

AVIS JURIDIQUE IMPORTANT: Les informations qui figurent sur ce site sont soumises à une clause de "non-responsabilité" et sont protégées par un copyright.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{me} ELEANOR Sharpston
présentées le 29 mars 2007 (1)

Affaire C-260/04

Commission des Communautés européennes contre République italienne

«Manquement d'État – Liberté d'établissement et libre prestation de services – Concessions de service public – Renouvellement de 329 concessions pour la gestion et la collecte de paris sur les courses de chevaux sans faire appel à la procédure de mise en concurrence – Obligations de publicité et de transparence»

1. En 1999, les autorités italiennes ont renouvelé 329 concessions pour la gestion de paris sur les courses de chevaux, sans avoir préalablement lancé une procédure d'appel d'offres. La Commission demande à la Cour de constater que, ce faisant, l'Italie a violé les obligations de transparence et de publicité résultant des dispositions du traité sur la liberté d'établissement et la libre prestation de services. L'Italie refuse d'admettre cette violation du droit communautaire. Elle est soutenue par le Danemark et l'Espagne bien que l'Italie et chacune des parties intervenantes avancent des arguments différents pour demander le rejet du recours introduit par la Commission.

Le droit communautaire

2. L'article 43 CE interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre.

3. L'article 49 CE interdit les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

4. Conformément aux articles 45 et 46 CE (lus, en ce qui concerne l'article 49, en liaison avec l'article 55 CE), ces interdictions ne s'appliquent pas aux activités participant dans un État membre, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique et ne préjugent pas de l'applicabilité des dispositions nationales prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

5. En outre, la Cour a jugé, à plusieurs reprises, que des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre leur objectif et qui sont appliquées, indépendamment de la nationalité (2).

6. À l'époque des faits, l'attribution des marchés publics était en règle générale régie au niveau communautaire par la directive 92/50 du Conseil (3). Pour des marchés dépassant un certain montant, la directive prévoyait des obligations spécifiques incluant notamment une obligation d'assurer la publicité de la procédure suivie au niveau communautaire sauf dans certaines circonstances définies de manière stricte. Toutefois, le huitième considérant du préambule de la directive indique que ladite directive ne couvre la prestation de services que dans la mesure où celle-ci est fondée sur des marchés et que la prestation de services sur d'autres bases n'est pas couverte. La Commission avait proposé d'inclure les «concessions de service public» dans le champ d'application de la directive précitée mais le Conseil a décidé de les exclure, notamment, en raison de différences dans les régimes applicables dans les différents États membres. (4)

7. La Cour a toutefois jugé que, bien que les concessions soient exclus du champ d'application des directives en matière de marchés publics, les autorités publiques les concédant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (5). Les articles 43 et 49 CE sont spécifiquement applicables aux concessions de service public (6) et le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires s'applique, même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité (7). Ces principes imposent une obligation de transparence à l'autorité publique qui doit garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (8).

8. En 2000, la Commission a publié une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire (9) dans laquelle elle expose son point de vue sur les effets du droit communautaire sur l'attribution de concessions (10).

Faits

9. Jusqu'en 1996, l'organisation des paris sur les courses de chevaux en Italie incombait à l'UNIRE (Union nationale pour l'amélioration des races équines), qui a accordé un certain nombre de concessions à cette fin. Depuis cette date (11), les paris ont été placés sous l'égide des ministères des finances et de l'agriculture. Conformément à un décret présidentiel de 1998 (12), ces ministères sont tenus d'accorder des concessions sur la base des procédures de passation de marché menées conformément au droit communautaire. À titre transitoire, les concessions accordées selon le régime précédent (qui n'impliquait pas le recours à une procédure d'appel d'offres) ont été renouvelées jusqu'à la fin de 1998 ou, si les procédures d'appel d'offres ne pouvaient être organisées avant cette date, jusqu'à la fin de 1999.

10. En 1999, il a été décidé par décret ministériel (13) d'augmenter le nombre de centres de collecte de paris sur les courses de chevaux en Italie et de le faire passer de 329 à 1000. 671 nouvelles concessions ont été attribuées sur la base d'un appel d'offres. Les 329 concessions existantes ont simplement été renouvelées pour six ans à partir du 1^{er} janvier 2000 (14). Une loi a été adoptée par la suite prévoyant que ces 329 concessions seraient réattribuées en conformité avec le décret présidentiel de 1998 mais resteraient valides jusqu'à leur réattribution (15).

Procédure

11. Le 24 juillet 2001, la Commission a transmis à la République italienne une lettre de mise en demeure, conformément à l'article 226 CE, portant sur un certain nombre de questions se posant dans le cadre des paris, en ce inclus, le renouvellement des 329 concessions en cause. La Commission considérait que les circonstances de ce renouvellement étaient incompatibles avec les exigences de transparence et de publicité résultant des articles 43 et 49 CE.

12. Les autorités italiennes ont répondu en faisant référence à l'adoption de la loi précitée (16).

13. Considérant que cette loi était restée lettre morte dans la pratique, la Commission a envoyé un avis motivé à l'Italie, le 18 octobre 2002, en l'invitant à s'y conformer dans un délai de deux mois.

14. Le 10 décembre 2002, les autorités italiennes ont invoqué la nécessité d'attester le statut financier des titulaires de concessions encore en vigueur avant d'organiser les procédures d'appel d'offres.

15. Le 17 juin 2004, n'ayant reçu aucune communication sur l'achèvement de la procédure précitée et l'ouverture des nouvelles procédures d'appel d'offres, la Commission a introduit le présent recours en concluant à ce qu'il plaise à la Cour :

- constater que, le ministère des finances ayant renouvelé, sans avoir procédé préalablement à une mise en concurrence, 329 concessions pour la gestion et la collecte des paris sur les courses de chevaux, la République italienne a violé le principe général de transparence et l'obligation de publicité découlant des règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement prévues dans ses articles 43 et suivants et à la libre prestation des services prévues dans ses articles 49 et suivants et

- condamner la République italienne aux dépens.

16. L'Italie demande à la Cour de rejeter le recours et de condamner la Commission aux dépens.

17. Le Danemark et l'Espagne ont été autorisés à intervenir au soutien de l'Italie et ont présenté des mémoires en intervention. La Finlande et les Pays-Bas ont également été autorisés à intervenir mais la Finlande s'est ensuite retirée de la procédure et les Pays-Bas n'ont pas présenté d'observations.

18. Les parties n'ont pas demandé la tenue d'une audience et il n'y en a pas eu.

Appréciation

19. Les moyens invoqués par la Commission peuvent être résumés comme suit. Les concessions pour la gestion des paris sur les courses de chevaux telles que celles en cause en l'espèce sont des concessions de service public aux fins du droit communautaire. À ce titre, elles ne relèvent pas du champ d'application de la directive 92/50 mais sont soumises aux obligations générales de non-discrimination, transparence et publicité qui résultent des articles 43 et 49 CE. Le simple renouvellement de 329 concessions existantes, sans procédures d'appel d'offres, n'est pas compatible avec ces exigences. Seules les raisons énumérées aux articles 45 et 46 CE peuvent justifier une dérogation et elles ne s'appliquent pas en l'espèce. S'agissant des 329 concessions précitées, les autorités italiennes n'avaient pas mis leur pratique en conformité avec le droit communautaire dans le délai de deux mois fixé dans l'avis motivé qui leur a été transmis, le 18 octobre 2002 et, toujours pas lorsque la présente requête a été introduite, 18 mois plus tard.

20. À la lumière des faits tels qu'ils sont exposés aux points 9 et 10 ci-dessus, qui ne semblent pas contestés, et de la jurisprudence résumée au point 7, il me semble que la Commission a établi, à première vue, que la constatation qu'elle demande est fondée.

21. L'Italie invoque pour sa défense un certain nombre de mesures qu'elle a adoptées en 2003 et les impératifs d'intérêt public qui les sous-tendent.

22. L'Espagne fait valoir des considérations portant sur les spécificités de l'autorisation et de l'organisation de paris que, selon elle, la Commission a omis de prendre en considération.

23. Le Danemark conteste l'interprétation faite par la Commission de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Telaustria, quant à la portée de l'obligation de transparence, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire.

24. Eu égard aux différences entre les trois séries d'arguments avancés par ces trois États membres, je les aborderai séparément.

L'Italie

25. L'Italie fait valoir que les mesures qu'elle a prises sont légitimes. Elle fait notamment référence à un décret-loi de 2003 et à une décision qu'elle a adoptée conformément à cette disposition (17). Selon ce décret-loi, il y a lieu de vérifier le statut financier de l'ensemble des titulaires de concessions, compte-tenu de difficultés survenues en ce qui concerne leur capacité à acquitter les redevances exigées d'eux dont le montant s'est avéré être excessivement élevé. Selon l'Italie, d'autres mesures ont cherché à remédier à ces difficultés par différents moyens et la décision a prorogé la validité des concessions existantes jusqu'à ce que cet objectif soit atteint mais non au-delà du 31 décembre 2011. Toutes ces mesures étaient justifiées par la nécessité de garantir aux titulaires d'une concession, la continuité, la stabilité financière et un rendement correct sur leurs investissements et de décourager ainsi le recours aux paris clandestins jusqu'à ce que les concessions déjà accordées aient pu être réattribuées sur la base de procédures d'appels d'offre.

26. La Commission souligne que les mesures prises en 2003 ne peuvent avoir aucune influence sur les violations commises. La question de savoir si un État membre a manqué aux obligations qui lui incombent doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé (18).

27. Je partage cette opinion.

28. La Commission n'en examine pas moins la question de savoir si les raisons invoquées pour adopter les mesures de 2003 auraient pu justifier la situation en 2002 et en conclut que tel n'est pas le cas.

29. Je ne trouve aucun élément étayant l'argument de la Commission, selon lequel on ne pourrait retenir que les justifications figurant expressément dans les articles 45 ou 46 du traité, à l'exclusion d'autres raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour a admis à nombreuses reprises que de telles raisons peuvent justifier des restrictions à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services (19).

30. Toutefois, comme la Commission l'a souligné, à juste titre, pour être justifiée – sur la base d'une disposition du traité ou d'une raison impérieuse d'intérêt général – les mesures en cause doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (20).

31. En outre, des considérations d'ordre purement économique ou administratif ne sauraient justifier des restrictions aux libertés prévues par le traité (21).

32. Parmi les objectifs avancés par l'Italie, aucun ne semble relever des catégories prévues aux articles 45 ou 46 CE. S'agissant d'autres raisons impérieuses (non économiques), seule la prévention de paris clandestins peut être considérée, au moins dans son principe, comme étant dans l'intérêt général.

33. Toutefois, selon les faits non contestés de la présente affaire, il a été décidé en 1999 de faire passer en Italie le nombre de concessions pour la gestion des paris de 329 à 1000. Cet objectif a été dûment atteint en accordant 671 nouvelles concessions après une procédure d'appel d'offres et en renouvelant simplement les 329 anciennes concessions. Dans ces circonstances, il est difficile d'imaginer – et l'Italie ne l'explique pas dans les mémoires qu'elle a produits – comment le renouvellement ou le maintien en vigueur de 329 anciennes concessions sans avoir recours à une procédure d'appels d'offre pourrait faire obstacle aux paris clandestins ni comment l'absence de transparence serait nécessaire à cet effet.

34. J'estime par conséquent que l'Italie n'a pas fait valoir d'arguments de nature à réfuter l'argumentation de la Commission.

L'Espagne

35. L'Espagne fait valoir que le recours introduit par la Commission est insuffisamment motivé au motif qu'il ne prend pas en considération un certain nombre d'éléments essentiels. Premièrement, comme la Cour l'a admis (22), les particularités d'ordre moral, religieux et culturel, ainsi que les conséquences moralement et financièrement préjudiciables pour l'individu et la société qui entourent les paris et les jeux, peuvent impliquer l'existence, au profit des autorités nationales, d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour réglementer ces activités dans l'intérêt de la protection du consommateur et de l'ordre social. Deuxièmement, une période de transition est nécessaire lorsque l'on remplace un régime de concession par un autre et peut justifier de prolonger certains aspects du régime précédent. Sur ces deux points, les autorités italiennes montrent clairement, selon l'Espagne, leur intention de se conformer pleinement aux exigences du droit communautaire. Troisièmement, des intérêts sociaux complexes sont impliqués, notamment, l'utilisation des revenus provenant des paris comme seule source pour financer l'amélioration de l'élevage de chevaux. Quatrièmement, le secteur italien des paris sur les courses de chevaux doit actuellement faire face à des difficultés financières sérieuses dont l'origine est antérieure aux mesures de 2003 citées par l'Italie dans son mémoire de défense.

36. Toutefois, aucune de ces considérations ne semble de nature à justifier la situation dont la Commission fait grief à l'Italie, à savoir, le renouvellement et le maintien ultérieur, sans transparence ni publicité, de 329 anciennes concessions, en même temps que l'octroi de 671 nouvelles concessions attribuées par le biais d'une procédure d'appel d'offres.

37. La nature spécifique des paris et des jeux a en effet été reconnue par la Cour mais non comme étant de nature à justifier des restrictions aux libertés garanties par le traité qui ne sont pas des raisons impérieuses d'intérêt général, ne sont pas propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi ou vont au delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (23). Des considérations de nature sociale et financière comme celles invoquées par l'Espagne dans ses troisième et quatrième moyens ou des difficultés pratiques résultant du passage d'un régime à un autre ne constituent pas de telles raisons. L'intention exprimée par les autorités italiennes n'est pas pertinente pour l'appréciation de la situation de fait à la fin de la période précisée dans l'avis motivé de la Commission.

Le Danemark

38. Le Danemark soulève un certain nombre de questions liées concernant notamment l'étendue des obligations résultant du traité, en matière des marchés publics ou de concessions qui ne sont pas soumises aux directives relatives aux marchés publics. Il fait valoir notamment qu'une procédure d'appel d'offres n'est pas nécessairement obligatoire et que l'utilisation du mot «advertising» dans la version anglaise de l'arrêt Telaustria suggère à tort une obligation plus exigeante que le terme équivalent de «publicité» dans d'autres versions linguistiques. Il demande à la Cour de préciser si cette condition implique la nécessité, pour le pouvoir adjudicateur, de s'adresser ouvertement aux futurs contractants ou titulaires de concessions, pour les soumissionnaires éventuels, d'avoir accès aux documents d'appels d'offres ou, pour le pouvoir adjudicateur, uniquement d'informer de son intention de passer un marché ou d'attribuer une concession.

39. À cet égard, les arguments présentés par le Danemark sont très similaires à ceux que ce gouvernement a présentés dans une autre affaire, Commission/Finlande, actuellement pendante devant la Cour (24). Les questions qu'il soulève sont importantes et je suis d'accord sur le fait qu'il peut être souhaitable de clarifier le droit à cet égard (25). Toutefois, la clarification générale demandée par le Danemark semble surtout viser à obtenir une réponse à certaines questions d'intérêt général pour les États membres plutôt qu'à trancher le présent litige.

40. Il n'est pas contesté dans la présente affaire que les 329 concessions en cause ont été purement et simplement renouvelées. Même si l'on peut argumenter que les autorités italiennes ont, d'une manière ou d'une autre, rendue publique leur intention de mettre en place une nouvelle procédure, il est tout à fait évident qu'à la différence de ce qui est le cas pour les 671 nouvelles concessions accordées après une procédure d'appel d'offres, en ce qui concerne les 329 concessions en cause, le degré de publicité n'était, en tout état de cause,

pas adéquat pour permettre « une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (26) .

41. Selon moi, les arguments présentés par le Danemark ne sont pas de nature à affecter l'issue de la présente affaire.

Observations finales

42. Je suis donc d'avis, que, eu égard à la jurisprudence de la Cour et aux faits de la présente affaire qui ne sont pas contestés, la Commission a suffisamment établi la violation qu'elle entend voir constater, et que, dans les circonstances de la présente affaire, aucun des arguments présentés par les États Membres ne réfute de manière adéquate les arguments présentés par la Commission.

43. J'entends indiquer clairement, que, en formulant une telle conclusion, je n'exprime aucune opinion, quant aux autres circonstances dans lesquelles le renouvellement de concessions pour la gestion des paris sur les courses de chevaux, sans recours à une procédure d'adjudication, pourrait être justifié. Je ne considère pas non plus qu'il soit nécessaire de spécifier précisément le type ou le degré de publicité requis lorsque l'on a recours à une procédure d'appel d'offres. Il suffit de rappeler, que, en l'espèce, 671 concessions ont été accordées après une procédure d'appel d'offres qui, de l'avis de la Commission, était conforme au droit communautaire alors que 329 autres étaient dans le même temps renouvelées sans la moindre transparence ou publicité qui aurait pu permettre aux parties intéressées d'avoir accès à la procédure d'appel d'offres.

Dépens

44. 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, et, selon l'article 69, paragraphe 4, les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs propres dépens. La Commission a conclu à ce que l'Italie soit condamnée aux dépens.

Conclusion

45. Je suis donc d'avis que la Cour devrait:

- constater que, le ministère des finances ayant renouvelé, sans avoir procédé préalablement à une mise en concurrence, 329 concessions pour la gestion et la collecte des paris sur les courses de chevaux, la République italienne a violé le principe général de transparence et l'obligation de publicité découlant des règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement prévues dans ses articles 43 et suivants et à la libre prestation des services prévues dans ses articles 49 et suivants et
- condamner la République italienne aux dépens à l'exception de ceux des États membres intervenant qui devraient supporter leurs propres dépens.

1 – Langue originale: l'anglais.

2 – Voir par exemple, arrêts du 25 juillet 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221, point 15) et du 31 mars 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32).

3 – 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) laquelle a entre-temps été abrogée et remplacée par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114). Dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et des télécommunications, l'attribution des marchés

était réglementée par la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ; désormais abrogée et remplacée par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p.1).

4 – Voir, en outre, points 46 et suivants de l'arrêt du 7 décembre 2000, Teleaustria et Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745).

5 – Voir l'arrêt Teleaustria, cité à la note 4, point 60, ainsi que les arrêts du 21 juillet 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287, point 16), du 13 octobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585, point 46), du 6 avril 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303, point 18).

6 – Voir les arrêts Parking Brixen, point 47 ; ANAV, point 19

7 – Voir l'arrêt Parking Brixen, point 48 ; ANAV, point 20.

8 – Voir les arrêts Teleaustria, points 61 et 62, Parking Brixen, point 49 ainsi qu'ANAV, point 21.

9 – JO 2000, C 121, p.2.

10 – Une communication interprétative de la Commission plus récente sur le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives "marchés publics" (JO C 179, p.2) passe explicitement sous silence les concessions bien que certains des conseils qu'elle comporte puissent être considérés comme étant de nature suffisamment générale pour s'appliquer auxdites concessions.

11 – Conformément à la loi n° 662/1996 (JORI n° 303 du 28 décembre 1996).

12 – Décret présidentiel n° 169/1998 (JORI n° 125 du 1^{er} juin 1998).

13 – Décret ministériel du 9 décembre 1999, (JORI n° 86 du 14 avril 1999).

14 – Directive ministérielle du 9 décembre 1999 et décision ministérielle du 21 décembre 1999 (JORI n° 300 du 23 décembre 1999).

15 – Décret-loi n° 452/2001 (JORI n° 301 du 29 décembre 2001), converti après modifications en loi n° 16/2002 (JORI n° 49 du 27 février 2002).

16 – Voir point 10 et note 15.

17 – Décret-loi n° 147/2003 du 24 juin 2003 (JORI n° 145 du 23 juin 2003), converti en loi n° 200/2003 ; Décision n° 107/2003 du 14 octobre 2003 de l'UNIRE (qui a initialement accordé les 329 concessions en cause).

18 – La Commission cite l'arrêt Commission/Luxembourg (C-299/01, Rec. 2002 p. I-5899, point 11). Voir plus récemment l'arrêt du 11 janvier 2007, Commission/Irlande (C-183/05, non encore publié au Recueil, point 17).

19 – Voir, par exemple, dans le cas spécifique des paris, les arrêts du 6 novembre 2003, Gambelli e.a. (C-243/01, Rec. p. I-13031, points 59 et 60) et du 6 mars 2007, Placanica (C-338/04, non encore publié au Recueil, point 45).

20 – Voir Gambelli, point 65; arrêt du 30 janvier 2007, Commission/Danemark, C-150/04, non encore publié au Recueil, point 46.

21 – Voir, par exemple, arrêt du 16 janvier 2003, Commission/Italie (C-388/01, Rec. p. I-721, point 22 ou arrêt du 13 mai 2003, Commission/Espagne (C-463/00, Rec. p. I-4581, point 35).

22 – Voir l'arrêt Gambelli, cité à la note 19, point 63 et la jurisprudence citée dans cet arrêt, à savoir, les arrêts du 24 mars 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039) du 21 septembre 1999, Läära e.a. (C-124/97, Rec. p. I-6067) et du 21 octobre 1999, Zenatti (C-67/98, Rec. p. I-7289).

23 – Arrêt Gambelli, points 65 et 67.

24 – Affaire C-195/04 ; voir notamment les points 79 et suivants de mes conclusions du 18 janvier 2007.

25 – Voir, en outre, l'article d'Adrian Brown, «Seeing through transparency : the necessity to advertise public contracts and concessions under the EC treaty», Public procurement Law Review 2007, p.1. On peut aussi noter que la communication interprétative de la Commission (citée à la note 10) fait actuellement l'objet d'un recours en annulation introduit par l'Allemagne devant le Tribunal de première instance dans l'affaire T-258/06 dans lequel plusieurs États membres et le Parlement européen ont demandé à intervenir.

26 – Voir point 7 et note 8 ci-dessus.