



## Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. NILS WAHL  
présentées le 30 avril 2014<sup>1</sup>

**Affaire C-113/13**

**Azienda Sanitaria Locale N. 5 «Spezzino»,  
Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (ANPAS) – Comitato Regionale Liguria,  
Regione Liguria  
contre  
San Lorenzo Società Cooperativa Sociale,  
Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus**

[demande de décision préjudicielle formée par le Consiglio di Stato (Italie)]

«Articles 49 TFUE et 56 TFUE — Directive 2004/18/CE — Marchés publics de services — Services de transport sanitaire — Attribution de marchés sans appel d'offres — Organisations bénévoles — Remboursement des frais»

1. Les organisations bénévoles (ou caritatives) sont universellement reconnues, entre autres, pour les importantes fonctions sociales, médicales et humanitaires qu'elles assument au bénéfice de la société dans son ensemble, et, en particulier, des plus faibles (par exemple, victimes de guerres ou de catastrophes naturelles, personnes malades, pauvres ou âgées).

2. Ces organisations bénéficient souvent d'un statut juridique spécial, non seulement en vertu des droits nationaux, mais également en vertu du droit international public<sup>2</sup>. Bien évidemment, l'Union européenne ne néglige pas non plus les caractéristiques spécifiques des organisations bénévoles et attache beaucoup d'importance à la contribution qu'elles apportent à l'édification d'une société équitable et juste<sup>3</sup>. C'est pourquoi dans certaines de ses décisions, comme les arrêts Stauffer<sup>4</sup> et Sodemare e.a.<sup>5</sup>, la Cour n'a pas hésité à reconnaître leurs caractéristiques uniques au sein de l'ordre juridique de l'Union.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Par exemple, les organisations caritatives ont bénéficié d'un statut juridique spécial en temps de guerre, depuis la première convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, signée à Genève le 22 août 1864. De plus, avec la résolution 45/6, du 16 octobre 1990, l'Assemblée générale des Nations unies a accordé le statut d'observateur au Comité international de la Croix-Rouge (CICR), compte tenu du rôle spécial et des missions que lui confient les conventions de Genève.

3 — Voir, par exemple, le dialogue entre les institutions de l'Union et la société civile voulu par les articles 11 TUE et 15 TFUE. De plus, aux termes de l'article 300, paragraphe 2, TFUE, le Comité économique et social est composé, entre autres, de représentants de la société civile. Par ailleurs, un certain nombre de déclarations annexées aux traités soulignent l'importante contribution des organisations bénévoles au développement de la solidarité sociale au sein de l'Union: en particulier, la déclaration 23 annexée au traité sur l'Union européenne de 1992 et la déclaration 38 annexée au traité d'Amsterdam.

4 — Arrêt du 14 septembre 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203). Sur les implications de cet arrêt pour les organisations bénévoles dans le contexte de l'ordre juridique de l'Union, voir en détail Breen, O. B., «EU Regulation of Charitable Organisations: The Politics of Legally Enabling Civil Society», *The International Journal of Not-for-Profit Law*, 3, 2008, p. 50 à 78.

5 — Arrêt du 17 juin 1997, Sodemare e.a. (C-70/95, Rec. p. I-3395). Je traiterai plus en détail de cette affaire aux points 62, 71 et 72 des présentes conclusions.

3. Cependant, dans certaines circonstances, les droits ou avantages spéciaux dont bénéficient de telles organisations en vertu du droit national peuvent créer certaines tensions avec l'application uniforme des règles de l'Union. La présente procédure concerne précisément un tel cas. Le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) cherche à savoir si une disposition nationale exigeant des autorités publiques, sous certaines conditions, qu'elles attribuent les services de transport sanitaire directement aux organisations bénévoles est compatible avec les dispositions de l'Union concernant le marché intérieur.

## I – Le cadre juridique

### A – *Le droit de l'Union*

4. Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), de 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<sup>6</sup>:

«Les 'marchés publics' sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.»

5. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 8, de la directive 2004/18 dispose:

«Les termes 'entrepreneur', 'fournisseur' et 'prestataire de services' désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme 'opérateur économique' couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

[...]»

6. L'article 7 de la directive 2004/18 précise, en fonction de la valeur d'un marché public, le seuil à partir duquel la directive doit s'appliquer.

7. Les articles 20 et 21 de la directive 2004/18 déterminent les procédures d'attribution pour, d'une part, les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A (passés conformément aux articles 23 à 55) et, d'autre part, les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B (soumis seulement aux articles 23 et 35, paragraphe 4).

8. En particulier, l'annexe II A mentionne, dans la catégorie n° 2, les «Services de transports terrestres» et l'annexe II B mentionne, dans la catégorie n° 25, les «Services sociaux et sanitaires».

### B – *Le droit italien*

9. L'article 75b de la loi régionale n° 41, de la Regione Liguria, du 7 décembre 2006, tel que modifié (ci-après l'«article 75b LR») dispose:

«1. Le transport sanitaire est une activité d'intérêt général fondée sur le respect des principes d'universalité, de solidarité, d'efficacité économique et d'adéquation.

<sup>6</sup> – JO L 134, p. 114.

2. Le transport sanitaire visé au paragraphe 1 est assuré par les différentes agences [...] par l'intermédiaire de moyens et de personnel propres; à défaut, le transport sanitaire est confié à des entités [...] sur la base des principes suivants:

- a) à titre prioritaire, les services de transport sanitaire à la charge du service sanitaire régional sont confiés aux associations bénévoles, à la Croix-Rouge italienne et autres institutions ou entités publiques agréées afin de garantir que ce service d'intérêt général soit assuré dans des conditions d'équilibre économique sur le plan budgétaire. Les rapports avec la Croix-Rouge italienne et les associations bénévoles sont régis par des conventions [...];
- b) le transport sanitaire peut être confié à d'autres entités que celles indiquées sous a) dans le respect de la réglementation en vigueur en matière de marchés publics de services et de fournitures.

3. Les conventions et protocoles visés sous a), paragraphe 2, prévoient uniquement, pour les associations bénévoles [et] la Croix-Rouge italienne [...] le remboursement des frais effectivement supportés, selon les critères fixés par la Giunta regionale sur la base des principes d'efficacité économique, d'efficience et à l'exclusion de toute surcompensation des coûts engagés.»

## II – Les faits à l'origine du litige, la procédure au principal et les questions préjudicielles

10. Par la décision n° 940, du 22 décembre 2010, et conformément aux lois régionales applicables, l'autorité sanitaire locale ASL n° 5 «Spezzino» (ci-après «ASL n° 5») a conclu avec deux organisations bénévoles, Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (ci-après l'«ANPAS») et Croce Rosse Italiana (la Croix-Rouge italienne), des conventions relatives à la prestation de services de transport sanitaire.

11. San Lorenzo Società Cooperativa Sociale et Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus (ci-après les «parties défenderesses au principal»), deux coopératives ayant une activité de services de transport sanitaire dans la Région de Ligurie, ont saisi le Tribunale amministrativo regionale delle Liguria (Cour administrative régionale de Ligurie, ci-après le «TAR Liguria») d'un recours visant à contester l'attribution des marchés par ASL n° 5.

12. Le TAR Liguria a conclu que les conventions contestées par les parties défenderesses au principal étaient des marchés publics attribués en violation des principes énoncés aux articles 49, 56 et 105 TFUE. Le Consiglio di Stato a été saisi d'un appel interjeté par ASL n°5, la Regione Liguria et l'ANPAS contre le jugement du TAR Liguria.

13. Le Consiglio di Stato, ayant des doutes sur la compatibilité de l'article 75b LR avec le droit de l'Union, a décidé de surseoir à statuer et de poser les questions préjudicielles suivantes:

- «1) Les articles 49, 56, 105 et 106 du TFUE s'opposent-ils à une disposition de droit interne qui prévoit l'attribution du transport sanitaire prioritairement aux associations bénévoles, à la Croix-Rouge italienne et aux autres institutions ou entités publiques agréées, bien qu'en vertu de conventions prévoyant uniquement le remboursement des frais effectivement supportés?
- 2) Le droit de l'Union en matière de marchés publics – en l'espèce, s'agissant de marchés exclus, les principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité – s'oppose-t-il à une réglementation nationale qui permet l'attribution directe du service de transport sanitaire, lorsqu'il y a lieu de qualifier d'onéreux un accord-cadre, tel que celui litigieux, qui prévoit également le remboursement de coûts fixes et permanents?»

14. Des observations écrites ont été présentées dans la présente procédure par l'ANPAS, la Regione Liguria et par la Commission européenne. L'ANPAS, San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, le gouvernement italien ainsi que la Commission ont présenté des observations orales lors de l'audience du 26 février 2014.

### III – Analyse

#### A – Introduction

15. Par ses questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, si une règle nationale prévoyant l'attribution directe de services de transport sanitaire, telle que l'article 75b LR, est compatible avec le droit de l'Union.

16. Selon l'article 75b LR, les services de transport sanitaire doivent, en principe, être fournis directement par les autorités sanitaires locales, à l'aide des moyens dont celles-ci disposent. Cependant, lorsque ces autorités ne sont pas en mesure de fournir elles-mêmes lesdits services, elles peuvent avoir recours à des prestataires externes. Dans ce cas, elles devraient, en principe, confier ces services à des organisations bénévoles (comme la Croix-Rouge) ou à d'autres organismes publics, moyennant un simple remboursement des coûts. Si cela n'est pas faisable, les autorités sanitaires locales peuvent externaliser ces services à d'autres personnes ou entités, choisies conformément aux règles applicables en matière de passation de marchés publics.

17. En dépit du fait que, dans ses questions, la juridiction nationale se réfère à plusieurs dispositions du traité FUE (telles celles concernant la liberté d'établissement, la libre circulation des services et la libre concurrence), du droit dérivé (telles les règles en matière de marchés publics) ainsi qu'à certains principes généraux du droit (tels les principes de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité), il est clair, selon moi, que les règles du droit de l'Union pertinentes dans la présente procédure sont, d'une part, les articles 49 et 56 TFUE et, d'autre part, les dispositions de la directive 2004/18.

18. En effet, ce sont les seules règles de l'Union à l'égard desquelles la juridiction de renvoi expose les raisons de ses doutes. Par contre, cette même juridiction ne livre pas vraiment d'explication sur le rapport qu'il y aurait selon elle entre les autres dispositions ou principes de l'Union évoqués dans ses questions et le litige au principal<sup>7</sup>. De plus, à la lumière d'une jurisprudence constante – que j'exposerai plus en détail ci-après –, les articles 49 et 56 TFUE ainsi que la directive 2004/18 sont, selon moi, les dispositions du droit de l'Union qui pourraient être en contradiction avec une disposition nationale telle que l'article 75b LR – et donc y faire obstacle.

19. Au vu des considérations qui précèdent, j'estime que les deux questions préjudicielles peuvent être examinées ensemble, en ce qu'elles concernent, pour l'essentiel, le même problème. En conséquence, je suggère à la Cour de reformuler ces questions en ces termes: «Les articles 49 et 56 TFUE ainsi que la directive 2004/18 s'opposent-ils à une disposition de droit interne qui prévoit, dans le cadre de l'attribution de marchés pour la fourniture de services de transport sanitaire, de donner la priorité aux organisations bénévoles, ces marchés leur étant attribués sans aucune forme de mise en concurrence et prévoyant uniquement le remboursement des frais effectivement supportés?»

<sup>7</sup> – Ainsi, dans la mesure où la juridiction de renvoi ne fournit pas à la Cour les éléments de fait et de droit qui lui permettraient de déterminer les conditions dans lesquelles la disposition nationale litigieuse au principal pourrait enfreindre les autres règles de l'Union mentionnées au point 17 des présentes conclusions, les questions préjudicielles pourraient être considérées comme partiellement irrecevables. Voir, en ce sens, arrêt du 13 février 2014, Crono Services e.a. (C-419/12 et C-420/12, points 31 à 33).

## B – Examen des questions préjudicielles

### 1. Remarques préliminaires

20. Pour commencer, j'aimerais évoquer deux objections préliminaires soulevées par la Regione Liguria et l'ANPAS, sur la question de savoir si une disposition nationale telle que l'article 75b LR relève du champ d'application des règles de l'Union en matière de passation des marchés publics.

21. Premièrement, la Regione Liguria et l'ANPAS soulignent que les organisations bénévoles mentionnées à l'article 75b LR sont uniquement celles constituées en tant qu'entités sans but lucratif au sens de la législation italienne pertinente<sup>8</sup> et celles qui, en tant que telles, n'exercent pas d'activité économique. Deuxièmement, elles insistent sur le fait que l'article 75b LR ne prévoit aucune forme de rémunération mais uniquement le remboursement des frais effectivement supportés.

22. Pour l'essentiel, la Regione Liguria et l'ANPAS contestent, d'une part, l'affirmation selon laquelle les organisations bénévoles peuvent être qualifiées d'«entreprises» au sens du droit de l'Union et en particulier d'«opérateurs économiques» aux fins de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 8, de la directive 2004/18 et, d'autre part, que les services de telles organisations soient fournis «à titre onéreux» au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18.

23. Je ne peux souscrire à de tels arguments.

24. Sur le premier point, je rappellerais que, conformément à une jurisprudence constante, le fait qu'une entité n'ait pas de but lucratif<sup>9</sup> et que son personnel apporte ses services à titre bénévole<sup>10</sup> est sans pertinence aux termes des règles de l'Union sur les marchés publics. La notion d'«opérateur économique» est très large et doit être interprétée de façon à englober *toute* entité qui offre des produits ou services sur le marché<sup>11</sup>. Ainsi, la nature d'«opérateur économique» d'une entité donnée ne dépend pas de ce qu'est cette entité (par exemple, de sa composition interne, de sa structure ou de son mode de fonctionnement), mais plutôt de ce que fait cette entité (c'est-à-dire du type d'activités qu'elle exerce). À cet égard, la Cour a jugé de façon constante que la fourniture de services de transport d'urgence et de services de transport de malades est une activité économique au sens du droit de l'Union<sup>12</sup>.

25. Cela est également confirmé par la jurisprudence du Consiglio di Stato qui affirme que les organisations bénévoles créées conformément à la loi-cadre sur le bénévolat sont autorisées à offrir des services sur le marché, bien qu'uniquement dans des circonstances limitées. Sur ce fondement, le Consiglio di Stato a constaté que ces organisations sont autorisées, sous certaines conditions, à participer aux appels d'offres, en concurrence avec d'autres opérateurs économiques (privés ou publics)<sup>13</sup>.

8 — Elles évoquent en particulier la loi n° 266, loi-cadre sur le bénévolat (Legge quadro sul volontariato), du 11 août 1991 (GURI n° 196, du 22 août 1991).

9 — Voir arrêts du 29 novembre 2007, Commission/Italie (C-119/06, points 37 à 41); du 23 décembre 2009, CoNISMa (C-305/08, Rec. p. I-12129, points 30 et 45), et du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, point 26).

10 — Voir, à cet égard, arrêt Commission/Italie, précité (point 40 et jurisprudence citée).

11 — Voir, entre autres, arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, points 21 à 23), et points 22 et 23 des conclusions de l'avocat général Mazak dans l'affaire CoNISMa, précitée.

12 — Voir arrêts du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089, points 21 et 22), et Commission/Italie, précité (point 38).

13 — Voir, en particulier, arrêts du Consiglio di Stato du 23 janvier 2013, n° 387, et du 15 avril 2013, n° 2056.

26. Sur le deuxième point, qui concerne la notion de caractère onéreux, il suffit d'observer que, dans son arrêt *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, précité, la Cour a déjà précisé qu'un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu<sup>14</sup>. Une rémunération simplement destinée à couvrir les coûts exposés satisfait donc au critère du caractère onéreux aux fins de cet instrument juridique.

27. Il importe peu, dans ce contexte, de savoir si les coûts devant être remboursés par les autorités publiques couvrent uniquement ce que les parties qualifient de «coûts directs» (correspondant, semble-t-il, aux coûts marginaux) ou s'étendent également aux «coûts indirects» (c'est-à-dire une partie des coûts fixes calculée en proportion de la part que représentent les services de transport sanitaire pris en charge sur l'ensemble de l'activité de l'organisation). En fait, même si une disposition nationale devait prévoir uniquement le remboursement des coûts directs, cela ne suffirait pas pour soustraire les contrats conclus au titre de cette disposition du champ d'application des règles de l'Union sur les marchés publics.

28. À la lumière des considérations qui précèdent, ni le caractère non lucratif des organisations bénévoles visées à l'article 75b LR ni le fait que leurs services soient fournis en contrepartie du remboursement des coûts exposés n'est susceptible d'exclure l'application des règles de l'Union en matière de passation des marchés publics.

## 2. La directive 2004/18

29. En vertu de son article 7, la directive 2004/18 ne s'applique qu'aux marchés publics dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils indiqués dans la directive. En ce qui concerne le type de marchés de services prévus à l'article 75b LR, l'article 7, sous b), de cette directive, dans la version applicable pour la période pertinente, prévoyait un seuil de 193 000 euros.

30. La Cour a déjà jugé que les services de transport sanitaire sont des services de nature mixte, puisqu'ils ont à la fois une composante de service sanitaire et une composante de transport. En tant que tels, ils relèvent tant de l'annexe II A que de l'annexe II B de la directive 2004/18<sup>15</sup>. Cela signifie que, lorsque la valeur de la composante de transport est supérieure à la valeur attachée aux services liés à la santé (comme cela peut être le cas pour le transport programmé de malades sur de longues distances), toutes les dispositions de la directive s'appliquent. Si, au contraire, la composante liée à la santé prévaut (comme cela peut être le cas des services d'ambulance d'urgence), alors – conformément à l'article 21 de la directive – seules certaines de ses dispositions s'appliquent<sup>16</sup>.

31. Cette appréciation doit être effectuée au cas par cas par l'administration nationale qui décide de soumettre les services en question à un appel d'offres, sous réserve du contrôle, en cas de recours juridictionnel, des juridictions nationales compétentes.

32. En tout état de cause, si la question de l'applicabilité complète ou partielle des dispositions de la directive 2004/18 à des marchés précis est laissée de côté, il y a lieu de souligner ici que la Cour a déjà jugé que les services de transport sanitaire n'échappent pas, en tant que tels, au champ d'application de cet instrument juridique.

14 — Arrêt *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, précité (point 29). Voir, également, points 31 à 34 des conclusions de l'avocat général Trstenjak dans la même affaire.

15 — Voir article 22 de la directive 2004/18. Voir également arrêts du 24 septembre 1998, *Tögel* (C-76/97, Rec. p. I-5357, point 40), et du 29 avril 2010, *Commission/Allemagne* (C-160/08, Rec. p. I-3713, point 92).

16 — À savoir, les articles 23 et 35, paragraphe 4, de la directive 2004/18.

33. Il est vrai que, comme le signalent la Regione Liguria et l'ANPAS, en vertu de l'article 168, paragraphe 7, TFUE, et ainsi que l'a précisé la jurisprudence de la Cour<sup>17</sup>, le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à organiser et à assurer la fourniture de services de santé et de soins médicaux.

34. En fait, il existe des limites claires à l'action de l'Union dans ce domaine. D'abord, les traités prohibent toute harmonisation en la matière<sup>18</sup>. En outre, la Cour a reconnu aux États membres une importante marge d'appréciation lorsqu'il s'agit d'introduire et de maintenir des mesures nationales qui, bien qu'elles puissent créer des obstacles à la libre circulation au sein du marché intérieur, sont destinées à protéger la santé publique<sup>19</sup>.

35. Cela étant, la jurisprudence de la Cour précise également que les États membres, lorsqu'ils exercent leurs compétences dans le domaine de la santé et des soins médicaux, doivent néanmoins se conformer au droit de l'Union et en particulier aux dispositions concernant le marché intérieur. Ces dispositions interdisent, entre autres, aux États membres d'introduire ou de maintenir des restrictions injustifiées à l'exercice de ces libertés dans le domaine de la santé et des soins médicaux<sup>20</sup>.

36. Par conséquent, le domaine de la santé et des soins médicaux ne saurait être considéré comme un «refuge» permettant d'échapper à l'application des règles de l'Union. A fortiori en est-il ainsi s'agissant d'un ensemble de dispositions qui, à l'instar de la directive 2004/18, est censé, en vertu du choix clair du législateur de l'Union, s'appliquer à ces secteurs. En effet, l'annexe II B de cette directive mentionne de façon explicite (sous la catégorie n° 25) les «Services sociaux et sanitaires» au titre des services couverts.

37. À l'inverse, les secteurs économiques ou types de marchés exclus du champ d'application de la directive 2004/18<sup>21</sup> ainsi que les catégories spécifiques d'entités relevant de modalités spéciales<sup>22</sup> sont indiqués de façon expresse dans les dispositions dérogatoires de la directive elle-même.

38. Il ne saurait non plus être affirmé, sur la base des documents dont dispose la Cour, que les exceptions liées au caractère interne d'un marché ou à sa nature de partenariat public-public sont applicables dans la présente affaire<sup>23</sup>; les autorités locales en question n'exercent pas nécessairement un contrôle sur les organisations bénévoles mentionnées à l'article 75b LR qui restent, en principe, des entités privées.

39. Cela ne signifie pas, toutefois, que les caractéristiques propres au domaine de la santé et des soins médicaux n'ont pas été prises en compte par le législateur de l'Union. En fait, comme cela a déjà été indiqué, la mention de ce secteur à l'annexe II B de la directive 2004/18 signifie que seul un nombre limité de dispositions de la directive s'appliquent<sup>24</sup>, accordant ainsi aux États membres une plus grande marge d'appréciation notamment dans leur choix de prestataires de services tiers.

17 — Voir, parmi de nombreux arrêts, arrêt du 21 juin 2012, *Susisalo e.a.* (C-84/11, point 26 et jurisprudence citée).

18 — Voir, en particulier, article 2, paragraphe 5, TFUE.

19 — Voir, notamment, arrêts du 11 septembre 2008, *Commission/Allemagne* (C-141/07, Rec. p. I-6935, point 51); du 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.* (C-171/07 et C-172/07, Rec. p. I-4171, point 19), et du 5 décembre 2013, *Venturini e.a.* (C-159/12 à C-161/12, point 41).

20 — Voir, à ce sujet, arrêts du 11 septembre 2008, *Commission/Allemagne* (précité, points 22 et 23), et du 10 mars 2009, *Hartlauer* (C-169/07, Rec. p. I-1721, point 29).

21 — Voir, en particulier, articles 12 à 18 de la directive 2004/18.

22 — Voir article 19 de la directive 2004/18.

23 — Voir arrêt *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, précité (points 31 à 35).

24 — En plus des règles et principes du droit primaire de l'Union, qui seront discutés dans la partie suivante des présentes conclusions. Voir, en ce sens, arrêt du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande* (C-507/03, Rec. p. I-9777, points 26 à 29).

40. Au demeurant, j'observe que la nouvelle directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, récemment adoptée<sup>25</sup>, non seulement étend encore le pouvoir discrétionnaire des États membres en la matière (en relevant, par exemple, le seuil des services de santé à 750 000 euros)<sup>26</sup>, mais contient également certaines règles spécifiques pour les services fournis par les organisations sans but lucratif<sup>27</sup>. Cela confirme encore que, en l'état actuel du droit, les marchés de services visés à l'article 75b LR relèvent de la directive 2004/18.

41. Enfin, il n'est guère besoin d'ajouter que, compte tenu de la valeur des services attribués sur le fondement de l'article 75b LR et de la portée ainsi que de la durée des contrats conclus par l'administration publique dans ce cadre<sup>28</sup>, il peut être aisément supposé que le seuil actuel sera vraisemblablement atteint dans un certain nombre de cas.

42. Dans ces conditions, j'estime que la directive 2004/18 s'oppose à une disposition nationale telle que l'article 75b LR qui, dans certaines circonstances, exclut tout appel d'offres ou mise en concurrence pour l'attribution des services de transport sanitaire, indépendamment de la valeur de ces services.

### 3. Les articles 49 et 56 TFUE

43. L'attribution d'un marché public pour des services de transport sanitaire dont la valeur n'atteint pas le seuil indiqué à l'article 7, sous b), de la directive 2004/18 ne relève pas des dispositions de cette directive<sup>29</sup>.

44. Cela ne signifie pas, toutefois, que tout marché de ce type soit nécessairement exclu du champ d'application du droit de l'Union. En effet, lorsque le marché en question présente un intérêt transfrontalier, le droit primaire de l'Union reste applicable. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter les libertés fondamentales inscrites dans le traité FUE (et, notamment, les articles 49 et 56 TFUE)<sup>30</sup> ainsi que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité<sup>31</sup>.

45. Il appartient, en principe, aux pouvoirs adjudicateurs concernés<sup>32</sup> de déterminer si un marché dont la valeur estimée est inférieure au seuil pertinent peut présenter un intérêt transfrontalier à la lumière, entre autres, de la valeur du marché et du lieu de prestation des services<sup>33</sup>, à condition qu'une telle appréciation puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel<sup>34</sup>.

25 — Directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 (JO L 94, p. 65).

26 — Articles 4, sous d), et 74 à 77 de la directive 2014/24 ainsi que considérants 114 et 118 du préambule et annexe XIV de cette directive.

27 — Voir article 10, sous h), de la directive 2014/24 et considérant 28 de son préambule.

28 — Ainsi que cela ressort des documents figurant dans le dossier. Voir, en particulier, le montant des coûts (prévisionnels et effectivement exposés) des services de transport sanitaire attribués qui sont indiqués dans la décision n° 441 du gouvernement de la Regione Liguria (Deliberazione della Giunta Regionale), du 26 avril 2007, ainsi que dans la décision n° 94 de l'ASL n° 5 (Deliberazione del Direttore Generale), du 22 décembre 2010.

29 — Voir, en ce sens, arrêt *Commission/Italie*, précité (points 59 et 60).

30 — Voir arrêt du 21 juillet 2005, *Coname* (C-231/03, Rec. p. I-7287, point 16).

31 — Arrêt du 26 septembre 2000, *Commission/France* (C-225/98, Rec. p. I-7445, point 50).

32 — Comme les autorités sanitaires locales qui décident d'externaliser la fourniture des services de transport sanitaire en application de l'article 75b LR.

33 — Arrêts du 15 mai 2008, *SECAP et Santorso* (C-147/06 et C-148/06, Rec. p. I-3565, point 31), et *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, précité (point 23).

34 — Arrêt *SECAP et Santorso*, précité (point 30).

46. Dans la présente affaire, il me semble évident que, à tout le moins dans un nombre de cas non négligeable, certains marchés attribués sur le fondement de l'article 75b LR peuvent effectivement avoir un intérêt transfrontalier, en raison, entre autres, de la valeur objective des services à fournir<sup>35</sup> et du fait que la Regione Liguria est frontalière de la France<sup>36</sup>.

47. La Cour a déjà jugé que, lorsqu'un marché public présente un intérêt transfrontalier, son attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par ce marché qui sont situées dans un autre État membre. Dès lors, à moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre État membre, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 49 et 56 TFUE<sup>37</sup>.

48. Lors de l'audience, l'ANPAS et le gouvernement italien ont signalé que, dans la mesure où les marchés concernant les services en question sont attribués sur la base de décisions des autorités publiques (par exemple, du gouvernement de la région), il existe une certaine publicité puisque ces décisions sont régulièrement publiées par des canaux officiels (y compris des sites Internet).

49. Cependant, cette forme de publicité, à mon sens, ne suffit pas à répondre aux exigences du droit de l'Union. Dans ce contexte, la transparence n'est pas une fin en soi<sup>38</sup>, mais, comme la Cour l'a précisé, vise à garantir qu'un opérateur économique situé sur le territoire d'un État membre autre que celui du pouvoir adjudicateur puisse avoir accès aux informations adéquates relatives au marché avant qu'il soit attribué de sorte que, si un opérateur le souhaite, il est en mesure de manifester son intérêt pour obtenir ce marché<sup>39</sup>. En d'autres termes, le degré de publicité doit être suffisant pour permettre une ouverture du marché public à un certain degré de concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication<sup>40</sup>: même si un appel d'offres peut ne pas être nécessaire, le pouvoir adjudicateur doit néanmoins veiller à une certaine forme de mise en concurrence adaptée aux circonstances<sup>41</sup>.

50. Pour autant, l'article 75b LR ne laisse aux pouvoirs adjudicateurs aucune marge de manœuvre pour déterminer si, à la lumière des circonstances propres à chaque affaire, le marché devant être attribué relève du champ d'application du droit de l'Union et, dans ce cas, procéder à l'attribution conformément aux principes applicables du droit de l'Union. En effet, l'article 75b LR exige des pouvoirs adjudicateurs qu'ils accordent toujours la priorité aux organisations bénévoles, pour autant qu'elles soient disponibles, indépendamment de la question de savoir si le marché peut ou non présenter un intérêt transfrontalier. Il est donc inévitable qu'il n'y aura aucune forme de mise en concurrence, au détriment des entités établies en dehors de l'Italie qui pourraient être intéressées par ces marchés. Cela implique une possible discrimination, interdite aux termes des articles 49 et 56 TFUE.

35 — Voir point 41 des présentes conclusions.

36 — Par exemple, comme l'a mentionné l'ANPAS lors de l'audience, certaines entités assurant des services de transport sanitaires en Ligurie ont conclu des conventions avec d'autres entités fournissant les mêmes services dans les zones voisines françaises ayant pour objet d'organiser les relations entre ces entités.

37 — Voir, en ce sens, arrêts *Commission/Irlande*, précité (points 30 et 31), et du 17 juillet 2008, *ASM Brescia* (C-347/06, Rec. p. I-5641, points 59 et 60).

38 — Voir, *mutatis mutandis*, arrêt du 10 octobre 2013, *Manova* (C-336/12, points 28 et 29).

39 — Voir, en ce sens, arrêt *Coname*, précité (point 21).

40 — Arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Rec. p. I-8585, point 49). Voir, également, arrêt du Tribunal du 20 mai 2010, *Allemagne/Commission* (T-258/06, Rec. p. II-2027, points 76 à 80).

41 — Arrêt *Parking Brixen*, précité (point 50).

51. Le libellé de l'article 75b LR ne limite pas explicitement cette règle de priorité aux organisations bénévoles de droit italien. Néanmoins, une telle mesure est à tout le moins susceptible d'exclure des procédures d'appel d'offres des entités établies dans d'autres États membres qui n'ont pas le statut d'entités sans but lucratif.

52. Une disposition telle que l'article 75b LR est donc susceptible de créer un obstacle à la liberté d'établissement et à la liberté de prestation de services, au sens des articles 49 et 56 TFUE, dans de nombreux cas.

53. Cependant, il est de jurisprudence constante qu'une législation nationale de nature à restreindre les libertés fondamentales garanties par le traité peut être justifiée dans la mesure où elle est propre à garantir l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif<sup>42</sup>.

54. Selon moi, il est clair que des mesures réellement conçues pour assurer que des services médicaux (tels que les services de transport sanitaire) fournis au nom des autorités publiques à l'ensemble des citoyens soient fiables et de qualité, tout en minimisant en même temps le coût assumé par le budget public, sont en principe susceptibles de justifier une restriction à ces libertés fondamentales<sup>43</sup>.

55. Néanmoins, dans la présente affaire, je ne vois pas comment une disposition nationale telle que l'article 75b LR serait de nature à contribuer de façon significative à la réalisation de ces objectifs.

56. Premièrement, il n'est pas affirmé que des entreprises situées dans d'autres États membres ne seraient pas capables d'assurer de façon adéquate des services de transport sanitaire. Deuxièmement, en dépit des allégations de la Regione Liguria et de l'ANPAS, l'absence de toute forme de procédure d'adjudication publique ou de publicité préalable semble en règle générale préjudiciable aux finances publiques.

57. Le fait d'ouvrir les procédures d'adjudication à d'autres soumissionnaires potentiels peut apporter un plus grand nombre d'offres aux pouvoirs adjudicateurs (et donc un plus grand choix tant en termes de qualité qu'en termes de prix), et devrait inciter les opérateurs intéressés par le marché à se montrer plus économes et efficaces.

58. Une entité sans but lucratif susceptible de se retrouver en concurrence avec d'autres entités pour l'attribution d'un marché ne soumettrait vraisemblablement pas une offre supérieure à celle qu'elle aurait faite sachant que le marché lui était réservé en application de la loi. Tout au plus, l'existence de concurrents encouragera-t-elle en règle générale cette entité à être encore plus attentive aux prix, en utilisant ses ressources de façon plus efficace.

59. Le fait que les parties défenderesses au principal soient des organisations sans but lucratif que la prestation des services en question aurait intéressées montre qu'il est clairement possible d'introduire plus de concurrence dans l'attribution de ces services, même entre entités sans but lucratif<sup>44</sup>.

60. En tout état de cause, la question de savoir si, dans un cas précis, une restriction au sens des articles 49 et 56 TFUE peut être justifiée et, en outre, proportionnée, est une question qu'il appartient, en principe, aux juridictions nationales compétentes de déterminer. En cas de doute, ces juridictions peuvent saisir la Cour au titre de la procédure préjudicielle.

42 — Parmi de nombreux arrêts, voir arrêt du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili (C-376/08, Rec. p. I-12169, point 44).

43 — Voir, par analogie, arrêts du 28 avril 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931, point 41), et Venturini e.a., précité (points 41 et 42).

44 — Comme l'a déjà jugé la Cour, le fait que l'attribution d'un marché ne puisse pas être susceptible de générer des rentrées nettes importantes ne signifie pas que ce marché ne revêt pas un intérêt économique pour des entreprises établies dans des États membres autres que celui dont relève le pouvoir adjudicateur. En effet, dans le cadre d'une stratégie économique visant à étendre une partie de ses activités dans un autre État membre, une entreprise peut prendre la décision de solliciter l'attribution d'un marché dans cet État en dépit du fait que celui-ci est insusceptible en tant que tel de générer des profits adéquats. Voir arrêt du 14 novembre 2013, Comune di Ancona (C-388/12, point 51).

61. Pour autant, pour les raisons indiquées aux points précédents, il est selon moi inconcevable qu'une telle restriction puisse être considérée comme justifiée et proportionnée, alors qu'elle est fondée sur une dérogation générale et a priori aux articles 49 et 56 TFUE, telle que la procédure introduite par l'article 75b LR.

### C – Observations finales

62. Enfin, un dernier point soulevé par la Regione Liguria et l'ANPAS mérite d'être brièvement discuté. Selon ces parties, l'article 75b LR est une expression du principe de solidarité, une valeur fondamentale consacrée aux articles 2 et 18 de la Constitution italienne. Une disposition telle que l'article 75b LR, selon elles, a pour objet non pas seulement de limiter la dépense publique, pour les services médicaux concernés, mais également d'encourager les citoyens à s'engager dans des activités caritatives et dans le bénévolat, au bénéfice de l'ensemble de la société. C'est en fait en application du principe de solidarité – selon elles – que la Cour a jugé, dans l'arrêt *Sodemare e.a.*, précité, que le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'un État membre autorise uniquement des opérateurs privés sans but lucratif à participer au fonctionnement de son système de protection sociale, en concluant des contrats qui les autorisent à être remboursés par les autorités publiques des coûts assumés pour fournir des services de nature sanitaire et médicale relevant de la protection sociale.

63. Je suis bien conscient du fait que la recherche de l'efficacité économique dans un marché européen fondé sur une concurrence libre et ouverte est non pas une fin en soi, mais uniquement un outil pour atteindre les objectifs ayant présidé à la création de l'Union<sup>45</sup>. En conséquence, je suis prêt à admettre que la nécessité de promouvoir et de protéger l'une des valeurs fondamentales sur lesquelles est fondée l'Union peut, parfois, primer sur les impératifs du marché intérieur.

64. Comme l'a relevé l'avocat général Mengozzi dans de récentes conclusions<sup>46</sup>, la solidarité est expressément reconnue à l'article 2 TUE comme l'une des valeurs caractérisant le modèle de société européen tel qu'il découle des traités de l'Union. Par conséquent, le fait que des entités telles que les organisations bénévoles visées à l'article 75b LR aient été investies, par le législateur national, de la fonction importante de promouvoir, dans leur domaine, la valeur de la solidarité dans la société italienne n'est pas – et ne saurait être – sans pertinence pour le droit de l'Union.

65. Cependant, cette importante fonction dont sont investies ces organisations peut être assurée non pas en agissant, pour ainsi dire, *en dehors* du cadre des règles ordinaires, mais en opérant *dans* les limites de ces règles, en tirant avantage des règles spécifiques adoptées par le législateur dans le but de soutenir leurs activités.

66. Par exemple, l'article 26 de la directive 2004/18 précise que les pouvoirs adjudicateurs «peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations *sociales* et environnementales»<sup>47</sup>.

45 — Voir, en particulier, article 3, paragraphes 1 à 3, TUE.

46 — Point 40 des conclusions présentées le 27 février 2014 dans l'affaire *Centro Hospitalar de Setúbal et SUCH (C-574/12)*, pendante devant la Cour.

47 — Mise en italique par mes soins. Voir, également, considérant 46 du préambule de la directive 2004/18.

67. En fait, la Cour a admis que des considérations tenant à des objectifs sociaux peuvent être prises en compte par les pouvoirs adjudicateurs, à condition de ne pas entraîner, de façon directe ou indirecte, de discrimination à l'égard des soumissionnaires d'autres États membres et sous réserve d'être indiquées de façon expresse dans l'avis de marché, afin que les opérateurs puissent en connaître l'existence<sup>48</sup>.

68. La doctrine également estime que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent être empêchés d'avoir recours au dispositif des marchés publics pour réaliser des objectifs publics (par exemple, dans le domaine social), à condition que ces objectifs s'ajoutent aux objectifs économiques (traditionnels), que les exigences procédurales issues des directives de l'Union soient respectées et que le résultat soit compatible avec les finalités de ces directives<sup>49</sup>.

69. Selon moi, les dispositions de la directive 2004/18 concernant, entre autres, les spécifications techniques (article 23), les conditions d'exécution du marché (article 26) et les critères de sélection qualitative (articles 45 à 52) ainsi que les critères d'attribution des marchés (articles 53 à 55) offrent aux pouvoirs adjudicateurs suffisamment de latitude pour poursuivre des objectifs sociaux en même temps que des objectifs économiques, tout en respectant la lettre comme l'esprit de la directive 2004/18. Dans ce contexte et à condition que ces règles ne soient pas privées de leur efficacité, le législateur national peut, dans une certaine mesure, prendre en compte et, le cas échéant, privilégier des prestataires de services ayant le statut d'associations bénévoles ou, plus généralement, d'entités sans but lucratif. C'est a fortiori le cas lorsque les pouvoirs adjudicateurs sont liés uniquement par les dispositions de la directive 2004/18 applicables aux marchés publics ayant pour objet des services mentionnés à l'annexe II B, ou par les principes généraux issus du droit primaire de l'Union et, en particulier, des articles 49 et 56 TFUE.

70. Il en va ainsi indépendamment du fait que, selon toutes probabilités, les organisations bénévoles qui demandent simplement le remboursement des dépenses exposées, et qui sont gérées de façon raisonnablement efficace, devraient, en principe, être souvent en mesure de l'emporter dans les procédures de marchés publics du simple fait de leur rapport coût-efficacité.

71. Enfin, en ce qui concerne l'arrêt Sodemare e.a., précité, évoqué par la Regione Liguria et l'ANPAS, je relèverais que cet arrêt n'a pas traité de l'application des règles en matière de marchés publics. Cette affaire concernait le système de protection sociale adopté par la Regione Lombardia, selon lequel seules les entités sans but lucratif étaient autorisées à fournir certains services au public, le coût de ces services étant couvert soit par les patients, en tout ou partie, soit par la région.

72. Sauf erreur de ma part, la Regione Lombardia n'a pas attribué de marché de services à une ou plusieurs entités parmi celles potentiellement intéressées. Le système était au contraire ouvert et non discriminatoire dans la mesure où toutes les entités répondant à certaines exigences objectives fixées par les lois applicables pouvaient participer au système de protection sociale en tant que prestataires de services relevant de la protection sociale. C'est dans ce contexte que la Cour, ayant également tenu compte de la solidarité et des aspects sociaux sur lesquels reposait le système de protection sociale, a constaté qu'un tel système ne créait aucune distorsion de concurrence entre entreprises établies dans différents États membres ni d'obstacle à la liberté d'établissement prohibé par ce qui est devenu l'article 49 TFUE.

48 — Voir arrêts du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. 4635, points 14 à 37), et Commission/France, précité (points 46 à 54). Voir également arrêt du 15 juillet 2010, Commission/Allemagne (C-271/08, Rec. p. I-7091, point 58).

49 — Voir, entre autres, Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, Oxford, 2<sup>e</sup> édition, 2007, p. 3 et suiv., et Arrowsmith, S., «Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review» dans Arrowsmith, S., et Kunzlik, P. (éds.), *Social and Environmental Policies in EC Public Procurement Law*, Cambridge, 2009, p. 162 et suiv.

73. En conclusion, je suis d'avis qu'un État membre est en droit d'attribuer des services de transport sanitaire à des organisations bénévoles, en priorité, sans suivre les règles de l'Union en matière de marchés publics uniquement si la valeur de ces services est inférieure au seuil prévu dans la directive 2004/18 et que l'attribution ne présente pas d'intérêt transfrontalier.

74. Dans certaines circonstances, il n'est pas inconcevable qu'un État membre soit également en mesure de démontrer que, malgré l'intérêt transfrontalier potentiel d'un marché (dont la valeur est inférieure à ce seuil), des raisons d'intérêt général peuvent justifier de déroger aux exigences de transparence imposées par les articles 49 et 56 TFUE.

75. Cependant, les articles 49 et 56 TFUE ainsi que la directive 2004/18 s'opposent à une disposition nationale – telle que l'article 75b LR – ayant pour effet de confier à des organisations bénévoles, sans aucune forme de mise en concurrence, la prestation de services de transport sanitaire, indépendamment de la valeur des marchés et de leur incidence transfrontalière potentielle.

#### **IV – Conclusion**

76. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles déférées par le Consiglio di Stato:

Les articles 49 et 56 TFUE ainsi que 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, s'opposent à une disposition de droit interne qui prévoit, dans le cadre de l'attribution de marchés pour la fourniture de services de transport sanitaire, de donner la priorité aux organisations bénévoles, ces marchés leur étant attribués sans aucune forme de mise en concurrence et prévoyant uniquement le remboursement des frais effectivement supportés.