ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)
21 juillet 2005 *

Dans l'affaire C-231/03,

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 février 2003, parvenue à la Cour le 28 mai 2003, dans la procédure

Consorzio Aziende Metano (Coname)

contre

Comune di Cingia de' Botti,

en présence de:

Padania Acque SpA,

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans (rapporteur), A. Rosas, M^me^ R. Silva de Lapuerta et M. A. Borg Barthet, présidents de chambre, MM. R. Schintgen, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský et J. Klučka, juges,

* Langue de procédure: l'italien.

avocat général: M^me^ C. Stix-Hackl,
greffier: M^me^ L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 1^er^ mars 2005,

considérant les observations présentées:

— pour le Consorzio Aziende Metano (Coname), par M^e^ M. Zoppolato, avvocato,

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

— pour le gouvernement néerlandais, par M. D. J. M. de Grave, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement finlandais, par M^me^ A. Guimaraes-Purokoski, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. X. Lewis, K. Wiedner et C. Loggi, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 12 avril 2005,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 43 CE, 49 CE et 81 CE.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant le Consorzio Aziende Metano (ci-après le «Coname») au comune di Cingia de' Botti (commune de Cingia de' Botti) au sujet de l'attribution par ce dernier à Padania Acque SpA (ci-après «Padania») du service portant sur la gestion, la distribution et l'entretien des installations de distribution de gaz méthane.

Le cadre juridique

3 En vertu de l'article 22, paragraphe 3, de la loi n° 142, portant organisation des autonomies locales (legge n° 142, recante ordinamento delle autonomie locali) du 8 juin 1990 (supplément ordinaire à la GURI n° 135, du 12 juin 1990, ci-après la «loi n° 142/1990»), un service tel que celui portant sur la gestion, la distribution et l'entretien des installations de distribution de gaz méthane peut être assuré par l'entité publique elle-même, par concession à des tiers, en ayant recours à des

entreprises tierces ou encore, selon ledit article 22, paragraphe 3, sous e), «par l'intermédiaire de sociétés par actions ou à responsabilité limitée principalement à capital public local souscrit par l'organisme qui assure le service public ou avec sa participation et, si cela s'avère opportun en raison de la nature ou de l'étendue du territoire couvert par le service, avec la participation de plusieurs opérateurs publics ou privés».

Le litige au principal et la question préjudicielle

4 Le Coname avait conclu avec le comune di Cingia de' Botti un contrat pour l'attribution du service portant sur l'entretien, la direction et la surveillance du réseau de gaz méthane pour la période du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2000.

5 Par lettre du 30 décembre 1999, ladite commune a informé le Coname que, par délibération du 21 décembre 1999, le conseil municipal avait confié à Padania le service portant sur la gestion, la distribution et l'entretien des installations de distribution de gaz méthane pour la période du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2005. Cette dernière société est à capitaux majoritairement publics, détenus par la province de Cremona ainsi que presque toutes les communes de cette province. Le comune di Cingia de' Botti détient une participation dans le capital de cette société à hauteur de 0,97 %.

6 Le service en cause au principal a été confié à Padania par attribution directe, en application de l'article 22, paragraphe 3, sous e), de la loi n° 142/1990.

7 Le Coname, qui demande à la juridiction de renvoi, notamment, l'annulation de la délibération du 21 décembre 1999, fait valoir que l'attribution dudit service aurait dû se faire par appel d'offres.

8 Considérant que la solution du litige dont il est saisi exige l'interprétation de certaines dispositions du traité CE, le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Les articles 43 [CE], 49 [CE] et 81 CE, qui interdisent respectivement les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre et à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté à l'égard des ressortissants des États membres, ainsi que les pratiques commerciales et des sociétés, qui sont susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union européenne, s'opposent-ils à l'attribution directe, c'est-à-dire en l'absence d'un appel d'offres, de la gestion du service public de distribution du gaz à une société à participation publique communale, chaque fois que cette participation au capital social est telle qu'elle ne permet aucun contrôle direct sur la gestion elle-même, et faut-il par conséquent affirmer que, comme en l'espèce, lorsque la participation est égale à 0,97 %, les caractéristiques de la gestion 'in house' ne sont pas présentes?»

Sur la question préjudicielle

9 À titre liminaire, il y a lieu de relever que l'affaire au principal apparaît viser, ainsi qu'il résulte de la réponse apportée par la juridiction de renvoi à une demande d'éclaircissements formulée par la Cour en vertu de l'article 104, paragraphe 5, de

son règlement de procédure, un service qualifié de concession, qui ne ressort du champ d'application ni 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), ni de 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 (JO L 199, p. 84) (voir, en ce sens, arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 56, et ordonnance du 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec. p. I-4685, point 28).

10 Le présent arrêt se fonde donc sur la prémisse selon laquelle le litige au principal concerne l'attribution d'une concession, prémisse qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

11 Ceci étant précisé, la juridiction de renvoi demande, par sa question, une interprétation des articles 43 CE, 49 CE et 81 CE.

Sur l'article 81 CE

12 Il convient de rappeler que l'article 81 CE, qui s'applique, d'après ses termes, aux accords «entre entreprises», ne vise pas, en principe, les contrats de concession conclus entre une commune agissant en sa qualité d'autorité publique et le concessionnaire chargé d'un service public (voir, en ce sens, arrêt du 4 mai 1988, Bodson, 30/87, Rec. p. 2479, point 18).

13 Dès lors, comme le relèvent à juste titre le gouvernement finlandais et la Commission, ladite disposition n'est pas applicable à l'affaire au principal, telle que décrite dans la décision de renvoi.

14 Il n'y a donc pas lieu de répondre à la question à cet égard.

Sur les articles 43 CE et 49 CE

15 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 43 CE et 49 CE s'opposent à l'attribution directe, c'est-à-dire en l'absence d'appel d'offres, par une commune d'une concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz à une société à capitaux majoritairement publics et dont cette commune détient une participation dans le capital à hauteur de 0,97 %.

16 Il y a lieu de rappeler que l'attribution d'une telle concession n'est régie par aucune des directives par lesquelles le législateur communautaire a réglementé le domaine des marchés publics. En l'absence d'une telle réglementation, c'est à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le traité que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions.

17 À cet égard, il convient de relever que, dans la mesure où ladite concession est susceptible d'intéresser également une entreprise située dans un État membre autre que celui du comune di Cingia de' Botti, l'attribution, en l'absence de toute transparence, de cette concession à une entreprise située dans ce dernier État membre est constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans l'autre État membre (voir, en ce sens, arrêt Telaustria et Telefonadress, précité, point 61).

18 En effet, en l'absence de toute transparence, cette dernière entreprise n'a aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite concession.

19 Or, à moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre État membre, joue principalement au détriment de celles-ci, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 43 CE et 49 CE (voir notamment, en ce sens, arrêts du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg, C-111/91, Rec. p. I-817, point 17; du 8 juin 1999, Meeusen, C-337/97, Rec. p. I-3289, point 27, et du 26 octobre 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97, Rec. p. I-7447, point 33 et jurisprudence citée).

20 S'agissant de l'affaire au principal, il ne ressort pas du dossier que, en raison de circonstances particulières, telles qu'un enjeu économique très réduit, il pourrait raisonnablement être soutenu qu'une entreprise située dans un État membre autre que celui dont relève le comune di Cingia de' Botti ne serait pas intéressée par la concession en cause et que les effets sur les libertés fondamentales concernées devraient donc être considérés comme étant trop aléatoires et trop indirects pour pouvoir conclure à une éventuelle violation de celles-ci (voir, en ce sens, arrêts du 7 mars 1990, Krantz, C-69/88, Rec. p. I-583, point 11; et du 21 septembre 1999, BASF, C-44/98, Rec. p. I-6269, point 16, ainsi que ordonnance du 12 septembre 2002, Mertens, C-431/01, Rec. p. I-7073, point 34).

21 Dans ces conditions, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si l'attribution de la concession par le comune di Cingia de' Botti à Padania répond à des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise située sur

le territoire d'un État membre autre que celui de la République italienne puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession.

22 Si tel n'est pas le cas, il y a lieu de conclure à l'existence d'une différence de traitement au détriment de ladite entreprise.

23 S'agissant des circonstances objectives pouvant justifier une telle différence de traitement, il y a lieu de relever que le fait que le comune di Cingia de' Botti ait une participation à hauteur de 0,97 % dans le capital de Padania ne constitue pas, à lui seul, une de ces circonstances objectives.

24 En effet, à supposer que la nécessité pour une commune d'exercer un contrôle sur le concessionnaire gérant un service public puisse constituer une circonstance objective de nature à justifier une éventuelle différence de traitement, il convient de relever que la participation de 0,97 % est tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un tel contrôle, comme l'observe la juridiction de renvoi elle-même.

25 À l'audience, le gouvernement italien a fait valoir, en substance, que, contrairement à quelques grandes villes d'Italie, la plupart des communes n'ont pas les moyens pour assurer par des structures internes des services publics, tels que celui de la distribution du gaz sur leur territoire, et se voient donc obligées de recourir à des structures, comme celle de Padania, dans le capital desquelles plusieurs communes ont des participations.

26 À cet égard, il convient de constater qu'une structure telle que celle de Padania ne saurait être assimilée à une structure par laquelle une commune ou une ville gère, de façon interne, un service public. En effet, ainsi qu'il ressort du dossier, Padania constitue une société qui est ouverte, au moins en partie, au capital privé, ce qui empêche de la considérer comme une structure de gestion «interne» d'un service public dans le chef des communes qui en font partie.

27 Aucune autre circonstance objective de nature à justifier une éventuelle différence de traitement n'a été portée à la connaissance de la Cour.

28 Dans ces conditions, il convient de répondre à la question posée que les articles 43 CE et 49 CE s'opposent, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, à l'attribution directe par une commune d'une concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz à une société à capitaux majoritairement publics et dont ladite commune détient une participation dans le capital à hauteur de 0,97 %, si cette attribution ne répond pas à des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un État membre autre que celui de ladite commune puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession.

Sur les dépens

29 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 (grande chambre) dit pour droit:

Les articles 43 CE et 49 CE s'opposent, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, à l'attribution directe par une commune d'une concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz à une société à capitaux majoritairement publics et dont ladite commune détient une participation dans le capital à hauteur de 0,97 %, si cette attribution ne répond pas à des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un État membre autre que celui de ladite commune puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession.

Signatures.