

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

19 mai 2009 (*)

«Directive 92/50/CEE – Article 29, premier alinéa – Marchés publics de services – Réglementation nationale n’autorisant pas la participation à une même procédure d’attribution de marché, de manière concurrente, de sociétés ayant entre elles un rapport de contrôle ou d’influence importante»

Dans l’affaire C-538/07,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 234 CE, introduite par le Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italie), par décision du 14 novembre 2007, parvenue à la Cour le 3 décembre 2007, dans la procédure

Assitur Srl

contre

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

en présence de:

SDA Express Courier SpA,

Poste Italiane SpA,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, M^{me} R. Silva de Lapuerta, MM. E. Juhász (rapporteur), G. Arestis et J. Malenovský, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: M^{me} L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 4 décembre 2008,

considérant les observations présentées:

- pour Assitur Srl, par M^e S. Quadrio, avvocato,
- pour la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, par M^e M. Bassani, avvocato,
- pour SDA Express Courier SpA, par M^{es} A. Vallefucio et V. Vallefucio, avvocati,
- pour Poste Italiane SpA, par M^e A. Fratini, avvocatessa,

– pour le gouvernement italien, par M. I. M. Braguglia, en qualité d'agent, assisté de M. G. Fiengo, avvocato dello Stato,

– pour la Commission des Communautés européennes, par M. D. Kukovec et M^{me} D. Recchia, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 10 février 2009,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 29, premier alinéa, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), ainsi que des principes généraux du droit communautaire en matière de marchés publics.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Assitur Srl (ci-après «Assitur») à la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (chambre de commerce, d'industrie, d'artisanat et d'agriculture de Milan), au sujet de la compatibilité avec les dispositions et principes susvisés d'une réglementation nationale interdisant la participation à une même procédure d'attribution de marché, de manière séparée et concurrente, de sociétés entre lesquelles existe un rapport de contrôle ou lorsque l'une d'elles exerce sur les autres une influence importante.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 L'article 29 de la directive 92/50, figurant au chapitre 2 de celle-ci intitulé «Critères de sélection qualitative», dispose à son premier alinéa:

«Peut être exclu de la participation à un marché tout prestataire de services:

- a) qui est en état de faillite, de liquidation, de règlement judiciaire ou de concordat préventif, de cessation d'activité, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
- b) qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de liquidation, de règlement judiciaire, de concordat préventif ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
- c) qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de chose jugée pour tout délit affectant la moralité professionnelle du prestataire de services;
- d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen que les pouvoirs adjudicateurs peuvent justifier;

e) qui n'a pas rempli ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur;

f) qui n'a pas rempli ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays du pouvoir adjudicateur;

g) qui s'est rendu gravement coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigibles en application du présent chapitre ou qui n'a pas fourni ces renseignements.»

4 L'article 3, paragraphe 4, deuxième et troisième alinéas, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), définit les notions d'«entreprises liées» et d'«influence dominante» entre entreprises. Il prévoit, en ce qui concerne les contrats de concession de travaux publics:

«Ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ni les entreprises qui leur sont liées.

On entend par 'entreprise liée' toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise:

- détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise
- ou
- dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise
- ou
- peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.»

La réglementation nationale

5 La directive 92/50 a été transposée en droit italien par le décret-loi n° 157, du 17 mars 1995 (supplément ordinaire à la GURI n° 104, du 6 mai 1995). Ce décret-loi ne prévoit pas d'interdiction de participation à une même procédure d'attribution de marché public de services d'entreprises entre lesquelles existent des rapports de contrôle ou qui sont liées entre elles.

6 L'article 10, paragraphe 1 bis, de la loi n° 109, du 11 février 1994, loi-cadre en matière de marchés publics de travaux (GURI n° 41 du 19 février 1994, ci-après la «loi n° 109/1994»), dispose:

«Les entreprises entre lesquelles existe l'une des formes de contrôle prévues par l'article 2359 du code civil ne peuvent participer au même marché.»

7 L'article 2359 du code civil italien, sous l'intitulé «Sociétés contrôlées et sociétés liées», prévoit:

«Sont considérées comme des sociétés contrôlées:

- 1) les sociétés dans lesquelles une autre société dispose de la majorité des droits de vote pouvant s'exercer dans les assemblées ordinaires;
- 2) les sociétés dans lesquelles une autre société dispose de droits de vote suffisants pour exercer une influence dominante dans l'assemblée ordinaire;
- 3) les sociétés qui sont sous l'influence dominante d'une autre société en vertu de liens contractuels spécifiques avec cette société.

Pour l'application des points 1 et 2 du premier paragraphe, sont également pris en considération les droits de vote des sociétés contrôlées, des sociétés fiduciaires et des intermédiaires; les droits de vote exercés pour le compte de tiers ne sont pas pris en compte.

Des sociétés sont considérées comme liées lorsque l'une d'elles exerce sur les autres une influence importante. Une telle influence est présumée lorsque la société peut exercer au moins un cinquième des droits de votes ou un dixième si elle détient des actions cotées sur des marchés réglementés.»

8 Les procédures de passation des marchés publics dans les secteurs des travaux, des services et des fournitures sont actuellement régies, dans leur ensemble, par le décret-loi n° 163, du 12 avril 2006 (supplément ordinaire à la GURI n° 100, du 2 mai 2006, ci-après le «décret-loi n° 163/2006»). Aux termes de l'article 34, dernier paragraphe, de ce décret-loi:

«Des concurrents qui se trouvent, l'un vis-à-vis de l'autre, dans l'une des situations de contrôle prévues à l'article 2359 du code civil ne peuvent participer au même appel d'offres. Les entités adjudicatrices excluent par ailleurs de ces procédures les concurrents dont elles constatent, sur la base d'éléments incontestables, que les offres sont imputables à un même centre de décision.»

Le litige au principal et la question préjudicielle

9 Par un appel d'offres du 30 septembre 2003, la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano a lancé une procédure d'adjudication ouverte en vue d'attribuer, sur la base du critère du prix le plus bas, le service du courrier, à savoir la collecte et la distribution du courrier ainsi que de différents documents, pour son propre compte ainsi que pour le compte de son entreprise Ced Camera, pour une période triennale correspondant aux années 2004 à 2006. Ce marché portait sur un montant de 530 000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

10 Après examen des documents présentés par les intéressés, ont été admises à participer à l'appel d'offres SDA Express Courier SpA (ci-après «SDA»), Poste Italiane SpA (ci-après «Poste Italiane») et Assitur.

11 Le 12 novembre 2003, Assitur a demandé l'exclusion de la procédure d'appel d'offres de SDA et de Poste Italiane, en raison des liens existant entre ces deux sociétés.

12 Il est ressorti de la vérification ordonnée à cet égard par la commission d'adjudication que la totalité du capital social de SDA était détenue par Attività Mobiliari SpA, elle-même entièrement détenue par Poste Italiane. Toutefois, étant donné que le décret-loi n° 157, du 17 mars 1995, qui régissait les marchés de services, ne prévoyait aucune interdiction de participation à une même procédure d'attribution de marché d'entreprises dont l'une contrôle l'autre et que la vérification effectuée n'avait pas révélé d'indices graves et concordants de nature à donner à penser que les principes de concurrence et de confidentialité des offres avaient été, en l'occurrence, violés, l'entité adjudicatrice a décidé, par la décision n° 712, du 2 décembre 2003, d'adjuger le marché à SDA, qui avait présenté l'offre la plus basse.

13 Assitur a demandé l'annulation de cette décision devant le Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia. Elle a fait valoir que, conformément à l'article 10, paragraphe 1 bis, de la loi n° 109/1994 qui, selon elle, est également applicable aux marchés de services à défaut de réglementation expresse différente, le pouvoir adjudicateur aurait dû exclure d'une telle procédure d'attribution de marché les sociétés se trouvant dans l'une des situations de contrôle mentionnées à l'article 2359 du code civil italien.

14 La juridiction de renvoi relève que l'article 10, paragraphe 1 bis, de la loi n° 109/1994, qui régit spécifiquement les marchés de travaux, établit une présomption irréfragable suivant laquelle l'offre faite par la société contrôlée était connue de la société qui exerce le contrôle sur cette dernière. Ainsi, les opérateurs économiques concernés ne seraient pas considérés par le législateur comme étant en mesure de formuler des offres faisant preuve de l'indépendance, du sérieux et de la fiabilité nécessaires, puisqu'ils seraient liés entre eux par une étroite communauté d'intérêts. Cette disposition interdirait donc aux entreprises ayant de tels rapports de participer à un même appel d'offres de manière concurrente et dans le cas où une telle participation est constatée, ces entreprises seraient obligatoirement exclues de la procédure d'adjudication. Ladite juridiction fait également observer que la notion d'«entreprise contrôlée» en droit italien est analogue à la notion d'«entreprise liée» dont la définition figure à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 93/37.

15 La juridiction de renvoi relève également que la jurisprudence italienne reconnaît à une règle telle que celle énoncée à l'article 10, paragraphe 1 bis, de la loi n° 109/1994 une valeur de règle d'ordre public, d'application générale. Cette règle serait en réalité l'expression d'un principe général qui dépasse la matière des travaux publics et s'étend également aux procédures d'adjudication dans les secteurs des services et des fournitures, nonobstant le fait que, dans ces derniers, une telle disposition spécifique n'existe pas. Le législateur aurait confirmé cette approche jurisprudentielle par l'adoption de l'article 34, dernier paragraphe, du décret-loi n° 163/2006, qui régit actuellement l'ensemble des marchés publics, cette dernière réglementation n'étant toutefois pas applicable, *ratione temporis*, à la présente affaire.

16 Ladite juridiction se demande pour autant si une telle approche est compatible avec l'ordre juridique communautaire et, notamment, avec l'article 29 de la directive 92/50, tel qu'interprété par la Cour dans son arrêt du 9 février 2006, *La Cascina e.a.* (C-226/04 et C-228/04, Rec. p. I-1347, points 21 à 23). Cette disposition, qui constitue l'expression du principe de «favor participationis», à savoir de l'intérêt à ce que le plus grand nombre possible d'entreprises participe à un appel d'offres, comporterait, selon ledit arrêt, une liste limitative des causes d'exclusion de la participation à un marché de services. Parmi ces causes

ne figurerait pas le cas de sociétés qui sont liées entre elles par un rapport de contrôle ou d'influence importante.

17 La juridiction de renvoi considère cependant que l'article 10, paragraphe 1 bis, de la loi n° 109/1994 constitue l'expression du principe de libre concurrence, dans la mesure où il vise à sanctionner toute collusion d'entreprises dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres. Par conséquent, il aurait été adopté en stricte conformité avec le traité CE, notamment avec les articles 81 et suivants de celui-ci, et il ne serait pas réellement en conflit avec l'article 29 de la directive 92/50.

18 Eu égard à ces considérations, le Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 29 de la directive 92/50 [...], en prévoyant sept cas d'exclusion de la participation aux marchés de services, constitue-t-il une liste exhaustive des cas d'exclusion et fait-il par conséquent obstacle à ce que l'article 10, paragraphe 1 bis, de la loi [n° 109/1994] (désormais, l'article 34, dernier paragraphe, du décret-loi [n° 163/2006]) impose une interdiction de participation simultanée à un appel d'offres à des entreprises dont l'une contrôle l'autre?»

Sur la question préjudicielle

19 Aux fins de répondre à cette question, il convient de relever que, conformément à la jurisprudence de la Cour, les sept causes d'exclusion de la participation d'un entrepreneur à un marché public prévues à l'article 29, premier alinéa, de la directive 92/50, se rapportent à l'honnêteté professionnelle, à la solvabilité ou à la fiabilité de l'intéressé, à savoir aux qualités professionnelles de celui-ci (voir, en ce sens, arrêt *La Cascina e.a.*, précité, point 21).

20 La Cour a souligné, en ce qui concerne l'article 24, premier alinéa, de la directive 93/37, qui reprend les mêmes causes d'exclusion que celles figurant à l'article 29, premier alinéa, de la directive 92/50, que la volonté du législateur communautaire a été de ne retenir dans cette disposition que des causes d'exclusion tenant uniquement aux qualités professionnelles des intéressés. Dans la mesure où elle reprend de telles causes d'exclusion, cette énumération a été considérée comme exhaustive par la Cour (voir, en ce sens, arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, non encore publié au Recueil, points 42 et 43 ainsi que jurisprudence citée).

21 La Cour a ajouté que cette énumération exhaustive n'exclut cependant pas la faculté des États membres de maintenir ou d'établir, en sus de ces causes d'exclusion, des règles matérielles destinées, notamment, à garantir, en matière de marchés publics, le respect des principes d'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires et de transparence, qui constituent la base des directives communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics, à la condition toutefois que le principe de proportionnalité soit observé (voir, en ce sens, arrêt *Michaniki*, précité, points 44 à 48 et jurisprudence citée).

22 Il est manifeste qu'une mesure législative nationale telle que celle en cause au principal est destinée à écarter toute collusion potentielle entre les participants à une même procédure de passation d'un marché public et à sauvegarder l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure.

23 Il y a donc lieu de considérer que l'article 29, premier alinéa, de la directive 92/50 ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre prévoie, en sus des causes d'exclusion que comporte cette disposition, d'autres causes d'exclusion visant à garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, à condition que de telles mesures n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

24 Il s'ensuit que la conformité avec le droit communautaire de la réglementation nationale en cause au principal doit encore être examinée au regard du principe de proportionnalité.

25 Il y a lieu de rappeler, à cet égard, que les règles communautaires en matière de passation des marchés publics ont été adoptées dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, dans lequel la libre circulation est assurée et les restrictions de la concurrence sont éliminées (voir, en ce sens, arrêt du 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04, Rec. p. I-619, point 2).

26 Dans ce contexte d'un marché intérieur unique et de concurrence effective, il est de l'intérêt du droit communautaire que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres.

27 Il ressort de la décision de renvoi que la disposition en cause au principal, rédigée en termes clairs et impératifs, comporte, pour les pouvoirs adjudicateurs, une obligation absolue d'exclure de la procédure de passation de marché les entreprises qui présentent des offres séparées et concurrentes, si ces entreprises sont liées entre elles par des rapports de contrôle, tels que ceux prévus par la réglementation nationale en cause au principal.

28 Toutefois, il serait contraire à une application efficace du droit communautaire d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles du droit de participer à une même procédure de passation de marché public. Une telle solution réduirait en effet considérablement la concurrence au niveau communautaire.

29 Force est donc de constater que la réglementation nationale en cause au principal, dans la mesure où elle étend l'interdiction de participation à une même procédure d'attribution de marché aux situations dans lesquelles le rapport de contrôle entre les entreprises concernées reste sans incidence sur le comportement de ces dernières dans le cadre de telles procédures, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à assurer l'application des principes d'égalité de traitement et de transparence.

30 Une telle réglementation, qui est fondée sur une présomption irréfragable selon laquelle les offres respectives d'entreprises liées pour un même marché auraient nécessairement été influencées l'une par l'autre, méconnaît le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne laisse pas à ces entreprises la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre les soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêts du 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 et C-34/03, Rec. p. I-1559, points 33 et 35, ainsi que Michaniki, précité, point 62).

31 Il convient à cet égard de souligner que les regroupements d'entreprises peuvent revêtir des formes et des objectifs variables, et n'excluent pas forcément que les entreprises contrôlées jouissent d'une certaine autonomie dans la conduite de leur politique commerciale et de leurs activités économiques, notamment dans le domaine de la participation à des adjudications publiques. Au demeurant, ainsi que la Commission l'a relevé dans ses

observations écrites, les rapports entre entreprises d'un même groupe peuvent être régis par des dispositions particulières, par exemple d'ordre contractuel, susceptibles de garantir tant l'indépendance que la confidentialité lors de l'élaboration d'offres qui seraient simultanément déposées par les entreprises en cause dans le cadre d'un même appel d'offres.

32 Dans ce contexte, la question de savoir si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises concernées dans le cadre d'une même procédure d'adjudication publique exige un examen et une appréciation des faits qu'il appartient aux pouvoirs adjudicateurs d'effectuer. La constatation d'une telle influence, sous quelque forme que ce soit, suffit pour que lesdites entreprises soient exclues de la procédure en cause. En revanche, la seule constatation d'un rapport de contrôle entre les entreprises concernées, en raison de la propriété ou du nombre des droits de vote pouvant s'exercer lors des assemblées ordinaires, ne suffit pas pour que le pouvoir adjudicateur puisse exclure automatiquement ces entreprises de la procédure d'attribution du marché, sans vérifier si un tel rapport a eu une incidence concrète sur leur comportement respectif dans le cadre de cette procédure.

33 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée:

- l'article 29, premier alinéa, de la directive 92/50 doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre prévoie, en sus des causes d'exclusion que comporte cette disposition, d'autres causes d'exclusion visant à garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, à condition que de telles mesures n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, et
- le droit communautaire s'oppose à une disposition nationale qui, tout en poursuivant les objectifs légitimes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence dans le cadre des procédures de passation des marchés publics, instaure une interdiction absolue, pour des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de participer de manière simultanée et concurrente à un même appel d'offres, sans leur laisser la possibilité de démontrer que ledit rapport n'a pas influé sur leur comportement respectif dans le cadre de cet appel d'offres.

Sur les dépens

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

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

L'article 29, premier alinéa, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre prévoie, en sus des causes d'exclusion que comporte cette disposition, d'autres causes d'exclusion visant à garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, à condition que de telles mesures n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

Le droit communautaire s'oppose à une disposition nationale qui, tout en poursuivant les objectifs légitimes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence dans le cadre des procédures de passation des marchés publics, instaure une interdiction absolue, pour des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de participer de manière simultanée et concurrente à un même appel d'offres, sans leur laisser la possibilité de démontrer que ledit rapport n'a pas influé sur leur comportement respectif dans le cadre de cet appel d'offres.

achatpublic.info