ARRÊT DE LA COUR
26 avril 1994 *

Dans l'affaire C-272/91,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. Antonio Aresu et Rafael Pellicer, membres du service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Georgios Kremlis, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie requérante,

contre

République italienne, représentée par M. le professeur Luigi Ferrari Bravo, chef du service du contentieux diplomatique du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, assisté de M. Ivo M. Braguglia, avvocato dello Stato, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade d'Italie, 5, rue Marie-Adélaïde,

partie défenderesse,

ayant pour objet de faire constater que la République italienne, en omettant de communiquer, aux fins de la publication dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, tout d'abord en début d'année 1990, un avis indicatif reprenant l'ensemble des marchés, par groupes de produits, dont le montant estimé égale ou dépasse 750 000 écus, que le ministère des Finances italien envisageait de passer au cours de cette même année, puis, au mois de novembre 1990, un avis relatif à l'appel d'offres pour la concession du système d'automatisation du jeu du loto et en réservant la participation à ce marché aux seuls organismes, sociétés, consortiums ou groupements dont le capital social, pris isolément ou dans son

* Langue de procédure: l'italien.

ensemble, est à participation publique majoritaire, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30, 52 et 59 du traité CEE et des articles 9 et 17 à 25 de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1), telle que modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988 (JO L 127, p. 1),

LA COUR,

composée de MM. O. Due, président, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida (rapporteur) et M. Diez de Velasco, présidents de chambre, C. N. Kakouris, R. Joliet, F. A. Schockweiler, F. Grévisse, M. Zuleeg, P. J. G. Kapteyn et J. L. Murray, juges,

avocat général: M. C. Gulmann
greffier: M. J.-G. Giraud

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 26 mai 1993,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 14 juillet 1993,

rend le présent

Arrêt

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 18 octobre 1991, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CEE, un

recours visant à faire constater que, en omettant de communiquer, aux fins de la publication dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, tout d'abord en début d'année 1990, un avis indicatif reprenant l'ensemble des marchés, par groupes de produits, dont le montant estimé égale ou dépasse 750 000 écus, que le ministère des Finances italien envisageait de passer au cours de cette même année, puis au mois de novembre 1990, un avis relatif à l'appel d'offres pour la concession du système d'automatisation du jeu du loto et en réservant la participation à ce marché aux seuls organismes, sociétés, consortiums ou groupements dont le capital social, pris isolément ou dans son ensemble, est à participation publique majoritaire, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30, 52 et 59 du traité CEE et des articles 9 et 17 à 25 de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1), telle que modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988 (JO L 127, p. 1).

2 Les antécédents du litige font l'objet d'un résumé aux points 6 à 16 de l'ordonnance du président de la Cour, du 31 janvier 1992 (C-272/91 R, Rec. p. I-457), intervenue sur demande en référé présentée par la Commission dans le cadre du présent recours et enjoignant à la République italienne de prendre les mesures nécessaires pour suspendre les effets juridiques du décret du ministre des Finances du 14 juin 1991 par lequel la concession du système d'automatisation du jeu du loto avait été adjugée au consortium Lottomatica, ainsi que l'exécution du contrat conclu à cet effet.

Sur le grief tiré de la méconnaissance des articles 52 et 59 du traité

3 La Commission fait valoir que, en réservant la participation au marché portant sur la concession du système d'automatisation du jeu italien du loto aux seuls « organismes, sociétés ou consortiums ainsi qu'aux groupements dont le capital social, pris isolément ou dans son ensemble, est dans la majorité détenu par le secteur public », la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 52 et 59 du traité.

4 En effet, il s'agirait d'un cas d'application concrète de la réserve que la Cour a condamnée dans l'arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie (C-3/88, Rec. p. 4035), et selon laquelle seules les sociétés dans lesquelles l'État ou le secteur public détient une participation majoritaire ou totale, de façon directe ou indirecte, avaient la possibilité de conclure avec l'État italien des conventions relatives à la réalisation de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique.

5 Le gouvernement italien conteste le manquement allégué. Il soutient que les marchés visés par l'arrêt précité concernaient la fourniture de systèmes informatiques, dont le fournisseur devait assurer également la gestion en tant que prestataire de services au profit de l'administration, alors que le marché en question dans le présent recours porte — ainsi qu'il résulte en particulier du programme technique annexé au cahier des charges spécial relatif à l'appel d'offres contesté — sur une concession par laquelle l'administration en cause a transféré à un tiers l'exercice d'activités relevant de l'autorité publique, à savoir une partie des pouvoirs d'organisation, d'inspection et d'attestation relatifs au jeu du loto qui, selon la législation italienne, est strictement réservé à l'État. Or, conformément à l'article 55 du traité, les dispositions des articles 52 et 59 ne sont pas applicables aux activités participant, dans les États membres, à l'exercice de l'autorité publique.

6 Il convient de relever que, comme l'avocat général l'a démontré aux points 18 à 23 des conclusions, l'introduction du système d'automatisation litigieux qui, selon l'avis de marché en cause, comporte les locaux, les fournitures, l'installation, l'entretien, le fonctionnement, la transmission de données ainsi que tout autre élément nécessaire à l'exploitation du jeu du loto, n'entraîne aucun transfert de responsabilités au concessionnaire en ce qui concerne les différentes opérations inhérentes au jeu du loto.

7 En effet, en premier lieu, les receveurs du loto restent responsables de la prise des paris, la fonction du terminal du concessionnaire se bornant à l'enregistrement, au contrôle automatique et à la transmission des données qui résultent des manipulations du responsable du point d'enregistrement. Selon le programme

technique, ce dernier doit être en mesure, en cas d'erreur, de corriger l'enregistrement et même d'annuler un billet délivré par le terminal.

8 En deuxième lieu, les tirages sont effectués par des commissions de tirage (Commissioni di estrazione), qui sont des organes étatiques, tout comme les commissions de zone (Commissioni di zona), lesquelles restent responsables du contrôle et de la validation des billets gagnants.

9 En troisième lieu, ainsi que le gouvernement italien l'a lui-même admis, c'est toujours l'administration publique qui approuve et verse les gains en dernier ressort.

10 En quatrième lieu, la circonstance que le premier point du programme technique dispose que l'appel d'offres concerne également « tout autre élément nécessaire au fonctionnement du jeu » ne permet pas de conclure que le concessionnaire participe à l'exercice de l'autorité publique, mais signifie simplement que celui-ci doit opérer dans les limites de la concession.

11 En cinquième lieu, on ne saurait soutenir, comme le fait le gouvernement italien, que les versements volontaires, auxquels procèdent les participants au jeu du loto, constituent un prélèvement fiscal impliquant de la part du concessionnaire une participation à l'exercice de l'autorité publique.

12 Dans ces conditions, les prestations incombant au concessionnaire du système d'automatisation du jeu du loto, à savoir, notamment, la conception du système informatisé et du logiciel nécessaire, ainsi que la gestion de ce système, ne se différencient pas des prestations, de nature technique, relevant des conventions relatives à l'élaboration de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique en cause dans l'arrêt Commission/Italie, précité.

13 Les activités en cause ne relevant, dès lors, pas de l'exception prévue à l'article 55 du traité, il y a lieu de conclure que la réserve litigieuse est contraire aux articles 52 et 59 du traité et d'accueillir le grief tiré de la violation de ces articles.

Sur le grief tiré de la violation de l'article 30 du traité

14 Il y a lieu de relever que, pour étayer le grief tiré de la violation de l'article 30, la Commission s'est bornée, lors de la phase précontentieuse, à affirmer que la réserve litigieuse, c'est-à-dire la limitation de la participation au marché en cause aux seuls organismes, sociétés, consortiums ou groupements dont le capital social, pris isolément ou dans son ensemble, est à participation publique majoritaire, exclut en fait les sociétés des autres États membres qui seraient empêchées de proposer leurs systèmes informatiques ainsi que leur « logiciel » pour la gestion du service auquel se réfère le marché. Selon la Commission, il s'ensuit que cette réserve, comme la mesure en cause dans l'arrêt du 20 mars 1990, Du Pont de Nemours Italiana (C-21/88, Rec. p. I-889), selon laquelle un certain pourcentage des marchés publics de fournitures était réservé aux seules entreprises installées dans certaines régions du territoire national, a pour effet que les produits originaires des autres États membres font l'objet d'une discrimination par rapport aux produits fabriqués dans l'État membre en question, de sorte que le cours normal des échanges intracommunautaires est entravé.

15 Il convient de constater que la Commission n'expose pas, à ce stade, les motifs pour lesquels elle considère que l'exclusion des entreprises étrangères de la participation au marché litigieux empêche l'utilisation par l'adjudicataire de produits originaires d'autres États membres dans la mise en place du système informatique en cause.

16 Or, selon la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, arrêt du 14 février 1984, Commission/Allemagne, 325/82, Rec. p. 777), la lettre de mise en demeure et l'avis

motivé doivent être suffisamment motivés pour permettre à l'État membre en cause de préparer sa défense. Pour les raisons exposées ci-dessus, tel n'est pas le cas en l'espèce.

17 Il s'ensuit que le grief tiré de la violation de l'article 30 doit être déclaré d'office irrecevable.

Sur les griefs tirés de la violation de la directive 77/62 telle que modifiée par la directive 88/295

18 La Commission reproche, en premier lieu, à la République italienne d'avoir violé les dispositions de l'article 9 de la directive 77/62, telle que modifiée par la directive 88/295 (ci-après la « directive »), en omettant de communiquer, aux fins de la publication dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, tout d'abord en début d'année 1990, un avis indicatif reprenant l'ensemble des marchés, par groupes de produits, dont le montant estimé égale ou dépasse 750 000 écus, que le ministère des Finances italien envisageait de passer au cours de cette même année, puis, au mois de novembre 1990, un avis relatif à l'appel d'offres pour la concession du système d'automatisation du jeu du loto. Elle considère, en deuxième lieu, que, en réservant la participation à ce dernier marché aux seuls organismes, sociétés, consortiums ou groupements dont le capital social, pris isolément ou dans son ensemble, est à participation publique majoritaire, la République italienne a également violé les articles 17 à 25 de cette directive.

19 Aux termes de l'article 9, paragraphes 1, 2 et 4, de la directive,

« 1. A partir du 1er janvier 1989, les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'annexe I de la directive 80/767/CEE font connaître, le plus rapidement possible après le début de leur exercice budgétaire, au moyen d'un avis indicatif, l'ensemble des marchés par groupes de produits dont le montant estimé, compte tenu des dispositions de l'article 5 de la présente directive, égale ou dépasse 750 000 écus et qu'ils envisagent de passer pendant les douze mois à venir.

Le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, décide avant le 1er mars 1990 sur l'extension de cette obligation aux autres pouvoirs adjudicateurs relevant de l'article 1er.

2. Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public de fournitures par procédure ouverte, restreinte ou, dans les conditions fixées à l'article 6 paragraphe 3, négociée au sens de l'article 1er font connaître leur intention au moyen d'un avis.

...

4. Les avis prévus aux paragraphes 1, 2 et 3 sont envoyés par le pouvoir adjudicateur dans les meilleurs délais et par les voies les plus appropriées à l'Office des publications officielles des Communautés européennes. Dans le cas de la procédure accélérée prévue à l'article 12, les avis sont envoyés par télex, télégramme ou télécopieur.

a) L'avis prévu au paragraphe 1 est envoyé le plus rapidement possible après le début de chaque exercice budgétaire;

b) l'avis prévu au paragraphe 3 est envoyé au plus tard quarante-huit jours après la passation du marché en question ».

20 Quant aux articles 17 à 25 de la directive, ils énumèrent les critères de sélection qualitative et d'adjudication du marché.

21 Selon le gouvernement italien, les dispositions précitées ne sont pas applicables en l'espèce.

22 A cet égard, il soutient, d'abord, que l'appel d'offres litigieux est exclu du champ d'application de la directive dans la mesure où le marché en cause n'a pas pour objet la fourniture de biens en faveur des pouvoirs adjudicateurs, mais la concession, par l'administration à un tiers, d'une activité relevant de l'exercice de l'autorité publique en matière de fiscalité et caractérisée par l'absence de transfert de biens et de prix correspondant à un tel transfert.

23 Cette argumentation doit être rejetée.

24 Ainsi qu'il résulte des points 7 à 11 du présent arrêt, l'introduction du système d'automatisation litigieux n'entraîne aucun transfert de responsabilités au concessionnaire en ce qui concerne les différentes opérations inhérentes au jeu du loto. Il est, par ailleurs, constant que le marché en cause porte sur la fourniture d'un système d'automatisation intégré, comprenant, notamment, la fourniture de certains biens à l'administration.

25 Contrairement à la thèse du gouvernement italien, il est, dans ce contexte, indifférent que le système en cause ne devienne la propriété de l'administration qu'au terme des rapports contractuels avec l'adjudicataire et que le « prix » de cette fourniture soit constitué par une rétribution annuelle proportionnelle au volume des recettes. Comme l'avocat général l'a relevé à juste titre au point 40 des conclusions, l'extension, par l'article 2 de la directive 88/295, de la définition du champ d'application de la directive aux « contrats ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits » témoigne de la volonté du législateur communautaire de faire également relever du domaine d'application de la directive la fourniture de produits qui ne

deviennent pas nécessairement la propriété de l'administration publique et dont la contrepartie est fixée de manière abstraite.

26 Le gouvernement italien soutient, ensuite, que l'administration concédante, à savoir l'administration autonome des monopoles d'État (ci-après l'« AAMS »), n'est pas comprise dans la liste des pouvoirs adjudicateurs figurant à l'annexe I de la directive 80/767/CEE du Conseil, du 22 juillet 1980, adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive 77/62/CEE (JO L 215, p. 1). Par conséquent, l'article 9 de la directive 77/62 modifiée, qui énonce des règles de publicité s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs visés à ladite annexe, ne serait pas applicable en l'espèce. Ce point de vue serait confirmé par la note 2 de la partie de cette liste se rapportant à l'Italie, qui, à propos du ministère des Finances, apporte la réserve suivante: « non compris les marchés passés par la régie des tabacs et du sel ». Selon le gouvernement italien, en effet, cette réserve vise non seulement les marchés passés par la régie des tabacs et du sel, gérée par l'AAMS lors de l'adoption de cette directive, mais également toutes les autres activités qui sont désormais gérées par cette administration.

27 Cette argumentation n'est pas fondée.

28 Ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre, il ressort de l'article 4, paragraphe 4, de la loi italienne n° 528 du 2 août 1982 (GURI n° 222 du 13.8.1982), tel que modifié par l'article 2 de la loi n° 85 du 19 avril 1990 (GURI n° 97 du 27.4.1990), que le ministère des Finances italien est l'unique et authentique pouvoir adjudicateur du marché en question. En tout état de cause, l'AAMS, qui gère le jeu du loto, est une simple articulation administrative, sans personnalité juridique autonome, du ministère des Finances, en sorte que même les actes formellement imputables à l'AAMS relèvent, quant au fond, de la sphère de décision dudit ministère.

29 Quant à la note 2 figurant à l'annexe I à la directive 80/767, il résulte de son texte même qu'elle concerne les seuls marchés passés par la régie des tabacs et du sel.

30 Le gouvernement italien soutient, enfin, que, en tout état de cause, s'agissant en l'espèce de l'attribution au concessionnaire du droit spécial et exclusif d'exercer une activité de service public, à savoir, au moins en partie, le jeu du loto, la seule règle à respecter est celle énoncée à l'article 2, paragraphe 3, de la directive. Aux termes de cette disposition, « Lorsque l'État, une collectivité territoriale ou l'une des personnes morales de droit public et entités équivalentes énumérées à l'annexe I octroie à une entité autre que les pouvoirs adjudicateurs, quel que soit son statut juridique, des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé stipule que l'entité concernée doit respecter, pour les marchés publics de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ».

31 Cette argumentation doit également être rejetée.

32 En effet, ainsi qu'il résulte des points 7 à 11 du présent arrêt, l'organisation du jeu du loto n'est pas transférée au concessionnaire, la tâche de celui-ci se limitant à des activités de caractère technique liées à la mise en place et à la gestion du système d'automatisation. Ces activités consistent, d'une part, dans la fourniture de prestations de services à l'administration publique et, d'autre part, dans la livraison de certains biens à celle-ci.

33 Il y a lieu, dès lors, de conclure que les dispositions de la directive invoquées par la Commission sont, en l'espèce, applicables et d'examiner les griefs tirés de la violation de celles-ci.

34 S'agissant du grief tiré de la violation des dispositions de l'article 9 de la directive, la République italienne ne nie pas l'absence de communication des avis litigieux.

35 S'agissant du grief tiré de la violation des articles 17 à 25 de la directive, il y a lieu de relever que ces dispositions énumèrent exhaustivement et impérativement les critères de sélection qualitative et d'adjudication du marché et qu'ils ne prévoient pas la possibilité de réserver la participation à ce marché aux seuls organismes, sociétés, consortiums ou groupements dont le capital social, pris isolément ou dans son ensemble, est à participation publique majoritaire.

36 Des considérations qui précèdent, il résulte que les griefs tirés de la violation de la directive 77/62, telle que modifiée par la directive 88/295, doivent également être accueillis.

Sur les dépens

37 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. La partie défenderesse ayant succombé en l'essentiel de ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1) **En omettant de communiquer, aux fins de la publication dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, tout d'abord en début d'année 1990, un avis indicatif reprenant l'ensemble des marchés, par groupes de produits, dont le montant estimé égale ou dépasse 750 000 écus, que le ministère des Finances italien envisageait de passer au cours de cette même année, puis au mois de novembre 1990, un avis relatif à l'appel d'offres pour la concession du système d'automatisation du jeu du loto et en réservant la participation à ce marché aux seuls organismes, sociétés, consortiums ou groupements dont le capital social, pris isolément ou dans son ensemble, est à participation publique majoritaire, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 52 et 59 du traité CEE et des articles 9 et 17 à 25 de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, telle que modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988.**

2) **Le recours est rejeté pour le surplus.**

3) **La République italienne est condamnée aux dépens.**

Due Mancini Moitinho de Almeida

Diez de Velasco Kakouris Joliet

Schockweiler Grévisse Zuleeg

Kapteyn Murray

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 26 avril 1994.

Le greffier

R. Grass

Le président

O. Due