ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

6 avril 2006 *

Dans l'affaire C-410/04,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italie), par décision du 22 juillet 2004, parvenue à la Cour le 27 septembre 2004, dans la procédure

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

contre

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, MM. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), K. Lenaerts, M. Ilešič et E. Levits, juges,

* Langue de procédure: l'italien.

avocat général: M. L. A. Geelhoed,
greffier: M^me^ M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 27 octobre 2005,

considérant les observations présentées:

— pour l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), par M^e^ C. Colapinto, avvocato,

— pour le Comune di Bari, par M^es^ R. Verna, B. Capruzzi et R. Cioffi, avvocati,

— pour AMTAB Servizio SpA, par M^es^ G. Notarnicola et V. Caputi Jambrenghi, avvocati,

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

— pour le gouvernement allemand, par M^me^ C. Schulze-Bahr, en qualité d'agent,

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

— pour le gouvernement polonais, par M. T. Nowakowski, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. X. Lewis et M^me^ D. Recchia, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 12 janvier 2006,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 43 CE, 49 CE et 86 CE.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ci-après l'«ANAV») au Comune di Bari (commune de Bari) et à l'AMTAB Servizio SpA (ci-après l'«AMTB Servizio») au sujet de l'attribution à cette dernière du service de transport public sur le territoire de cette commune.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 L'article 43 CE dispose:

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. [...]

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

4 L'article 46 CE énonce:

«1. Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

2. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, arrête les directives pour la coordination des dispositions précitées.»

5 L'article 49, premier alinéa, CE prévoit:

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.»

6 L'article 86, paragraphe 1, CE est libellé comme suit:

«Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.»

La réglementation nationale

7 S'agissant de la législation italienne, l'article 14 du décret-loi n° 269, portant dispositions urgentes pour favoriser le développement et pour corriger le

fonctionnement des comptes publics, du 30 septembre 2003 (supplément ordinaire à la *GURI* n° 229, du 2 octobre 2003, ci-après le «décret-loi n° 269/2003»), a modifié l'article 113 du décret législatif n° 267, portant texte unique des lois sur l'organisation des entités locales, du 18 août 2000 (supplément ordinaire à la *GURI* n° 227, du 28 septembre 2000, ci-après le «décret législatif n° 267/2000»). La nouvelle version de l'article 113, paragraphe 5, de ce dernier décret prévoit:

«La prestation du service a lieu conformément aux réglementations sectorielles et dans le respect de la réglementation de l'Union européenne, le service étant attribué:

a) à des sociétés de capitaux sélectionnées au moyen de procédures d'appel d'offres public;

b) à des sociétés à capital mixte public/privé dans lesquelles l'associé privé est sélectionné au moyen de procédures d'appel d'offres public garantissant le respect des réglementations nationale et communautaire en matière de concurrence conformément aux lignes directrices arrêtées par les autorités compétentes dans des mesures ou circulaires spécifiques;

c) à des sociétés à capital entièrement public à condition que la ou les collectivités publiques détentrices du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services et que cette société réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.»

Le litige au principal et la question préjudicielle

8 Selon la décision de renvoi, AMTAB Servizio est une société par actions dont le capital social est entièrement détenu par le Comune di Bari et dont la seule activité consiste à fournir un service de transport public sur le territoire de cette commune. Ladite société serait entièrement sous le contrôle du Comune di Bari.

9 D'après la même décision, l'ANAV représente statutairement les entreprises exerçant des services nationaux et internationaux de transport de voyageurs ainsi que des activités assimilables au transport et, en cette qualité, veille notamment au bon déroulement du service public de transport urbain et extra-urbain dans l'intérêt des sociétés assurant un tel service.

10 Par décision du 17 juillet 2003, le Comune di Bari a engagé une procédure d'appel d'offres public en vue de l'attribution du service de transport public sur le territoire de cette commune.

11 À la suite de la modification de l'article 113, paragraphe 5, du décret législatif n° 267/2000 par l'article 14 du décret-loi n° 269/2003, le Comune di Bari a, par décision du 9 octobre 2003, abandonné cette procédure d'appel d'offres.

12 Par décision du 18 décembre 2003, ledit Comune a attribué le service en question directement à AMTAB Servizio pour la période du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2012.

13 Par recours notifié le 1er mars 2004 et déposé le 9 mars 2004 devant le Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, l'ANAV a demandé à ce dernier d'annuler ladite décision ainsi que tous actes connexes ou consécutifs à celle-ci au motif qu'ils constituent une violation du droit communautaire et, notamment, des articles 3 CE, 16 CE, 43 CE, 49 CE, 50 CE, 51 CE, 70 CE à 72 CE, 81 CE, 82 CE, 86 CE et 87 CE.

14 Au vu de cette argumentation, le Tribunale amministrativo regionale per la Puglia a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 113, paragraphe 5, du décret législatif n° 267/2000, tel qu'il a été modifié par l'article 14 du décret-loi n° 269/2003, en ce qu'il ne fixe aucune limite à la liberté de choix de l'administration publique entre les différentes formes d'attribution du service public et, en particulier, entre l'attribution au moyen d'une procédure d'appel d'offres public et l'attribution directe à une société qu'elle contrôle entièrement, est-il compatible avec le droit communautaire et, en particulier, avec les obligations de transparence et de libre concurrence visées aux articles [43 CE], 49 CE et 86 CE?»

Sur la question préjudicielle

15 Par sa question, la juridiction de renvoi demande en substance si le droit communautaire, notamment les obligations de transparence et de libre concurrence

visées aux articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui ne fixe aucune limite à la liberté de choix d'une collectivité publique entre les différentes formes d'attribution d'un service public, en particulier entre l'attribution au moyen d'une procédure d'appel d'offres public et l'attribution directe à une société dont cette collectivité détient entièrement le capital.

16 Il ressort du dossier de l'affaire au principal que le service de transport public sur le territoire du Comune di Bari est rémunéré, à tout le moins en partie, par l'achat de titres de transport par les usagers. Ce mode de rémunération caractérise une concession de services publics (arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, point 40).

17 Il est constant que les concessions de services publics sont exclues du champ d'application 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) (arrêt Parking Brixen, précité, point 42). Celle-ci a été 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), dont l'article 17 prévoit explicitement l'inapplicabilité aux concessions de services.

18 Nonobstant le fait que les contrats de concession de services publics sont exclus du champ d'application de la directive 92/50, remplacée par la directive 2004/18, les autorités publiques les concluant sont néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (voir, en ce sens, arrêts du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 60; du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, point 16, et Parking Brixen, précité, point 46).

19 Les dispositions du traité spécifiquement applicables aux concessions de services publics comprennent notamment les articles 43 CE et 49 CE (arrêt Parking Brixen, précité, point 47).

20 Outre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve également à s'appliquer aux concessions de services publics, et ce même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité (arrêt Parking Brixen, précité, point 48).

21 Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, 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 (voir, en ce sens, arrêts précités Telaustria et Telefonadress, points 61 et 62, ainsi que Parking Brixen, point 49).

22 En principe, l'absence totale d'une mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence (arrêt Parking Brixen, précité, point 50).

23 En outre, il résulte de l'article 86, paragraphe 1, CE que les États membres ne doivent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE ou encore les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence (arrêt Parking Brixen, précité, point 52).

24 Toutefois, dans le domaine des concessions de services publics, l'application des règles énoncées aux articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes généraux dont elles constituent l'expression spécifique, est exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient (arrêt Parking Brixen, précité, point 62).

25 Une législation nationale qui reprend textuellement le libellé des conditions énoncées au point précédent, ainsi que le fait l'article 113, paragraphe 5, du décret législatif n° 267/2000, tel que modifié par l'article 14 du décret-loi n° 269/2003, est en principe conforme au droit communautaire, étant précisé que l'interprétation de cette législation doit également être conforme aux exigences du droit communautaire.

26 Il convient de préciser que, s'agissant d'une exception aux règles générales du droit communautaire, les deux conditions énoncées au point 24 du présent arrêt doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement (voir arrêts du 11 janvier 2005,

Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 46, et Parking Brixen, précité, point 63).

27 Selon les observations écrites déposées devant la Cour par AMTAB Servizio, le Comune di Bari a décidé, le 27 décembre 2002, de procéder à la cession d'une part correspondant à 80 % des actions qu'il détient dans le capital de cette société et a décidé, le 21 mai 2004, d'engager à cet effet la procédure d'appel d'offres pour la sélection de l'associé privé majoritaire. Cette information a été confirmée par l'ANAV lors de l'audience devant la Cour.

28 Néanmoins, lors de la même audience, le Comune di Bari a fait valoir qu'il était revenu sur son intention de céder une partie de ses actions dans le capital d'AMTAB Servizio. Il aurait décidé, le 13 janvier 2005, de ne pas donner suite à sa décision précédente et de ne plus privatiser cette société. Cette décision n'aurait pas été versée au dossier de la juridiction de renvoi puisqu'elle est intervenue postérieurement à la décision de renvoi.

29 Il appartient à ladite juridiction et non à la Cour de trancher la question de savoir si le Comune di Bari envisage d'ouvrir le capital d'AMTAB Servizio à des actionnaires privés. Cependant, afin de fournir à cette juridiction des éléments utiles en vue de statuer sur le litige dont elle est saisie, il est pertinent de préciser ce qui suit.

30 Si, pendant la durée du contrat en cause au principal, le capital d'AMTAB Servizio est ouvert à des actionnaires privés, l'effet d'une telle situation serait d'attribuer une concession de services publics à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, Rec. p. I-9705, point 48).

31 En effet, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut en tout état de cause que cette autorité publique puisse exercer sur une telle société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (voir, en ce sens, arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 49).

32 Dès lors, pour autant que la société concessionnaire est une société ouverte, même en partie, au capital privé, cette circonstance empêcherait de la considérer comme une structure de gestion «interne» d'un service public dans le chef de la collectivité territoriale qui la détient (voir, en ce sens, arrêt Coname, précité, point 26).

33 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination en raison de la nationalité et de transparence, ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui permet à une collectivité publique d'attribuer un service public directement à une société dont elle détient entièrement le capital, à condition que la collectivité publique exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette dernière réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient.

Sur les dépens

34 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 (première chambre) dit pour droit:

Les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination en raison de la nationalité et de transparence, ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui permet à une collectivité publique d'attribuer un service public directement à une société dont elle détient entièrement le capital, à condition que la collectivité publique exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette dernière réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient.

Signatures