

ARRÊT DE LA COUR  
DU 22 SEPTEMBRE 1976 <sup>1</sup>

Commission des Communautés européennes  
contre République italienne

«Marchés publics de travaux»

Affaire 10-76

Sommaire

*Directives — Caractère obligatoire — Délais — Respect*  
(*Traité CEE, art. 189*)

La nature obligatoire des directives implique l'obligation pour tous les États membres de respecter les délais qu'elles

fixent afin que l'exécution en soit uniformément assurée dans la Communauté tout entière.

Dans l'affaire 10-76

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, représentée par son conseiller juridique, M. Antonino Abate, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Mario Cervino, conseiller juridique de la Commission, Bâtiment CFL, place de la Gare,

partie requérante,

contre

RÉPUBLIQUE ITALIENNE, représentée par M. l'ambassadeur Adolfo Maresca, en qualité d'agent, assisté par M. Ivo Maria Braguglia, vice-avvocato dello Stato, ayant élu domicile à Luxembourg, auprès de l'ambassade d'Italie,

partie défenderesse,

ayant pour objet de faire constater que le gouvernement de la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive n° 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5),

<sup>1</sup> — Langue de procédure: l'italien.

## LA COUR,

composée de MM. R. Lecourt, président, H. Kutscher, A. O'Keeffe, présidents de chambre, A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, M. Sørensen, A. J. Mackenzie Stuart et F. Capotorti, juges,

avocat général: M. C. Reischl

greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

## ARRÊT

### En fait

Attendu que les faits et les arguments des parties développés au cours de la procédure écrite peuvent être résumés comme suit:

#### I — Faits et procédure

1. Le 26 juillet 1971 le Conseil des Communautés européennes a arrêté deux directives visant à réaliser la liberté d'établissement et la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux. La première, n° 71/304/CEE (JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 1), met en œuvre, en ce qui concerne les marchés publics de travaux, le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité en matière de libre prestation des services. La seconde, n° 71/305/CEE (JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5), prévoit une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux fondée sur les principes fondamentaux suivants:

- interdiction de prescriptions techniques nationales ayant un effet discriminatoire (articles 10 et 11);
- publicité des avis de marché au niveau communautaire par la publica-

tion au Journal officiel des CE (article 12);

- élaboration de critères objectifs pour la sélection des entreprises et l'attribution des marchés par les administrations nationales (articles 23 et suivants);
- élaboration d'une procédure permettant de veiller au respect de ces principes, notamment par l'intervention du Comité consultatif institué par la décision du Conseil du 26 juillet 1971 (JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 15).

Conçue pour harmoniser les législations nationales en la matière, la directive imposait aux États membres l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour s'y conformer dans un délai de douze mois à compter de la notification, ce délai étant venu à échéance le 29 juillet 1972.

2. Par une loi du 2 février 1973, le législateur italien fixa les «règles relatives aux procédures de passation de marchés publics par adjudication restreinte» (Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata, GU du 24. 2. 1973, n° 51). La

Commission, estimant que cette loi ne répondait pas aux objectifs de la directive n° 71/305/CEE, invita, par lettre du 10 juin 1974, en application de l'article 169 du traité CEE, le gouvernement italien à présenter ses observations dans un délai de 30 jours à compter de la réception de ladite lettre:

Par lettre du 5 juillet 1974 de sa Représentation permanente, le gouvernement italien transmet à la Commission un avant-projet de loi visant à mettre en œuvre «de façon complète» la réglementation communautaire et qui, selon la Commission, satisfaisait dans une large mesure aux conditions fixées par la directive en question. Comme en mars 1975 ce projet n'avait pas encore été approuvé, la Commission a, par avis motivé du 1<sup>er</sup> avril 1975, invité la République italienne à adopter les mesures nécessaires dans un délai d'un mois.

Par lettre du 29 avril 1975 de la Représentation permanente, le gouvernement italien a transmis à la Commission le projet de loi présenté à la Chambre des députés le 13 août 1974, intitulé: «Règles d'adaptation des procédures d'adjudication des marchés publics de travaux aux directives de la Communauté européenne» (Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità europea) texte correspondant à l'avant-projet transmis le 5 juillet 1974. En même temps était donnée l'assurance que la présidence du Conseil des ministres, le ministère des travaux publics et le ministère des affaires étrangères mettraient tout en œuvre pour activer la procédure d'adoption du projet de loi par le Parlement.

Le recours daté du 30 janvier 1976 a été enregistré au greffe de la Cour le 5 février 1976.

La procédure écrite s'est déroulée régulièrement. Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

## II — Conclusions des parties

La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- a) déclarer que la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive n° 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux;
- b) condamner la République italienne aux dépens.

Le gouvernement italien, dans son mémoire en défense, expose son point de vue, sans toutefois conclure en ce qui concerne les fins du recours.

## III — Moyens et arguments des parties

D'après la Commission, la République italienne n'aurait tout d'abord pas rempli son obligation d'édicter avant le 29 juillet 1972 les mesures nécessaires à l'application de la directive et, en outre, la loi n° 14 du 2 février 1973 ne satisfairait que très partiellement aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive.

En effet:

- a) alors que la directive viserait toutes les procédures de passation des marchés, tant «ouvertes» que «restreintes» (article 5), la loi italienne n'envisagerait que la procédure d'adjudication restreinte dite «licitazione privata»;
- b) l'article 29, paragraphe 3, de la directive n° 71/305/CEE prévoit l'abolition progressive de la procédure italienne de «l'enveloppe secrète», mais la loi italienne reste muette à cet égard;
- c) l'article 12, alinéa 2, de la directive prévoit la publication des avis de marché au Journal officiel des CE; la loi italienne se bornerait (article 7) à prévoir la publication de l'avis au Journal officiel de la République italienne;
- d) la directive prévoit aux articles 16, lettre d), et 17, lettre a), l'obligation d'indiquer le délai d'exécution des

- travaux. La loi italienne ne prévoirait rien à cet égard;
- e) les critères de sélection qualitative, mentionnés impérativement aux articles 20, 24, 25 et 26 de la directive (aptitude professionnelle, capacité économique, financière et technique) qui doivent être respectés par le pouvoir adjudicateur ne seraient pas mentionnés dans la loi italienne qui maintiendrait ainsi les larges pouvoirs discrétionnaires conférés aux pouvoirs adjudicateurs par les dispositions antérieures;
  - f) aux termes de l'article 15, dernier alinéa, de la directive, les demandes de participation et les invitations à présenter une offre peuvent être faites par télégramme, télex ou téléphone. La loi italienne restant muette à cet égard, la Commission est d'avis que l'interdiction de présenter des offres par télégramme serait toujours en vigueur en Italie;
  - g) le délai de réception des demandes de participation, fixé par les administrations, ne devrait pas, d'après la directive (article 14, alinéa 1), être inférieur à vingt et un jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché; la loi italienne se bornerait à prévoir un délai minimum de 10 jours à compter de la publication de l'avis;
  - h) la loi italienne ne prévoirait pas l'obligation de motiver le rejet des offres jugées trop basses auprès du Comité consultatif, obligation formulée à l'article 29, paragraphe 5, de la directive n° 71/305/CEE.

Les autorités italiennes auraient d'ailleurs implicitement accepté les constatations de la Commission et auraient ressenti la nécessité d'adapter l'ordre juridique italien aux dispositions communautaires, ainsi qu'en témoigne l'existence du projet de loi soumis à la Chambre des députés le 13 août 1974 et non encore approuvé.

Le non-respect du délai fixé d'abord par la directive (29. 7. 1972) et ultérieurement par l'avis motivé (1. 5. 1975) consti-

tuerait, ainsi qu'il ressort de l'arrêt de la Cour de justice du 21 juin 1973 (affaire 79-72, Commission/République italienne, Recueil 1973, p. 672), un manquement grave de la part des États membres.

Dans son *mémoire en défense* le gouvernement italien indique que le projet de loi présenté à la Chambre des députés le 13 août 1974 tendrait à modifier la législation existante dans la mesure nécessaire pour exécuter la directive. Ce serait pour des raisons de certitude du droit que les dispositions de la directive auraient été reprises par une loi, procédure qui offrirait de plus grandes garanties mais impliquerait des délais plus longs. Le gouvernement italien souhaite que l'approbation du projet de loi intervienne le plus rapidement possible, afin que l'objet du litige puisse être considéré comme ayant cessé d'exister.

Dans son *mémoire en réplique* la Commission relève que la partie défenderesse ne conteste pas le bien-fondé des motifs et conclusions formulés dans la requête. Elle souligne, comme cela aurait déjà été fait dans l'avis motivé du 1<sup>er</sup> avril 1975, que le projet de loi n° 3219 soumis à la Chambre des députés le 13 août 1974 satisfait, tant sur le fond que sur la forme, dans une large mesure aux conditions requises par la directive n° 71/305 du Conseil. La Commission reconnaît que la nature de l'ordre juridique italien est telle qu'il est impossible d'opérer les modifications et adaptations nécessaires dans le droit national par un acte autre qu'une loi: il n'existerait aucune possibilité d'adopter des mesures de rang inférieur, voire des actes administratifs.

Elle observe cependant que le choix laissé par l'article 189 du traité CEE quant à la forme et aux moyens de mise en œuvre des directives communautaires serait soumis à des limitations. Une limitation d'ordre externe serait constituée par l'objet de la directive. Si la directive vise par exemple à circonscrire la sphère

du pouvoir discrétionnaire des administrations publiques, les mesures nationales de mise en œuvre ont inévitablement le caractère d'actes normatifs, c'est-à-dire d'actes impératifs et contraignants pour les administrations et propres à créer des droits subjectifs à faire valoir devant les tribunaux. Une limitation que l'on pourrait qualifier « d'interne » serait constituée par l'état du droit positif national régissant la matière qui fait l'objet de la directive. Le choix des moyens employés pour l'adaptation de l'ordre interne sera conditionné par la forme des actes préexistants; le choix devra obéir au principe de la hiérarchie des sources du droit en vigueur dans chaque ordre national.

Il résulterait de ces considérations qu'un acte ayant force de loi semble constituer le seul moyen susceptible de permettre une correcte application de la directive n° 71/305.

S'il est exact, comme l'affirme le gouvernement italien dans son mémoire en défense, que d'autres États membres n'ont pas estimé opportun de procéder à la mise en œuvre de la directive par la voie législative, il serait toutefois à noter que, sur le plan pratique et quant au fond, la

directive est également appliquée dans ces États membres.

Tout en s'associant au gouvernement italien pour souhaiter l'approbation immédiate du projet de loi n° 3219 par les deux chambres, la Commission estime devoir insister sur la gravité de l'infraction commise par la République italienne. La directive n° 71/305 instaure des instruments appropriés pour susciter une concurrence effective entre les entreprises de la Communauté, en coordonnant les procédures de passation de marchés publics. Son inexécution entraverait et retarderait le processus d'interpénétration des marchés de travaux publics.

Le gouvernement italien a renoncé à présenter un mémoire en duplique.

Au cours de la procédure orale, le 6 juillet 1976, les parties ont développé les arguments exposés au cours de la procédure écrite. Sur demande de la Cour la Commission a produit une liste des mesures prises dans les États membres pour l'application de la directive n° 71/305/CEE.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 13 juillet 1976.

## En droit

- 1 Attendu que, par requête parvenue au greffe, le 5 février 1976, la Commission a saisi la Cour, en vertu de l'article 169 du traité CEE, d'un recours visant à faire constater que la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive n° 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 (JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5);
- 2 que cette directive vise, en complément de celle n° 71/304/CEE de la même date, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics, à coordonner les procédures nationales de passation de ces marchés;

qu'aux termes de son article 32, les États membres devaient mettre en vigueur les mesures nécessaires pour s'y conformer dans un délai de douze mois à compter de la notification qui leur en serait faite, délai venu à échéance le 29 juillet 1972;

- 3 attendu que, consécutivement à cette directive, la République italienne a mis en vigueur une loi du 2 février 1973 relative aux procédures de passation des marchés publics par adjudication restreinte (*licitazione privata*) dont le texte a été communiqué à la Commission le 16 août 1973;

que la Commission, faisant application de l'article 169 du traité CEE, a cependant fait connaître à la République italienne, par lettre du 10 juin 1974, qu'elle estimait que, par la mise en vigueur de cette loi, il n'était pas satisfait aux obligations dérivant de la directive susvisée;

- 4 qu'il était, en premier lieu, reproché à la défenderesse d'avoir laissé en dehors du champ d'application de cette loi les procédures de passation des marchés publics autres que ceux par adjudication restreinte;
- 5 qu'en second lieu il n'était pas satisfait à l'article 29 de la directive, selon lequel la procédure italienne, dite de l'enveloppe secrète, devait être supprimée pour le 29 juillet 1975 ou le 29 juillet 1979, selon le montant estimé du marché, la loi italienne du 2 février 1973 ne contenant aucune disposition à cet égard;
- 6 qu'en outre, selon l'article 12 de la directive, les pouvoirs adjudicateurs doivent faire connaître leur intention de passer un marché public de travaux par voie de procédure ouverte ou restreinte, au moyen d'un avis publié au Journal officiel des Communautés alors que la loi italienne se borne à prévoir la publication d'un avis au Journal officiel de la République italienne;
- 7 que la loi italienne ne contient pas les prescriptions dont il est question aux articles 14, 15 et 17 de la directive, relatives au délai de réception des demandes de participation, à la forme que doivent revêtir les offres et à l'indication obligatoire du délai d'exécution des travaux mis en adjudication;
- 8 qu'enfin, les articles 20, 24, 25 et 26 de la directive déterminent des critères de sélection qualitative qui permettent d'exclure certains entrepreneurs de la

participation aux marchés tandis que la loi italienne ne comporte, à cet égard, aucune indication et maintient le large pouvoir discrétionnaire reconnu aux pouvoirs adjudicateurs par l'article 89 du décret-royal du 23 mai 1924;

- 9 attendu que la défenderesse n'a pas contesté les manquements reprochés et a, le 5 juillet 1974, transmis à la Commission un avant-projet de loi «qui reprend intégralement la réglementation communautaire»;
- 10 que ce projet de loi qui, selon la Commission, satisfait pour l'essentiel aux exigences de la directive, a été transmis au Parlement italien le 13 août 1974, mais n'a toujours pas été adopté de sorte que les mesures destinées à assurer l'exécution de la directive ne sont toujours pas en vigueur à la date du présent arrêt;

attendu qu'aux termes de l'article 189 du traité, la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens;

que la nature obligatoire des directives implique l'obligation pour tous les États membres de respecter les délais qu'elles fixent afin que l'exécution en soit uniformément assurée dans la Communauté tout entière;

- 13 qu'il s'ensuit qu'en n'ayant pas mis en vigueur dans le délai prévu les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive du Conseil n° 71/305/CEE portant coordination des procédures des marchés publics de travaux, la République italienne a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu du traité;

#### Sur les dépens

- 14 Attendu qu'aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens;

que la partie défenderesse a succombé ses moyens;

qu'il convient donc de la condamner aux dépens;

par ces motifs,

## LA COUR

déclare et arrête:

- 1) En n'ayant pas mis en vigueur dans le délai prévu les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive du Conseil n° 71/305/CEE portant coordination des procédures des marchés publics de travaux, la République italienne a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu du traité;
- 2) La défenderesse est condamnée aux dépens.

Lecourt	Kutscher	O'Keeffe	Donner	Mertens de Wilmars
Pescatore	Sørensen	Mackenzie Stuart	Capotorti	

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 22 septembre 1976.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

R. Lecourt

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GERHARD REISCHL, PRÉSENTÉES LE 13 JUILLET 1976<sup>1</sup>

*Monsieur le Président,  
Messieurs les Juges,*

Aux fins de la réalisation du principe essentiel de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services en matière de marchés publics de travaux, plusieurs textes communautaires ont été promulgués en 1971. Il faut mentionner d'une part la directive n° 71/304 du Conseil du

26 juillet 1971 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics de travaux. D'autre part il convient de prendre en considération la directive n° 71/305 arrêtée le même jour «portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux». Citons enfin la décision du Conseil adoptée également le 26 juillet

<sup>1</sup> — Traduit de l'allemand.