CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 26 février 1992 *

Monsieur le Président,
Messieurs les juges,

A — Les faits

1. Dans la présente affaire, la Commission fait grief à l'Italie d'avoir, en adoptant la loi n° 80/87 portant dispositions extraordinaires visant à accélérer l'exécution de travaux publics [1], enfreint l'article 59 du traité CEE et la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [2].

2. Cette directive avait été mise en œuvre en Italie par la loi n° 584/77 du 8 août 1977.

3. La loi litigieuse a été promulguée le 17 février 1987 et s'est appliquée, après prorogation de sa durée de validité, jusqu'au 15 mars 1991. Elle prévoyait une procédure restreinte, à laquelle pouvaient recourir les administrations nationales, les régions, les organismes publics autonomes, les collectivités territoriales et les organismes publics non économiques chargés de la réalisation de certains travaux. Elle devait leur permettre d'accélérer leurs programmes de construction en adjugeant globalement l'ensemble des travaux que comporte un projet donné — de l'élaboration des plans aux travaux d'entretien éventuellement nécessaires après l'achèvement de l'opération.

4. La Commission, estimant que certaines dispositions de la loi étaient contraires à la directive et/ou à l'article 59 du traité CEE, a introduit à l'issue de la procédure précontentieuse le recours dans la présente affaire. Dans sa requête, la Commission a soulevé au total six griefs différents et conclu à ce qu'il plaise à la Cour:

1) constater que la République italienne, en adoptant la loi n° 80/87 portant dispositions extraordinaires visant à accélérer l'exécution de travaux publics, qui comporte des dispositions incompatibles avec les dispositions du droit communautaire en matière de marchés publics de travaux, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 59 du traité CEE et de la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5);

2) condamner la République italienne aux dépens.

Dans son mémoire en défense, la défenderesse a conclu à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours comme non fondé.

* Langue originale: l'allemand.

1 — GURI (*Journal officiel de la République italienne*) n° 61 du 14.3.1987.

2 — Directive du Conseil du 26 juillet 1971 (JO L 185, p. 5).

5. Dans son mémoire en réplique, la Commission a ensuite renoncé à trois des griefs précédemment mentionnés, ainsi que cela est relaté en détail dans le rapport d'audience (point 21, joint aux points 10, 12 et 13 du rapport d'audience). La Commission a, en effet, admis l'argument de la République italienne selon lequel la loi n° 80/87 s'inscrit dans le cadre général de la procédure de passation des marchés publics de travaux établie par la loi n° 584/77, et qu'elle ne s'écarte ni par sa lettre ni par son esprit des dispositions de cette dernière loi; la loi n° 80/87 régirait le comportement des pouvoirs adjudicateurs de telle façon qu'ils doivent respecter les règles de fond et de procédure qui s'inscrivent dans le cadre de la liberté de choix ménagée — conformément à la directive — par la loi n° 584/77. Cette dernière loi resterait donc applicable aux procédures ayant pour objet une adjudication globale au sens de la loi n° 80/87.

6. La Commission a abandonné à l'audience un autre grief, en raison là encore des déclarations du gouvernement italien. Il s'agit du grief dirigé contre l'article 3, paragraphe 2, de la loi n° 80/87. La requête relève à cet égard que, dans la mesure où cette disposition prévoit que l'invitation à présenter une offre ne peut être adressée qu'à des entreprises pouvant présenter une attestation d'inscription à l'Albo nazionale dei costruttori (registre national des entrepreneurs en bâtiment), elle serait contraire aussi bien à l'article 22, paragraphe 1, de la directive 71/305 qu'à l'article 59 du traité CEE.

7. Cependant, à l'audience, la Commission s'est référée à une déclaration du gouvernement italien selon laquelle la loi n° 80/87 doit être interprétée à la lumière des dispositions générales de la loi n° 584/77 (qui a mis en œuvre la directive). En outre, le gouvernement italien a mentionné un décret du président du Conseil des ministres (n° 55 du 10 janvier 1991) qui comporterait dans une certaine mesure une interprétation contraignante des dispositions de la loi n° 80/87. Cette précision, jointe aux assurances du gouvernement italien, permettrait à la Commission de renoncer au moyen évoqué.

8. Nous allons examiner dans nos conclusions les deux griefs restants, à l'égard desquels la défenderesse n'a du reste pas invoqué la possibilité d'une interprétation des dispositions contestées conforme à la loi n° 584/77. Nous nous permettons de renvoyer pour plus de détails au rapport d'audience.

B — Analyse

9. *I.1.* La Commission conteste, sous le point 5.3 de sa requête, l'article 2, paragraphe 1, de la loi n° 80/87 qui prévoyait, en ce qui concerne l'invitation écrite à soumissionner (émanant du pouvoir adjudicateur), ce qui suit:

« L'invitation écrite doit prévoir que le concessionnaire doit confier une partie représentant 15 à 30 % [3] des travaux à des entreprises ... ayant leur siège social dans la région où les travaux sont exécutés ».

La Commission estime que cette disposition enfreint l'article 59 du traité CEE. Elle

3 — Au cours de la procédure précontentieuse, dans la requête ainsi que dans le rapport d'audience, le taux de *50 %* a été indiqué comme taux maximal admis. Cependant, il est bien question de 30 % dans le texte de la loi.

restreindrait, en effet, la libre prestation des services, en ce qu'elle favoriserait les entreprises ayant leur siège dans la région correspondante, alors qu'elle serait discriminatoire à l'égard des entreprises établies dans d'autres États membres.

10. *2.* La République italienne a opposé à cela deux arguments.

11. a) Au cours de la procédure précontentieuse, de même qu'au cours de la procédure écrite devant la Cour, elle a fait valoir que cette règle devait compenser les inconvénients résultant, pour les petites et moyennes entreprises, du principe prévu dans la loi selon lequel plusieurs travaux différents sont adjugés au moyen d'un contrat unique. Cela prive, en effet, ces entreprises de contrats qui n'auraient intéressé que les entreprises de la région concernée s'ils avaient été adjugés séparément. Dans la duplique, la défenderesse ajoute encore à cela qu'il s'agirait de travaux d'importance mineure, qui sont soustraits à l'aire naturelle du marché en cause, qui est nécessairement un marché local.

12. b) A l'audience, en revanche, elle s'est appuyée sur un argument fondé sur les intérêts des entreprises (adjudicataires) des autres États membres. Elle a affirmé que ces entreprises ont, en tout état de cause, un intérêt à faire exécuter par des entreprises locales une partie des travaux adjugés, parce qu'une entreprise d'un autre État membre ne se rend généralement pas avec toute son organisation et tout son personnel dans l'État membre où les travaux sont exécutés. La règle contestée serait conforme au comportement normal de toute entreprise établie à l'étranger et ne comporterait donc aucune restriction à la libre prestation des services. Dans ce contexte, elle se réfère également à une affaire concernant une autre loi italienne, abolie dans l'intervalle, que la Commission considérait comme incompatible avec l'article 59. La Commission a considéré qu'en *restreignant* la possibilité pour les adjudicataires de faire exécuter les travaux par des entreprises tierces, cette loi était discriminatoire envers les entreprises des autres États membres, parce que ces dernières sont généralement contraintes de faire exécuter les travaux moins spécialisés par des entreprises locales. De ce point de vue, que le gouvernement italien a admis, il serait selon lui illogique de contester maintenant une disposition qui tient compte de cette situation des entreprises étrangères.

13. *3.* Sur l'ensemble de cette question, il convient en premier lieu de relever que la règle contestée a des conséquences négatives sur deux catégories d'entreprises établies dans les autres États membres. Il s'agit, d'une part, des entreprises qui entreraient en ligne de compte comme sous-traitants de l'adjudicataire, à la place des entreprises locales établies dans l'État membre défendeur, lorsque l'adjudicataire ne peut ou ne veut pas exécuter lui-même certains travaux. Il s'agit, d'autre part, des adjudicataires qui sont disposés à exécuter eux-même l'ensemble des travaux, et qui sont en mesure de le faire, mais qui en sont empêchés par l'article 2, paragraphe 1, de la loi n° 80/87.

14. On laissera ici de côté la question de savoir comment le désavantage subi par ce dernier groupe doit être apprécié au regard de l'article 59 du traité CEE. Il nous suffit en l'occurrence de constater que le premier groupe mentionné subit sans aucun doute une discrimination. Il est, en effet, exclu que

ces entreprises se voient confier des travaux que les adjudicataires doivent confier, dans le cadre du quota applicable, à des entreprises ayant leur siège dans la région concernée. Ainsi, en application de la disposition contestée, les prestations de services d'entreprises nationales sont avantagées à proportion que les prestations de services des entreprises d'autres États membres sont désavantagées.

15. Si donc ces faits relèvent de l'interdiction des restrictions à la libre prestation des services établie à l'article 59 du traité CEE, peu importe que, dans chaque cas d'espèce, quelques-unes seulement des entreprises nationales soient avantagées du point de vue de leurs prestations de services, alors que les autres entreprises nationales subissent à cet égard les mêmes restrictions que les entreprises des autres États membres[4]. En effet, il est clair depuis l'arrêt Du Pont de Nemours[5], qui portait sur un problème parallèle dans le domaine de la libre circulation des marchandises, qu'une telle circonstance ne change rien à la discrimination établie. La Cour a jugé dans cet arrêt:

« ... si tous les produits de l'État membre en question ne sont pas avantagés par rapport aux produits étrangers, il n'en reste pas moins que tous les produits bénéficiant du régime préférentiel sont des produits nationaux ».

16. Le fait qu'il s'agisse d'une règle discriminatoire demeure en dépit de l'argument du gouvernement italien selon lequel, de toute façon, les adjudicataires d'autres États membres délègueraient normalement certains travaux à des entreprises ayant leur siège dans la région concernée (de sorte que les sous-traitants potentiels établis dans un autre État membre ne seraient pas concrètement désavantagés). Même si une entreprise d'un autre État membre a intérêt dans un cas particulier à ne pas exécuter elle-même certains travaux, mais à les faire exécuter par une entreprise tierce, on ne voit cependant pas, en particulier pour des travaux réalisés dans des régions frontalières, pourquoi les meilleurs arguments économiques inciteraient nécessairement à contracter avec une entreprise établie dans la région concernée (de l'État d'accueil).

17. Nous ne sommes pas davantage convaincu lorsque le gouvernement italien se fonde sur l'intérêt du sous-traitant potentiel d'un autre État membre et soutient que certains travaux ne présenteraient un intérêt que pour les entreprises favorisées. Cet intérêt dépend notamment de la nature et de l'ampleur des travaux, ainsi que de la taille et de la spécialisation ou de la diversification de l'entreprise. La circonstance formelle que le *siège* social de l'entreprise se trouve dans la région concernée n'est certainement pas seule décisive en la matière.

18. Puisqu'il s'agit donc d'une mesure discriminatoire, elle n'est compatible avec le traité que si elle relève d'une disposition expresse du traité[6] dérogeant à l'article 59. Seul peut être pris en considération à cet égard l'article 56 du traité CEE, auquel renvoie l'article 66. Aucune des possibilités qui y sont mentionnées (ordre public, sécurité publique et santé publique) n'est applicable dans le cas d'espèce. On ne relève, en

4 — Arrêts du 20 mars 1990, Du Pont de Nemours Italiana, points 12-13 (C-21/88, Rec. p. I-889) et du 11 juillet 1991, Laboratori Bruneau (C-351/88, Rec. p. I-3641) (sur l'article 30 du traité CEE); arrêt du 25 juillet 1991, Commission/Pays-Bas, point 25 (C-353/89, Rec. p. I-4069) (sur l'article 59).

5 — Voir note précédente.

6 — Arrêt du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, point 32 (352/85, Rec. p. 2085).

particulier, aucun motif d'ordre public, ce qui supposerait, en effet, l'existence d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société[7]. Ni la finalité de la loi dans son ensemble (exécution accélérée des contrats publics de travaux) ni celle de son article 2, paragraphe 1 (compensation pour les inconvénients découlant du principe de l'adjudication globale), ne correspondent à ces conditions strictes; indépendamment de cela, rien ne permet non plus de penser que l'un des deux buts mentionnés, ou les deux, ne pourraient être atteints qu'à l'aide de la discrimination présentement contestée. L'article 2, paragraphe 1, de la loi n° 80/87 était donc contraire à l'article 59 du traité CEE. Le grief soulevé par la Commission est donc fondé.

19. *II.* La Commission conteste également l'article 3, paragraphe 3, de la loi litigieuse, qui dispose:

« Si plus de quinze entreprises sont intéressées, l'administration ou le pouvoir adjudicateur ne peut pas inviter moins de quinze entreprises à soumissionner. Lors du choix des entreprises invitées à soumissionner, il convient d'accorder une *priorité* aux associations temporaires et consortiums auxquels appartiennent des *entreprises* qui ... exercent leur activité principalement *dans la région dans laquelle les travaux sont exécutés* »[8].

20. *1.* Il convient, tout d'abord, de relever que le grief de la Commission n'est dirigé ni contre la condition selon laquelle un nombre minimal donné d'entreprises doit être invité à soumissionner ni contre le fait que les associations temporaires et consortiums sont avantagés. La Commission conteste uniquement le fait que des entreprises dont l'activité est caractérisée par la dominante régionale évoquée doivent faire partie des associations avantagées.

21. 2. Dans la mesure où la Commission considère que cela constitue une violation de l'article 59 du traité CEE, il convient de l'approuver sans réserve. Il s'agit d'une forme dissimulée de discrimination, puisqu'elle ne se fonde ni sur la nationalité ni sur le siège de l'entreprises, mais que les entreprises des autres États membres sont moins bien placées que les entreprises nationales en raison du critère de distinction choisi[9]. En effet, comme la Commission l'a exposé sans être contredite, le critère choisi (exercice de l'activité principalement dans la région dans laquelle les travaux sont exécutés) est effectivement beaucoup plus souvent rempli par des entreprises nationales que par des entreprises étrangères.

22. L'argument du gouvernement italien selon lequel les entreprises d'autres États membres auraient, tout comme les entreprises nationales, la possibilité de s'associer avec les entreprises avantagées, n'est pas pertinent. Indépendamment de la question de savoir si les chances d'une telle association avec l'une des entreprises avantagées sont également réparties entre les entreprises nationales et celles des autres États membres — ce que la Commission conteste — on ne peut pas exclure que cette association ne soit pas souhaitable commercialement ou qu'elle soit inopportune pour une entreprise d'un autre État membre. La liberté d'entre-

7 — Arrêt du 27 octobre 1987, Bouchereau, point 35 (30/77, Rec. p. 1999).

8 — C'est nous qui soulignons.

9 — Voir, par exemple, sur ce point l'arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie, point 8 (C-3/88, Rec. p. 4035).

prise, que l'article 59 vise précisément à préserver, implique que l'on puisse s'abstenir de cette démarche. Dans cette perspective, il convient d'observer que, entre deux intéressés — une entreprise d'un *autre État membre* et une entreprise « locale » — qui veulent offrir la même prestation de construction et qui ont pris de la même façon, seuls ou en commun avec certaines autres entreprises, la décision de soumissionner en fonction de leurs perspectives ou contraintes propres, l'article 3, paragraphe 3, donne la priorité à l'entreprise « locale ». Nous estimons que l'effet discriminatoire de cette disposition est établi, indépendamment de la question litigieuse précédemment mentionnée.

23. Puisque l'on ne décèle là encore aucun des motifs de justification prévus à l'article 56 du traité CEE, le grief de la Commission fondé sur l'article 59 du traité est fondé.

24. *3.* Le grief suivant de la Commission, selon lequel la condition présentement examinée est contraire à l'article 22 de la directive 71/305, est également fondé.

25. Il convient, tout d'abord, de relever que, depuis la réponse du gouvernement italien à la lettre de mise en demeure, il n'est pas contesté entre les parties que les contrats au titre de la loi n° 80/87 portent sur des prestations relevant, en vertu de l'article 1er, sous b), de la directive, du domaine d'application de cette dernière; les parties conviennent également que l'applicabilité de cette disposition du droit communautaire n'est pas remise en cause par le fait que le contrat, tel qu'il est prévu par la loi n° 80/87, peut également avoir d'autres prestations pour objet.

26. En ce qui concerne donc la compatibilité de l'article 3, paragraphe 3, de la loi avec l'article 22 de la directive, la Commission part du principe que, selon la disposition de la directive, le choix des candidats ne peut s'effectuer *que* « sur la base des renseignements fournis en vertu des dispositions de l'article 17, sous d) ». Elle semble tendre à répondre négativement à la question de savoir si les États membres disposent d'une marge de manœuvre pour appliquer des critères supplémentaires [10], inspirés, par exemple, par des motifs de politique économique [11]. Si ce point de vue est pertinent, la violation de l'article 22 ne fait alors aucun doute, puisque le critère établi à l'article 3, paragraphe 3, de la loi n'a rien de commun avec les renseignements prévus par l'article 17, sous d), de la directive. Mais même si l'on interprète l'article 22 en ce sens qu'une marge de manœuvre, au sens que nous venons d'évoquer, est laissée aux États membres, celle-ci ne peut être utilisée qu'en conformité avec le deuxième alinéa de cet article. Celui-ci dispose:

« Chacun des États membres s'assure que les pouvoirs adjudicateurs fassent appel aux ressortissants des autres États membres

10 — En ce qui concerne les critères mentionnés à l'article 20 de la directive (aptitude, d'une part, critères d'attribution du marché au sens de l'article 29, d'autre part), la Cour a effectivement reconnu aux États membres une telle marge de manœuvre pour appliquer des critères supplémentaires, avec certaines restrictions cependant, voir, à propos d'une condition dictée par des motifs de politique sociale, l'arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes, points 28-30 et 36 (31/87, Rec. p. 4635).

11 — Les circonstances présentes permettent, par exemple, de penser à un critère visant à favoriser les petites et moyennes entreprises.

répondant aux qualifications requises, dans les mêmes conditions qu'aux nationaux ».

27. Si donc l'article 22, premier alinéa, devait être interprété en ce sens qu'il n'interdit pas aux États membres d'appliquer des critères de choix supplémentaires, il faudrait déduire de son deuxième alinéa le principe juridique général selon lequel ces critères ne doivent pas être discriminatoires envers les candidats d'autres États membres. Dans ce cas également, la règle contestée est contraire à l'article 22.

28. Puisque aucune disposition dérogatoire de la directive permettant de s'écarter de l'article 22 dans les circonstances présentes n'est applicable, l'instauration de cette règle n'était pas admissible, et le grief de la Commission s'avère fondé.

C — Dépens

29. Dans la mesure où l'État membre défendeur a succombé sur les deux moyens encore soulevés à l'issue de la procédure, l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure s'applique. Compte tenu de l'importance de ces moyens (relatifs tous deux — au moins aussi — à une infraction aux libertés fondamentales du traité) par rapport à ceux qui étaient mentionnés dans la requête, il conviendrait en premier lieu que l'État membre défendeur supporte de ce chef la moitié de l'ensemble des dépens.

30. En ce qui concerne ensuite la moitié restante des dépens, il convient d'appliquer l'article 69, paragraphe 5. Aucune des parties n'ayant conclu spécialement sur cette partie des dépens (bien qu'elles en aient eu l'occasion à l'audience), chacune supportera ses propres dépens.

Conclusions

31. Pour les motifs exposés, nous vous proposons de statuer comme suit:

« 1) La République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 59 du traité CEE et de la directive 71/305/CEE en adoptant la loi n° 80/87 portant dispositions extraordinaires visant à accélérer l'exécution de travaux publics.

2) La République italienne supporte la moitié des dépens. Pour l'autre moitié, chaque partie supporte ses propres dépens. »