

Affaire C-692/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

17 novembre 2023

Jurisdiction de renvoi :

Gerechtshof Den Haag (Pays-Bas)

Date de la décision de renvoi :

14 novembre 2023

Appelante :

AVR-Afvalverwerking BV

Intimées :

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Arrêt

**GERECHTSHOF DEN HAAG (COUR D'APPEL DE LA HAYE,
PAYS-BAS)**

[OMISSIS]

Arrêt du 14 novembre 2023 adressant des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 267, deuxième alinéa, TFUE

dans l'affaire

AVR-Afvalverwerking BV,

dont le siège social est situé à Rotterdam,

appelante,

avocat : [OMISSIS] E.L. Vos, [OMISSIS]

contre

1. **NV BAR-Afvalbeheer,**

dont le siège social est situé à Rhoon,

2. **Gemeente Barendrecht** (commune de Barendrecht),

[OMISSIS]

3. **Gemeente Albrandswaard** (commune d'Albrandswaard),

[OMISSIS]

4. **Gemeente Ridderkerk** (commune de Ridderkerk),

[OMISSIS]

avocat : [OMISSIS] L. Bozkurt, [OMISSIS]

5. **NV Irado,**

dont le siège social est situé à Schiedam,

avocat : [OMISSIS] D.B. Zieren [OMISSIS], et

6. **Afvalsturing Friesland NV,**

dont le siège social est situé à Leeuwarden,

ci-après « AF »,

avocat : [OMISSIS] L.E J. Korsten [OMISSIS],

intimées.

Le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye) désigne ci-après les parties comme AVR, BAR, les communes BAR, Irado et AF. Il désigne collectivement les intimées comme BAR et consorts.

1. Objet du présent arrêt de renvoi

- 1.1 La présente affaire concerne des marchés passés par trois communes et une personne morale intermédiaire pour le traitement des déchets ménagers résiduels de ces communes. Les communes et la personne morale intermédiaire n'ont pas organisé de procédure de passation de marché pour ces marchés et elles ont invoqué à cet égard l'exception dite « quasi-in house » (dans une situation où plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle) prévue à l'article 2.24b, paragraphe 1, de l'Aanbestedingswet 2012 (loi relative aux marchés publics de 2012).
- 1.2 Par le présent arrêt, le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye) soumet à la Cour plusieurs questions préjudicielles portant sur l'interprétation du critère des activités applicable pour bénéficier de cette exception, visé à l'article 12, paragraphe 3, premier alinéa, sous b), et paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE¹ (ci-après la « directive 2014/24 »).

2. Le cadre juridique

Le droit des marchés publics

- 2.1 La directive 2014/24 fait partie de la troisième génération de directives sur la passation des marchés publics et, dans cette mesure, elle succède à la directive « services » [directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO 1992, L 209, p. 1)], à la directive « fournitures » [directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1993, L 199, p. 1)], à la directive « travaux » [directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1993, L 199, p. 54)] et à la première directive générale sur la passation des marchés publics qui s'en est suivie [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)].
- 2.2 Dans son arrêt du 18 novembre 1999, Teckal², portant sur la directive « services », la Cour a jugé que cette dernière ne s'appliquait pas lorsqu'un pouvoir adjudicateur attribue un marché à une personne certes juridiquement distincte de celui-ci, mais :

¹ 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 [JO 2014, L 94, p. 65 ; rectificatifs (pour la version néerlandaise) JO 2015, L 184, p. 31, et JO 2020, L 317, p. 40].

² Arrêt C-107/98, EU:C:1999:562, point 50 (ci-après l'« arrêt Teckal »).

- i) sur laquelle le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; et
- ii) qui réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent (ci-après le « critère des activités »).

La Cour a ensuite [OMISSIS] développé cette exception dans une jurisprudence abondante.

- 2.3 Le législateur de l'Union a défini l'objectif de la directive 2014/24 au considérant 1 de cette directive :

« La passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence. »

- 2.4 Le considérant 5, première phrase, le considérant 31 et le considérant 32, premier alinéa, de la même directive se lisent comme suit :

« (5) Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive. »

[...]

« (31) Il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics.

Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne.

La seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics. L'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exercer les missions de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics.

Il convient de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exclue n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés dans la mesure où cela place un prestataire de services privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

(3[2]) Les marchés publics attribués à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80 % de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché. [...] »

2.5 Le titre I de la directive 2014/24, intitulé « Champ d'application, définitions et principes généraux », contient un chapitre I, intitulé « Champ d'application et définitions », dont la section 3, intitulée « Exclusions », comprend, entre autres, l'article 12.

2.5.1. L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 règle la situation dans laquelle un seul pouvoir adjudicateur contrôle une autre personne morale régie par le droit privé ou le droit public, tandis que l'article 12, paragraphe 3, règle la situation dans laquelle une personne morale est contrôlée par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Le paragraphe 3, dont les points a) à c) sont identiques à ceux du paragraphe 1, s'énonce comme suit :

« Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

a) le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

b) *plus de 80 % des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ; et*

c) *la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés [...]. »*

2.5.2. L'article 12, paragraphe 5, premier alinéa, de la directive 2014/24 [OMISSIS] dispose :

« Le pourcentage d'activités visé au paragraphe 1, premier alinéa, point b), au paragraphe 3, premier alinéa, point b), [...] est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché. »

2.6 En ce qui concerne les Pays-Bas, ces dispositions ont été transposées dans l'Aanbestedingswet 2012 (loi relative aux marchés publics de 2012), section 2.1.3., intitulée « Marchés publics et concours exclus », articles 2.24a (qui vise la situation dans laquelle un seul pouvoir adjudicateur exerce un contrôle) et 2.24b (qui vise la situation dans laquelle plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle) :

« Article 2.24a

[...]

4. Le pourcentage visé au paragraphe 1, sous b), est déterminé sur la base du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché public.

[...]

Article 2.24b

1. Par dérogation aux articles 2.1 à 2.6a, les dispositions de la deuxième partie de la présente loi ou adoptées en vertu de cette deuxième partie ne s'appliquent pas aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur à une autre personne morale, lorsque :

a. *le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale*

concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services,

- b. plus de 80 % des activités de la personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, et*
- c. la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage qui sont requises par la réglementation nationale compatible avec le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.*

[...]

3. L'article 2.24a, paragraphes 4 et 5, s'applique mutatis mutandis au pourcentage visé au paragraphe 1, sous b). »

Le droit comptable

- 2.7 Les dispositions relatives aux comptes annuels sont également pertinentes puisque AVR a fait valoir que, pour l'application du critère des activités visé à l'article 12, paragraphes 3 et 5, de la directive 2014/24, il convient de se fonder sur le chiffre d'affaires consolidé de la personne morale contrôlée.*
- 2.8 La directive 2013/34/UE (ci-après la « directive 2013/34 »)³ a harmonisé le droit comptable des États membres. En ce qui concerne les Pays-Bas, ce droit a été harmonisé, entre autres, pour les sociétés anonymes et les sociétés privées à responsabilité limitée⁴ [OMISSIS].*
- 2.9 L'article 22 de la directive 2013/34, intitulé « Obligation d'établir des états financiers consolidés », dispose [OMISSIS] :*
 - « 1. Les États membres imposent à toute entreprise qui relève de leur droit national l'obligation d'établir des états financiers consolidés et*

³ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil [JO 2013, L 182, p. 19, modifiée en dernier lieu par la directive 2022/2464 (JO 2022, L 322, p. 15), rectificatif (pour la version néerlandaise) JO 2023, L 183, p. 64].

⁴ Voir annexe I de cette directive.

un rapport consolidé de gestion lorsque cette entreprise (entreprise mère) :

- a) *a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une autre entreprise (entreprise filiale) ;*
- b) *a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de gestion ou de surveillance d'une autre entreprise (entreprise filiale) et est en même temps actionnaire ou associée de cette entreprise ;*
- c) *a le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise (entreprise filiale) dont elle est actionnaire ou associée, en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou en vertu d'une clause des statuts de celle-ci, lorsque le droit dont relève cette entreprise filiale permet qu'elle soit soumise à de tels contrats ou de telles clauses statutaires.*

Les États membres n'ont pas besoin de prévoir que l'entreprise mère est tenue d'être actionnaire ou associée de son entreprise filiale. Les États membres dont le droit ne prévoit pas de tels contrats ou de telles clauses statutaires ne sont pas tenus d'appliquer cette disposition ; ou

- d) *est actionnaire ou associée d'une entreprise, et :*
 - i) *la majorité des membres des organes d'administration, de gestion ou de surveillance de cette entreprise (entreprise filiale), en fonction durant l'exercice ainsi que l'exercice précédent et jusqu'à l'établissement des états financiers consolidés, ont été nommés par l'effet du seul exercice de ses droits de vote ; ou*
 - ii) *elle contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette entreprise (entreprise filiale), la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci. Les États membres peuvent prendre des dispositions plus détaillées relatives à la forme et au contenu de cet accord.*

Les États membres imposent au moins la réglementation figurant au point ii). Ils peuvent subordonner l'application du point i) à la condition que les droits de vote représentent 20 % ou plus du total. Toutefois, le point i) ne s'applique pas si un tiers a, à l'égard de cette entreprise, les droits visés aux points a), b) ou c).

[...]

3. Pour l'application du paragraphe 1, points a), b) et d), les droits de vote, de nomination et de révocation de toute autre entreprise filiale ainsi que ceux de toute personne agissant en son nom propre mais pour le compte de l'entreprise mère ou de toute autre entreprise filiale s'ajoutent à ceux de l'entreprise mère.

4. Pour l'application du paragraphe 1, points a), b) et d), les droits indiqués au paragraphe 3, sont diminués des droits :

- a) afférents aux actions ou parts détenues pour le compte d'une personne autre que l'entreprise mère ou une entreprise filiale de celle-ci ; ou
- b) afférents aux actions ou parts :
 - i) détenues en garantie à condition que ces droits soient exercés conformément aux instructions reçues, ou
 - ii) détenues dans le cadre d'une opération courante des activités en matière de prêts de l'entreprise à condition que les droits de vote soient exercés dans l'intérêt de la personne constituant la garantie.

5. Pour l'application du paragraphe 1, points a) et d), la totalité des droits de vote des actionnaires ou des associés de l'entreprise filiale est diminuée des droits de vote afférents aux actions ou parts détenues par cette entreprise elle-même, par une entreprise filiale de celle-ci ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de ces entreprises.

6. L'entreprise mère et toutes ses entreprises filiales sont à consolider, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 9, quel que soit le lieu du siège de ces entreprises filiales.

[...] »

2.10 L'article 23 de la directive 2013/34 prévoit des exemptions à l'obligation de consolidation.

2.11 L'article 24 de cette directive, intitulé « Établissement des états financiers consolidés », se lit comme suit en ce qui concerne les profits et les pertes [OMISSIS] :

« 4. Lorsque des actions ou parts dans les entreprises filiales consolidées sont détenues par des personnes étrangères à ces entreprises, les montants attribuables à ces actions ou parts sont inscrits séparément au bilan consolidé en tant que participation ne donnant pas le contrôle.

5. *Les produits et charges des entreprises comprises dans la consolidation figurent intégralement dans le compte de résultat consolidé.*

6. *Les montants du résultat attribuables aux actions ou parts visées au paragraphe 4 sont inscrits séparément au compte de résultat consolidé en tant que profit ou perte attribuable aux participations ne donnant pas le contrôle.*

7. *Les états financiers consolidés font apparaître [...] le résultat des entreprises comprises dans la consolidation comme si elles constituaient une seule entreprise. En particulier, les éléments suivants sont éliminés des états financiers consolidés :*

[...]

c) *les profits et les pertes qui résultent d'opérations effectuées entre ces entreprises et qui sont inclus dans la valeur comptable de l'actif. »*

2.12 En ce qui concerne les Pays-Bas, ces dispositions ont été transposées dans le Burgerlijk Wetboek (code civil, ci-après le « BW »), livre 2, intitulé « Personnes morales », titre 9, intitulé « Comptes annuels et rapport de gestion », section 13, intitulée « Comptes annuels consolidés ». Les articles 2:405, 2:406 et 2:410 du BW disposent [OMISSIS] :

« Article 405

1. *Les comptes annuels consolidés sont le résultat de la combinaison des comptes annuels des personnes morales et des sociétés qui forment un groupe ou une partie d'un groupe ainsi que des autres personnes morales et sociétés comprises dans la consolidation, s'agissant de l'actif, du passif, des produits et des charges.*

2. *Conformément à l'article 362, paragraphe 1, les comptes annuels doivent fournir des informations sur l'ensemble des personnes morales et des sociétés comprises dans la consolidation.*

Article 406

1. *La personne morale qui est à la tête de son groupe, seule ou avec d'autres sociétés du groupe, établit des comptes annuels consolidés qui comprennent ses propres données financières ainsi que celle de ses filiales dans le groupe, des autres sociétés du groupe et des autres personnes morales sur lesquelles elle peut exercer un contrôle ou qui sont placées sous sa direction unique.*

2. Une personne morale qui n'est pas soumise à l'application du paragraphe 1, mais qui a, dans son groupe, une ou plusieurs filiales ou autres personnes morales sur lesquelles elle peut exercer un contrôle ou qui sont placées sous sa direction unique, établit des comptes annuels consolidés. Ces comptes annuels consolidés comprennent les données financières de la partie du groupe constituée de la personne morale, de ses filiales dans le groupe, des autres sociétés du groupe qui relèvent de la personne morale et des autres personnes morales sur lesquelles elle peut exercer un contrôle ou qui sont placées sous sa direction unique.

[...]

Article 410

1. Les dispositions du présent titre relatives aux comptes annuels et à leurs différents éléments [OMISSIS] [...] [OMISSIS] s'appliquent mutatis mutandis aux comptes annuels consolidés.

[...] »

La notion d'entreprise en droit de la concurrence

2.13 En outre, AVR a fait valoir que, pour l'application du critère des activités visé à l'article 12, paragraphes 3 et 5, de la directive 2014/24, il convient de tenir compte du chiffre d'affaires de l'entreprise dont la personne morale contrôlée fait partie ainsi que de la réalité économique.

2.14 En droit de la concurrence de l'Union, la notion d'« entreprise » comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, et désigne ainsi une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales.

Cette unité économique consiste en une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé, organisation pouvant concourir à commettre une infraction visée aux articles 101, paragraphe 1, ou 102 TFUE. À cet égard, il convient de relever que l'organisation des groupes de sociétés susceptibles de constituer une unité économique peut être très différente d'un groupe à l'autre. Il existe, notamment, des groupes de sociétés de type « conglomérat » qui sont actifs dans plusieurs domaines économiques ne présentant aucun lien entre eux. C'est pourquoi la notion d'« entreprise » au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE est une notion fonctionnelle, l'unité économique qui la constitue devant être identifiée du point de vue de l'objet de l'accord restrictif de concurrence en cause. Dès lors, une même société mère peut faire partie de plusieurs unités économiques constituées, en fonction de l'activité économique en cause, d'elle-même et de différentes

combinaisons de ses sociétés filiales appartenant toutes au même groupe de sociétés ⁵.

Le droit relatif aux déchets

2.15 Étant donné que les questions portent notamment sur la qualification du chiffre d'affaires provenant de l'exploitation d'une décharge, nous nous référons ici également aux dispositions de la directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative aux déchets et abrogeant certaines directives (JO 2008, L 312, p. 3) (ci-après la « directive 2008/98 ») ⁶ et de la directive 1999/31/CE du Conseil, du 26 avril 1999, concernant la mise en décharge des déchets (ci-après la « directive 1999/31 ») ⁷, ainsi qu'aux dispositions qui ont transposé ces directives pour les Pays-Bas.

2.16 Il ressort de l'article 1^{er} de la directive 1999/31 que celle-ci a pour objet, en résumé, d'assurer une réduction progressive de la mise en décharge des déchets et, par des exigences strictes applicables aux déchets et aux décharges, de prévoir des mesures visant à prévenir ou à réduire autant que possible les effets négatifs de la mise en décharge des déchets sur l'environnement (de la planète) et la santé humaine.

2.17 [OMISSIS] [définition de la « décharge » aux fins de ladite directive]

2.18 L'article 5 de la directive 1999/31 est intitulé « Déchets et traitements non admis dans les décharges ». Le paragraphe 5 de cet article dispose :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte que, d'ici à 2035, la quantité de déchets municipaux mis en décharge soit ramenée à 10 % ou moins de la quantité totale de déchets municipaux produite (en poids). »

2.19 Ces dispositions ont été transposées de la manière suivante pour les Pays-Bas. Conformément à l'article 1.1 de la Wet milieubeheer (loi relative à la gestion de l'environnement), la « mise en décharge » est définie comme étant « le fait de déposer des déchets sur ou dans la terre pour les y laisser ». Le Besluit stortplaatsen en stortverboden afvalstoffen (arrêté relatif aux décharges et aux interdictions de mise en décharge des déchets) a été adopté sur le fondement de l'article 8.40 de cette loi. L'article 1^{er}, paragraphe 1, de cet arrêté ⁸ dispose qu'il est interdit de mettre en décharge, dans les

⁵ Arrêt du 6 octobre 2021, Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, points 41, 45 à 47 et jurisprudence constante citée).

⁶ [OMISSIS]

⁷ [OMISSIS]

⁸ [OMISSIS]

installations destinées à la mise en décharge des déchets, les déchets relevant de l'une ou de plusieurs des catégories définies à cette disposition, parmi lesquelles figurent les catégories 15 et 16 :

« 15 a. déchets ménagers résiduels et déchets industriels résiduels analogues ;

b. flux partiels ou résidus provenant du traitement manuel ou mécanique des flux de déchets résiduels visés au point a ;

16. a. déchets ménagers résiduels encombrants ;

b. flux partiels ou résidus du traitement manuel ou mécanique des déchets ménagers encombrants. »

2.20 Cette interdiction de mise en décharge est soumise au régime suivant de dérogations prévues aux articles 4 à 6 de cet arrêté, qui peuvent être accordées par le college van gedeputeerde staten (gouvernement provincial, Pays-Bas), c'est-à-dire le pouvoir exécutif de la province concernée :

« Article 4

1. Lorsqu'ils délivrent un permis d'environnement pour une décharge, les gouvernements provinciaux peuvent prévoir que les déchets désignés dans ce permis ne sont pas soumis à l'interdiction visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, s'ils ont été désignés conformément à l'article 5 ou s'ils font l'objet d'une déclaration visée à l'article 6.

[...]

Article 5

Le ministre peut désigner par règlement des catégories de déchets visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, catégories 15 et suivantes, ou des parties de ces catégories, pour lesquelles il considère qu'aucune méthode de gestion des déchets autre que la mise en décharge n'est possible aux Pays-Bas.

Article 6

1. À la demande de l'exploitant d'une décharge, les gouvernements provinciaux peuvent déclarer que, selon eux, aucune méthode de gestion des déchets autre que la mise en décharge n'est possible aux Pays-Bas pour les déchets visés à l'article 1^{er}, paragraphe 1, catégories 15 et suivantes, ou pour une partie de ces catégories.

[...] »

2.21 L'article 28, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2008/98 dispose :

« Les États membres veillent à ce que leurs autorités compétentes établissent, conformément aux articles 1^{er}, 4, 13 et 16, un ou plusieurs plans de gestion des déchets. »

- 2.22 En ce qui concerne les Pays-Bas, cette disposition a été transposée à l'article 10.3 de la Wet milieubeheer (loi relative à la gestion de l'environnement), qui dispose que le ministre compétent doit adopter un plan de gestion des déchets au moins une fois tous les six ans.
- 2.23 Le plan actuellement applicable est le troisième plan national de gestion des déchets, modifié par un deuxième amendement et entré en vigueur le 2 mars 2021. Ce plan comprend un chapitre 4 intitulé « Principes généraux et politique générale ». Celui-ci contient une section 4.2 intitulée « Hiérarchie des déchets » dans laquelle la mise en décharge figure au niveau le plus bas, conformément à la hiérarchie des déchets établie à l'article 4 de la directive 2008/98, telle qu'il a été transposé à l'article 10.4 de la Wet milieubeheer (loi relative à la gestion de l'environnement). Ce chapitre 4 contient également une section 4.5 intitulée « Marché libre et services d'utilité publique » qui dispose, entre autres :

« [OMISSIS]

Un service d'utilité publique est un service socialement indispensable dont la pérennité doit être absolument garantie, comme l'eau potable ou l'énergie. Dans le domaine de la gestion des déchets, [...] la mise en décharge des déchets [relève] des services d'utilité publique [...]. Cela signifie que les pouvoirs publics doivent garantir la disponibilité, la continuité et la qualité de ces services. La raison en est que, à défaut de garantir cette continuité, des déchets peuvent se retrouver dans l'environnement et avoir un effet néfaste pour la société (déchets sauvages). [OMISSIS]

Par ailleurs, garantir la disponibilité, la continuité et la qualité de ces services ne signifie pas que les pouvoirs publics doivent en assurer eux-mêmes l'exécution effective. Les activités susvisées, qui relèvent des services d'utilité publique dans le domaine de la gestion des déchets, sont accomplies tant par le secteur public que par le secteur privé. [OMISSIS]

A.4.5.3. Mise en décharge et responsabilité particulière des pouvoirs publics s'agissant des services d'utilité publique

Dans le cadre de l'évolution vers une économie circulaire, il convient de réduire la mise en décharge à un minimum et, de préférence, de faire en sorte qu'elle ne soit plus nécessaire à terme. Toutefois, dans l'état actuel des choses, la mise en décharge est un service fondamental qui doit absolument faire l'objet d'une bonne réglementation. En effet, lorsqu'il n'y a pas (encore) d'autre solution,

les déchets doivent pouvoir être éliminés à tout moment d'une manière écologiquement rationnelle et sûre. Cela vaut tant pour les déchets résiduels qui ne peuvent pas être valorisés ou incinérés que pour les déchets qui sont normalement valorisés ou incinérés, mais dont ce traitement stagne (temporairement ou non). Dans ce dernier cas, on parle de mise en décharge en tant que "filet de sécurité". Il est également important d'assurer la continuité de la gestion écologiquement rationnelle des déchets, et donc de garantir qu'une capacité suffisante soit disponible à l'avenir. La mise en décharge est donc qualifiée de service d'utilité publique dans le présent plan national de gestion des déchets, et c'est la raison pour laquelle les décharges doivent être considérées comme des installations d'utilité publique en tant que services socialement indispensables.

Le service d'utilité publique de mise en décharge n'est pas réglé par la loi, mais il s'agit de la continuité d'une tâche que les pouvoirs publics se sont imposée dans le passé. À cet égard, le service d'utilité publique vise tous les déchets non combustibles et combustibles qui ne peuvent (temporairement) pas faire l'objet d'une valorisation ou d'une incinération en tant que forme d'élimination.

Responsabilité particulière des pouvoirs publics

La qualification de la mise en décharge en tant que service d'utilité publique confère aux pouvoirs publics une responsabilité particulière sur le plan de la continuité. Si le maintien de la capacité de mise en décharge actuelle et nécessaire est menacé, ou si une capacité de mise en décharge nouvelle et nécessaire n'est pas créée, les pouvoirs publics endossent une responsabilité particulière. Cela signifie que, dans ces différentes situations, les pouvoirs publics doivent prendre des mesures pour maintenir ou créer la capacité nécessaire. [...]

Planification de la capacité

Un élément important est la capacité nécessaire pour pouvoir accomplir cette tâche d'utilité publique. En ce qui concerne la mise en décharge des déchets, il est nécessaire de planifier la capacité car les Pays-Bas veulent rester autosuffisants dans ce domaine – sauf en ce qui concerne quelques déchets spécifiques [...]. [...] »

3. Les faits

Les parties

3.1 AVR est une société commerciale de traitement de déchets.

- 3.2 En 1995, les communes de la province de Frise ont fondé l'organisation commune de traitement des déchets sans but lucratif AF, qui a succédé au régime commun qu'elles avaient établi en 1981. Après 1995, d'autres communes qui ne se situent pas en Frise sont devenues actionnaires d'AF.
- 3.3 AF est à la tête d'un groupe de filiales dont certaines opèrent dans un domaine autre que l'exécution des tâches qui ont été confiées à AF ou à ces filiales par les communes actionnaires d'AF.
- 3.4 AF établit des comptes annuels consolidés qui, conformément à l'article 2:406, paragraphe 1, du BW, intègrent ses propres données financières et celles de ses filiales, des autres sociétés du groupe et des autres personnes morales sur lesquelles elle peut exercer un contrôle ou qui sont placées sous sa direction unique. Un élément de ces comptes annuels consolidés est le compte de résultat dans lequel AF intègre, du côté des produits, le chiffre d'affaires consolidé des entités précitées, à l'exclusion des opérations réalisées entre elles.
- 3.5 Les communes BAR se situent dans la province de Hollande-Méridionale. En 2015, elles ont fondé l'organisation sans but lucratif BAR pour assurer la mise en œuvre de leur gestion des déchets.
- 3.6 En 2000, trois autres communes de Hollande-Méridionale⁹ ont fondé l'organisation sans but lucratif Irado pour assurer la mise en œuvre de leur gestion des déchets ainsi que la gestion de l'espace public. En 2017, Irado est devenue d'actionnaire d'AF et, depuis le 1^{er} janvier 2017, elle fait traiter par cette dernière les déchets ménagers résiduels qu'elle collecte dans ces trois autres communes de Hollande-Méridionale.

La décharge d'AF

- 3.7 AF exploite elle-même (c'est-à-dire non pas par l'intermédiaire de l'une de ses filiales) une décharge de déchets (ci-après la « décharge ») sur ordre des communes de la province de Frise.
- 3.8 La décharge reçoit des déchets résiduels non ménagers¹⁰. Il s'agit, entre autres, de déchets industriels et de déchets provenant de projets communaux tels que l'assainissement des sols dans le cadre de la construction de bâtiments ou le désamiantage.

⁹ Capelle aan den IJssel, Schiedam et Vlaardingen

¹⁰ Qui ne sont pas des déchets dont la mise en décharge est interdite en vertu de l'article 5, paragraphes 1 à 4, de la directive 1999/31, tel qu'il a été transposé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points 1 à 14 du Besluit stortplaatsen en stortverboden afvalstoffen (arrêté relatif aux décharges et aux interdictions de mise en décharge des déchets).

3.9 Aux Pays-Bas, les décharges sont soumises à la planification de la capacité visée à l'alinéa A.4.5.3 du troisième plan national de gestion des déchets (voir ci-dessus, point 2.23). Selon cette planification, les décharges qui se situent aux Pays-Bas sont exploitées tant par des opérateurs économiques privés que par des organismes publics.

Les marchés litigieux

3.10 Jusqu'au 31 décembre 2019, chacune des communes BAR avait son propre accord avec différentes sociétés de traitement des déchets et, sur la base de ces accords, AVR traitait les déchets ménagers résiduels de ces communes (en partie comme sous-traitant). Dans le courant de l'année 2019, les communes BAR ont décidé que BAR prendrait une participation dans Irado et qu'Irado serait chargée de collecter et de traiter leurs déchets ménagers résiduels.

3.11 Le 13 décembre 2019, Irado et AF ont conclu un contrat pour la livraison, le transport et le traitement des déchets ménagers résiduels des communes BAR à partir du 1^{er} janvier 2020.

3.12 Le 20 décembre 2019, BAR et Irado ont conclu un contrat de prestation de services qui portait également sur le traitement des déchets ménagers résiduels des communes BAR.

3.13 Le 31 décembre 2019, BAR est devenue actionnaire d'Irado.

4. La procédure nationale

4.1 AVR a cité les défenderesses devant le rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye, Pays-Bas) et a introduit diverses demandes visant, en résumé, à entendre annuler (à titre principal), résilier ou ne pas mettre en œuvre (à titre subsidiaire) les marchés mentionnés aux points 3.11 et 3.12, à entendre dire pour droit que les conditions de l'article 2.24b de l'Aanbestedingswet 2012 (loi relative aux marchés publics de 2012) ne sont pas réunies pour ces marchés, et à entendre ordonner de lancer un appel d'offres européen pour ces marchés si les communes BAR souhaitent encore les attribuer.

4.2 Le rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye) a rejeté ces demandes au motif que, selon lui, les conditions de l'article 2.24b de l'Aanbestedingswet 2012 (loi relative aux marchés publics de 2012) étaient réunies.

4.3 AVR a interjeté appel de ce jugement et demande au Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye) d'accueillir ses demandes et, à titre complémentaire, de condamner BAR et consorts solidairement à lui verser des dommages-intérêts.

4.4 [OMISSIS]¹¹ [OMISSIS] [Les parties ont réagi aux questions préjudicielles proposées par le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye).]

5. Le contexte des questions préjudicielles

Le débat entre les parties

5.1 Il est constant entre les parties que le marché attribué par BAR à Irado et celui attribué par Irado à AF sont relèvent de l'obligation de mise en concurrence prévue par la directive 2014/24, telle qu'elle a été transposée dans l'Aanbestedingswet 2012 (loi relative aux marchés publics de 2012). Pour ces marchés, BAR et Irado invoquent l'exception établie à l'article 2.24b de cette loi.

5.2 Afin de déterminer si cette exception peut être invoquée avec succès, il importe, entre autres, d'apprécier si AF répond, dans son rapport avec les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent, au critère des activités établi à l'article 2.24b, paragraphe 1, sous b), lu en combinaison avec l'article 2.24a, paragraphe 3, de l'Aanbestedingswet 2012 (loi relative aux marchés publics de 2012), tel qu'interprétés conformément à l'article 12, paragraphe 3, premier alinéa, sous b), et paragraphe 5, premier alinéa, de la directive 2014/24.

La jurisprudence de la Cour relative au critère des activités dégagé dans son arrêt Teckal

5.3 Dans ses arrêts du 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei¹², et du 8 décembre 2016, Undis Servizi¹³, la Cour a précisé le contexte du critère des activités qu'elle avait dégagé dans l'arrêt Teckal :

Arrêt Carbotermo [OMISSIS] :

« 58. Il convient de rappeler que l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics est la libre circulation des marchandises et des services ainsi que l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres [...].

59. Les conditions posées par l'arrêt Teckal, précité, pour considérer la directive 93/36 inapplicable aux marchés conclus entre une collectivité territoriale et une personne juridiquement distincte d'elle, selon lesquelles, à la fois, la collectivité territoriale doit exercer sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce

¹¹ [OMISSIS]

¹² Arrêt C-340/04, EU:C:2006:308 (ci-après l'« arrêt Carbotermo »).

¹³ Arrêt C-553/15, EU:C:2016:935 (ci-après l'« arrêt Undis Servizi »).

sur ses propres services et cette personne doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent, ont notamment pour but d'éviter que le jeu de la concurrence soit faussé.

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

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

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

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

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

Arrêt Undis Servizi [OMISSIS] :

« 28. Conformément à la jurisprudence de la Cour, l'objectif principal des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des produits et des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres, implique l'obligation d'appliquer les règles concernant les procédures de passation de marchés publics prévues par les directives pertinentes, lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité juridiquement distincte, un contrat à titre onéreux, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non [...].

29. *La Cour a souligné que toute exception à l'application de cette obligation est d'interprétation stricte [...].*

30. *Étant donné qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services [...], la Cour a justifié la reconnaissance de l'exception en ce qui concerne les attributions dites "in house" par le lien interne particulier qui existe, dans un tel cas, entre le pouvoir adjudicateur et l'entité attributaire, même si cette dernière est une entité juridiquement distincte du premier [...]. Dans de tels cas, il peut être considéré que le pouvoir adjudicateur a, en réalité, recours à ses propres moyens [...] et que l'entité attributaire fait quasiment partie des services internes de celui-ci.*

31. *Cette exception requiert, outre que le pouvoir adjudicateur exerce sur l'entité attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, que cette entité réalise l'essentiel de ses activités au profit du ou des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent [...].*

32. *Ainsi, il est indispensable que l'activité de l'entité attributaire soit consacrée principalement à la ou aux collectivités qui la détiennent, toute autre activité ne pouvant revêtir qu'un caractère marginal. Pour évaluer si tel est le cas, le juge compétent doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce tant qualitatives que quantitatives. À cet égard, le chiffre d'affaires pertinent est celui que cette entité réalise en vertu des décisions d'attribution prises par cette ou ces collectivités de tutelle [...].*

33. *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 [...]. »*

5.4 Dans son arrêt Carbotermo, la Cour s'est également penchée sur la question de savoir si le chiffre d'affaires réalisé auprès de tiers pouvait être qualifié

de chiffre d'affaires provenant de l'activité exercée pour la ou les collectivités de contrôle :

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

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

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

Le chiffre d'affaires d'AF

5.5 Selon BAR et consorts, le pourcentage des activités exercées par AF dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui ont été confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent (ci-après le « chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches »), mesuré sur la base du chiffre d'affaires moyen de 2016 à 2018 :

- est inférieur à 80 % si l'on considère le chiffre d'affaires consolidé du groupe auquel appartient AF ; et
- est supérieur à 80 % si l'on considère le chiffre d'affaires non consolidé d'AF uniquement.

5.6 Lors du calcul de ce pourcentage, BAR et consorts a pris en compte le chiffre d'affaires réalisé par AF dans le cadre de l'exploitation de la décharge en tant que chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches. La prise en compte ou non de ce chiffre d'affaires en tant que chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches peut avoir une incidence sur la question de savoir si AF, envisagée uniquement au niveau de l'entreprise, répond au critère des activités.

Le chiffre d'affaires de la personne morale contrôlée uniquement ?

5.7 Selon BAR et consorts, le pourcentage du chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches doit être calculé uniquement sur le chiffre d'affaires (non consolidé) d'AF, parce que l'article 12, paragraphe 3, premier alinéa, sous b), de la directive 2014/24 fait référence aux « activités de cette personne morale » et que l'article 12, paragraphe 5, de cette directive permet de prendre en compte, outre le chiffre d'affaires, « un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux ». Si, en revanche, on devait se baser sur le chiffre d'affaires consolidé, cela impliquerait de prendre en compte le chiffre d'affaires de personnes morales autres que la personne morale contrôlée, ce qui serait une application *contra legem* du critère des activités.

5.8 Selon AVR, c'est le chiffre d'affaires du groupe qui doit être pris en considération parce qu'il s'agit du seul moyen de tenir suffisamment compte de la réalité factuelle et économique dans le cas d'une personne morale qui fait partie d'un groupe. Si seul le chiffre d'affaires de la personne contrôlée devait être pris en compte, cela conduirait à un nombre indûment élevé d'exceptions à l'application de la directive 2014/24 et, par conséquent, à une réduction de la concurrence, ce qui est contraire à l'objectif des règles de passation de marché. Seule la prise en compte du chiffre d'affaires du groupe permet i) de garantir que la directive 2014/24 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 », ii) de déterminer si la personne morale contrôlée est « privée de liberté d'action » parce qu'elle ne peut plus « exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs », et iii) d'assurer que la personne morale contrôlée « échappe aux contraintes de la [directive 2014/24, Ndt : inséré par l'auteur], celles-ci étant dictées par le souci de préserver une concurrence qui n'a, en ce cas, plus lieu d'être »¹⁴.

AVR a par ailleurs souligné que l'approche de BAR et consorts aurait pour effet – indésirable du point de vue de la concurrence non faussée – qu'une personne morale contrôlée par des pouvoirs adjudicateurs pourrait contourner le ratio 80/20 du critère des activités en opérant dans le cadre d'un groupe et en exerçant elle-même, dans ce groupe, plus de 80 % de ses activités au profit de ces pouvoirs adjudicateurs tout en faisant opérer une ou plusieurs sociétés du groupe sur le marché libre. AVR fait également valoir qu'AF est liée à ses filiales sur le plan économique et organisationnel de telle manière qu'elles forment de facto une seule entreprise.

5.9 Si l'on devait se fonder sur un chiffre d'affaires autre que celui de la seule personne morale contrôlée, BAR et consorts soutient que le chiffre d'affaires consolidé ne serait pas une bonne référence à cet égard, au motif que la

¹⁴ Arrêt Carbotermo (points 60 à 62) et arrêt Undis Servizi (point 33).

doctrine de la consolidation en droit comptable est trop technique et complexe et qu'elle connaît également de nombreuses exceptions.

5.10 [OMISSIS]

[OMISSIS] [Voir point 1 des questions préjudicielles reproduites ci-dessous]

Le chiffre d'affaires réalisé auprès de tiers ?

- 5.11 Si la Cour devait estimer que seul le chiffre d'affaires de la personne morale contrôlée elle-même doit être pris en considération, il conviendrait alors de déterminer si c'est à juste titre que BAR et consorts a pris en compte le chiffre d'affaires réalisé par AF dans le cadre de l'exploitation de la décharge en tant que chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches.
- 5.12 AVR souligne qu'aucun déchet ménager résiduel ne peut être déposé dans la décharge, de sorte qu'il reste les déchets industriels, et que les décharges situées aux Pays-Bas sont exploitées en partie par des opérateurs économiques privés. En exploitant la décharge, AF entre ainsi directement en concurrence avec ces opérateurs privés. Par conséquent, selon AVR, le chiffre d'affaires d'AF lié à la décharge ne saurait être pris en compte en tant que chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches.
- 5.13 BAR et consorts souligne que la décharge reçoit également des déchets pour le compte des communes, tels que ceux provenant de l'assainissement des sols ou du désamiantage, et que le college van gedeputeerde staten (gouvernement provincial) de Frise peut accorder une dérogation pour la mise en décharge de flux résiduels issus du traitement des déchets ménagers. En outre, selon BAR et consorts, il découle expressément de l'arrêt Carbotermo que le chiffre d'affaires d'AF lié à la décharge doit être pris en compte en tant que chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches, indépendamment du fait que ce chiffre d'affaires soit réalisé auprès des entreprises qui y déposent leurs déchets. En particulier, dans cet arrêt, la Cour a expressément reconnu que les activités que la personne morale contrôlée réalise, en vertu de décisions d'attribution, avec la ou les collectivités qui la détiennent peuvent profiter non seulement aux pouvoirs adjudicateurs de contrôle eux-mêmes, mais également aux « tiers usagers ». Lorsque ces tiers usagers paient pour ces activités, le chiffre d'affaires qui en découle doit également être pris en compte en tant que chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches. Selon BAR et consorts, c'est précisément la situation qui se présente en l'espèce : les communes de Frise ont chargé AF d'exploiter une décharge, cette décharge est utilisée par des tiers usagers qui paient pour cela et le chiffre d'affaires qui en découle est donc un chiffre d'affaires provenant de l'exécution des tâches.

5.14 [OMISSIS]

[OMISSIS] [Voir point 2 des questions préjudicielles reproduites ci-dessous]

Conclusion

5.15 [OMISSIS]

6. Dispositif

Le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye) :

– demande à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer sur les questions préjudicielles suivantes :

1. Le critère des activités prévu à l'article 12, paragraphe 3, premier alinéa, sous b), de la 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, lu en combinaison avec l'article 12, paragraphe 5, de cette directive,

doit-il être interprété en ce sens que :

lorsque le pourcentage des activités visé à ces dispositions est déterminé sur la base du chiffre d'affaires et que la personne morale contrôlée fait partie d'un groupe,

seul le chiffre d'affaires de la personne morale contrôlée elle-même doit être pris en compte, ou convient-il également de prendre en compte le chiffre d'affaires des sociétés liées ou non au sein du groupe, comme, par exemple :

i) le chiffre d'affaires consolidé dans lequel le chiffre d'affaires de la personne morale concernée doit être ajouté à celui des autres entités du groupe sur le fondement de la transposition en droit national des articles 22 et 24 de la directive 2013/34 ou

ii) le chiffre d'affaires des entités avec lesquelles la personne morale contrôlée constitue une unité économique au sens de la notion d'entreprise en droit de la concurrence de l'Union ?

2. Si la réponse à la première question est que seul le chiffre d'affaires de la personne morale contrôlée elle-même doit être pris en compte, le critère des activités visé dans cette question

doit-il être interprété en ce sens que :

le chiffre d'affaires réalisé auprès de tiers usagers qui déposent des déchets dans une décharge que la personne morale contrôlée exploite sur ordre des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent doit être pris en compte en tant que chiffre d'affaires réalisé dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par ces pouvoirs adjudicateurs, étant entendu que la personne

morale contrôlée est en concurrence, entre autres, avec des opérateurs privés dans le cadre de cette exploitation ?

[OMISSIS] [Formule finale]

DOCUMENT DE TRAVAIL