Affaire C-272/91 R

Commission des Communautés européennes
contre
République italienne

« Concession du système d'automatisation du jeu du lotto »

Ordonnance du président de la Cour du 31 janvier 1992 457

Sommaire de l'ordonnance

Référé — Mesures provisoires — Conditions d'octroi — « Fumus boni juris » — Préjudice grave et irréparable — Mise en balance de l'ensemble des intérêts en cause — Prise en compte d'un arrêt constatant un manquement ayant eu un objet similaire au manquement reproché (Traité CEE, art. 186)

ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DE LA COUR
31 janvier 1992 *

Dans l'affaire C-272/91 R,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. A. Aresu et R. Pellicer, membres du service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Roberto Hayder, représentant du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie requérante,

* Langue de procédure: l'italien.

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 une demande de mesures provisoires visant à obtenir qu'il soit enjoint à la République italienne de prendre les mesures nécessaires pour suspendre l'exécution de l'adjudication relative à la concession du système d'automatisation du jeu du lotto,

LE PRÉSIDENT DE LA COUR DE JUSTICE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

rend la présente

Ordonnance

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 la République italienne, en omettant de communiquer, aux fins de la publication au *Journal officiel des Communautés européennes,* tout d'abord en début d'année 1990, un avis indicatif reprenant l'ensemble des marchés 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 lotto 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, 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 Par acte séparé, déposé au greffe de la Cour le même jour, la Commission a en outre, en vertu de l'article 186 du traité CEE et de l'article 83 du règlement de procédure, introduit une demande en référé visant à obtenir qu'il soit enjoint à la République italienne de prendre les mesures nécessaires pour suspendre les effets juridiques du décret du ministre des Finances du 14 juin 1991, attribuant le marché en cause ou les effets juridiques du contrat conclu éventuellement par la suite.

3 La partie défenderesse a présenté des observations écrites sur la demande en référé le 31 octobre 1991 et les parties ont été entendues en leurs explications orales le 2 décembre 1991.

4 Lors de l'audition, la partie défenderesse a déposé deux documents et les parties ont été invitées à soumettre les observations supplémentaires auxquelles ces documents donnaient lieu. La Commission a déposé des observations le 9 décembre et la partie défenderesse le 16 décembre 1991.

5 Il convient, avant d'examiner le bien-fondé de la demande en référé, de rappeler brièvement les antécédents du litige.

6 Le ministère des Finances italien a procédé, le 13 novembre 1990, à la publication dans la presse italienne d'un avis de marché concernant un appel d'offres pour la concession du système d'automatisation du jeu du lotto.

7 Il résulte du dossier que le jeu du lotto est un jeu géré par l'administration autonome des monopoles d'État, entité administrative dépendant du ministère des Finances. Dans ce jeu, les joueurs parient sur un ou plusieurs chiffres en vue de tirages hebdomadaires. La prise des paris est effectuée auprès de points d'enregistrements agréés (notamment des débits de tabac) et un tirage a lieu tous les samedis dans chacune des dix zones de tirage (ruote) dans lesquelles le territoire italien est subdivisé. Un pari peut concerner soit le tirage de la zone dans laquelle le point d'enregistrement est situé, soit les tirages de l'ensemble des zones. Les gains, dont les montants sont déterminés en fonction notamment de la mise, selon un mode de calcul fixé par la législation italienne, sont payables au point d'enregistrement ou, pour les gains excédant une certaine somme, auprès des bureaux locaux du ministère des Finances.

8 Le système d'automatisation du jeu, dont le marché vise la concession, comporte, selon l'avis de marché, les locaux, les fournitures, l'installation, l'entretien, le fonctionnement, la transmission de données ainsi que tout autre élément nécessaire à l'exploitation du service du jeu du lotto.

9 La durée de la concession est, selon l'avis de marché, limitée à neuf ans et, à son expiration, l'ensemble du système automatisé, y compris les locaux, les appareils, les terminaux des points d'enregistrement, les installations, les structures, les programmes, les archives et tout autre élément nécessaire au fonctionnement, à la gestion et à l'exploitation du système, doit gratuitement être mis à la disposition exclusive de l'administration.

10 Il est précisé que la concession comporte trois phases: une première phase de fourniture, d'installation et d'essais effectués parallèlement avec le système manuel s'achevant par la mise en service du système automatisé dans une zone de tirage, une deuxième phase comprenant l'extension du système à l'ensemble des zones de tirage et, enfin, une troisième phase de pleine exploitation comprenant un accroissement progressif des points d'enregistrement. Les offres doivent indiquer les délais de réalisation de chacune de ces phases.

11 Le concessionnaire du système automatisé n'aura droit à aucune rémunération pendant la première phase, mais percevra, pendant les deuxième et troisième phases, un pourcentage des recettes brutes des paris enregistrés automatiquement. Les offres doivent indiquer le pourcentage en cause.

12 L'avis de marché précisait, en outre, les critères économiques et techniques selon lesquels les organismes ou les entreprises, souhaitant être invités à soumissionner, seraient sélectionnés.

13 La participation au marché était, cependant, selon l'avis de marché, réservée aux organismes, sociétés ou consortiums, ainsi qu'aux groupes dont le capital social, pris isolément ou dans son ensemble, était dans sa majorité détenu par le secteur public, le ministère des Finances devant tenir compte de la nature et de l'importance particulière de l'exploitation automatisée du jeu du lotto qui, géré dans le cadre des monopoles fiscaux pour en tirer le maximum de recettes, exige des garanties particulières ainsi qu'une confiance et une sécurité absolues dans la mise en place et l'exploitation du système.

14 Trois organismes ou entreprises ont été invités à participer au marché. Par décret du ministre des Finances du 14 juin 1991, la concession a été adjugée au consortium Lottomatica.

15 La Commission a, dès le 8 avril 1991, fait parvenir aux autorités italiennes une lettre de mise en demeure, suivie, le 2 septembre 1991, d'un avis motivé. La Commission y fait notamment valoir que la réservation du marché en cause aux seules sociétés ou entités dont le capital est majoritairement détenu par le secteur public constitue, dans la mesure où cette limitation favorise les entreprises italiennes, une infraction aux articles 52 et 59 du traité CEE, ainsi qu'une mesure d'effet équivalent prohibée par l'article 30 du traité. A cet égard, la Commission rappelle aux autorités italiennes que, dans l'arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie (C-3/88, Rec. p. 4035), la Cour a considéré que la réglementation italienne, réservant la possibilité de conclure des conventions pour l'élaboration de

systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique aux seules sociétés à participation publique majoritaire, était contraire, notamment, aux articles 52 et 59 du traité CEE et a condamné la République italienne pour avoir manqué à ses obligations. Les autorités italiennes n'auraient pas encore pris les mesures que comporte l'exécution de cet arrêt et la Commission aurait d'ailleurs de ce fait entamé une procédure en manquement au titre de l'article 171 du traité CEE.

16 Dans leur réponse à l'avis motivé, les autorités italiennes font notamment valoir que le marché en cause ne relève pas des marchés visés par l'arrêt précité de la Cour. Ces derniers marchés concerneraient, en effet, la fourniture de systèmes informatiques, dont le fournisseur doit assurer également la gestion, mais en tant que service presté à l'administration, alors que le marché en cause porte sur une concession par laquelle l'administration confie à un tiers l'exercice d'une activité relevant de l'autorité publique, à savoir l'enregistrement des paris du lotto. Or, conformément à l'article 55 du traité CEE, 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.

17 Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 186 du traité CEE la Cour peut, dans les affaires dont elle est saisie, prescrire les mesures provisoires nécessaires.

18 Selon l'article 83, paragraphe 2, du règlement de procédure, une décision ordonnant des mesures provisoires telles que celles sollicitées est subordonnée à l'existence de circonstances établissant l'urgence, ainsi que de moyens de fait et de droit justifiant à première vue leur octroi. Conformément à une jurisprudence constante, le caractère urgent d'une demande de mesures provisoires doit être apprécié par rapport à la nécessité de statuer provisoirement, afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite les mesures provisoires.

19 Il convient d'examiner si ces conditions sont remplies en l'espèce.

20 En ce qui concerne, d'abord, la condition du fumus boni juris, la Commission fait valoir que la violation des articles 52 et 59 du traité CEE est manifeste et que le cas d'espèce est parfaitement similaire à celui qui a donné lieu à l'arrêt du 5 décembre 1989, précité. La concession du système d'automatisation en cause ne saurait notamment être considérée comme comportant l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 55, premier alinéa, du traité. Ce même argument aurait été avancé par le gouvernement italien s'agissant des conventions pour l'élaboration de systèmes informatiques pour l'administration publique en cause dans l'arrêt du 5 décembre 1989. La Cour aurait, à cet égard, rappelé que l'exception à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, prévue à l'article 55 du traité, doit être restreinte aux activités qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique et constaté que tel n'était pas le cas des activités concernant la conception, le logiciel et la gestion de systèmes informatiques, qui sont des activités de nature technique.

21 La partie défenderesse fait valoir que la concession du système d'automatisation du jeu du lotto comporte un véritable transfert de pouvoirs publics au concessionnaire et ne peut être assimilée à un contrat de fourniture de biens et de services. La rémunération du concessionnaire par un pourcentage des recettes serait inconciliable avec une telle assimilation. Le jeu du lotto serait, en vertu de la législation italienne, strictement réservé à l'État et toute opération relative au jeu relèverait ainsi de l'exercice de pouvoirs publics qui, au sens de l'article 55, premier alinéa, du traité, peuvent être non seulement des pouvoirs décisionnels, mais également des pouvoirs d'organisation, d'inspection ou d'attestation. Le programme technique relatif à l'appel d'offres, déposé par la partie défenderesse lors de l'audition, mettrait en évidence les pouvoirs que la concession transfère au concessionnaire. Il s'agirait notamment de la prise des paris, puisque les billets de lotto, pour être valides, doivent être délivrés par les terminaux du concessionnaire, installés aux points d'enregistrement, et de la détermination des billets gagnants effectuée par les centres d'élaboration du concessionnaire dans chaque zone de tirage.

22 Il convient, en premier lieu, de relever que l'introduction du système d'automatisation en cause ne semble pas, à première vue, apporter de modification aux différentes opérations inhérentes au jeu du lotto, telles qu'elles ont lieu actuellement, selon la description qui en est faite dans le programme technique déposé par la partie défenderesse. A première vue, la responsabilité d'aucune de ces opérations

n'est transférée au concessionnaire. Ainsi, les points d'enregistrement 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 résultant des manipulations du responsable du point d'enregistrement, qui, selon le programme technique, doit être en mesure, en cas d'erreur, de corriger l'enregistrement et même d'annuler un billet délivré par le terminal. Il en va de même de la détermination des billets gagnants, la commission de zone, organe administratif, restant responsable du contrôle et de la validation de ces billets.

23 Il convient, en second lieu, de relever que les prestations incombant au concessionnaire du système d'automatisation du jeu du lotto ne semblent pas, à première vue, se différencier des prestations relevant des conventions pour l'élaboration de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique en cause dans l'arrêt du 5 décembre 1989, précité. Il s'agit dans les deux cas de la conception de systèmes informatisés, de la fourniture du matériel et du logiciel nécessaires ainsi que de la gestion de ce système. Il est vrai que le système d'automatisation du jeu du lotto ne devient propriété de l'État qu'à l'expiration fixée de la concession et que la rémunération du concessionnaire consiste en un intéressement aux recettes issues de l'exploitation du système, mais ces circonstances semblent, à première vue, sans pertinence au regard des règles de droit communautaire en cause.

24 Il y a, dès lors, lieu de constater que, compte tenu de l'arrêt du 5 décembre 1989, précité, le recours de la Commission n'apparaît pas, à ce stade, comme dépourvu de fondement et qu'il est satisfait à la condition du fumus boni juris.

25 En ce qui concerne, ensuite, la condition relative à l'urgence, la Commission fait valoir qu'elle ne saurait attendre l'issue du litige principal sans avoir à subir, en tant qu'institution chargée de veiller à l'application du traité, un préjudice grave et irréparable. Lorsque la Cour tranchera ce litige, le système d'automatisation du jeu du lotto serait, depuis longtemps, en place et il resterait à la Commission d'accepter ce fait accompli en dépit d'une violation flagrante du droit communautaire. Pour que l'arrêt de la Cour à intervenir puisse avoir un effet utile, il serait nécessaire d'ordonner des mesures provisoires.

26 La partie défenderesse observe, à cet égard, que le contrat de concession avec le consortium Lottomatica a été signé le 22 novembre 1991 et que la première phase de la concession doit se terminer le 1er avril 1992, la deuxième phase le 31 décembre 1992. Elle fait valoir que la mise en service du système d'automatisation représentera une amélioration considérable du jeu qui est le seul moyen de venir à bout de l'important jeu clandestin qui a lieu actuellement. Les pertes de recettes pour l'État, au cas où le système d'automatisation ne serait pas mis en opération, pourraient être estimées à 500 milliards de LIT par an. La disparition du jeu clandestin et les très importantes recettes fiscales résultant de l'automatisation du jeu devraient ainsi être mises en balance avec l'intérêt de la Commission à assurer le respect de règles formelles du traité.

27 A cet égard, il convient de constater, comme la Commission le fait valoir, que, si celle-ci a gain de cause dans le recours au principal, l'arrêt serait dépourvu d'effet utile en l'absence de mesures provisoires.

28 En ce qui concerne la balance des intérêts, il y a lieu de relever que l'intérêt qu'a la partie défenderesse à achever une automatisation rapide du jeu du lotto, doit être confronté à l'intérêt qu'a la Commission, en tant que gardienne des traités, à empêcher une infraction aux règles fondamentales de ceux-ci. Compte tenu, notamment, de l'arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, l'intérêt de la Commission doit prévaloir sur celui de l'État membre en cause.

29 La condition relative à l'urgence étant dès lors également satisfaite, il convient d'ordonner les mesures provisoires demandées.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT

ordonne:

1) **La République italienne prend les mesures nécessaires pour suspendre les effets juridiques du décret du ministre des Finances du 14 juin 1991 adjugeant la concession du système d'automatisation du jeu du lotto et l'exécution du contrat conclu à cet effet avec le consortium Lottomatica.**

2) **Les dépens sont réservés.**

Fait à Luxembourg, le 31 janvier 1992.

Le greffier

J.-G. Giraud

Le président

O. Due