), 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 doit-il être interprété en ce sens que le modèle de la commune responsable fondé sur un accord de coopération entre communes tel que celui en cause répond aux conditions d'un transfert de compétence soustrait au champ d'application de cette directive (arrêt du 21 décembre 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985) ou d'une coopération horizontale soustraite à l'obligation de mise en concurrence (arrêt du 13 juin 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, et jurisprudence citée), ou s'agit-il d'un quelconque autre troisième cas de figure ? [Or. 17]
- 2) Si le modèle de la commune responsable fondé sur un accord de coopération répond aux conditions d'un transfert de compétence, l'autorité qui a reçu compétence doit-elle, lors des attributions postérieures au transfert de compétence, être qualifiée d'entité adjudicatrice, et cette autorité peut-elle, en tant que commune responsable et sur la base de la compétence qui lui a été transférée par les autres communes, attribuer sans mise en concurrence des services à une entité qui lui est liée, également dans la mesure où, sans la structure de la commune responsable, c'est aux communes ayant transféré la compétence qu'il aurait incombé, en tant que mission propre, d'attribuer ces services ?
- 3) Si, en revanche, le modèle de la commune responsable fondé sur un accord de coopération répond aux conditions d'une coopération horizontale, les communes parties prenantes à la coopération peuvent-elles, sans faire appel à la concurrence, attribuer des services à une commune qui est partie prenante à la coopération et qui a attribué ceux-ci, sans faire appel à la concurrence, à une entité qui lui est liée ?
- 4) Dans le cadre de l'appréciation de la question de savoir si une société réalise l'essentiel de son activité au profit de la commune la contrôlant, faut-il prendre en compte, dans le calcul du chiffre d'affaires généré par cette commune, le chiffre d'affaires réalisé par une société détenue par ladite commune et qui exploite des transports, au sens du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, dans la mesure où ce chiffre d'affaires est réalisé par cette même société avec les transports organisés par cette même commune en tant qu'autorité compétente au titre dudit règlement ?

[OMISSIS] **[Or. 18]** [OMISSIS] [OMISSIS] **[Or. 19]** [OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL