

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

18 juillet 2007 (*)

«Manquement d'État – Marchés publics de services – Directive 92/50/CEE – Conventions relatives au traitement de déchets urbains – Qualification – Marché public – Concession de services – Mesures de publicité»

Dans l'affaire C-382/05,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 20 octobre 2005,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. A. Aresu et X. Lewis, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République italienne, représentée par M. I. M. Braguglia, en qualité d'agent, assisté de M. G. Fiengo, avvocato dello Stato, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. C. W. A. Timmermans, président de chambre, MM. P. Kūris, K. Schiemann (rapporteur), L. Bay Larsen et M^{me} C. Toader, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: M. J. Swedenborg, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 8 mars 2007,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en raison du fait que la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia (présidence du Conseil des ministres, département de la protection civile, services du commissaire délégué aux situations d'urgence liées aux déchets et à la protection des eaux en Sicile) a engagé la procédure en vue de la conclusion des conventions portant sur l'utilisation de la fraction résiduelle des déchets urbains, après collecte sélective, produite dans les communes de la région de Sicile et conclu ces conventions sans avoir appliqué les procédures prévues par 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), telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001 (JO L 285, p. 1, ci-après la «directive 92/50»), et, en particulier, sans avoir fait publier l'avis de marché approprié au *Journal officiel des Communautés européennes*, la République

italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive, et notamment de ses articles 11, 15 et 17.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

2 L'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50 énonce:

«a) les '*marchés publics de services*' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur [...].»

3 L'article 8 de cette directive dispose:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI.»

4 Figurant sous le titre V de la directive 92/50, l'article 15, paragraphe 2, de celle-ci prévoit:

«Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public de services en recourant à une procédure ouverte, restreinte ou, dans les conditions prévues à l'article 11, à une procédure négociée font connaître leur intention au moyen d'un avis.»

5 Aux termes de l'article 17 de la directive 92/50:

«1. Les avis sont établis conformément aux modèles qui figurent aux annexes III et IV et précisent les renseignements qui y sont demandés. [...].»

4. Les avis visés à l'article 15 paragraphes 2 et 3 sont publiés *in extenso* au *Journal officiel des Communautés européennes* et à la banque de données TED, dans la langue originale. Un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues officielles des Communautés, seul le texte de la langue originale faisant foi.

[...]»

6 L'annexe I A de la directive 92/50, intitulée «Services au sens de l'article 8», comporte notamment la catégorie 16, dénommée «Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues», à laquelle correspond le numéro de référence CPC 94.

7 L'annexe III de ladite directive contient notamment les modèles d'«avis de préinformation» et d'«avis de marché».

La réglementation nationale

8 L'article 4 de l'ordonnance n° 2983 du président du Conseil des ministres, du 31 mai 1999 (GURI n° 132, du 8 juin 1999), telle que modifiée par l'ordonnance n° 3190, du 22 mars 2002 (ci-après l'«ordonnance n° 2983/99»), dispose:

«Le commissaire délégué, président de la région de Sicile, après avoir entendu le ministère de l'Environnement et de la Protection du territoire, conclut des conventions d'une durée maximale de vingt ans portant sur l'utilisation de la fraction résiduelle des déchets urbains, après collecte sélective, produite dans les communes de la région de Sicile [...]. À cet effet, le commissaire délégué, président de la région de Sicile, désigne les opérateurs industriels sur la base de procédures publiques transparentes, par dérogation aux procédures d'appel d'offres communautaires [...].»

- 9 Les termes «par dérogation aux procédures d'appel d'offres communautaires» figurant dans cette disposition ont été abrogés par l'ordonnance n° 3334 du président du Conseil des ministres, du 23 janvier 2004 (GURI n° 26, du 2 février 2004).

Les antécédents du litige et la procédure précontentieuse

- 10 Par ordonnance n° 670, du 5 août 2002, le président de la région de Sicile, agissant en sa qualité de Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia (commissaire délégué aux situations d'urgence liées aux déchets et à la protection des eaux en Sicile, ci-après le «commissaire délégué») et sur le fondement de l'article 4 de l'ordonnance n° 2983/99, a approuvé un document intitulé «Avis public relatif à la conclusion de conventions portant sur l'utilisation de la fraction résiduelle des déchets urbains, après collecte sélective, produite dans la région de Sicile» (ci-après l'«avis litigieux»). L'avis litigieux comporte trois annexes. L'annexe A énonce des «[l]ignes directrices relatives à l'utilisation de la fraction résiduelle des déchets urbains, après collecte sélective, produite dans les communes de la région de Sicile». L'annexe B s'intitule «Plan financier récapitulatif» et l'annexe C comporte une convention type à conclure avec les opérateurs retenus (ci-après la «convention type»).
- 11 Le 7 août 2002, un avis relatif aux conventions susmentionnées, établi sur la base du modèle d'avis intitulé «Avis de préinformation» figurant à l'annexe III de la directive 92/50, a été envoyé à l'Office des publications. Cet avis a donné lieu à une publication, le 16 août 2002, au *Journal officiel des Communautés européennes* (JO S 158, version électronique).
- 12 L'avis litigieux a, pour sa part, été publié le 9 août dans la *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*.
- 13 Saisie d'une plainte concernant cette procédure, la Commission a adressé une lettre de demande d'informations aux autorités italiennes le 15 novembre 2002, lettre à laquelle ces dernières ont répondu par courrier du 2 mai 2003.
- 14 Le 17 juin 2003, quatre conventions, calquées en substance sur la convention type, ont été conclues par le commissaire délégué avec, respectivement, Tifeo Energia Ambiente Soc. coop. arl, Palermo Energia Ambiente Soc. coop. arl, Sicil Power SpA et Platani Energia Ambiente Soc. coop. arl (ci-après les «conventions litigieuses»).
- 15 Le 17 octobre 2003, la Commission a, conformément à l'article 226 CE, adressé une mise en demeure à la République italienne reprochant à cet État membre une violation de la directive 92/50, en particulier des articles 11, 15 et 17 de celle-ci. N'étant pas satisfaite de la réponse du 1^{er} avril 2004 à cette mise en demeure, la Commission a adressé le 9 juillet 2004 un avis motivé à la République italienne, l'invitant à mettre fin au manquement reproché dans un délai de deux mois.
- 16 Dans leur réponse du 24 septembre 2004 à cet avis motivé, les autorités italiennes ont contesté ce manquement.
- 17 N'étant pas satisfaite de ladite réponse, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Sur le recours

Argumentation des parties

- 18 La Commission soutient que les conventions litigieuses constituent des marchés publics de services au sens de l'article 1^{er} de la directive 92/50 et qu'elles n'ont pas été conclues dans le respect des exigences de publicité découlant de cette directive. Elle relève, en particulier, que l'avis publié au *Journal officiel des Communautés européennes* l'a été non pas au moyen du formulaire d'avis de marché imposé à l'annexe III de cette directive en vue de l'attribution de marchés publics, mais en faisant usage du formulaire dit «de préinformation»

figurant à cette même annexe. Les prestataires de services non nationaux auraient en outre été l'objet d'une discrimination par rapport aux opérateurs nationaux qui ont bénéficié d'un avis de marché détaillé publié dans la *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*.

- 19 Selon la Commission, les conventions litigieuses ne sauraient être qualifiées de concessions de services échappant, ainsi que le soutient la République italienne, au champ d'application de la directive 92/50. En effet, la rémunération des opérateurs ne consisterait pas dans un droit de ceux-ci d'exploiter leur propre prestation en percevant des recettes auprès de l'utilisateur tout en assumant tous les risques liés à cette exploitation.
- 20 D'une part, la rémunération de l'opérateur tiendrait en l'occurrence dans une redevance directement versée à celui-ci par le commissaire délégué, redevance dont le montant est fixé par les conventions litigieuses en euros par tonne de déchets transférée par les communes à l'opérateur. Quant aux revenus que l'opérateur serait par ailleurs en mesure de tirer de la vente d'énergie électrique produite à l'occasion du traitement thermique des déchets, ils ne constitueraient pas un élément de la rémunération de cet opérateur.
- 21 D'autre part, l'opérateur ne supporterait pas le risque lié à l'exploitation dès lors, notamment, que les conventions litigieuses lui garantissent le transfert d'une quantité annuelle minimale de déchets tout en prévoyant l'adaptation annuelle du montant de la redevance en vue de tenir compte de l'évolution des coûts qu'il supporte. En outre, ces conventions prévoiraient une adaptation de ladite redevance dans l'hypothèse où la quantité annuelle effective de déchets transférée est inférieure à 95 % ou supérieure à 115 % de la quantité minimale garantie, cela afin de garantir l'équilibre économique et financier de l'opérateur.
- 22 Le gouvernement italien soutient, à l'inverse, que les conventions litigieuses constituent, ainsi qu'il ressort notamment de la jurisprudence nationale, des concessions de services échappant au champ d'application de la directive 92/50.
- 23 En premier lieu, de telles conventions auraient pour objet la délégation d'un service d'intérêt général dont l'opérateur a l'obligation d'assurer la continuité.
- 24 En deuxième lieu, les services en cause seraient fournis directement aux utilisateurs, à savoir la collectivité des habitants des communes produisant les déchets, lesquels, devant s'acquitter auprès des communes d'une taxe couvrant tant l'enlèvement que le traitement des déchets, supporteraient in fine le coût de la redevance versée à l'opérateur et rémunéreraient donc ces services. Le commissaire délégué ne jouerait qu'un rôle d'intermédiaire à cet égard.
- 25 En troisième lieu, l'obligation de traiter les déchets avec production d'énergie et, partant, la vente de cette dernière relèveraient bien de l'objet des conventions litigieuses. Il serait du reste classique que la rémunération d'une concession provienne non seulement du prix payé par l'utilisateur, mais également d'autres activités connexes au service fourni.
- 26 En quatrième lieu, et eu égard à l'importance financière des investissements effectués par l'opérateur, qui avoisineraient le milliard d'euros, et à la longue durée des conventions litigieuses, à savoir 20 années, les profits à réaliser par l'opérateur revêtraient un caractère aléatoire, d'autant qu'une partie de ceux-ci proviendrait de la vente de l'énergie produite.
- 27 En cinquième lieu, la responsabilité de l'organisation et de la gestion des services ainsi délégués relèverait exclusivement de l'opérateur, l'administration se limitant à un simple rôle de surveillance.
- 28 S'agissant de concessions de services, la transparence requise pourrait être assurée par tous moyens appropriés, dont la publication, comme en l'occurrence, d'avis dans des quotidiens nationaux spécialisés.

Appréciation de la Cour

- 29 Ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante, les concessions de services sont exclues du champ d'application de la directive 92/50 (voir, notamment, arrêts du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, point 9, et du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, point 42).
- 30 Le gouvernement italien ayant, à diverses reprises, insisté sur le fait qu'il résulte de la jurisprudence nationale que des conventions telles que les conventions litigieuses doivent être qualifiées de concessions de services, il convient de rappeler, à titre liminaire, que la définition d'un marché public de services relève du domaine du droit communautaire, si bien que la qualification des conventions litigieuses en droit italien n'est pas pertinente aux fins de juger si ces dernières relèvent du champ d'application de la directive 92/50 (voir, en ce sens, arrêts du 20 octobre 2005, Commission/France, C-264/03, Rec. p. I-8831, point 36, et du 18 janvier 2007, Auroux e.a., C-220/05, non encore publié au Recueil, point 40).
- 31 La question de savoir si les conventions litigieuses doivent ou non être qualifiées de concessions de services doit dès lors s'apprécier exclusivement à l'aune du droit communautaire.
- 32 À cet égard, il convient, d'une part, de constater que lesdites conventions prévoient le versement, par le commissaire délégué, à l'opérateur d'une redevance dont le montant est fixé en euros par tonne de déchets transférée par les communes concernées audit opérateur.
- 33 Or, ainsi que la Cour l'a précédemment jugé, il découle de la définition figurant à l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50 qu'un marché public de services au sens de cette directive comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services (arrêt Parking Brixen, précité, point 39). Il s'ensuit qu'une redevance du type de celle prévue par les conventions litigieuses est susceptible de caractériser un contrat à titre onéreux au sens dudit article 1^{er}, sous a), et donc un marché public (voir, s'agissant du versement d'une somme fixe par poubelle ou par conteneur versée par une ville à une société chargée en exclusivité de la collecte et du traitement de déchets, arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, Rec. p. I-9705, points 8 et 32).
- 34 D'autre part, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question (voir arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 58, et ordonnance du 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec. p. I-4685, points 27 et 28, ainsi qu'arrêt Parking Brixen, précité, point 40).
- 35 Or, force est de constater à cet égard que le mode de rémunération prévu par les conventions litigieuses ne tient pas dans le droit d'exploiter les services en cause, ni n'implique une prise en charge par l'opérateur du risque lié à l'exploitation.
- 36 En effet, non seulement ledit opérateur est, pour l'essentiel, rémunéré par le commissaire délégué au moyen d'une redevance fixe par tonne de déchets qui lui est transférée, ainsi qu'il a été rappelé au point 32 du présent arrêt, mais il est constant que, en vertu des conventions litigieuses, le commissaire délégué s'engage, d'une part, à ce que toutes les communes concernées transfèrent l'intégralité de leur fraction résiduelle de déchets à l'opérateur et, d'autre part, à ce qu'une quantité annuelle minimale de déchets soit transférée à ce dernier. Lesdites conventions prévoient en outre l'adaptation du montant de la redevance dans l'hypothèse où la quantité annuelle effective de déchets transférée est inférieure à 95 % ou supérieure à 115 % de cette quantité minimale garantie, cela afin de garantir l'équilibre financier et économique de l'opérateur. Elles prévoient de même que le montant de la redevance fait l'objet d'une revalorisation annuelle qui est fonction de l'évolution des coûts relatifs au personnel, aux matières consommables et aux travaux de maintenance, ainsi que d'un indicateur financier. Ces mêmes conventions prévoient en outre une renégociation de la redevance lorsque, en raison d'une modification du cadre législatif, l'opérateur doit faire face, en vue d'une mise en conformité, à des investissements excédant un certain niveau.

- 37 Eu égard à ce qui précède, les conventions litigieuses doivent être considérées comme des marchés publics de services soumis à la directive 92/50 et non comme des concessions de services échappant à celle-ci.
- 38 Aucun des arguments mis en avant par le gouvernement italien pour contester une telle qualification n'empêche par ailleurs la conviction.
- 39 S'agissant, tout d'abord, de la circonstance que les opérateurs sont en mesure, outre la perception de la redevance convenue, de bénéficier de rentrées financières liées à la revente de l'électricité produite à l'occasion du traitement des déchets, il convient de rappeler que l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50, qui définit la notion de marché public, fait état d'un «contrat à titre onéreux» et que le caractère onéreux d'un contrat se réfère à la contre-prestation offerte au prestataire en raison de la prestation de services visée par le pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt Auroux e.a., précité, point 45).
- 40 En l'occurrence, il est manifeste que la contre-prestation obtenue par l'opérateur en raison de la prestation de services visée par le commissaire délégué, à savoir le traitement des déchets transférés avec récupération d'énergie, consiste, pour l'essentiel, dans le paiement du montant de la redevance par le commissaire délégué.
- 41 À supposer même que le produit de la vente d'électricité puisse également s'analyser comme une contrepartie des services visés par le commissaire délégué, en raison notamment du fait que ce dernier s'engage dans les conventions litigieuses à faciliter cette vente auprès de tiers, la seule circonstance que l'opérateur serait ainsi en mesure, outre la rémunération perçue à titre onéreux dudit commissaire délégué, de tirer accessoirement certaines recettes de tiers en contrepartie de sa prestation de services ne saurait suffire à priver les conventions litigieuses de leur qualification de marché public (voir, par analogie, arrêt Auroux e.a., précité, point 45).
- 42 Ensuite, la longue durée des conventions litigieuses et la circonstance que leur exécution s'accompagne d'investissements initiaux importants à la charge de l'opérateur ne sont pas davantage déterminantes aux fins de la qualification de ces conventions, de telles caractéristiques pouvant se retrouver tant dans des marchés publics que dans des concessions de services.
- 43 Il en va de même du fait que le traitement de déchets relève de l'intérêt général. À cet égard, il convient du reste de rappeler que, ainsi qu'il ressort de l'annexe I A de la directive 92/50, figurent parmi les «[s]ervices au sens de l'article 8», auxquels ladite directive est susceptible de s'appliquer, la catégorie des «[s]ervices de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues», dont la Cour a précédemment jugé qu'elle englobe notamment les services de collecte et de traitement des déchets (voir, en ce sens, arrêt Commission/Autriche, précité, point 32).
- 44 Enfin, n'est pas non plus déterminante, aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, la circonstance que les prestations offertes par l'opérateur sont, le cas échéant, de nature à requérir de la part de ce dernier une importante autonomie d'exécution.
- 45 Dès lors que les conventions litigieuses sont constitutives de marchés publics de services au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50, leur passation ne pouvait intervenir que dans le respect des dispositions de ladite directive, notamment de ses articles 11, 15 et 17. Or, en vertu de celles-ci, il incombait notamment au pouvoir adjudicataire concerné de publier un avis de marché conforme au modèle prévu à l'annexe III de ladite directive, ce qu'il n'a pas fait.
- 46 Il s'ensuit que le recours de la Commission doit être accueilli et qu'il y a lieu de constater que, en raison du fait que la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia a engagé la procédure en vue de la conclusion des conventions portant sur l'utilisation de la fraction résiduelle des déchets urbains, après collecte sélective, produite dans les communes de la région de Sicile et conclu ces conventions sans avoir appliqué les

procédures prévues par la directive 92/50 et, en particulier, sans avoir fait publier l'avis de marché approprié au *Journal officiel des Communautés européennes*, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive, et notamment de ses articles 11, 15 et 17.

Sur les dépens

- 47 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de la République italienne et cette dernière ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) déclare et arrête:

- 1) En raison du fait que la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia a engagé la procédure en vue de la conclusion des conventions portant sur l'utilisation de la fraction résiduelle des déchets urbains, après collecte sélective, produite dans les communes de la région de Sicile et conclu ces conventions sans avoir appliqué les procédures prévues par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001, et, en particulier, sans avoir fait publier l'avis de marché approprié au *Journal officiel des Communautés européennes*, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive, et notamment de ses articles 11, 15 et 17.**
- 2) La République italienne est condamnée aux dépens.**

Signatures