CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CLAUS GULMANN

présentées le 18 novembre 1993 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. La Commission a formé un recours ayant pour objet de faire constater que la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive du Conseil 71/305/CEE, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [1]. L'infraction résiderait dans le fait que l'Italie a « accepté, sans intervenir pour éviter immédiatement les effets juridiques contraires au droit communautaire », que l'administration provinciale d'Ascoli Piceno conclue un marché portant sur la construction d'un tronçon de route à circulation rapide, sans mise en adjudication des travaux et sans publication d'un avis d'appel d'offres au *Journal officiel des Communautés européennes.*

2. Le tronçon en question était un tronçon de la voie rapide « Ascoli-Mare » destinée à relier la ville d'Ascoli Piceno, chef-lieu de la province du même nom, et située dans l'arrière-pays, à environ 25 km de la mer, à l'autoroute A 14 et à la route nationale n° 16, qui longe le littoral, ainsi qu'à la ville côtière de San Benedetto del Tronto.

Les premiers tronçons de la voie rapide, à savoir les lots I à III, ainsi que la première partie du lot IV ont fait l'objet d'un appel d'offres restreint et ont été achevés au début des années 1970. Les travaux en ce qui concerne le lot IV ont été attribués à l'entreprise Rozzi Costantino. Le lot IV, qui avait trait, entre autres, aux liaisons avec l'autoroute A 14 et la route nationale n° 16, a été étendu au cours des années suivantes, par le biais d'« études supplémentaires », qui, entre autres, impliquaient un allongement du tracé original de la voie rapide.

3. La présente affaire concerne les onzième et douzième études supplémentaires, qui ont été considérées, dans leur dernière phase, comme un projet unique. Ce projet prévoyait un allongement du tracé de la voie rapide. Le but était d'éliminer les entraves physiques créées par la route nationale n° 16 et par la ligne de chemin de fer Bologne-Lecce, et, par là-même, de créer une liaison aisée entre, d'une part, le port de San Benedetto et, d'autre part, les grands axes de communication et la zone industrielle d'Ascoli Piceno. L'ouvrage impliquait, entre autres, la construction d'un viaduc par-dessus la ligne de chemin de fer Bologne-Lecce. Le tronçon en cause, long de quelques kilomètres, devait relier le tronçon d'autoroute faisant l'objet de la dixième étude supplémentaire à une route que la commune d'Ascoli Piceno faisait, dans le même temps, construire en direction de San Benedetto.

* Langue originale: le danois.

1 — Directive du 26 juillet 1971, JO L 185, p. 5.

4. Il est constant en l'espèce que l'exécution des dix premières études supplémentaires du lot IV avait été confiée à la même entreprise qui avait exécuté le lot IV initial, c'est-à-dire l'entreprise Rozzi Costantino.

Les onzième et douzième études avaient été approuvées par l'Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno, qui a ensuite transféré la responsabilité du projet à l'administration provinciale d'Ascoli Piceno. Sans publier d'avis d'appel d'offres au *Journal officiel des Communautés européennes*, celle-ci a conclu, le 21 mai 1990, un accord de gré à gré avec l'entreprise Rozzi Costantino en vue de la réalisation du projet pour un montant total d'environ 36 milliards de lires italiennes.

Le gouvernement italien a au reste indiqué que la construction du prolongement, en direction de San Benedetto, du tronçon en cause dans la présente affaire et dont le maître d'ouvrage était, non l'administration provinciale, mais, ainsi qu'il a été indiqué, la commune d'Ascoli Piceno, avait également été confiée à l'entreprise Rozzi Costantino.

5. La Commission, dont l'attention avait été attirée sur les conditions entourant la construction de la voie rapide Ascoli-Mare, a décidé d'ouvrir la procédure visée à l'article 169 contre l'Italie, tout en limitant l'objet aux onzième et douzième études supplémentaires. Elle a adressé au gouvernement italien une lettre de mise en demeure le 17 janvier 1991.

6. Il est constant en l'espèce que le projet concerné relève de la directive 71/305.

Les parties s'accordent en outre pour considérer que la procédure choisie dans le cadre de la conclusion du marché implique objectivement une violation de la directive, sauf à considérer comme applicable la règle dérogatoire spéciale visée à l'article 9, point b), de la directive, pour le cas où des « ... travaux dont l'exécution pour des raisons techniques ... ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé ».

7. Il aurait été relativement simple de prendre position dans cette affaire si la seule question litigieuse était de savoir si les conditions prévues à l'article 9, point b), étaient ou non remplies.

Le gouvernement italien fait cependant valoir que la Commission a formulé ses conclusions de telle manière que la République italienne devrait être condamnée, non en raison du comportement, contraire à la directive, de l'administration provinciale, mais pour avoir omis d'intervenir pour empêcher ce comportement, et donc pour avoir manqué à son obligation de contrôle.

Le gouvernement conteste avoir manqué à son obligation de contrôle vis-à-vis de l'administration provinciale et c'est principalement sur cette base-là qu'il fonde ses conclusions tendant au rejet du recours; ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'il fait valoir que les conditions prévues à l'article 9, point b), étaient remplies.

8. On doit tout d'abord observer que la formulation des conclusions de la Commission a été, en l'espèce, source de certains problèmes de procédure.

Dans son mémoire en défense, le gouvernement italien s'est attaché à démontrer qu'il n'avait pas enfreint son obligation de contrôle. Il y mentionnait, certes, que le non-respect des obligations de la directive pouvait être fondé sur l'article 9, point b); cependant, l'analyse à laquelle il s'est livré à cet égard fait apparaître qu'il entendait principalement se servir de cette disposition pour montrer qu'en l'espèce, une violation de la directive était loin d'être manifeste. Le gouvernement n'a pas argumenté de façon détaillée sur le point de savoir si les conditions visées à l'article 9, point b), étaient réunies.

Dans sa réplique, la Commission s'est attachée, d'une part, à souligner que selon une jurisprudence constante de la Cour, les Etats membres peuvent être condamnés, sur une base objective, pour un comportement des autorités nationales, régionales ou locales contraire à la directive, et, d'autre part, à démontrer que la République italienne avait non seulement accepté le comportement contraire à la directive de l'administration provinciale, mais s'était en outre abstenu d'intervenir a posteriori auprès de cette dernière pour éliminer les effets juridiques illégaux de ce comportement.

Ce n'est que dans sa duplique que le gouvernement italien s'est livré à une argumentation de fond concernant la question de savoir si les conditions de l'article 9, point b), étaient remplies, en déposant à cet égard, entre autres, des plans des travaux.

9. La Commission a demandé à la Cour l'autorisation de commenter, dans un nouveau mémoire, les plans des travaux dont il s'agit. Une telle autorisation a été accordée et la Commission a déposé un mémoire d'observations, auquel était annexé l'avis d'un expert, contestant que les conditions de l'article 9, point b), aient été remplies.

La Commission a au reste fait valoir dans ses observations que les plans des travaux déposés par la défenderesse devaient être considérés comme des moyens nouveaux, dont la production est interdite par l'article 42 du règlement de procédure.

10. La Cour ne saurait, à notre sens, en se fondant sur l'article 42 du règlement de procédure, s'abstenir de prendre en considération les arguments et informations présentés par le gouvernement dans la duplique, concernant l'application de l'article 9, point b).

L'article 9, point b), a été invoqué par le gouvernement tant dans sa réponse au mémoire adressé par la Commission au cours de la procédure administrative, et dans son mémoire en défense.

Il est certes grave, à titre de principe, qu'une argumentation sur le fond concernant la question de l'applicabilité de l'article 9, point b) ne soit présentée qu'au stade de la duplique, mais la cause de cette situation réside, au moins partiellement, dans le contenu des conclusions déposées par la Commission. En outre, la Commission a eu pleinement la possibilité de présenter ses observations par rapport aux nouveaux arguments et informations contenus dans la duplique, de sorte qu'il n'a pas été porté atteinte, en pratique, aux droits de la Commission en matière de procédure.

11. Il convient, selon nous, d'examiner ci-après, tout d'abord, le point de savoir si l'administration provinciale pouvait, en se fondant sur l'article 9, point b), s'abstenir de mettre le marché en adjudication et de publier un avis d'appel d'offres au *Journal officiel des Communautés européennes.*

La condition première, qui subordonne la condamnation de la République italienne, est que l'administration provinciale ait agi en violation de la directive.

12. La question est de savoir si la construction du tronçon en cause, et en particulier du viaduc par dessus la ligne de chemin de fer, impliquait des « travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques ... ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé », à savoir, en l'espèce, l'entrepreneur chargé de la construction du tronçon d'autoroute, dont le projet présentement litigieux constituait le prolongement (tronçon faisant l'objet de la dixième étude supplémentaire).

13. Le gouvernement italien a indiqué à cet égard qu'il ressort des plans des travaux déposés que de telles « raisons techniques » existaient en l'espèce, en ce qu'il était impossible

— de terminer les travaux faisant l'objet de la dixième étude supplémentaire avant la réalisation de certaines structures faisant l'objet du projet contesté,

— d'ouvrir deux chantiers distincts à la fois, à cause de l'exiguïté des lieux, et

— d'effectuer séparément les travaux en cours et les travaux litigieux, du fait de l'intime connexion des structures au niveau des fondations.

14. La Commission conteste que ces faits puissent constituer en eux-mêmes des raisons techniques qui justifieraient l'attribution exclusive des travaux à l'entrepreneur chargé de la construction de l'ouvrage ayant fait l'objet de la dixième étude supplémentaire.

15. Il résulte de l'avis recueilli par la Commission auprès d'un expert — un ingénieur français — que les considérations avancées par le gouvernement ont, certes, exigé une coordination, dans le temps et dans l'espace, des travaux litigieux avec ceux en cours, mais que cette coordination a également dû avoir lieu bien que l'ensemble de ces travaux ait été confié à une seule et même entreprise, de sorte qu'elles ne sauraient constituer des « raisons techniques » justifiant le choix opéré en l'occurrence par le pouvoir adjudicateur italien.

16. Il ne nous semble pas que le gouvernement italien se soit acquitté de la charge de la preuve qui, selon une jurisprudence constante de la Cour [2], incombe à celui qui entend se prévaloir de la disposition dérogatoire.

L'argumentation du gouvernement a été développée sur un plan relativement abstrait. Il n'a pas de manière convaincante établi —

2 — Arrêt de la Cour du 10 mars 1987 (affaire 199/85, Commission/Italie, Rec. p. 1039).

même avec le dépôt des plans des travaux — l'existence des prétendues graves difficultés que susciterait l'attribution des travaux afférents au tronçon litigieux à un entrepreneur autre que celui qui était en charge des travaux de construction du tronçon faisant l'objet du dixième projet supplémentaire. Il est en effet difficile de croire à l'existence de telles graves difficultés, eu égard aux considérations émises dans l'avis technique produit par la Commission.

On ne saurait non plus faire complètement abstraction de ce que, dans son mémoire en défense, le gouvernement italien a lui-même, dans une certaine mesure, émis des doutes quant au point de savoir si les conditions d'application de l'article 9, point b), étaient remplies.

17. Nous sommes donc d'avis qu'on peut tenir pour établi que l'administration provinciale d'Ascoli Piceno a agi en violation de la directive 71/305, dans le sens indiqué dans les conclusions de la Commission.

18. La question est cependant de savoir si la République italienne peut être condamnée en raison de ce comportement, eu égard au fait qu'il lui est reproché, selon les conclusions, d'avoir agi en violation de la directive, « en acceptant » le comportement contraire à la directive de l'administration provinciale, « sans intervenir pour éviter immédiatement les effets juridiques contraires au droit communautaire ».

19. Nous ne voyons pas très bien pour quelle raison la Commission a ainsi libellé ses conclusions. La formulation est plutôt surprenante, eu égard au fait qu'il est acquis, au vu de la jurisprudence de la Cour, qu'un Etat membre peut être condamné, sur des bases objectives, pour violation de la directive, quel que soit l'organisme — national, régional ou local — qui a omis de respecter les règles de la directive [3].

20. La Cour peut, bien entendu, examiner s'il sera opportun qu'elle constate l'existence d'une obligation générale dans le chef de chaque Etat membre, en tant que tel, de veiller à ce que dans tous les cas les autorités étatiques, régionales et locales respectent la directive dans le cadre de leurs marchés publics de travaux, de sorte qu'un manquement est réputé établi chaque fois qu'on peut objectivement constater une carence au niveau du contrôle parce que des actes contraires à la directive ont été commis.

Cela impliquerait toutefois une position juridique correspondant à celle dans laquelle la Commission limite ses conclusions à la constatation que l'Etat a manqué à ses obligations communautaires du fait que l'un de ses organes a agi en violation de la directive.

Il serait, partant, sans importance que la Commission ait formulé ses conclusions de l'une ou l'autre manière.

3 — Voir, entre autres, l'arrêt de la Cour du 5 mai 1970 (affaire 77/69, Commission/Belgique, Rec. 1970, p. 237), ainsi que l'arrêt mentionné dans la précédente note, dans lequel il a été constaté que la République italienne assume la responsabilité en ce qui concerne la violation de la directive 71/305 par une collectivité locale).

21. Abstraction faite de ce que des conclusions doivent bien entendu être comprises selon leur libellé, les problèmes de procédure qui ont surgi en l'espèce montrent qu'il est important que la Cour pose certaines exigences au regard du degré de précision des conclusions de la Commission.

22. Pour ces raisons, et eu égard aux mémoires échangés ainsi qu'à la procédure orale, on doit selon nous nécessairement comprendre lesdites conclusions en ce sens que la République italienne devrait être condamnée, le cas échéant, non en raison de ce que l'administration provinciale a agi en violation de la directive, mais parce que cette violation a été acceptée par la République italienne et que celle-ci n'a pris aucune mesure pour y remédier.

La question des autorités censées, le cas échéant, avoir accepté le comportement de l'administration provinciale et s'être abstenues d'intervenir, n'a pas été discutée en l'espèce. Il n'y a pas lieu d'examiner plus en détail cette question. Les conclusions de la Commission présupposent nécessairement qu'il existe des autorités chargées de telles missions de contrôle et que celles-ci doivent être, par nature, des autorités étatiques.

23. Un arrêt de condamnation suppose donc que l'on considère comme acquise l'existence d'autorités étatiques ayant accepté le comportement de l'administration provinciale et ayant omis d'intervenir à l'encontre de ce comportement.

La Commission doit rendre vraisemblable que tel a été le cas en l'espèce.

Ainsi qu'il a été indiqué, le gouvernement italien conteste que des autorités étatiques aient accepté ce comportement et qu'elles aient eu en pratique la possibilité d'agir à l'encontre de celui-ci. Il renvoie à la circonstance qu'il n'a été averti de ce comportement, par les services de la Commission, qu'en janvier 1991, soit huit mois après que le marché ait été attribué à l'entrepreneur concerné et qu'il n'avait pas la possibilité selon la législation italienne d'intervenir de façon efficace.

24. Dans ces conditions, nous estimons qu'il convient de proposer à la Cour de rejeter le recours.

La Commission n'a pas rendu vraisemblable que le gouvernement italien ou, au reste, des autorités étatiques aient de façon expresse ou tacite accepté le comportement de l'administration provinciale et la Commission n'a pas suffisamment rendu vraisemblable que le gouvernement italien ou, au reste, des autorités étatiques aient eu des possibilités réelles d'intervenir a posteriori pour redresser la situation.

Conclusion

25. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de rejeter le recours et de condamner la Commission aux dépens.