

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PHILIPPE LÉGER
présentées le 7 décembre 2000¹

1. La présente affaire donne à votre Cour l'occasion de se prononcer sur le champ d'application matériel du droit communautaire des marchés publics de travaux dans un contexte qui met en scène une législation nationale d'urbanisme.

2. L'enchevêtrement des intérêts publics et privés, tel qu'il apparaît dans une opération de lotissement, ne peut manquer de soulever des interrogations sur les modalités selon lesquelles le droit national laisse à des opérateurs privés le soin de pourvoir eux-mêmes aux équipements de base, voire à des équipements publics de pur loisir, qui accompagnent leur projet.

3. C'est à ce type d'incertitude que la juridiction italienne se trouve confrontée à travers le litige au principal, ce qui la conduit à vous saisir de questions préjudicielles impliquant l'examen des conditions d'application de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux².

I — Cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

4. L'article 1^{er}, sous a), b) et c), de la directive dispose:

«a) les 'marchés publics de travaux' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur;

b) sont considérés comme 'pouvoirs adjudicateurs' l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou

¹ — Langue originale: le français.

² — JO L 199, p. 54, ci-après la «directive».

plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

[...]

c) on entend par 'ouvrage' le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.»

5. Les activités de l'annexe II visées à l'article 1^{er}, sous a), sont les activités du bâtiment et du génie civil, correspondant à la classe 50 de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes (NACE). La construction d'immeubles figure expressément au nombre de ces activités.

6. Aux termes de l'article 2 de la directive:

«1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50 % un marché de travaux passé par une entité autre qu'eux-mêmes.

2. Le paragraphe 1 ne concerne que les marchés figurant dans la classe 50 groupe 502 de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes (NACE) et les marchés qui portent sur les travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif.»

7. Les articles 4 et 5 énumèrent les catégories de marchés auxquelles la directive ne s'applique pas, comme les marchés régis par la directive 90/531/CEE³, les marchés de travaux déclarés secrets ou accompagnés de mesures particulières de sécurité ou les marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu d'accords internationaux spécifiques.

8. L'article 6 fixe le seuil d'application de la directive à 5 millions d'écus, hors TVA.

9. L'article 7, paragraphes 2 et 3, énumère les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir aux procédures négociées, ce qui vise, selon la définition figurant à l'article 1^{er}, sous g), de la directive, les procédures nationales dans lesquelles «les pouvoirs adjudicateurs consultent les entrepreneurs de leur choix et négocient

3 — Directive du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 297, p. 1).

les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux».

10. Il résulte de l'article 7, paragraphe 4, que, dans tous les cas autres que ceux mentionnés à l'article 7, paragraphes 2 et 3, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de travaux en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.

12. Aux termes de l'article 3 de la même loi, l'octroi du permis entraîne le versement d'une contribution proportionnelle aux dépenses d'équipement et aux coûts de la construction.

13. La contribution aux équipements est versée à la commune au moment de l'octroi du permis. Toutefois, conformément à l'article 11, paragraphe 1, de la loi n° 10/77, le titulaire du permis peut s'engager à réaliser directement les travaux d'équipement, selon les modalités et les garanties fixées par la commune, en déduction totale ou partielle du montant dû.

B — La législation italienne

La législation en matière d'urbanisme et d'équipements collectifs

11. Selon la *législation nationale* applicable, l'activité de construction est soumise au contrôle des pouvoirs publics. Conformément à l'article 1^{er} de la loi n° 10/77, du 28 janvier 1977⁴, toute activité comportant une transformation urbanistique et immobilière du territoire communal entraîne une participation aux frais qui s'y rapportent et l'exécution des ouvrages est subordonnée à l'octroi par le «sindaco» (le maire) d'un permis.

14. S'agissant, de manière plus spécifique, de la réalisation coordonnée d'un ensemble de travaux par la voie d'un plan de lotissement, hypothèse dont il est question dans le litige au principal, l'article 28, paragraphe 5, de la loi d'urbanisme n° 1150/42⁵ subordonne l'autorisation du lotissement par la commune à la conclusion d'une convention, qui doit être transcrite à la diligence du propriétaire, prévoyant:

«1. [...] la cession à titre gratuit des terrains nécessaires aux travaux d'équipement secondaire dans les limites des dispositions du point 2;

4 — Loi portant dispositions concernant les sols constructibles (GURI n° 27, du 29 janvier 1977).

5 — Loi du 17 août 1942 (GU n° 244, du 17 août 1942).

2. l'engagement du propriétaire de supporter les charges inhérentes aux travaux d'équipement primaire ainsi qu'une quote-part des travaux d'équipement secondaire inhérents au lotissement ou des travaux qui sont nécessaires en vue du raccordement de la zone aux services publics; le montant de la quote-part est proportionnel à l'importance et aux caractéristiques des ouvrages prévus dans les lotissements;

voit la réalisation, par des particuliers, de travaux d'équipement, en déduction des contributions aux équipements dues pour un permis de construire simple, permettant aux intéressés de demander au pouvoir concédant d'être autorisés à réaliser directement un ou plusieurs travaux d'équipement primaire ou secondaire, le permis étant délivré par le «sindaco» pour autant qu'il considère que cette réalisation directe convient à l'intérêt public.

3. les délais d'achèvement des travaux prévus au paragraphe précédent, lesquels ne peuvent pas dépasser dix ans».

L'article 28, paragraphe 7, de la loi d'urbanisme n° 1150/42 dispose en outre que le délai d'exécution des travaux d'équipement mis à la charge du propriétaire est fixé à dix ans.

15. Selon l'article 4 de la loi n° 847/64, du 29 septembre 1964⁶, les équipements culturels et sanitaires constituent des ouvrages d'équipement secondaire.

16. L'article 8 de la *loi régionale* n° 60, du 5 décembre 1977, de la Lombardie⁷ pré-

17. En revanche, la réalisation des travaux d'équipement prévus par un plan de lotissement est réglée par l'article 12 de ladite loi régionale, tel que remplacé par l'article 3 de la loi régionale n° 31, du 30 juillet 1986⁸. Selon cet article, la convention dont dépend l'octroi des permis de construire afférents aux opérations prévues par les plans de lotissement doit prévoir la réalisation, à charge des propriétaires, de tous les travaux d'équipement primaire et d'une quote-part des travaux d'équipement secondaire ou de ceux qui sont nécessaires en vue du raccordement de la zone aux services publics. Lorsque la réalisation des travaux comporte des charges inférieures à ce qui avait été prévu distinctement pour les équipements primaire et secondaire, la différence devra être versée. La commune a en tout cas la possibilité d'exiger, en lieu et place de la réalisation directe des travaux, le paiement d'une somme correspondant au coût effectif des travaux d'équipement inhérents aux lotissements ainsi qu'à l'importance et aux caractéristiques des constructions, qui, de toute façon, ne peut pas être inférieure aux charges prévues par la délibération municipale prévue à l'article 3.

6 — Tel que modifié par l'article 44 de la loi n° 865, du 22 janvier 1971, et par l'article 17 de la loi n° 67, du 11 mars 1988.

7 — *Bolletino regionale Lombardia*, 2^e supplément au n° 49, du 12 décembre 1977.

8 — *Bolletino regionale Lombardia*, 2^e supplément au n° 31, du 4 août 1986.

18. La législation régionale comprend également une liste des ouvrages d'équipement secondaire qui inclut les équipements culturels⁹.

prévus par la loi, de substituer ces accords à celui-ci.

La législation en matière de procédure administrative

II — Les faits et la procédure au principal

19. La juridiction de renvoi fait observer que les procédures en cause dans l'affaire au principal ne sont pas étrangères aux formes de ce qu'il est convenu d'appeler, en Italie, l'administration consensuelle. Par ce mode d'action, les pouvoirs publics abandonnent ou atténuent les aspects d'autorité et le caractère unilatéral de leur intervention pour négocier directement avec un particulier le contenu des actes administratifs qui le concernent¹⁰.

22. Par la délibération n° 82/96, du 12 septembre 1996, le conseil municipal de Milan a approuvé un programme de travaux, comportant différentes opérations, dénommé «projet 'Scala 2001'».

23. En substance, ces opérations consistaient en la réalisation des travaux suivants:

20. La loi générale n° 241, du 7 août 1990, sur la procédure, fixe de nouvelles règles en matière de procédure administrative et de droit d'accès aux documents administratifs.

- la restauration et l'aménagement de l'édifice historique du théâtre de la Scala;

21. Son article 11 prévoit que l'administration peut conclure, sans préjudice des droits des tiers et, de toute façon, à des fins d'intérêt public, des accords avec les intéressés afin de déterminer le contenu discrétionnaire de l'acte final ou, dans les cas

- l'aménagement des bâtiments municipaux d'un complexe immobilier, et

- la construction, dans la zone dite de «la Bicocca», d'un nouveau théâtre d'environ 2 300 places, sur un terrain d'une superficie de 25 000 m² (plus 2 000 m² d'aire de stationnement), destiné à accueillir, dans un premier

⁹ — Article 22, sous b), de la loi régionale n° 51, du 15 avril 1975, de Lombardie.

¹⁰ — Point 6 de l'ordonnance de renvoi.

temps, les activités du siège historique de la Piazza Scala, pour la période nécessaire à l'exécution des travaux relatifs à sa restauration et à son aménagement¹¹. Dans un deuxième temps, cet édifice accueillera toutes les représentations théâtrales ainsi que d'autres manifestations à caractère culturel.

24. Dans la zone de la Bicocca, un projet de lotissement a été conçu, qui prévoyait l'aménagement d'un vaste ensemble de constructions, en vue de la reconversion de cette ancienne zone industrielle. La société Pirelli (ci-après «Pirelli») agissait, conjointement avec d'autres opérateurs privés, en qualité de propriétaire lotisseur. Cette initiative privée, engagée de longue date et ayant franchi toutes les étapes de la procédure administrative¹², était en voie d'achèvement à l'époque des faits à l'origine du litige au principal.

25. Parmi les mesures d'urbanisme envisagées à cet endroit, la ville de Milan avait déjà prévu la réalisation d'une structure d'intérêt général «de caractère pluricom-munal». Le théâtre devait faire partie de cette structure.

26. Par la délibération n° 82/96, le conseil municipal de Milan a ensuite adopté une

série d'engagements relatifs à la réalisation des travaux, aux délais et au financement du projet «Scala 2001» en approuvant une convention spécifique conclue entre la ville de Milan, d'une part, et, Pirelli, Ente Autonomo Teatro alla Scala¹³ et Milano Centrale Servizi SpA¹⁴, mandataire des promoteurs du «Progetto Bicocca» (projet Bicocca), d'autre part. Cette convention, signée le 18 octobre 1996¹⁵, prévoit les modalités d'exécution suivantes, en ce qui concerne le volet «Bicocca» de «Scala 2001»:

— MCS, en qualité de mandataire des promoteurs du projet de lotissement, devait réaliser le nouveau théâtre (ainsi que l'aire de stationnement annexée) en tant qu'ouvrage d'équipement secondaire, dans la zone de la Bicocca et sur le terrain prévu à cet effet, cédé gratuitement par les promoteurs à la ville de Milan. La construction du théâtre venait «en déduction» des contributions d'urbanisme dues en vertu des législations nationale et régionale. L'engagement pris se limitait à la réalisation de l'«enveloppe extérieure» du bâtiment. L'aménagement intérieur restait, quant à lui, à la charge de la ville de Milan qui devait y procéder par le recours à une procédure de marché public, et

— la livraison de l'édifice par MCS devait avoir lieu avant la fin de 1998.

11 — D'après le juge de renvoi, ce théâtre porte le nom de «Teatro alla Bicocca» (ci-après le «théâtre»).

12 — La convention-cadre date de janvier 1990. La convention afférente à la réalisation des travaux d'équipement a été conclue le 10 mai 1993, et la convention d'urbanisme, le 10 septembre 1994.

13 — Devenu depuis Fondazione Teatro alla Scala (ci-après la «FTS»).

14 — Ci-après «MCS».

15 — Ci-après la «convention».

27. L'Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (ordre des architectes des provinces de Milan et de Lodi) et, à titre individuel, l'architecte Piero De Amicis¹⁶ ont introduit une demande d'annulation de la délibération n° 82/96 devant le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italie).

28. À la suite de nouvelles orientations prises par la nouvelle administration municipale au début de l'année 1998, le conseil municipal de Milan a adopté la délibération n° 6/98, des 16 et 17 février 1998, par laquelle il a :

- approuvé l'avant-projet de construction du théâtre;
- confirmé que cet ouvrage serait construit pour partie par exécution directe de la part des constructeurs, «conformément à leurs obligations contractuelles relatives au plan de lotissement»; il était également précisé que le montant des travaux en question s'élevait à 25 milliards de ITL, et

- modifié les délais de réalisation, inscrits dans la convention, de certaines mesures. La date d'achèvement du nouveau

théâtre a ainsi été fixée au 31 décembre 2000.

29. Le Consiglio Nazionale degli Architetti (conseil national des architectes) et, à titre individuel, l'architecte Leopoldo Freyrie¹⁷ ont demandé l'annulation de la délibération n° 6/98 devant le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

30. Par les deux recours en annulation introduits devant cette juridiction, les parties requérantes contestent la validité des délibérations attaquées tant au regard du droit italien en matière d'urbanisme et de marchés publics que du droit communautaire. Concernant ce dernier aspect, elles soutiennent que le théâtre présente les caractéristiques d'un ouvrage public, de sorte que le conseil municipal aurait dû recourir à la procédure d'appel d'offres prévue par la réglementation communautaire plutôt que d'attribuer le marché de gré à gré, lésant ainsi les intérêts catégoriels de l'OAML et des architectes demandeurs.

III — Les questions préjudicielles

31. Dans son ordonnance de renvoi, le Tribunale amministrativo regionale per la

16 — Par convention, ces deux parties au principal seront désignées sous le sigle «OAML» dans la suite des présentes conclusions.

17 — Par convention, ces deux parties au principal seront désignées sous le sigle «CNA» dans la suite des présentes conclusions.

Lombardia constate que la ville de Milan a correctement appliqué la législation italienne (nationale et régionale) en matière d'urbanisme. En revanche, s'agissant de la réglementation communautaire, la juridiction nationale dit éprouver des doutes sur le point de savoir si la réalisation directe d'un ouvrage d'équipement en déduction de la contribution due présente les caractéristiques d'un marché public de travaux, au sens du droit communautaire.

patibles avec l'ordre juridique communautaire les accords entre pouvoirs publics et particuliers (autorisés de manière générale par l'article 11 de la loi n° 241, du 7 août 1990) dans des domaines qui se caractérisent par le choix, par les pouvoirs publics, d'un interlocuteur privé avec lequel ils conviennent de certaines prestations lorsque ces prestations excèdent le seuil de pertinence prévu par les directives en la matière?»

32. En conséquence, elle a décidé de déférer à votre Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les dispositions nationales et régionales qui permettent au constructeur (titulaire de permis de construire et de plan de lotissement approuvé) de réaliser directement des ouvrages d'équipement, en déduction de tout ou partie de la contribution due (article 11 de la loi n° 10/77, articles 28 et 31 de la loi n° 1150, du 17 août 1942; articles 8 et 12 de la loi régionale n° 60, du 5 décembre 1977, de la Région Lombardie), sont-elles contraires à la directive 93/37/CEE, eu égard aux principes de stricte mise en concurrence que l'ordre juridique communautaire impose aux États membres pour tous les marchés publics d'une valeur égale ou supérieure à 5 000 000 écus?

2) Nonobstant les principes de mise en concurrence mentionnés ci-dessus, est-il possible de considérer comme com-

IV — Sur la recevabilité de la première question préjudicielle

33. La ville de Milan et la FTS doutent qu'il existe un rapport entre la première question préjudicielle et l'objet du litige au principal.

34. Elles font valoir que la juridiction nationale a limité la recevabilité des recours introduits devant elle aux aspects du litige relatifs à l'attribution du travail de conception du théâtre, à l'exclusion de ceux concernant l'exécution des travaux. Cette décision serait justifiée par la qualité des requérants, qui ne sont pas des entrepreneurs mais des architectes et leurs organes professionnels.

Dès lors, la première question préjudicielle, limitée à l'interprétation de la directive, ne pourrait aider à la solution d'un conten-

tieux portant sur des prestations de services.

35. La ville de Milan et la FTS ajoutent que le travail de conception du théâtre a été purement et simplement offert à l'administration municipale par Pirelli et MCS. Son coût ne peut donc pas être compris dans le coût des ouvrages qui doit être déduit de la contribution aux charges d'équipement.

Par cet argument, les parties au principal semblent défendre l'idée que la gratuité de cette partie du projet litigieux le fait échapper au champ d'application de la directive, qui suppose que l'opération en cause ait un caractère onéreux.

36. Selon votre jurisprudence constante, dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales instituée par l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, votre Cour est, en principe, tenue de statuer¹⁸.

18 — Voir, notamment, arrêts du 6 juillet 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Rec. p. I-1883, point 10), et du 7 septembre 1999, Beck et Bergdorf (C-355/97, Rec. p. I-4977, point 22).

37. Le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal¹⁹.

38. En l'espèce, on ne saurait admettre qu'un litige portant sur le mode de désignation de l'opérateur économique chargé de la construction d'un théâtre ne présente aucun lien avec la réglementation communautaire relative aux marchés publics de travaux, dès lors que le projet a été entrepris à l'initiative d'une commune et que l'ouvrage en cause est considéré comme un équipement collectif par la législation nationale.

39. En outre, l'affirmation selon laquelle la recevabilité des recours est limitée aux aspects du litige relatifs à la conception du théâtre et non aux travaux proprement dits ne trouve aucun écho dans l'ordonnance du juge de renvoi. Elle est même démentie par le fait que celui-ci déclare le recours recevable sans faire mention d'une telle restriction²⁰. Ajoutons que, aux termes de l'article 1^{er}, sous a), de la directive, les marchés publics de travaux comprennent les contrats ayant pour objet «conjointement l'exécution et la conception des travaux [...]».

19 — Ibidem.

20 — Page 6 de la traduction en français.

40. Enfin, s'agissant de la gratuité du travail de conception, l'argument présenté touche au fond du droit et n'intéresse pas la recevabilité. Il n'existe donc aucune raison, sur la base de cette considération, de conclure que la question posée est sans rapport avec le litige au principal.

41. La première question préjudicielle doit, en conséquence, être déclarée recevable.

V — Sur les questions préjudicielles

42. Par ses deux questions, la juridiction de renvoi vous interroge sur la compatibilité avec le droit communautaire de diverses dispositions du droit italien de l'urbanisme.

43. Il y a lieu de faire application de votre jurisprudence constante, selon laquelle, si votre Cour n'a pas compétence, aux termes de l'article 177 du traité, pour appliquer la règle communautaire à une espèce déterminée et, partant, pour qualifier une disposition de droit national au regard de cette règle, elle peut cependant, dans le cadre de la coopération judiciaire instaurée par cet article, à partir des éléments du dossier, fournir à une juridiction nationale les éléments d'interprétation du droit communautaire qui pourraient lui être utiles dans

l'appréciation des effets de cette disposition²¹.

44. Il convient en conséquence d'interpréter la directive afin de permettre au juge de renvoi de se prononcer sur la régularité d'une réglementation qui permet à un opérateur économique de participer à la construction d'un équipement public sans procédure de mise en concurrence.

45. Rappelons que la seconde question préjudicielle porte sur le point de savoir si les accords entre pouvoirs publics et particuliers dans des domaines qui se caractérisent par le choix, par les pouvoirs publics, d'un interlocuteur privé avec lequel ils conviennent de certaines prestations sont compatibles avec l'ordre juridique communautaire lorsque ces prestations excèdent le seuil de pertinence prévu par les directives en la matière.

46. Lorsque, comme en l'espèce, la question posée peut être entendue comme visant l'interprétation du droit communautaire, mais n'indique pas les dispositions de ce droit dont l'interprétation est demandée, il incombe à votre Cour d'extraire de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale les éléments de droit communautaire qui appellent une interprétation, compte tenu de l'objet du litige²².

21 — Voir, par exemple, arrêt du 8 décembre 1987, Gauchard (20/87, Rec. p. 4879, point 5).

22 — *Ibidem*, points 6 et 7.

47. Par cette question, le juge de renvoi entend soumettre au droit communautaire un principe du droit italien qu'il désigne sous les termes d'«administration consensuelle», «c'est-à-dire un mode d'action dans lequel les pouvoirs publics abandonnent ou atténuent les aspects d'autorité et le caractère unilatéral de leur intervention pour négocier directement avec un particulier le contenu des actes administratifs qui le concernent»²³.

48. Le juge italien se place dans l'hypothèse où les prestations auxquelles peuvent s'appliquer ces accords «excèdent le seuil de pertinence prévu par les directives en la matière»²⁴. Il apparaît donc que, en l'absence d'éléments plus précis sur la réglementation communautaire en cause, la question ne poursuit pas une autre interprétation que celle du droit communautaire des marchés publics.

49. La juridiction de renvoi indique en outre que «La présente affaire [...] est [...] susceptible de relever du cadre d'une législation nationale plus large, qui entend favoriser les modèles de procédure négociée»²⁵, désignant ainsi l'article 11 de la loi générale n° 241/90.

50. Toutefois, elle ne nous fournit pas d'éléments sur le caractère spécifique de

cette législation, telle qu'elle pourrait être appliquée au litige au principal, par rapport à la législation en matière d'urbanisme visée dans la première question.

Dans ces conditions, il apparaît que l'interprétation de la réglementation communautaire pertinente en matière de marchés publics est de nature à donner au juge italien les éléments de réponse dont il a besoin pour évaluer la régularité des deux types de législations. Il n'existe donc pas de raisons de distinguer les deux questions préjudicielles.

51. En conséquence, il y a lieu de considérer que, par les questions posées, le juge de renvoi demande, en substance, si la directive s'oppose à une législation nationale qui prévoit que, lorsque la mise en œuvre d'un plan de lotissement rend nécessaires des travaux de construction d'un équipement collectif, il appartient au titulaire du permis de construire de procéder à ces travaux, à ses frais, contre dispense de paiement de la contribution due à la commune au titre du permis de construire, à moins que la commune ne décide de percevoir la contribution en lieu et place de la réalisation directe des travaux, sans requérir l'application des procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la même directive.

52. Avant d'aborder l'examen de la directive, il nous paraît nécessaire de nous arrêter un instant sur l'équipement en cause, à l'origine du litige au principal.

23 — Page 18 de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi.

24 — Ibidem, p. 21.

25 — Ibidem, p. 19.

A — *Sur la nature juridique du théâtre en droit national et en droit communautaire*

53. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que, en droit italien, le théâtre constitue un ouvrage d'équipement secondaire²⁶.

Aux termes de la loi nationale, les équipements culturels, dont ce bâtiment fait partie, entrent dans la catégorie des ouvrages d'équipement secondaire sans qu'il existe de «restriction liée à une finalité ou à une fonctionnalité de quartier»²⁷. Cette absence délibérée de limitation fait apparaître, selon le juge italien, «la volonté du législateur de dépasser, pour ces ouvrages, le strict cadre urbanistique de référence»²⁸.

54. Le fait qu'un établissement culturel à vocation nationale est considéré comme un équipement nécessaire à l'organisation d'un lotissement peut surprendre²⁹.

La communauté de régime juridique entre un théâtre national et un équipement destiné au raccordement du lotissement aux services publics — qualifié en droit italien d'équipement primaire — ou un

équipement qualifié de secondaire, comme les crèches ou les espaces verts, conduit à assimiler le théâtre à un attribut nécessaire au lotissement en construction.

55. Ainsi, un théâtre dont l'activité occupe un champ excédant largement le cadre strict du quartier est-il soumis, par l'incidence de cette qualification juridique, à des dispositions d'urbanisme génératrices d'obligations spécifiques liées aux besoins et à l'agrément de ce quartier. Par exemple, en vertu de la loi italienne, le lotisseur, opérateur privé, se trouve dans l'obligation d'engager les dépenses justifiées par la nature de l'équipement, ce qui, en l'espèce, le conduit à assurer la charge d'un coût particulièrement élevé³⁰.

56. Il ne nous appartient pas de porter une appréciation sur le dispositif légal en cause, qui relève de la seule compétence du législateur et de la conception qu'il se fait de la gestion urbaine.

57. Toutefois, c'est bien à votre Cour qu'il revient de s'assurer qu'une telle organisation de l'espace urbain ne risque pas de porter atteinte aux intérêts que vise à protéger la législation communautaire relative aux marchés publics.

26 — *Ibidem*, p. 7 et 8.

27 — *Ibidem*, p. 11, dernier alinéa.

28 — *Ibidem*.

29 — Le juge de renvoi rappelle sa propre jurisprudence selon laquelle «l'édification d'un pôle culturel ayant vocation à attirer un cercle d'usagers dépassant la commune a la nature d'une opération d'équipement» (p. 13, premier alinéa, de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi).

30 — Les opérations demandées à MCS pour la réalisation du théâtre s'élèvent à 25 milliards de TFL (p. 14, deuxième alinéa, de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi).

58. Or, selon la juridiction de renvoi, la construction du théâtre relève des travaux publics, au sens de la directive³¹. Malgré cela, la qualification juridique attribuée par le droit national à ce type d'établissement entraîne des conséquences précises, qui apparaissent dérogeatoires au régime institué par la directive. Le lotisseur est tenu de procéder ou de faire procéder aux travaux de construction³², à moins que la commune ne décide du paiement de la contribution d'urbanisme, en lieu et place de la réalisation directe des travaux³³. Encore convient-il de préciser que la municipalité ne peut refuser l'exécution directe au profit de l'exécution pécuniaire que pour des motifs d'intérêt public justifiés par la mise en œuvre correcte et efficace du plan de lotissement³⁴.

59. On peut craindre que la multiplication de législations analogues dans les États membres revienne à priver d'effets la réglementation communautaire des marchés publics. Les États membres peuvent être tentés d'insérer dans leur législation d'urbanisme des catégories entières d'ouvrages

publics afin de les soustraire au droit communautaire des marchés publics, considéré comme contraignant et coûteux en temps et en argent.

60. L'enjeu du débat engagé au sujet d'une législation nationale présentant ces caractéristiques ne doit pas, dès lors, être sous-estimé.

61. Pour déterminer si l'on peut admettre de ne pas appliquer les procédures de passation des marchés publics organisées par la directive dans un cas tel que celui de l'espèce au principal, il convient de délimiter le champ d'application matériel de ce texte, à la lumière de ses objectifs.

B — Sur la notion de marchés publics de travaux

62. La définition de «marchés publics de travaux», au sens de la directive, est énoncée à son article 1^{er}, sous a).

63. Les six conditions prescrites par cette disposition sont les suivantes: le marché doit être formalisé par un *contrat* à titre

31 — Page 11 de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi.

32 — C'est du moins ce qui ressort de l'ordonnance de renvoi (voir, notamment, p. 13, troisième alinéa, de la traduction en français). Signalons cependant que l'OAML et le CNA ne partagent pas cette lecture de la législation nationale (note en bas de page 1, sous iii), des observations écrites du CNA, et point 1.1.1 des observations écrites de l'OAML, puisqu'ils considèrent que la réalisation directe «en déduction» constitue une faculté et non une obligation. En vertu de votre jurisprudence, vous n'avez pas compétence pour interpréter le droit national et il appartient au juge national, et à lui seul, de déterminer l'exacte portée des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales [arrêt du 9 février 1999, Dilexport (C-343/96, Rec. p. I-579, point 51)]. En conséquence, nous tenons pour établi, en droit national, le principe de l'obligation légale de réalisation directe «en déduction» imposé au lotisseur sous réserve de décision contraire de la commune, tel qu'il est décrit par le juge de renvoi.

33 — Page 11 de la version linguistique initiale de l'ordonnance de renvoi.

34 — Page 6, paragraphe 5, de la traduction en français des observations écrites du gouvernement italien.

onéreux, conclu par écrit entre un *entrepreneur* et un *pouvoir adjudicateur*, et doit avoir pour objet un *certain type d'ouvrage ou de travaux*.

64. Nous l'avons dit, il est constant que les travaux de construction du théâtre sont considérés comme des travaux publics ou, tout au moins, que ce bâtiment est un ouvrage, au sens de la directive³⁵. Le caractère écrit de la convention n'est pas contesté. Enfin, une commune est un pouvoir adjudicateur, au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive, puisque sont considérées comme tel les collectivités territoriales³⁶.

65. En revanche, nous sommes d'avis que des rapports juridiques tels que ceux noués entre la ville de Milan et les autres parties défenderesses au principal, dans les conditions définies par la législation nationale, ne sont pas de nature contractuelle. En outre, la condition tenant à la qualité d'entrepreneur que, selon la directive, l'interlocuteur du pouvoir adjudicateur doit posséder n'est pas nécessairement observée dans une législation telle que celle en cause. Enfin, des relations du type de celles existant entre la commune et le lotisseur ne présentent pas, selon nous, le caractère onéreux requis par la directive.

35 — Point 58 des présentes conclusions.

36 — À cela il faut ajouter que la valeur du marché est supérieure au seul prévu à l'article 3, paragraphe 1, de la directive, comme l'indique le juge de renvoi (p. 14, point 4, premier et deuxième alinéas, de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi).

66. Revenons successivement sur ces trois conditions.

Sur la condition tenant au caractère contractuel du rapport juridique

67. Certes, une convention a été signée entre les parties. Mais son contenu est limité aux modalités d'exécution du projet, comme la répartition des travaux entre MCS, pour la réalisation de l'enveloppe extérieure du bâtiment, et la ville de Milan, pour son aménagement intérieur, ou comme la date de livraison de l'édifice.

68. Mais il manque à la convention ce qui, à nos yeux, constitue un élément essentiel de la relation contractuelle: la faculté de choisir son contractant. Selon le juge de renvoi, l'opérateur appelé à réaliser les travaux d'équipement est *désigné purement et simplement par la loi*, en l'espèce par l'article 12 de la loi régionale n° 60, de 1977³⁷. Il résulte en effet de cette dernière disposition que les travaux doivent être exécutés par le propriétaire du terrain.

37 — Page 13, deuxième alinéa, de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi. Précisons que l'article 12 opère cette désignation pour tous les travaux d'équipement primaire et pour une quote-part des travaux d'équipement secondaire ou de ceux qui sont nécessaires en vue du raccordement de la zone aux services publics (p. 11 de la version linguistique initiale de l'ordonnance de renvoi). L'OAMI et le CNA font une lecture différente de cet article. Ils considèrent que la réalisation «en déduction» ne concernent les travaux d'équipement secondaire que pour autant qu'ils sont nécessaires en vue du raccordement aux services publics. Ces considérations tenant à l'interprétation du droit national échappant à votre compétence, nous nous en tiendrons à la lecture faite de ce texte par le juge de renvoi, conformément à votre jurisprudence citée dans la note en bas de page 31 des présentes conclusions.

69. Cette origine non contractuelle du débiteur de l'obligation de réaliser les travaux d'équipement est confirmée par sa nature juridique en droit national. La FTS cite un arrêt de la Corte suprema di cassazione selon lequel «l'obligation pour le propriétaire d'assumer les charges relatives aux ouvrages d'équipement primaire et à une partie des ouvrages d'équipement secondaire [...] constitue [...] une obligation réelle. Il s'ensuit que ces travaux doivent être exécutés par ceux qui sont propriétaires au moment de la délivrance du permis de construire, *lesquels peuvent parfaitement être des personnes différentes de celles qui ont stipulé la convention*, du fait qu'elles ont acquis une partie des sols sur lesquels seront créés divers lots ou groupes de lots»³⁸.

70. L'absence de possibilité de choix de la personne chargée des travaux d'équipement atténuée considérablement, selon nous, les risques de discrimination qui émanent des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils entendent favoriser les opérateurs économiques nationaux ou locaux.

71. Arrêtons-nous un instant sur le principal objectif poursuivi par la directive: il consiste précisément à éliminer ces pratiques discriminatoires dans le domaine des marchés publics. Nous verrons que la lettre de son article 1^{er}, sous a), traduit très exactement, dans sa partie relative à l'exigence d'un rapport contractuel, la finalité

qui lui est assignée par le législateur communautaire.

72. La directive vise à exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs³⁹.

73. L'expression d'une préférence nationale constitue un obstacle à la liberté d'établissement et à la libre circulation des services, principes sur lesquels la directive est fondée⁴⁰, ainsi qu'au développement d'une concurrence effective⁴¹. On ne saurait nier que, si un avantage est conféré aux opérateurs économiques nationaux par rapport à leurs concurrents ressortissants d'autres États membres, ces derniers seront dissuadés de s'installer sur le territoire national ou de s'y rendre même de manière ponctuelle pour y exercer leur activité.

74. Si un pouvoir adjudicateur est libre de désigner un entrepreneur pour le charger de la réalisation, contre rémunération, de travaux ou d'un ouvrage publics, il existe un risque réel, maintes fois constaté dans les pratiques des autorités publiques des États membres, que ces autorités choisissent

39 — Arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73, point 33).

40 — Les articles 57, paragraphe 2, du traité CE (devenu, après modification, article 47, paragraphe 2, CE) et 66 du traité CE (devenu article 55 CE) sont visés dans le préambule de la directive. Voir également le deuxième considérant de celle-ci.

41 — Dixième considérant.

38 — Arrêts du 20 décembre 1994 (Cass. I, n° 10947) et du 17 juin 1996 (Cass. III, n° 5541), cités p. 25 de la traduction en français de ses observations écrites. Souligné par nous.

sent leurs interlocuteurs sur la base de critères autres que purement économiques.

75. Le parti pris de favoriser les acteurs économiques nationaux fait abstraction des considérations, tirées de la qualité des travaux et du niveau de leur prix, qui doivent présider à la désignation des entreprises. Cette situation porte atteinte aux intérêts des concurrents évincés, lésés par le manque à gagner consécutif à leur éviction, comme à ceux des contribuables, l'usage fait par les autorités publiques du produit de l'impôt n'ayant pas été dicté par des considérations strictement économiques.

76. C'est pourquoi la réglementation communautaire sur les marchés publics, et en particulier la directive, coordonne les procédures de passation des marchés en organisant la mise en concurrence des opérateurs économiques.

77. C'est aussi la raison pour laquelle la directive pose, parmi les conditions déterminant son applicabilité, l'exigence de l'établissement d'une relation contractuelle. En effet, les formalités procédurales du droit communautaire des marchés publics ne sont justifiées *que si les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une marge d'appréciation dans la désignation des opérateurs économiques*. Faute de quoi ces garde-fous seraient privés de la justification que constitue le risque d'atteinte aux libertés de circulation et à la concurrence. Gardons à l'esprit que la liberté de choisir est aussi celle de discriminer.

78. Cette liberté de choix fait ici défaut. Elle pourrait réapparaître si le lotisseur, qui, comme nous le verrons, n'est pas nécessairement un entrepreneur, se voyait dicter sa conduite par le pouvoir adjudicateur, en particulier dans la désignation du professionnel qui procédera aux travaux. Il est clair que toute contrainte de la part de l'autorité publique dans ce domaine constituerait une fraude à la loi — sinon à la loi nationale, du moins à la norme communautaire — et devrait être requalifiée en contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'entrepreneur.

79. En tout état de cause, la liberté d'intervention de l'administration communale est nulle en l'espèce, qu'il s'agisse du choix de l'entrepreneur comme des relations avec cet entrepreneur en cours d'exécution du contrat, ainsi que le reconnaît la quasi-totalité des parties.

80. Relevons que, selon la législation nationale en cause, la commune peut décider du paiement de la contribution d'urbanisme, substituant cette obligation à celle visant à réaliser directement l'ouvrage.

81. Il y a lieu de s'assurer que, par la réintroduction d'un élément de décision dans le choix de l'entrepreneur, il n'existe pas un risque de voir le pouvoir adjudicateur recourir de nouveau à des pratiques discriminatoires.

82. Cette question ne se pose, naturellement, que dans l'hypothèse où la commune déciderait de faire jouer le droit de percevoir la contribution, au détriment de la réalisation «sous déduction» de l'ouvrage.

83. Il est évident que, dans ces conditions, les procédures organisées par la directive doivent s'appliquer, puisque le pouvoir adjudicateur décide de s'adresser à d'autres entrepreneurs. Mais ce faisant, il opère précisément un choix, au moins négatif, en refusant au lotisseur le droit de réaliser directement l'opération de construction.

84. Nous ne pensons pas que ces craintes soient justifiées. D'une part, il n'est pas acquis que le lotisseur soit toujours un entrepreneur et, s'il l'était, qu'il aspirerait systématiquement à obtenir le droit de réaliser les travaux. Dans ces deux hypothèses, ce droit peut tout aussi bien être considéré comme une charge excessive et, d'un point de vue personnel, injustifiée. D'autant que, s'il assure lui-même la construction de l'ouvrage et que les charges qui en résultent sont inférieures à ce qui avait été prévu, le lotisseur reste tenu de verser la différence à la commune. Ainsi la réalisation des travaux peut-elle constituer une obligation sans perspective d'un allègement financier résultant de son exécution directe. D'autre part, si le lotisseur ainsi évincé entend procéder aux travaux, il lui est toujours loisible, si la directive est régulièrement appliquée, de répondre à l'appel d'offres.

85. Dès lors, la condition tenant au caractère contractuel du rapport juridique ne peut être considérée comme satisfaite.

Sur la condition tenant à la présence d'un entrepreneur

86. Le fait que le lotisseur n'est pas toujours un entrepreneur constitue le deuxième motif pour lequel nous pensons devoir écarter l'idée qu'une législation nationale imposant, sauf exception, la réalisation directe des travaux d'équipement «sous déduction» contrevient à la directive.

87. On le sait, celle-ci suppose un contrat *entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur*.

88. Or, la législation nationale en cause n'exige pas du lotisseur qu'il soit entrepreneur. Si, en conséquence, le lotisseur n'est pas en mesure de réaliser lui-même les travaux, il doit désigner l'entrepreneur qui y procédera. C'est avec ce dernier qu'il nouera des rapports contractuels, devenant ainsi le maître d'ouvrage, et non pas avec le pouvoir adjudicateur. Dans la mesure où, comme nous l'avons déjà souligné⁴², la commune n'intervient pas dans les relations entre le lotisseur et l'entrepreneur, la capa-

42 — Point 79 des présentes conclusions.

citée d'influence qu'elle détient se trouve ainsi singulièrement réduite.

89. La qualification de marché public doit être écartée non seulement en raison de l'absence d'entrepreneur comme interlocuteur direct de la commune, mais aussi faute d'intervention du pouvoir adjudicateur dans l'opération de construction confiée par le lotisseur à l'entrepreneur⁴³.

90. Les motifs justifiant l'application de la directive ont, là encore, disparu. La frontière qui délimite le domaine des marchés publics par rapport à celui des relations de nature strictement privée est franchie. Le lotisseur, opérateur privé chargé du paiement des travaux sous déduction de la contribution d'urbanisme, se plie de nouveau à une logique de pure rationalité économique qui l'incite à opérer des choix en tenant compte de ses propres intérêts. Les exigences du contrôle des dépenses d'un maître d'ouvrage qui pourrait trop rapidement se croire libre de toute contrainte budgétaire s'effacent au profit de la vigilance d'un opérateur privé naturellement soucieux de limiter ses dépenses. Ainsi se

43 — Voir, à ce sujet, les conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Gestión Hotelera Internacional* (arrêt du 19 avril 1994, C-331/92, Rec. p. I-1329, points 35 et 41), dans lesquelles celui-ci démontre qu'un contrat mixte tel que celui dont était saisie la juridiction de renvoi, qui portait à la fois sur l'exécution de travaux et sur une cession de biens, ne relève pas de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5). M. Lenz explique que le soumissionnaire potentiel ne peut, par définition, être entrepreneur de travaux, compte tenu de son objet social, de sorte que, parce que le marché public en cause, qui a pour objet l'attribution d'une concession pour l'exploitation d'un établissement de jeux et d'un hôtel, comprend une obligation de réaliser des travaux en faisant appel à des tiers, il ne constitue pas un marché public de travaux au sens de la directive 71/305. Votre Cour a repris, en substance, ce raisonnement au point 24 de son arrêt.

trouve assuré de manière quasiment mécanique le respect d'une concurrence effective puisque, par ce souci d'économie, l'opérateur privé, libre du choix de l'entrepreneur et débiteur à titre exclusif du prix qu'il devra lui verser, veillera à opter pour la meilleure prestation au meilleur prix.

Sur la condition tenant au caractère onéreux du rapport juridique

91. Il reste à exposer les raisons pour lesquelles nous pensons que les relations entre le lotisseur et la commune, aux fins de la construction de l'équipement litigieux, sont dépourvues de tout caractère onéreux, au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive.

92. La juridiction de renvoi estime au contraire que, lorsque le titulaire d'un permis de lotir réalise des travaux d'équipement, il n'effectue aucune prestation à titre gratuit. Il veille plutôt à s'acquitter d'une dette de même valeur qui naît au profit de la commune lorsqu'il s'apprête à réaliser des constructions générant ces exigences d'équipement⁴⁴.

93. Nous avons vu que la finalité assignée à la directive consiste à supprimer les pratiques discriminatoires des pouvoirs adjudic

44 — Pages 14 et 15 de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi.

cateurs. On peut toutefois se demander si les risques d'atteinte aux libertés de circulation et de concurrence demeurent lorsqu'il n'existe pas de contrepartie pécuniaire à la réalisation des travaux.

94. C'est la perspective de retirer un bénéfice économique de l'obtention des marchés qui motive les opérateurs économiques. Les attributions discriminatoires de marchés sont inadmissibles parce qu'elles sont précisément accompagnées par le paiement des entrepreneurs choisis. On serait bien en peine, en l'absence de financement du marché par le pouvoir adjudicateur, d'imaginer un quelconque favoritisme au profit de l'opérateur retenu. Si l'existence d'une prestation à titre gratuit ou financée par celui-là même qui fait exécuter les travaux méconnaît le principe de concurrence, c'est parce qu'elle nuit aux intérêts de ce dernier et non parce qu'elle l'avantage par rapport à ses concurrents.

Dans ces conditions, l'attribution discriminatoire d'un marché sans contrepartie financière à un entrepreneur ne justifie pas que l'on recoure aux procédures de la directive. Il suffit, à supposer que puisse se présenter l'hypothèse dans laquelle les relations sont de nature contractuelle et non légale, que l'opérateur économique refuse de passer le marché pour que le désavantage concurrentiel disparaisse.

95. Or, quelles sont, à cet égard, les caractéristiques de la législation nationale en cause?

96. Si l'on s'en tient aux éléments qui résultent du dossier, il apparaît que deux cas de figure peuvent alternativement se présenter.

97. Soit le lotisseur exécute ou fait exécuter les travaux en déduction de la contribution d'urbanisme. Soit il acquitte la contribution auprès de la commune sur injonction de cette dernière, qui fait alors procéder aux travaux en se conformant à la réglementation sur les marchés publics. Nous l'avons vu, cette dernière hypothèse constitue une exception à l'exécution directe «sous déduction», qui est de principe.

98. La juridiction de renvoi considère que le lotisseur n'effectue aucune prestation à titre gratuit. Elle dit vrai, dans la mesure où le fait de réaliser les travaux «en déduction» le dispense du paiement de la contribution mise à sa charge. Son action présente alors un caractère économique, conféré par l'existence d'un paiement. Même si celui-ci est en nature et non en argent, il efface la dette.

99. Pourtant, à bien examiner le rapport économique — on devrait plutôt dire «fiscal», compte tenu de la nature de la contribution à laquelle se substitue la réalisation de travaux «sous déduction» —, nous constatons que le risque de discrimination résultant habituellement du financement public des activités privées n'existe pas en l'espèce.

100. En effet, le caractère économique du rapport entre le lotisseur et la commune dans la législation nationale en cause n'est pas le même que le caractère onéreux du contrat exigé par la directive, qui seul constitue, selon nous, une menace contre les intérêts protégés par ce texte.

fiées de rapport juridique «à titre onéreux», au sens de la directive. Ne prenant aucune part au financement de l'ouvrage, dans l'hypothèse de la réalisation directe «sous déduction», la commune ne peut être considérée comme favorisant l'opérateur retenu pour la passation du marché, en cas de non-application de la directive.

101. Contrairement à la situation la plus courante lors de la passation de marchés publics, il n'apparaît pas que la collectivité publique procède à un financement en cas de réalisation directe des travaux «en déduction»⁴⁵. De son côté, le lotisseur, qui ne perçoit aucun paiement, prend en charge les dépenses. Au bout du compte, l'ouvrage achevé, le patrimoine de la commune s'est accru de la valeur de ce bâtiment, sans dépenses de sa part, tandis que le patrimoine du lotisseur s'est appauvri de cette même valeur, sans contrepartie financière autre que la dispense de paiement de la contribution.

104. L'argument selon lequel l'article 2 de la directive imposerait l'application de la directive doit être rejeté pour les mêmes raisons.

105. Rappelons que cette disposition impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter la directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50 % un marché de travaux passé par une entité autre qu'eux-mêmes.

102. Il en résulte que seules les relations du lotisseur avec l'entrepreneur ont un caractère onéreux et non les relations entre le lotisseur et la commune. En réalité, le rapport contractuel qui ressemble le plus au cas de figure envisagé par la directive est celui qui lie le lotisseur à l'entrepreneur.

106. Cette disposition vise à prévenir les pratiques destinées à éluder la réglementation des marchés publics. Certains pouvoirs adjudicateurs peuvent être tentés de confier à des organismes privés le soin de faire procéder à l'exécution de travaux relevant des marchés publics⁴⁶. N'étant pas eux-mêmes des pouvoirs adjudicateurs, il serait facile à ces organismes de contourner les contraintes légales au détriment des intérêts protégés par la directive. Ce risque est

103. Dès lors, les relations entre la commune et le lotisseur ne peuvent être quali-

45 — Il résulte de l'ordonnance de renvoi que l'ensemble des frais est pris en charge par Pirelli et par MCS, en qualité de mandataire (p. 3 de la traduction en français).

46 — Flamme, M.A., et Flamme, P., «Enfin l'Europe des marchés publics», *Actualité juridique — Droit administratif*, 20 novembre 1989, p. 651.

atténué, en revanche, lorsque les subventions publiques sont inférieures à 50 % du marché, le financement majoritaire du projet par l'opérateur privé l'incitant alors à faire preuve de plus de discernement dans la gestion de ses propres deniers.

107. En l'espèce, l'article 2 de la directive ne peut être interprété comme étant applicable à des travaux confiés par le lotisseur à un entrepreneur, dès lors qu'ils ne sont pas financés par la commune.

Conclusion

108. Au regard de ces considérations, nous vous proposons de répondre aux questions posées par le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia de la façon suivante:

«L'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ne s'oppose pas à une législation nationale qui prévoit que, lorsque la mise en œuvre d'un plan de lotissement rend nécessaires des travaux de construction d'un équipement collectif, il appartient au titulaire du permis de construire de procéder à ces travaux, à ses frais, contre dispense de paiement de la contribution due à la commune au titre du permis de construire, à moins que la commune ne décide de percevoir la contribution en lieu et place de la réalisation directe des travaux, sans requérir l'application des procédures de passation des marchés publics de travaux prévues par ladite directive.»