CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ présentées le 27 juin 1991 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. L'affaire dans laquelle nous présentons nos conclusions aujourd'hui concerne une demande de décision préjudicielle s'inscrivant dans un groupe de quatre affaires analogues [1]. Elle a pour objet une règle de la législation italienne qui prévoit de réserver au moins 30 % de tous les marchés publics de fournitures aux entreprises établies dans le Mezzogiorno.

2. Dans l'affaire C-21/88, il s'agissait de se prononcer sur une situation juridique identique à celle de l'espèce. En particulier, la façon dont cette situation affecte le commerce intracommunautaire en l'espèce est analogue au cas de l'affaire C-21/88. Dans ladite affaire C-21/88, la partie demanderesse avait fait valoir qu'elle faisait venir d'Allemagne 80 % de son matériel de radiographie. En l'espèce, la demanderesse au principal importe de France une partie importante du matériel qu'elle distribue.

3. Dans l'affaire C-21/88, nous avons présenté, le 28 novembre 1989, des conclusions que la Cour a d'ailleurs suivies dans les grandes lignes dans son arrêt du 20 mars 1990.

4. La similitude que présente la demande de décision préjudicielle actuellement pendante avec l'affaire C-21/88 a été signalée à la juridiction de renvoi. Toutefois, cette demande de décision préjudicielle n'a toujours pas été retirée — probablement pour des raisons tenant aux règles nationales de procédure. C'est la raison pour laquelle il y a lieu de mener formellement la présente affaire à son terme.

5. Pour la réponse aux questions déférées, nous renvoyons au contenu de nos conclusions du 28 novembre 1989 et à l'arrêt du 20 mars 1990 dans l'affaire C-21/88.

6. Bien que la problématique juridique corresponde à celle de l'affaire C-21/88 — les parties au litige en conviennent d'ailleurs elles-mêmes — et que la question préjudicielle doive donc être considérée comme tranchée par l'arrêt, il est opportun, à la suite des arguments développés par le représentant de la partie demanderesse à l'audience du 5 juin 1991, d'ajouter quelques remarques au sujet des obligations qui résultent d'un arrêt de la Cour.

7. Le représentant de la partie demanderesse a insisté sur le fait que, plus d'un an après le prononcé de l'arrêt rendu dans l'affaire C-21/88, aucune mesure n'avait été prise pour adapter la situation juridique italienne aux exigences du droit communautaire. Il a exposé que rien n'avait été entrepris pour tirer les conséquences de l'arrêt, que ce soit par des mesures législatives ou

* Langue originale: l'allemand.

1 — Voir arrêt du 20 mars 1990, Du Pont de Nemours/Unità sanitaria locale n° 2 di Carrara (C-21/88, Rec. p. I-889); affaire C-310/88, Istituto Behring/USSLN, et affaire C-311/88, Hoechst Italia/USSL, encore pendantes.

par des instructions administratives ou encore par la dernière loi communautaire annuelle. Les démarches tentées pour faire agir la Commission par la voie du recours en manquement auraient échoué.

8. Il y a d'abord lieu d'affirmer qu'un arrêt rendu dans le cadre d'une décision à titre préjudiciel constitue un arrêt interprétatif et qu'un tel arrêt ne lie que les parties à la procédure ainsi que les juridictions chargées de statuer sur le litige. Néanmoins, les États membres sont tenus de faire cesser une situation contraire au droit communautaire existant dans leur ordre juridique national lorsqu'une telle situation peut être déduite d'un arrêt rendu à titre préjudiciel. Si un État membre omet de prendre les mesures nécessaires et maintient ainsi une situation législative contraire au traité, il commet un manquement au traité, manquement contre lequel il appartient au premier chef à la Commission d'engager des poursuites.

9. C'est la raison pour laquelle, en pratique, la Commission réagit aux décisions rendues à titre préjudiciel par la Cour en engageant des procédures en manquement contre les États membres concernés. A titre d'exemples de cette façon de procéder, on peut citer un recours en manquement [2] contre la République fédérale d'Allemagne à propos des « croisières du beurre » [3] ou encore un recours en manquement [4] introduit contre le royaume de Belgique en raison de la perception de droits de scolarité connus sous le nom de « minerval » [5].

2 — Arrêt du 14 février 1984, Commission/Allemagne (325/82, Rec. p. 777).

3 — Arrêt du 7 juillet 1981, Rewe/Hauptzollamt Kiel (158/80, Rec. p. 1805), et arrêt du 14 février 1984, Rewe/Hauptzollämter Flensburg, Itzehoe et Lübeck-West (278/82, Rec. p. 721).

4 — Arrêt du 2 février 1988, Commission/Belgique (293/85, Rec. p. 305).

5 — Arrêt du 13 février 1985, Gravier/Ville de Liège (293/83, Rec. p. 593), et arrêt du 13 juillet 1983, Forcheri/Belgique (152/82, Rec. p. 2323).

10. Aux fins de la protection juridique des particuliers, il n'est certes pas indispensable d'adapter le droit national, puisque les particuliers peuvent se prévaloir du droit communautaire devant les juridictions, même en l'absence d'actes législatifs à cet effet. Le particulier peut ainsi, comme dans le cas du litige au principal, obtenir devant la juridiction disposée à appliquer le droit communautaire — ce qui est d'ailleurs le devoir de toute juridiction d'un État membre — de faire imposer ledit droit communautaire.

11. Toutefois, la situation devient particulièrement critique lorsque — comme l'a exposé le représentant de la partie demanderesse à l'audience, après le prononcé de l'arrêt rendu dans l'affaire C-21/88 — on se trouve en présence de juridictions nationales qui considèrent comme licite la situation juridique contraire au droit communautaire, en dépit d'un arrêt rendu en un sens différent par la Cour, et ne font pas application du droit communautaire. Ce refus de protection juridique constitue en soi un nouveau manquement au traité.

12. Une action de l'État membre concerné est nécessaire tant pour éclaircir la situation juridique que pour éviter d'autres manquements au traité. En cas d'inaction de la part de l'État membre, la Commission, à laquelle il incombe de veiller à l'application du traité (article 155 du traité CEE), peut et doit normalement rappeler à cet État les obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire par la voie de la procédure du recours en manquement et l'exhorter à adapter son ordre juridique interne.

13. A cet égard, la Commission est obligée d'agir de sa propre initiative, car elle ne

peut pas être contrainte à intervenir par les particuliers. Les personnes physiques ou morales ne peuvent agir par la voie du recours en carence prévu à l'article 175 du traité CEE que si une institution communautaire a omis de *leur* adresser un acte à caractère obligatoire (article 175, troisième alinéa, du traité CEE). Pour l'introduction d'un recours en manquement, les possibilités des particuliers se limitent aux plaintes et observations informelles.

14. Enfin, pour préciser la situation juridique, nous insisterons encore une fois sur le fait que l'article 30 du traité CEE s'oppose à la réglementation litigieuse réservant une part des marchés publics de fournitures et que cette réglementation ne saurait non plus être justifiée par les dispositions de la directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures[6]. Ce point a déjà été exposé dans les paragraphes 49 et suivants des conclusions que nous avons présentées dans l'affaire C-21/88. L'arrêt rendu dans ladite affaire déclare expressément, au point 17 des motifs, que l'article 26 de cette directive ne saurait écarter l'applicabilité de l'article 30 du traité CEE.

15. L'article 26 de la directive était libellé comme suit dans la version initiale:

« La présente directive ne fait pas obstacle à l'application des dispositions en vigueur au moment de son adoption, figurant dans la loi italienne n° 835 du 6 octobre 1950 (GURI n° 245 du 24.10.1950) ainsi que dans ses modifications successives, *sans préjudice de la compatibilité de ces dispositions avec le traité* »[7].

16. Cette règle est comparable à une disposition d'une directive qui avait été invoquée dans les deux affaires de succédanés de lait[8] aux fins de justifier des réglementations incompatibles avec l'article 30 du traité. Dans ces deux arrêts aussi, la Cour a déclaré:

« Sans même qu'il soit nécessaire de trancher la question de savoir si la disposition en cause est assortie d'un effet rétroactif, il suffit de constater qu'elle ne justifie le maintien d'une réglementation nationale qu'à la condition que les règles générales du traité CEE soient respectées. Or, comme la Cour l'a relevé ci-dessus, la réglementation dont il s'agit est contraire à l'article 30 du traité CEE et ne remplit donc pas les conditions posées par l'article 5 du règlement n° 1898/87 »[9].

17. La modification ultérieure de l'article 26 de la directive 77/62[10] n'est pas davantage de nature à justifier une réglementation telle que celle décrite. Le libellé du texte modifié est le suivant:

« 1) La présente directive ne fait pas obstacle, jusqu'au 31 décembre 1992, à l'application des dispositions nationales concernant la passation des marchés publics de fournitures en vigueur et

6 — Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976 (JO 1977, L 13, p. 1), modifiée en dernier lieu par la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990 (JO L 297, p. 1).

7 — Souligné par nous.

8 — Arrêt du 23 octobre 1988, Commission/France (216/84, Rec. p. 793), et arrêt du 11 mai 1989, Commission/Allemagne (76/86, Rec. p. 1021).

9 — Voir affaire 216/84, point 22 des motifs de l'arrêt, précité, et affaire 76/86, point 23 des motifs de l'arrêt, précité.

10 — Par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988 (JO L 127, p. 1).

dont l'objectif est de réduire l'écart entre les diverses régions et de promouvoir l'emploi dans les régions les moins favorisées ou affectées par le déclin industriel, *à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité* et avec les obligations internationales de la Communauté » [11].

18. En particulier, la version modifiée ne saurait — comme cela a été évoqué à l'audience — excuser l'inaction de la Commission quant à l'introduction d'un recours en manquement. Le délai du 31 décembre 1992 prévu à l'article 26 pour les exceptions ne saurait faire disparaître l'incompatibilité du système préférentiel avec le traité.

Dépens

19. La procédure concernant la demande de décision préjudicielle présente le caractère d'un incident de procédure. C'est donc à la juridiction de renvoi qu'il appartient de statuer sur les dépens des parties au litige au principal. Les dépens exposés par le gouvernement italien et par la Commission ne peuvent pas faire l'objet d'un remboursement.

20. Pour répondre aux questions concernant l'appréciation de la réglementation prévoyant une part réservée au regard du droit communautaire, compte tenu du fait qu'il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre d'une décision à titre préjudiciel, de contrôler la compatibilité d'une disposition nationale avec le droit communautaire, nous vous proposons d'adopter la décision suivante dont la formulation est reprise de l'arrêt rendu dans l'affaire C-21/88:

« 1) L'article 30 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui réserve aux entreprises implantées dans certaines régions du territoire national un pourcentage des marchés publics de fournitures.

2) La qualification éventuelle d'une réglementation nationale comme une aide au sens de l'article 92 du traité ne saurait faire échapper cette réglementation à l'interdiction de l'article 30 du traité. »

11 — Souligné par nous.