CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME CHRISTINE STIX-HACKL
présentées le 7 novembre 2002 [1]

Table des matières

I — Introduction ..... I - 14249

II — Dispositions applicables du droit national ..... I - 14249

A — Les entreprises publiques en cause ..... I - 14249

B — La taxe portuaire litigieuse ..... I - 14250

III — Procédure principale et questions préjudicielles ..... I - 14251

IV — Sur les première et deuxième questions préjudicielles, et sur la cinquième question préjudicielle dans la mesure où elle porte sur un abus de position dominante .... I - 14252

A — Arguments des parties ..... I - 14253

1) Sur la recevabilité des première et deuxième questions préjudicielles .... I - 14253

2) Sur les questions préjudicielles ..... I - 14253

B — Appréciation juridique ..... I - 14255

1) Sur la recevabilité des première et deuxième questions préjudicielles .... I - 14255

2) Sur les questions préjudicielles ..... I - 14255

a) Les AMM, entreprises publiques ..... I - 14256

b) Les AMM, entreprises jouissant de droits exclusifs ou spéciaux .... I - 14256

c) Sur l'existence d'une position dominante ..... I - 14257

i) Le marché en cause ..... I - 14257

ii) Sur la position dominante des AMM ..... I - 14259

iii) Sur la partie substantielle du marché commun ..... I - 14263

d) Sur l'existence d'un abus ..... I - 14264

i) Sur l'abus ..... I - 14264

ii) L'entrave au commerce entre États membres ..... I - 14266

1 — Langue originale: l'allemand.

e) Justification au titre de l'article 86, paragraphe 2, CE ..... I - 14267

i) Services d'intérêt économique général ..... I - 14268

ii) Caractère nécessaire ..... I - 14270

f) Sur la cinquième question préjudicielle, dans la mesure où elle porte sur un abus de position dominante ..... I - 14271

V — Sur la troisième question préjudicielle, et sur la cinquième question préjudicielle dans la mesure où elle porte sur l'aide d'État ..... I - 14272

A — Arguments des parties ..... I - 14272

B — Appréciation juridique ..... I - 14274

1) Sur la recevabilité de la troisième question préjudicielle ..... I - 14274

2) Sur les troisième et cinquième questions préjudicielles ..... I - 14275

a) Sur les éléments constitutifs de la notion d'aide ..... I - 14275

b) Versements compensatoires de l'État pour des services d'intérêt économique général: état de la discussion ..... I - 14277

i) L'arrêt Ferring au regard de la jurisprudence antérieure et de la pratique de la Commission ..... I - 14277

ii) La critique de l'arrêt Ferring ..... I - 14279

iii) Position et conclusion pour le cas d'espèce ..... I - 14280

c) Sur la mission impartie aux juridictions nationales par l'article 88, paragraphe 3, CE ..... I - 14282

d) Sur la cinquième question préjudicielle, dans la mesure où elle porte sur les aides d'État ..... I - 14283

VI — Sur la quatrième question préjudicielle: le transfert au regard de la libre circulation des marchandises, en tant que taxe d'effet équivalent ou imposition intérieure discriminatoire (articles 28 CE, 25 CE et 90 CE) ..... I - 14285

A — Arguments des parties ..... I - 14285

B — Appréciation ..... I - 14286

1) Sur la libre circulation des marchandises ..... I - 14286

2) Sur la taxe d'effet équivalent ..... I - 14286

3) Sur l'imposition intérieure ..... I - 14287

VII — Conclusion ..... I - 14288

I — Introduction

1. Les présentes affaires, dont la Cour a été saisie sur renvoi de la Corte suprema di cassazione (Italie), portent sur une réglementation italienne, qui prévoit la perception d'une taxe portuaire à l'occasion du chargement et du déchargement des marchandises dans certains ports italiens, et le transfert d'une partie de son produit à des entreprises publiques qui sont chargées d'assumer différentes missions dans ces ports, notamment le chargement et le déchargement des marchandises.

2. La question qui se pose est en substance de savoir si la réglementation en cause doit être considérée comme une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 90, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 86, paragraphe 1, CE), comportant le risque que l'entreprise bénéficiaire abuse de la position dominante qui en résulte le cas échéant. La question se pose également de savoir si une telle réglementation instaure une aide d'État, ou si elle doit être considérée comme une compensation pour des services d'intérêt économique général.

3. Ces questions se posent dans une affaire dans laquelle une entreprise qui effectuait le chargement et le déchargement des marchandises par ses propres moyens, et ne recourait donc pas aux services de l'entreprise publique chargée d'accomplir les travaux portuaires, avait néanmoins été astreinte au paiement de la taxe portuaire, ce contre quoi elle a finalement introduit un recours.

4. L'entreprise astreinte au paiement de la taxe portuaire estime que cette taxe n'est pas compatible avec le droit communautaire, spécialement avec les dispositions combinées de l'article 86 du traité CE (devenu article 82 CE) et des articles 90, paragraphe 1, et 92 du traité CE (devenu, après modification, article 87 CE).

II — Dispositions applicables du droit national

A — *Les entreprises publiques en cause*

5. En vertu de la *loi n° 961/67* [2], modifiée par la *loi n° 494/74* [3], il existe dans les six ports italiens d'Ancône, Cagliari, Livourne, La Spezia, Messine et Savone des Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini (entreprises responsables des équipements mécaniques et des entrepôts, ci-après les «AMM»).

2 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (*GURI*) n° 272, du 30 octobre 1967.

3 — *GURI* n° 274, du 21 octobre 1974.

6. Les AMM sont, du point de vue de leur base légale, des établissements publics économiques («enti pubblici economici») placés sous le contrôle du Ministero della marina mercantile (ministère de la Marine marchande). Les établissements publics de ce type sont, selon les termes de l'ordonnance de renvoi, des «personnes morales [...], qui, bien que faisant partie des pouvoirs publics, exercent une activité sur le marché — parfois en régime de monopole — en tant qu'entreprises, selon des critères de rentabilité».

7. Les AMM sont chargées, en vertu de l'article 2 de la loi n° 961/67, précitée, de «gérer [...] les équipements mécaniques de chargement et de déchargement, les entrepôts, les zones de dépôt ainsi que d'autres biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'État, mis au service de l'administration de la marine marchande [...]; pourvoir à l'achat, à l'entretien, à la transformation et à l'amélioration des [...] biens susmentionnés; exercer toute autre activité liée à l'exécution des tâches indiquées». Les AMM peuvent également être autorisées, en vertu de l'article 2 de la loi n° 494/74, précitée, «à instituer et à fournir d'autres services commerciaux portuaires, à assurer la gestion d'équipements et installations n'appartenant pas à l'État, et à exercer également toutes les tâches susmentionnées dans d'autres ports relevant des circonscriptions territoriales des capitaineries de port auprès desquelles les [AMM] ont leur siège».

8. Chaque AMM supporte les frais afférents à l'administration, à l'entretien et à l'amélioration des biens qu'elle gère. Les frais d'acquisition de nouveaux biens sont pris en charge par l'administration de l'État si le budget de l'AMM ne permet pas d'autre solution. Pour s'acquitter de leurs missions légales, les AMM disposent du produit des biens susmentionnés ainsi que de fonds provenant de prêts ou d'autres opérations financières. Les AMM disposent de surcroît, depuis la *loi n° 355/76* [4], des deux tiers de la taxe portuaire instaurée par la *loi n° 82/63* [5].

B — *La taxe portuaire litigieuse*

9. La *loi n° 82/63* a instauré dans certains ports italiens une taxe portuaire («tassa portuale») sur les marchandises chargées et déchargées [6]. La taxe portuaire est liquidée et prélevée par l'administration des finances de l'État.

4 — *GURI* n° 147, du 5 juin 1976.

5 — *GURI* n° 52, du 23 février 1963.

6 — Outre cette taxe portuaire, le décret-loi n° 47/74 («decreto legge»), devenu, après modification, loi n° 117/74 (*GURI* n° 115, du 4 mai 1974), a également instauré une taxe étatique sur le chargement et le déchargement dans tous les ports italiens des marchandises transportées par voie aérienne ou maritime («tassa erariale di sbarco e imbarco») qui, elle, ne bénéficie pas aux AMM.

10. La *loi n° 355/76* assujettit les marchandises qui sont transbordées dans l'un des six ports où existe une AMM à la taxe portuaire prévue par la loi n° 82/63, et affecte deux tiers de cette taxe aux AMM pour l'accomplissement de leurs missions.

11. Le *décret du président de la République du 12 mai 1977* [7] fixe la taxe portuaire à 15 ITL (pour certains produits, tels le phosphate et le nitrate), 35 ITL (pour d'autres produits, tels que sable, gravier ou ciment) et 90 ITL (pour les autres marchandises) par tonne métrique.

III — **Procédure principale et questions préjudicielles**

12. La société Enirisorse SpA (ci-après «Enirisorse») a procédé dans le port de Cagliari [8] au chargement et au déchargement de marchandises nationales et étrangères, avec ses propres moyens en hommes et en matériel.

13. Par injonction du ministère des Finances, Enirisorse a été mise en demeure en 1992 d'acquitter la taxe portuaire pour les marchandises transbordées. Enirisorse a introduit une réclamation contre cette mise en demeure, en invoquant la nullité du décret du 12 mai 1977 portant fixation de la taxe portuaire en application de la loi n° 355/76.

14. Les recours portés par Enirisorse devant le Tribunale civile e penale di Cagliari et la Corte d'appello di Cagliari ayant été rejetés, Enirisorse s'est pourvue devant la Corte suprema di cassazione, en invoquant notamment l'incompatibilité de la réglementation fiscale en cause avec le droit communautaire.

15. La Corte suprema di cassazione demande donc à la Cour de statuer sur les questions suivantes:

«1) L'attribution à une entreprise publique — opérant sur le marché des opérations portuaires de chargement et de déchargement de marchandises — d'une partie importante d'une imposition (taxe portuaire de chargement et de déchargement de marchandises) payée à l'État par des opérateurs qui n'ont bénéficié d'aucun service ou prestation de ladite entreprise, constitue-t-elle un droit spécial ou exclusif ou une mesure contraire aux règles du traité et, en particulier, aux règles relatives à la concurrence, au sens de l'article 90, paragraphe 1, du traité?

7 — *GURI* n° 270, du 4 octobre 1977.

8 — Il ressort des observations du gouvernement italien qu'il s'agit en réalité du port de Portovesme. Ce point est cependant négligeable dans la mesure où la circonscription de l'AMM de Cagliari s'étendait en tout état de cause aussi à Portovesme.

2) Indépendamment de la question précédente, l'attribution à ladite entreprise publique d'une partie importante du produit de l'imposition donne-t-elle lieu à un abus de position dominante résultant d'une mesure législative nationale, et est-elle donc contraire aux dispositions combinées des articles 86 et 90 du traité?

3) L'attribution à cette entreprise d'une partie importante de ladite imposition peut-elle être qualifiée d'aide d'État, au sens de l'article 92 du traité, et justifie-t-elle donc, en l'absence de notification à la Commission ou de décision d'incompatibilité de l'aide avec le marché commun rendue par cette dernière conformément à l'article 93, que le juge national exerce les pouvoirs qui lui sont attribués — d'après la jurisprudence de la Cour de justice — pour veiller à ce qu'une aide illégale et/ou incompatible ne s'applique pas?

4) L'attribution à l'entreprise publique précitée, dès l'origine, d'une partie importante du produit d'une imposition d'État perçue en vue ou à l'occasion du déchargement ou du chargement de marchandises dans les ports sans qu'aucune prestation ou service de l'entreprise elle-même ne corresponde à cette perception, constitue-t-elle une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à l'importation (interdite par les articles 12 et 13 du traité) ou une imposition intérieure sur les produits des autres États membres, supérieure à celles qui frappent les produits nationaux similaires (article 95), ou un obstacle aux importations interdit par l'article 30?

5) Dans l'hypothèse où la législation nationale est contraire au droit communautaire, les motifs d'illégalité soulevés ci-dessus visent-ils, chacun en ce qui le concerne, l'imposition dans son ensemble ou uniquement la partie attribuée à l'Azienda Mezzi Meccanici?»

IV — Sur les première et deuxième questions préjudicielles, et sur la cinquième question préjudicielle dans la mesure où elle porte sur un abus de position dominante

16. L'article 86, paragraphe 1, CE prévoit que les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, notamment à celles qui régissent la concurrence.

17. La question de savoir si une disposition nationale relève du domaine d'application de l'article 86, paragraphe 1, CE suppose donc l'examen incident de la question de savoir si elle est compatible, notamment,

avec les règles de concurrence — en l'occurrence l'article 82 CE. Les deux premières questions préjudicielles, ainsi que la cinquième question, dans la mesure où elle porte sur un abus de position dominante, doivent donc être examinées ensemble. Il convient essentiellement d'examiner si les dispositions combinées des articles 82 CE et 86 CE font obstacle à une réglementation nationale qui, d'une part, confie à un organisme public prestataire de services portuaires des missions relatives à l'infrastructure portuaire et, d'autre part, prévoit que les autres opérateurs économiques acquittent, lorsqu'ils chargent et déchargent des marchandises avec leurs propres moyens, une taxe qui bénéficie en partie à cette entreprise publique.

A — *Arguments des parties*

1) Sur la recevabilité des première et deuxième questions préjudicielles

18. Le *gouvernement italien* estime que les première et deuxième questions sont irrecevables, car la juridiction de renvoi n'a pas examiné certains éléments de fait d'une importance déterminante pour la réponse à ces questions. Ainsi, la question du marché concerné n'a pas été élucidée. Les questions posées ont donc un caractère hypothétique.

19. En revanche, *Enirisorse* et la *Commission* estiment que les première et deuxième questions sont recevables, car la Cour est en principe tenue de se prononcer sur l'interprétation du droit communautaire. Elles invoquent notamment, à cet égard, les arrêts TNT Traco [9] et Ambulanz Glöckner [10]. La Commission estime également qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer quels sont les éléments de fait qui ne ressortent pas suffisamment du dossier, mais qui sont nécessaires pour l'application du droit communautaire dans le cas d'espèce.

2) Sur les questions préjudicielles

20. *Enirisorse* et la *Commission* font valoir que les articles 86 CE et 82 CE sont applicables au régime présentement en cause. Elles estiment que l'AMM de Cagliari est incontestablement une entreprise au sens du droit de la concurrence, et le transfert des deux tiers de la taxe portuaire confère à cette AMM un droit quasi exclusif ou spécial par rapport à ses concurrents.

21. *Enirisorse* et la *Commission* indiquent que les ports gérés par les AMM représentent au total une partie substantielle du territoire national italien; *Enirisorse* ajoute que les AMM détiennent, ensemble, une position dominante.

9 — Arrêt du 17 mai 2001 (C-340/99, Rec. p. I-4109).
10 — Arrêt du 25 octobre 2001 (C-475/99, Rec. p. I-8089).

22. Le *gouvernement italien* fait en revanche valoir que le port de Portovesme, en cause en l'espèce, n'est certainement pas un marché d'importance communautaire.

23. Selon la *Commission*, il appartient à la juridiction nationale, compte tenu de la jurisprudence Merci convenzionali porto di Genova [11] et Centre d'insémination de la Crespelle [12], d'établir l'existence d'une éventuelle position dominante des AMM, sur laquelle elle semble se fonder.

24. Selon *Enirisorse* et la *Commission*, la réglementation nationale en cause permet d'abuser d'une position dominante, puisqu'elle autorise l'AMM de Cagliari à renforcer sa position dominante. La *Commission* ajoute que les enseignements de l'arrêt TNT Traco [13] sont transposables dans le cas d'espèce. La Cour avait jugé, dans cet arrêt, que l'on est en présence d'un abus de position dominante lorsqu'une entreprise perçoit une rétribution pour un service qu'elle n'a pas fourni elle-même. La seule différence serait que, dans l'affaire TNT Traco, la taxe postale était versée directement par les entreprises aux Poste Italiane alors que, en l'espèce, la taxe portuaire parvient aux AMM par l'intermédiaire de l'État.

25. Le *gouvernement italien* souligne, au contraire, que la constitution d'une position dominante par l'octroi de droit exclusifs ou spéciaux au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE n'est pas en soi incompatible avec l'article 82 CE. Il n'est pas non plus établi que l'AMM de Cagliari abuse des droits qui lui sont conférés.

26. La réglementation ne peut pas, aux yeux d'*Enirisorse* et de la *Commission*, être justifiée au titre de l'article 86, paragraphe 2, CE. L'ordonnance de renvoi ne comporte aucun élément de fait de nature à prouver que le transfert de ressources serait nécessaire au maintien d'éventuels services d'intérêt économique général. Le fait que l'on n'ait pas instauré des AMM dans tous les ports italiens prouve que leur activité n'est pas indispensable.

27. Le *gouvernement italien* estime au contraire que la réglementation en question est en tout état de cause justifiée par l'article 86, paragraphe 2, CE. La taxe portuaire est indispensable, pour des raisons socio-économiques, et elle est conforme à l'intérêt général: les six ports dans lesquels des AMM ont été instaurées ont un trafic réduit, de sorte que le financement du maintien des installations portuaires n'est pas suffisamment assuré. La réglementation litigieuse doit garantir, de manière générale, la survie de ces ports et la capacité de fonctionnement de leurs installations portuaires, et leur permettre d'assurer la sécurité de l'amarrage des bâtiments et de fournir des services portuaires à des prix adaptés.

11 — Arrêt du 10 décembre 1991 (C-179/90, Rec. p. I-5889).
12 — Arrêt du 5 octobre 1994 (C-323/93, Rec. p. I-5077).
13 — Précité (note 9).

B — *Appréciation juridique*

1) Sur la recevabilité des première et deuxième questions préjudicielles

28. Dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales instituée par l'article 234 CE, la Cour laisse aux juridictions nationales, selon une jurisprudence constante, le soin d'apprécier tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer [14].

29. Ce n'est que dans des hypothèses exceptionnelles que la Cour peut examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national et refuser de statuer sur la question préjudicielle lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique, ou lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées [15].

30. Ces exigences valent tout particulièrement dans le domaine de la concurrence, qui est caractérisé par des situations de fait et de droit complexes [16].

31. Dans la présente affaire, l'ordonnance de renvoi ne comporte effectivement que de maigres informations sur les services fournis par les AMM et sur les ports concernés. Les parties ont néanmoins eu l'occasion de fournir des indications supplémentaires à l'audience, de sorte qu'il devrait être possible à la Cour de donner des directives claires quant aux constatations auxquelles le juge national doit procéder en dernière analyse. Les première et deuxième questions sont donc recevables.

2) Sur les questions préjudicielles

32. Pour qu'une réponse soit apportée aux première et deuxième questions, encore faut-il que des faits tels que ceux présentés par la juridiction de renvoi relèvent du domaine d'application personnel et matériel de l'article 86, paragraphe 1, CE.

14 — Arrêt TNT Traco, précité (note 9), point 30, renvoyant aux arrêts du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59), et du 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099, point 38).

15 — Arrêt du 19 février 2002, Arduino (C-35/99, Rec. p. I-1529, point 25), renvoyant aux arrêts Bosman, précité (note 14), point 61, et PreussenElektra, précité (note 14), point 39.

16 — Arrêt du 14 juillet 1998, Safety Hi-Tech (C-284/95, Rec. p. I-4301, point 70). Voir, déjà auparavant, l'arrêt du 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90 à C-322/90, Rec. p. I-393, point 7).

33. Il convient donc d'examiner en premier lieu si les AMM sont des entreprises au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE. Il conviendra ensuite de s'interroger sur le domaine d'application matériel de l'article 86, paragraphe 1, CE.

a) Les AMM, entreprises publiques

34. Sur la notion d'entreprise, il convient de se référer à la jurisprudence de la Cour, selon laquelle cette notion, «dans le contexte du droit de la concurrence, [...] comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement» [17].

35. Les entités en question — les AMM — exercent une activité économique dans la mesure où elles fournissent des services, essentiellement le chargement et le déchargement de navire, contre rémunération.

36. Il ne fait pas non plus de doute que les AMM doivent être considérées comme des entreprises publiques. Cela découle en premier lieu de leur forme juridique — enti pubblici economici —, et de la tutelle ministérielle à laquelle elles sont manifestement soumises.

17 — Arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21).

b) Les AMM, entreprises jouissant de droits exclusifs ou spéciaux

37. À mes yeux, cette discussion ne joue aucun rôle au regard de l'applicabilité de l'article 86, paragraphe 1, CE, puisque les AMM sont en tout état de cause des entreprises publiques.

38. L'article 86, paragraphe 1, CE établit que les dispositions du traité, en particulier en matière de concurrence, sont également applicables aux entreprises pour le comportement desquelles les États doivent assumer une responsabilité particulière en raison de l'influence qu'ils exercent sur ce comportement [18]. À cet égard, il s'agit, non seulement d'entreprises publiques, mais aussi d'entreprises autres, dont le statut particulier découle de l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs. L'applicabilité de l'article 86, paragraphe 1, CE est donc étroitement fonction de la possibilité pour l'État d'exercer son influence sur les entreprises concernées [19]. Les entreprises publiques relèvent donc toujours du domaine d'application de l'article 86, paragraphe 1, CE, sans qu'il soit besoin de s'attacher en outre à l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs.

18 — Voir, notamment, arrêt du 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume-Uni/Commission (188/80 à 190/80, Rec. p. 2545, point 12).

19 — Voir aussi, dans ce sens, Schwarze et von Burchard, *EU-Kommentar*, article 86 CE, point 8.

c) Sur l'existence d'une position dominante

39. Il convient cependant ensuite d'examiner si les faits, tels qu'ils sont relatés par la juridiction de renvoi, relèvent aussi du domaine d'application matériel des dispositions combinées des articles 86, paragraphe 1, CE et 82 CE.

40. Alors que l'article 82 CE ne vise «que les comportements anti-concurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative et non pas les mesures étatiques» [20], l'article 86, paragraphe 1, CE a pour objet, selon la jurisprudence constante de la Cour, «de préciser notamment les conditions d'application des règles de concurrence prévues par les articles [81 CE et 82 CE] à des entreprises publiques, à des entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs et à des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général» [21]. L'article 86, paragraphe 1, CE permet donc de réprimer des pratiques qui, sinon, ne pourraient sans doute pas être imputées à l'entreprise concernée.

41. Il convient maintenant de rechercher si les conditions de fait de l'article 82 CE sont réunies du point de vue de la règle de renvoi de l'article 86, paragraphe 1, CE. L'article 82 CE présuppose tout d'abord que l'entreprise en question occupe une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

i) Le marché en cause

42. La Cour a affirmé à maintes reprises que, sur la question de savoir si on est éventuellement en présence d'une position dominante, «une importance fondamentale doit être accordée à la détermination du marché en cause et à la délimitation de la partie substantielle du marché commun où l'entreprise est en mesure de se livrer éventuellement à des pratiques abusives faisant obstacle à une concurrence effective» [22].

43. Selon une jurisprudence constante, le marché en cause doit être apprécié «dans le cadre [d'un] marché regroupant l'ensemble des produits qui en fonction de leurs caractéristiques sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits» (ou d'autres services) [23].

20 — Arrêt du 19 mai 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533, point 10).

21 — Voir, en particulier, arrêt du 4 mai 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479, point 16).

22 — Voir arrêts du 17 juillet 1997, GT-Link (C-242/95, Rec. p. I-4449, point 36), et du 23 mai 2000, Sydhavnens Sten & Grus (C-209/98, Rec. p. I-3743, point 57).

23 — Arrêt du 9 novembre 1983, Michelin/Commission (322/81, Rec. p. 3461, point 37).

44. Selon l'analyse de la juridiction de renvoi, le litige principal porte sur des travaux portuaires de manutention du fret [24]. Le marché en cause devrait donc concerner ces services; mais il incombe à la juridiction de renvoi de définir exactement ce marché en fonction des caractéristiques du service en cause [25]. Il lui faudra en particulier examiner en quoi la manutention du fret diffère d'autres services portuaires.

45. Il incombe également à la juridiction de renvoi de déterminer l'étendue du marché géographique en cause [26]. Elle est en effet manifestement controversée: la juridiction de renvoi semble se fonder sur le port concerné où une AMM a été instituée; pour le gouvernement italien, le port de Portovesme doit être considéré comme une partie du port de Cagliari, car l'AMM est présente sur le marché des deux ports; Enirisorse s'est au contraire basée — en particulier à l'audience — sur tous les ports dans lesquels des AMM ont été instituées et a indiqué — faisant manifestement référence au rattachement au droit communautaire — que cela inclut le port de Livourne, qui constitue un important site de commerce international et est donc comparable au port de Gênes; la Commission s'est référée à l'audience aux ports de Cagliari et de Portovesme.

46. Il convient de noter, à ce sujet, que, si l'activité des différentes AMM est effectivement géographiquement délimitée, toutes les AMM sont soumises aux mêmes dispositions législatives indépendamment du lieu où elles exercent leur activité. Cela pourrait entraîner une homogénéité des conditions de concurrence, qui autoriserait à considérer tous les ports ayant une AMM, pris collectivement, comme le marché géographique en cause. La situation insulaire des installations portuaires de Cagliari et de Portovesme pourrait toutefois plaider contre cette homogénéité.

47. C'est au juge national qu'il appartient de se prononcer en dernier ressort. Mais il doit en tout état de cause veiller à «la nécessité de prendre en compte le marché sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes, c'est-à-dire une zone dans laquelle les conditions objectives de concurrence des services en cause et notamment la demande des consommateurs sont similaires pour tous les opérateurs économiques» [27].

24 — Voir également, à cet égard, la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires (COM/2002/0101 final), où les services portuaires sont définis comme des «services à valeur commerciale qui sont normalement fournis contre paiement dans un port et sont mentionnés dans l'annexe». Il ressort de l'annexe que les services portuaires incluent notamment la manutention du fret, «comprenant: a) chargement et déchargement; b) manutention, arrimage, transbordement et autres transports intra-terminaux; c) stockage, mise en dépôt et entreposage, en fonction des catégories de fret; d) groupage du fret».

25 — Voir, notamment, arrêt Sydavnens Sten & Grus, précité (note 22), point 60.

26 — Ibidem, point 60.

27 — Arrêt Ambulanz Glöckner, précité (note 10), point 34, renvoyant à l'arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission (27/76, Rec. p. 207, point 44).

ii) Sur la position dominante des AMM

48. La question se pose en l'espèce de savoir si, et dans quelle mesure, la réglementation en cause crée ou consolide une position dominante des AMM sur le marché en cause.

Définition de la position dominante dans la jurisprudence

49. Une position dominante au sens de l'article 82 CE se caractérise «par une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui donne à celle-ci le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients» [28].

50. Mais l'application de l'article 82 CE «n'est pas exclue par le fait que l'absence ou la limitation de la concurrence est favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires» [29]. Il résulte au contraire de la jurisprudence relative aux articles 86, paragraphe 1, CE et 82 CE que la situation de puissance économique au sens de la définition précitée peut aussi être créée par une loi [30]. Cette situation de puissance économique doit donner à l'entreprise concernée la possibilité d'influer *à son gré* sur le marché en cause [31]. Cela signifie que l'entreprise a, «indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun» [32].

Position dominante du fait de l'octroi de droits exclusifs

51. Aux termes de l'arrêt de la Cour Dusseldorp e.a. [33], l'octroi de droits exclusifs dans une partie substantielle du marché commun doit être entendu en ce sens qu'une position dominante au sens de l'article 86 CE est accordée à l'entreprise favorisée.

28 — Voir, en particulier, arrêts Michelin/Commission, précité (note 23), point 30, et Bodson, précité (note 21), point 26.

29 — Arrêt Bodson, précité (note 21), point 26.

30 — Voir, notamment, arrêt du 1 er octobre 1998, Librandi (C-38/97, Rec. p. I-5955, point 27), renvoyant à l'arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, Rec. p. 461, point 38).

31 — Arrêt du 13 décembre 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941, point 25), renvoyant à l'arrêt du 19 mars 1991, France/Commission, dit «Terminaux» (C-202/88, Rec. p. I-1223, point 51).

32 — Arrêt du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commission (C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. p. I-1365, point 37), renvoyant à l'arrêt Michelin/Commission, précité (note 23), point 57.

33 — Arrêt du 25 juin 1998 (C-203/96, Rec. p. I-4075, point 60). Il porte sur la compatibilité avec les dispositions combinées des articles 86, paragraphe 1, CE et 82 CE d'une réglementation octroyant à une seule entreprise le droit d'incinérer des déchets dangereux sur la totalité du territoire de l'État membre.

52. Si donc des droits exclusifs ont été octroyés par l'État à une entreprise, une position dominante ne peut être établie qu'en fonction de la question de savoir si ces droits existent dans l'ensemble du marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

53. La Cour a ainsi jugé, dans l'arrêt GT-Link [34], «qu'une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal dans une partie substantielle du marché commun peut être considérée comme occupant une position dominante au sens de l'article [82 CE]. Tel est également le cas d'une entreprise publique qui est propriétaire d'un port de commerce et qui, à ce titre, est seule à détenir, dans ce port, le droit de percevoir les taxes portuaires dues pour l'utilisation des installations portuaires».

54. Une solution analogue a été retenue dans l'arrêt TNT Traco [35]. Cette affaire portait sur une taxe postale, que les opérateurs de services de courrier rapide, notamment, devaient verser à la poste italienne, alors que cette dernière ne fournissait aucun service. La Cour a retenu que «Poste Italiane doit également être considérée comme une entreprise investie par l'État membre concerné de droits spéciaux ou exclusifs, au sens de l'article [86, paragraphe 1, CE], en ce qu'elle s'est vu accorder le droit exclusif d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier sur le territoire dudit État membre sans être obligée de payer, à l'instar de toute autre personne assurant les mêmes services, un droit postal» [36]. Peu après, elle a relevé que «Poste Italiane [...] détient une position dominante au sens de l'article [82 CE]» [37], en évoquant dans un autre contexte la création d'«une position dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs» [38].

L'attribution de ressources étatiques ne peut pas être purement et simplement assimilée à l'octroi de droits exclusifs

55. Sur la question, décisive selon la jurisprudence précitée, de savoir si des droits exclusifs ont été octroyés aux AMM, toutes les parties ont, semble-t-il, admis au départ que le transfert de ressources en cause doit être considéré comme un octroi de droit exclusifs.

56. Mais, à mon sens, un transfert de ressources du type de celui qui est présentement en cause ne peut pas, à lui seul, être considéré comme un droit exclusif, et il ne peut donc pas non plus, à lui seul,

34 — Précité (note 22), point 35.
35 — Précité (note 9).
36 — Ibidem, point 40.
37 — Ibidem, point 43.
38 — Ibidem, point 44.

impliquer l'existence d'une position dominante au sens de la jurisprudence précitée.

57. Dans ses conclusions dans l'affaire Ambulanz Glöckner [39], l'avocat général Jacobs a défini les droit spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE, de la manière suivante: il s'agit de «droits accordés par les autorités d'un État membre à une entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, qui affectent substantiellement la capacité des autres entreprises à exercer l'activité économique en cause sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes».

58. Le transfert de ressources étatiques aux AMM constitue à première vue, en l'espèce, un avantage sélectif de ce type [40]. En effet, même si le transbordement du fret peut aussi être effectué, dans les ports où des AMM ont été instituées, en recourant à des moyens propres, la taxe portuaire exerce un effet sur la concurrence entre les AMM et les entreprises qui recourent à des moyens propres, dans la mesure où ces dernières supportent, du fait de la taxe portuaire, des frais supplémentaires, alors que le transfert de ressources conforte les AMM dans leur position économique et, par là, dans leur position par rapport aux services de transbordement de fret.

59. Toutefois, assimiler un simple transfert de ressources à l'octroi d'un droit spécial ou exclusif n'irait pas, selon moi, sans poser quelque problème. En cas de transfert de ressources étatiques, le bénéficiaire a en effet — contrairement à ce qui se produit normalement lorsqu'il exerce un droit spécial ou exclusif qui lui a été accordé — un comportement passif; l'influence exercée sur le marché ne peut sans doute pas non plus être envisagée de manière totalement indépendante de l'intensité de l'aide. On ne peut certainement pas opposer à cela que le cas d'espèce se caractérise aussi par le fait que les ressources attribuées sont de fait fournies en particulier par des concurrents. Mais, si l'on considérait pourtant que cela seul suffit, il faudrait admettre que tout transfert — même simplement indirect — de ressources d'un opérateur à un autre opérateur relève des dispositions combinées des articles 82 CE et 86, paragraphe 1, CE, sans que l'on doive en dernier ressort se fonder sur l'éventuelle possibilité d'influer sur le marché que le bénéficiaire en retire, comme il est nécessaire de le faire pour un droit spécial ou exclusif.

60. Le transfert d'une partie de la taxe portuaire aux AMM diffère des faits des affaires GT-Link et TNT Traco, au moins dans la mesure où ce ne sont pas les AMM qui décident elles-mêmes la perception de la taxe, et où elles ne peuvent donc avoir aucune influence sur son montant. Les AMM sont des bénéficiaires simplement passifs d'une mesure étatique de financement.

39 — Précitée (note 10), points 83 à 89 des conclusions.

40 — Sur la compensation d'éventuelles charges de service public, voir ci-après mon analyse sur le droit des aides, points 142 et suiv.

61. On pourrait certes opposer à cela, là encore, que le fait que la taxe soit perçue par le bénéficiaire lui-même ou par l'État ne peut rien y changer du point de vue économique. Mais, juridiquement, il faut à mon sens bien marquer une différence puisque, dans les deux affaires citées, l'entreprise publique concernée bénéficiait de droits exclusifs — par exemple le droit de percevoir une taxe à son gré —, alors que les AMM présentement en cause ne disposent pas d'un tel droit. Or, c'est précisément un tel droit qui permet aux entreprises concernées d'exercer *à leur gré* une influence sur le marché en cause [41].

62. Il convient encore de mentionner, dans ce contexte, le problème de la concurrence avec le droit des aides. Considérer l'attribution sélective de ressources étatiques à une entreprise donnée comme l'octroi d'un droit exclusif à cette entreprise — de telle sorte que l'octroi de ce droit suffit à fonder la position dominante de cette entreprise —, c'est saper les bases du droit des aides [42]. Mais il convient également de songer que ces deux dispositions s'appliquent de manière différente — il suffit ici de mentionner la compétence de contrôle exclusive de la Commission en matière de compatibilité d'une aide avec le marché commun [43].

63. Dans un cas dans lequel l'entreprise publique ne se distingue d'autres opérateurs économiques que par le fait qu'elle perçoit des ressources étatiques, il ne semble pas possible de déduire ainsi du seul fait qu'un transfert sélectif de ressources est effectué qu'elle occupe une position dominante. Une position dominante des AMM pourrait par exemple résulter de la définition légale des tâches en ce qui concerne l'infrastructure portuaire [44].

64. Il incombe donc au juge national de déterminer si les AMM, ainsi considérées, détiennent véritablement une position dominante. Il devra à cet égard prendre en

41 — Il convient également de noter que, dans l'arrêt TNT Traco, précité (note 9), point 43, il n'a pas été contesté que Poste italiane dominait le marché en cause.

42 — Il convient de rappeler, à cet égard, que les aides d'État faussent la concurrence parce qu'elles ménagent à certaines entreprises un «avantage immérité du point de vue des coûts», selon Rawlinson dans Lenz, *EG-Vertrag Kommentar*, article 87 CE, point 10.

43 — Il convient également de rappeler, dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour selon laquelle il convient d'éviter les contradictions dans l'application des articles 87 CE et suiv. et des autres dispositions du traité. Dans son arrêt du 15 juin 1993, Matra/Commission (C-225/91, Rec. p. I-3203, point 42), la Cour a évoqué, dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 88, paragraphe 2, CE, une «obligation, pour la Commission, de respecter la cohérence entre les articles [87 CE] et [88 CE] et d'autres dispositions du traité».

44 — Voir, en particulier, arrêt du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris/Commission (C-82/01 P, Rec. p. I-9297, points 106 et 107): «En l'occurrence, ADP, en tant que propriétaire des installations portuaires, est seul à pouvoir en autoriser l'accès. [...] ADP dispose [...] du monopole légal de la gestion des aéroports concernés et lui seul peut donner l'autorisation d'y exercer des activités d'assistance en escale et fixer les conditions d'exercice de celles-ci. Dans ces conditions, le Tribunal a pu, à bon droit, conclure qu'ADP se trouve dans une situation de puissance économique qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants». En l'espèce, l'État demeure manifestement propriétaire des installations portuaires. Mais la comparaison semble permise dans la mesure où les AMM disposent bien d'un monopole sur l'exploitation de l'infrastructure nécessaire. Si cela devait se confirmer, les AMM seraient en mesure d'exercer une influence décisive sur l'accès au marché des services portuaires, de sorte qu'il faudrait admettre qu'elles occupent une position dominante.

particulier en considération les avantages que les AMM retirent des tâches en ce qui concerne les infrastructures portuaires et le comportement sur le marché.

iii) Sur la partie substantielle du marché commun

65. S'il s'avérait que toutes les AMM ou chaque AMM détiennent effectivement une position dominante sur le marché en cause, qui reste à définir plus précisément, il faudrait ensuite déterminer si ce marché doit être considéré comme une partie substantielle du marché commun.

66. Selon la jurisprudence de la Cour, il y a lieu de tenir compte, à cet égard, «notamment du volume du trafic dans le port en cause et de l'importance que revêt ce dernier au regard de l'ensemble des activités d'importation et d'exportation maritimes dans l'État membre concerné» [45].

67. La Cour a appliqué ces critères dans l'arrêt Merci convenzionali porto di Genova [46] concernant le marché du transbordement du fret sur le port de Gênes, et a conclu que le marché ainsi défini, compte tenu de son importance pour le commerce entre les États membres, doit être considéré comme constituant une partie substantielle du marché commun.

68. La constitution d'une position dominante sur une partie substantielle du marché commun peut aussi résulter de la juxtaposition de monopoles territorialement limités, «mais couvrant, dans leur ensemble, tout le territoire d'un État membre» [47].

69. Il incombe au juge national, sur la base des différentes données économiques et particularités géographiques, de déterminer si les ports gérés par l'AMM de Cagliari, ou les six ports dans lesquels une AMM a été instaurée, doivent être considérés comme constituant une partie substantielle du marché commun. Si le juge national devait opter pour un point de vue collectif, l'importance économique des différents ports deviendrait secondaire dans la mesure où les ports possédant une AMM devraient représenter une partie significative du territoire national italien au sens de la jurisprudence précitée.

70. C'est seulement pour le cas où la juridiction de renvoi estimerait que les AMM

45 — Arrêt GT-Link, précité (note 22), point 37, renvoyant à l'arrêt Merci convenzionali porto di Genova, précité (note 11), point 15.

46 — Précité (note 11).

47 — Arrêt Centre d'insémination de la Crespelle, précité (note 12), point 17.

occupent une position dominante sur le marché en cause, et que celui-ci constitue une partie substantielle du marché commun, que la question d'un éventuel abus doit être examinée ci-après.

d) Sur l'existence d'un abus

71. L'article 82 CE suppose ensuite que l'entreprise en cause procède de manière abusive et, enfin, que le commerce entre États membres puisse en être affecté. En vertu de l'article 86, paragraphe 1, CE, certaines mesures étatiques doivent être assimilées, de ce point de vue, au comportement des entreprises concernées.

i) Sur l'abus

72. La réflexion doit s'appuyer sur la jurisprudence maintenant bien établie de la Cour, selon laquelle, «si le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article [82 CE], un État membre enfreint les interdictions édictées par l'article [86, paragraphe 1, CE], lu en combinaison avec l'article [82 CE], lorsqu'il prend une mesure législative, réglementaire ou administrative qui crée une situation dans laquelle une entreprise à laquelle il a conféré des droits spéciaux ou exclusifs est nécessairement amenée à abuser de sa position dominante» [48].

73. Si le juge national devait acquérir la conviction que les AMM sont en mesure, en raison des circonstances de l'espèce, par exemple les missions qui leur sont confiées en matière d'infrastructure portuaire, les données géographiques ou la faible importance économique des ports en question, d'influer à leur gré sur le marché en cause, il conviendrait alors de rechercher si l'État a placé les AMM dans une situation telle qu'elles enfreignent nécessairement l'article 82 CE [49].

74. Deux catégories distinctes de comportements abusifs sont envisageables ici: l'exploitation abusive, d'une part, et l'entrave abusive, d'autre part.

75. Il y a exploitation abusive lorsque «le détenteur de cette position [dominante] a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transactions qu'il

48 — Arrêt TNT Traco, précité (note 9), point 44, renvoyant aux arrêts GT-Link, précité (note 22), point 33, et Dusseldorp e.a., précité (note 33), point 61. Voir également l'arrêt Sydhavnens Sten & Grus, précité (note 22), point 66.

49 — Voir également l'arrêt Sydhavnens Sten & Grus, précité (note 22), point 67: «La Cour a ainsi jugé qu'un État membre pouvait, sans enfreindre l'article 86 du traité, accorder des droits exclusifs à certaines entreprises dans la mesure où ces dernières n'exploitaient pas leur position dominante de façon abusive ou n'étaient pas nécessairement amenées à commettre de tels abus», renvoyant à l'arrêt du 18 juin 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949, point 41).

n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace» [50].

76. Relèvent en particulier de cette catégorie les cas dans lesquels «l'entreprise détentrice de [la position dominante] exige, pour ses services, des prix non équitables ou disproportionnés par rapport à la valeur économique de la prestation fournie» [51].

77. La Cour estime qu'«il doit en aller ainsi à plus forte raison lorsqu'une telle entreprise bénéficie d'une rémunération pour des services qu'elle n'a pas fournis elle-même» [52].

78. L'avocat général Alber avait au contraire indiqué, dans l'affaire TNT-Traco, que la perception d'un droit ne saurait être assimilée à un abus prenant la forme d'une rémunération forcée de services non rendus, car cette imposition n'aurait pas pu être obtenue par une entreprise en situation de position dominante [53].

79. Cette interprétation restrictive de l'article 86, paragraphe 1, CE ne va pas sans soulever quelques difficultés, dans la mesure où cette disposition vise précisément les cas dans lesquels l'État amène ou contraint les entreprises sur lesquelles il influe à adopter un comportement que l'entreprise concernée n'aurait pas adopté seule.

80. Mais, pour autant, la transposition dans la présente affaire de la solution retenue dans l'arrêt TNT-Traco ne paraît pas non plus convaincante. J'admets, certes, avec la Commission, qu'il est indifférent, *économiquement*, qu'une entreprise publique perçoive elle-même une taxe, ou qu'elle reçoive le produit — ou une partie du produit — d'une taxe perçue par l'État. Mais, juridiquement, je vois une différence significative dans le fait que, dans un cas, l'entreprise est «poussée» à adopter un comportement déterminé alors que, dans l'autre cas — en l'espèce —, l'entreprise n'affiche absolument aucun comportement en ce qui concerne la taxe.

81. C'est donc, à mon sens, plutôt du point de vue des effets de la réglementation en cause qu'il convient d'examiner l'abus. Selon la jurisprudence de la Cour, une mesure étatique qui entraîne l'extension ou le renforcement de la position dominante d'une entreprise à laquelle l'État a octroyé des droits spéciaux ou exclusifs constitue une violation de l'article 86 CE, en liaison avec l'article 82 CE [54].

50 — Arrêt United Brands/Commission, précité (note 27), points 248 et suiv.

51 — Arrêt TNT-Traco, précité (note 9), point 46, renvoyant aux arrêts Centre d'insémination de la Crespelle, précité (note 12), point 25, et GT-Link, précité (note 22), point 39.

52 — Arrêt TNT Traco, précité (note 9), point 47.

53 — Points 66 et 67 des conclusions dans l'affaire TNT-Traco, précitée (note 9).

54 — Voir arrêt Ambulanz Glöckner, précité (note 10), point 40, renvoyant aux arrêts GB-Inno-BM, précité (note 31), point 21, et Dusseldorp e.a., précité (note 33), point 61.

82. Dans l'affaire TNT Traco, l'avocat général Alber avait vu, dans le fait que la concurrence était faussée au profit de l'activité de Poste italiane — et donc dans l'extension de la position dominante de Poste italiane sur un certain marché par la pénalisation des concurrents sur un autre marché —, un abus [55].

83. La Commission défend également en l'espèce la position qu'elle avait déjà soutenue dans l'affaire TNT Traco, selon laquelle l'abus réside dans l'extension de la position dominante sur un marché donné par la pénalisation de l'ensemble des concurrents. Elle estime que, ici aussi, le transfert de ressources renforce la position de l'AMM sur le marché du transbordement du fret.

84. À mon sens, l'exploitation abusive de l'éventuelle position dominante de l'AMM pourrait résider dans le fait que l'attribution d'une partie du produit de la taxe portuaire a pour effet de fausser la concurrence. Le gouvernement italien a en effet fait valoir que cette attribution de ressources sert en définitive à «soutenir les prix»: elle permet en effet à l'AMM de fournir leurs services à des prix inférieurs aux prix du marché. Il ressort de ces propos que l'AMM pratique en réalité des prix trop bas — et non pas trop élevés —, donc tout aussi disproportionnés par rapport au prix du marché. Mais, si cette attitude est délibérément dirigée contre les concurrents, cela constitue là encore un abus [56].

ii) L'entrave au commerce entre États membres

85. Si un abus de position dominante éventuelle devait être établi, il resterait enfin à examiner si cet abus de position dominante ainsi constaté est susceptible d'affecter le commerce entre États membres [57].

86. Le commerce n'est affecté que si, «sur la base d'un ensemble d'éléments de fait et de droit, [il est permis] d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres. Il faut, en outre, que cette influence ne soit pas insignifiante» [58].

55 — Arrêt précité (note 9), point 74 des conclusions.

56 — La Cour a de même jugé, précédemment, qu'une entreprise qui pratique une baisse sélective de prix exploite abusivement sa position dominante si ces bas prix sont dirigés contre un concurrent: arrêt Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, précité (note 32), point 117.

57 — Voir, par exemple, les arrêts Bodson, précité (note 21), point 22; GT-Link, précité (note 22), point 44, et Ambulanz Glöckner, précité (note 10), point 48.

58 — Arrêt Ambulanz Glöckner, précité (note 10), point 48, renvoyant à l'arrêt du 28 avril 1998, Javico (C-306/96, Rec. p. I-1983, point 16).

87. S'agissant de services, cette influence peut consister «dans le fait que les activités en cause sont organisées de telle façon que le marché commun est compartimenté et la liberté des prestations des services [...] entravée [...]. De même, le commerce entre États membres peut être affecté par une mesure qui empêche une entreprise de s'établir dans un autre État membre pour y fournir des services sur le marché en cause» [59].

88. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, eu égard aux caractéristiques économiques du marché local du transbordement du fret, il existe un degré suffisant de probabilité que l'affectation d'une partie des taxes portuaires aux AMM empêche effectivement d'autres opérateurs de fournir des services analogues dans les ports italiens concernés [60]. Pour ce qui est du litige principal, il est en particulier plausible que d'autres entreprises qui veulent fournir des services de transbordement du fret dans les ports de Cagliari et de Portovesme, ou qui veulent procéder au déchargement par leurs propres moyens, soient dissuadées ou empêchées d'entreprendre une activité sur ce marché par les prix plus avantageux que l'AMM de Cagliari pratique grâce au transfert d'une partie de la taxe portuaire.

59 — Arrêt Ambulanz Glöckner, précité (note 10), point 49, avec renvois.

60 — Voir aussi, en ce sens, arrêt Ambulanz Glöckner, précité (note 10), point 50.

e) Justification au titre de l'article 86, paragraphe 2, CE

89. Dans l'hypothèse où le juge national estimerait, sur la base de l'analyse qui précède, que la réglementation nationale en cause relève de l'interdiction établie par les dispositions combinées des articles 86, paragraphe 2, CE, et 82 CE, il resterait enfin à déterminer si l'on est en présence d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE, comme le gouvernement italien le soutient.

90. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 86, paragraphe 2, CE peut être invoqué pour justifier l'octroi, par un État membre, à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, de droits exclusifs contraires notamment à l'article 82 CE, dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits, et pour autant que le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté [61].

91. Il convient donc de rechercher si les AMM ont été chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, et

61 — Arrêt Sydhavnens Sten & Grus, précité (note 22), point 74.

dans quelle mesure l'attribution préférentielle de ressources est nécessaire pour qu'elles puissent s'acquitter des missions qui leur ont été imparties.

i) Services d'intérêt économique général

92. L'application de l'article 86, paragraphe 2, CE suppose [62] que l'État membre définisse le contenu des obligations et des contraintes qu'il impose dans le cadre de la mission d'intérêt général, que ces obligations soient en outre spécifiques à cette entreprise et à ses activités, qu'elles présentent un lien avec l'objet du service d'intérêt économique général en cause, et qu'elles visent directement à satisfaire cet intérêt.

93. Il ressort du présent dossier que, d'une part, les AMM fournissent directement des services à l'État, dans la mesure où elles gèrent et entretiennent une partie des installations portuaires [63]. D'autre part, elles fournissent des services à d'autres opérateurs, dans la mesure où elles prennent en particulier part à la concurrence sur le marché du transbordement du fret et offrent leurs services sur ce marché.

94. Les services fournis par les AMM peuvent servir l'intérêt économique général à un double point de vue. Le gouvernement italien estime ainsi que,

— d'une part, ils contribuent à maintenir la capacité de fonctionnement des installations portuaires et la sécurité de l'amarrage des navires dans le port et,

— d'autre part, les AMM sont chargées d'assurer le transbordement du fret à des tarifs modérés, spécialement dans les ports de dimension modeste. En d'autres termes, les AMM doivent garantir le maintien d'une infrastructure portuaire de grande qualité et l'accès à cette infrastructure dans l'esprit d'un service universel, y compris dans des ports présentant manifestement un attrait économique moindre.

95. Par le passé, la Cour n'a admis ni «que l'exploitation de tout port de commerce relève de la gestion d'un service d'intérêt économique général ni que [...] l'ensemble des prestations fournies dans un tel port relève d'une telle mission» [64]. La Cour a néanmoins jugé que certains services fournis dans des ports, tels la fourniture d'un service universel de lamanage [65] ou certains

62 — Arrêt du 23 octobre 1997, Commission/France (C-159/94, Rec. p. I-5815, points 65 à 69).

63 — Voir notamment loi n° 961/67, précitée.

64 — Arrêt GT-Link, précité (note 22), point 52. Voir aussi arrêt Merci convenzionali porto di Genova, précité (note 11), points 25 et suiv., et conclusions de l'avocat général Van Gerven dans cette affaire, point 27.

65 — Arrêt Corsica Ferries France, précité (note 49), point 45.

privilèges accordés à un port fluvial [66], constituent des services d'intérêt économique général.

96. L'élément décisif de la qualification de service d'intérêt économique général est que le service en question revête «un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique» [67]. Dans l'arrêt Corsica Ferries France [68], a été considéré comme caractère spécifique le fait que, pour des raisons de sécurité, le service devait être fourni à tout moment à tous les usagers du port. Dans l'arrêt GT-Link, la Cour n'a pas exclu que «la simple mise à disposition d'infrastructures portuaires puisse être qualifiée de service d'intérêt économique général» [69]. Enfin, la Cour a reconnu, dans l'arrêt SIOT [70], «les avantages plus généraux qui résultent de l'utilisation des eaux ou installations portuaires dont la navigabilité et l'entretien sont à charge des autorités publiques».

97. À mon sens, le juge national devra donc en particulier rechercher dans quelle mesure les AMM ont été chargées, au travers du transbordement de fret, de la mission de fournir un service universel d'infrastructures portuaires et de services portuaires. Il convient à cet égard de tenir compte des critères de la jurisprudence: fourniture des services à tous, à tout moment, à des tarifs uniformes, et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs [71].

98. En ce qui concerne l'infrastructure portuaire, il convient de noter que l'entretien d'installations portuaires contribue par nature à la sécurité de ces installations, et donc à la sécurité de la navigation dans le port. Il n'est pas précisé en l'espèce en quoi les services précisés ci-dessus, que les AMM fournissent à l'État, présentent des caractères spécifiques qui pourraient justifier une compensation en fonction de l'utilisation, sur la base des coûts supportés [72]. Cette imprécision est sans doute due au fait que ces services ne sont pas le sujet du litige principal.

99. La fourniture de services de transbordement de fret à des prix modérés est liée à la question du service universel et exige un examen différencié. Certes, selon la jurisprudence citée [73], «des opérations portuaires d'embarquement, de débarque-

66 — Arrêt du 14 juillet 1971, Muller e.a., dit «Port de Mertert» (10/71, Rec. p. 723, point 11).

67 — Voir, en particulier, arrêt GT-Link, précité (note 22), point 53.

68 — Précité (note 49).

69 — Précité (note 22), point 54.

70 — Arrêt du 16 mars 1983 (266/81, Rec. p. 731, point 21).

71 — Voir, ainsi, arrêts du 27 avril 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Rec. p. I-1477, point 48); ainsi que Corbeau, précité (note 20), point 15, et, sur le monopole du gaz et de l'électricité, Commission/France, précité (note 62), points 57 et 58. Voir également les propos de Blum et Logue, *State monopolies under EC Law*, p. 175 et suiv.

72 — En ce qui concerne le marché des services au sol dans les aéroports, l'article 16, paragraphe 3, de la directive 96/67/CE du Conseil, du 15 octobre 1996, relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté (JO L 272, p. 36), prévoit la possibilité de soumettre l'accès aux installations aéroportuaires à la perception d'une rémunération, en particulier pour les usagers pratiquant l'auto-assistance. L'interprétation de cette disposition fait l'objet de l'affaire Flughafen Hannover-Langenhagen (C-363/01), pendante devant la Cour.

73 — Voir note 64.

ment, de transbordement, de dépôt et de mouvement en général des marchandises ou de tout matériel dans le port ne revêtent pas nécessairement un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique». Par ailleurs, il est prévu, à l'article 6 de la proposition modifiée de directive concernant l'accès au marché des services portuaires (COM/2002/0101 final), que la délivrance d'autorisations aux fournisseurs de services portuaires peut être assortie d'«obligations de service public concernant la sécurité, la régularité, la continuité, la qualité, ainsi que le prix et les conditions auxquels le service peut être fourni».

100. Le fait, invoqué par le gouvernement italien, que les ports dans lesquels les AMM ont été instaurées sont des ports à faible trafic pourrait ainsi être considéré comme un tel «caractère spécifique», au sens de la jurisprudence précitée.

ii) Caractère nécessaire

101. Mais, même si les missions confiées aux AMM pouvaient effectivement être considérées en elles-mêmes comme étant d'intérêt économique général, le gouvernement de l'État membre concerné devrait démontrer de manière convaincante à la juridiction de renvoi que la délégation de droits exclusifs — en l'occurrence sous la forme d'un transfert de ressources [74] — est nécessaire pour que l'entreprise s'acquitte de la mission particulière qui lui est impartie et que, en l'absence de la mesure litigieuse, l'entreprise en question serait incapable de remplir la tâche qui lui a été confiée [75].

102. La question qui se pose est donc celle de savoir dans quelle mesure le transfert de ressources est nécessaire pour que les AMM puissent s'acquitter de ces tâches éventuelles [76]. Tel ne serait le cas que si le gouvernement italien pouvait démontrer que les ressources transférées compensent les charges créées par leurs missions particulières. Il ressort de l'argumentation du gouvernement italien lui-même que cela est à tout le moins douteux.

103. En effet, il convient tout d'abord de rappeler que le gouvernement italien devrait identifier clairement les contraintes découlant de la prise en charge de missions particulières [77].

74 — Voir ci-dessus (points 55 et suiv.) mes réserves sur l'analyse du transfert de ressources comme octroi de droit exclusifs. Dans le cadre de l'article 86, paragraphe 2, CE, rien n'empêche d'analyser le transfert de ressources comme octroi de droits exclusifs, puisque l'article 86, paragraphe 2, CE peut aussi être invoqué pour justifier l'octroi d'une aide.

75 — Arrêt Dusseldorp e.a., précité (note 33), point 67.

76 — Voir arrêt Commission/France, précité (note 62), point 96, sur les monopoles du gaz et de l'électricité: une dérogation aux règles du traité n'est admise que si elle est nécessaire pour permettre à l'entreprise retenue d'accomplir la mission particulière qui lui a été impartie dans des conditions économiquement acceptables.

77 — Voir ci-dessus, point 101.

104. En outre, l'attribution d'une partie du produit de la taxe portuaire ne constitue visiblement pas la seule source de financement des AMM. Il ressort du cadre juridique national que les frais d'acquisition de nouveaux biens ne sont pris en charge par l'État que dans la mesure où le budget des AMM ne permet pas d'autre solution. Cela montre, au demeurant, que l'intervention de l'État en vue d'assurer l'équilibre budgétaire est tout à fait variable. Les AMM disposent également du produit des biens qu'elles administrent et des fonds provenant d'emprunts ou d'autres opérations financières.

105. On voit donc qu'il ne semble guère possible d'établir une comparaison fiable entre les charges imposées aux AMM par d'éventuelles missions particulières et la compensation accordée à ce titre par l'État. La transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques recherchée par la directive 2000/52/CE de la Commission [78] fait manifestement défaut [79]. L'impossibilité de comparer les charges des AMM et les compensations accordées par l'État jouera également un rôle dans l'appréciation du litige principal au regard du droit des aides [80].

106. De plus, la loi n ° 84/94 a manifestement confié à l'autorité portuaire étatique l'administration des installations portuaires, en même temps qu'elle lui a transféré une partie de la taxe portuaire, mais non le chargement et le déchargement des marchandises, qui continuent à être assurés par les AMM. Il semble évident que le transfert de ressources en cause n'est pas vraiment nécessaire pour assurer la mise à disposition de services de transbordement à des prix modérés.

107. Au vu des circonstances exposées, une justification au titre de l'article 86, paragraphe 2, CE ne semble donc pas envisageable; c'est toutefois au juge national qu'il appartient de procéder à un examen approfondi sur la base des critères indiqués.

f) Sur la cinquième question préjudicielle, dans la mesure où elle porte sur un abus de position dominante

108. Par la cinquième question préjudicielle, dans la mesure où elle porte sur un abus de position dominante, la Corte suprema di cassazione souhaiterait, en substance, savoir comment l'existence de l'exploitation abusive d'une position dominante contraire à l'article 86, paragraphe 1, CE se répercuterait sur le présent régime d'imposition.

78 — Directive du 26 juillet 2000, modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 193, p. 75).

79 — On relèvera à ce propos que la proposition modifiée de directive concernant l'accès au marché des services portuaires, précitée (note 24), vise à instaurer la transparence des relations financières entre États membres et ports: voir en particulier son article 12 sur la comptabilité relative aux activités de services portuaires.

80 — Voir à cet égard ci-après, points 138 et suiv.

109. Il convient tout d'abord de rappeler que, même dans le cadre de l'article 86 CE, les dispositions de l'article 82 CE «ont un effet direct et engendrent pour les justiciables des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder» [81]. La Cour a ensuite jugé que les personnes ou entreprises, auxquelles des taxes portuaires contraires aux dispositions combinées des articles 86, paragraphe 1, CE et 82 CE ont été imposées par une entreprise publique, ont en principe droit au remboursement des taxes indûment payées [82].

110. Mais, dans le cas d'espèce, la taxe est imposée, non pas par une entreprise publique, mais par l'État, qui affecte une part importante de ces fonds aux AMM. La position dominante éventuelle des AMM n'est consolidée par le régime de taxation présentement en cause que dans la mesure où les recettes de cette taxe sont partiellement affectées aux AMM.

111. Si le juge national devait établir une exploitation abusive de position dominante sur le marché, la violation du droit communautaire ne porterait que sur la partie du produit de la taxe qui est affectée aux AMM.

81 — Arrêt GT-Link, précité (note 22), point 57.
82 — Ibidem, point 61.

V — Sur la troisième question préjudicielle, et sur la cinquième question préjudicielle dans la mesure où elle porte sur l'aide d'État

112. En vertu de l'article 87 CE, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

113. Dans sa troisième question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'affectation aux AMM d'une part importante de la taxe portuaire en cause constitue une aide d'État. En cas de réponse positive, elle souhaite savoir si elle ne peut pas appliquer la réglementation en cause, parce que l'aide n'a pas été notifiée à la Commission. Elle souhaite enfin savoir si la violation du droit communautaire affecte la perception de la taxe, ou seulement son transfert partiel.

A — *Arguments des parties*

114. *Enirisorse* et la *Commission* font valoir que l'AMM de Cagliari est une

entreprise, et que le transfert d'une partie du produit de la taxe portuaire s'effectue de manière sélective. Ce transfert affecte le commerce entre États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence, dans la mesure où l'AMM est en concurrence avec des entreprises d'autres États membres, qui entendent effectuer le transbordement du fret avec leurs moyens propres.

115. Le transfert constitue, selon elles, un avantage financier, provenant manifestement de ressources d'État. La *Commission* relève cependant, à cet égard, que la Cour a jugé, dans l'affaire PreussenElektra [83], que l'obligation, faite à des entreprises privées d'approvisionnement en électricité, d'acheter à des prix minimaux fixés l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables n'entraîne aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État aux entreprises productrices de ce type d'électricité, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. Bien qu'il se produise clairement, en l'espèce, un transfert de ressources d'État, puisqu'une taxe portuaire est versée à l'État, qui attribue à son tour une partie de son produit aux AMM, la Commission estime que le cas d'espèce est comparable à l'affaire PreussenElektra du point de vue économique parce que, dans les deux cas, un système de transfert de ressources a été mis en place. Il n'y a pas lieu de s'appuyer sur les modalités de paiement — à l'État en l'espèce, à une entreprise dans l'affaire PreussenElektra —, ce qui serait incompatible avec le principe selon lequel ce sont surtout les effets qui importent dans le régime des aides.

83 — Précité (note 14).

116. La Commission estime ensuite qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer si la mesure en cause affecte le commerce entre États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence.

117. Le *gouvernement italien* soutient que la mesure en cause ne constitue pas une aide d'État illégale. La taxe portuaire est nécessaire, pour des motifs socio-économiques, et conforme à l'intérêt général [84]. Il invoque la faiblesse du trafic dans le port de Portovesme et fait valoir que les prix augmenteraient considérablement dans de tels ports si les prix des prestations des AMM étaient calculés selon des critères de pure rentabilité économique. Aux termes de l'arrêt PreussenElektra [85], les coûts d'un service public peuvent en outre être répartis sur un plus grand nombre d'entreprises, pour pouvoir maintenir ce service.

118. Au demeurant, la mesure serait également justifiée en tant qu'aide destinée à faciliter le développement de certaines activités et de certaines régions économiques, au sens de l'article 87, paragraphe 3, sous c), CE.

119. Il en conclut que la juridiction nationale n'est pas habilitée à procéder sur le fondement de l'article 88, paragraphe 3, CE.

84 — Sur ces arguments, voir également ci-dessus, point 28.

85 — Précité (note 14).

120. *Enirisorse* et la *Commission* excluent que la réglementation en cause soit justifiée au titre de l'article 86, paragraphe 2, CE. La Commission ne décèle, dans l'ordonnance de renvoi, aucun élément de fait propre à établir la nécessité de services d'intérêt économique général. C'est aussi pourquoi l'arrêt Ferring [86] ne serait pas transposable au cas d'espèce. Enirisorse soutient en outre que le fait que des AMM n'aient pas été établies dans tous les ports italiens montre que leur activité n'est pas nécessaire. Selon elle et selon la Commission, la réglementation est en tout état de cause illégale parce qu'elle n'a pas été notifiée à la Commission.

B — *Appréciation juridique*

1) Sur la recevabilité de la troisième question préjudicielle

121. La juridiction de renvoi soulève elle-même aussi la question de la recevabilité de la troisième question: elle mentionne que le litige principal porte sur l'obligation d'acquitter la taxe et sur la légalité de la *perception* de la taxe, alors que la troisième question préjudicielle porte explicitement sur le *transfert* d'une partie du produit de la taxe à une entreprise publique.

86 — Arrêt du 22 novembre 2001 (C-53/00, Rec. p. I-9067).

122. La question de savoir si le transfert de ressources doit être qualifié d'aide pourrait donc être indifférente au regard de la question de la légalité de la perception de la taxe qui est posée dans le litige principal. Selon la jurisprudence de la Cour, «les redevables d'une contribution obligatoire ne sauraient exciper de ce que l'exonération dont bénéficient d'autres personnes constitue une aide d'État pour se soustraire au paiement de ladite contribution» [87]. La Cour a donc jugé que la question de savoir si une exonération de taxe constitue une aide d'État est manifestement indifférente au regard de procédures qui portaient sur une obligation d'acquitter une taxe. Cette jurisprudence pourrait donc être entendue en ce sens que le fait qu'une mesure soit qualifiée d'aide d'État entraîne, certes, ipso facto la restitution des montants indûment versés, mais non l'exonération de la taxe.

123. Mais, dans le cas d'espèce, le litige principal porte sur l'obligation d'acquitter une taxe. À l'audience, Enirisorse a, au reste, encore expressément indiqué qu'elle souhaite, en invoquant le droit des aides, éviter de payer la taxe portuaire.

124. À mon sens, la recevabilité de la troisième question, conjuguée avec la cinquième question, doit néanmoins être admise, pour plusieurs raisons.

87 — Arrêt du 20 septembre 2001, Banks (C-390/98, Rec. p. I-6117, point 80), renvoyant aux arrêts du 9 mars 2000, EKW et Wein & Co (C-437/97, Rec. p. I-1157, points 51 à 54), et du 13 juillet 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Rec. p. I-6049, points 26 à 29).

125. Il convient en premier lieu de rappeler la jurisprudence précitée de la Cour, selon laquelle c'est en principe au juge national qu'il incombe de statuer sur la nécessité d'une décision préjudicielle [88].

126. Il convient ensuite de relever que le gouvernement français a déjà développé une argumentation comparable dans les affaires Ferring [89] et GEMO [90]. Dans l'affaire Ferring, cette argumentation a été réfutée par l'avocat général Tizzano [91]; la Cour ne l'a plus abordée dans son arrêt. Dans l'affaire GEMO, l'avocat général Jacobs s'est rallié à l'argumentation de l'avocat général Tizzano [92].

127. Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi a en outre jugé opportun de saisir la Cour, précisément en raison de la question de savoir si, dans le cadre de la qualification comme aide d'État, la perception de la taxe peut être considérée isolément de l'affectation d'une partie de ses recettes, donc de son utilisation. La troisième question préjudicielle apparaît, dans ce contexte, comme une question préalable à la cinquième question préjudicielle. Il semble donc indispensable d'aborder le fond de la troisième question préjudicielle, ne serait-ce que pour déterminer s'il est du ressort du droit communautaire de répondre à la question de savoir si l'invalidité éventuelle — découlant de l'article 88, paragraphe 3, CE — de l'affectation des ressources en question s'étend également à l'opération de perception [93].

128. La troisième question préjudicielle est par conséquent recevable.

2) Sur les troisième et cinquième questions préjudicielles

129. Dans la première partie de la troisième question préjudicielle, la Corte suprema di cassazione souhaite savoir, en substance, si l'affectation partielle de la taxe portuaire aux AMM constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

a) Sur les éléments constitutifs de la notion d'aide

130. Une mesure relève de l'interdiction établie à l'article 87, paragraphe 1, CE,

88 — Voir ci-dessus, points 28 et suiv., et la jurisprudence citée à la note 14.

89 — Arrêt précité (note 86).

90 — C-126/01, arrêt du 20 novembre 2003, conclusions de l'avocat général Jacobs lues le 30 avril 2002

91 — Points 20 à 24 des conclusions dans l'affaire précitée (note 86).

92 — Voir, en particulier, points 35 à 48 des conclusions précitées (note 90).

93 — Voir à cet égard ci-après, points 177 et suiv.

— si elle confère un avantage unilatéral à certaines entreprises ou à certaines productions,

— si l'avantage est accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État,

— si l'avantage fausse ou menace de fausser la concurrence et

— si la mesure affecte les échanges entre États membres.

131. Dans le cas d'espèce, il est manifestement constant que les AMM sont des *entreprises* au sens du droit de la concurrence [94].

132. Au demeurant, l'attribution d'une partie des recettes de la taxe portuaire ne bénéficie pas à toutes les entreprises portuaires d'Italie, puisqu'elle n'est accordée qu'aux AMM instituées dans six ports italiens, de sorte que la mesure est aussi marquée par une certaine *sélectivité* [95].

133. Cette attribution constitue aussi un *transfert de ressources d'État*, car elle s'effectue directement à partir des recettes provenant de la taxe portuaire perçue par l'administration des finances. Il s'agit donc d'une subvention positive de l'État, ce en quoi le cas présent diffère de l'affaire PreussenElektra [96].

134. Sur la question de la *distorsion de concurrence* et de l'*entrave aux échanges intracommunautaires*, il convient de retenir que, «lorsqu'un avantage accordé par un État membre renforce la position d'une catégorie d'entreprises par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par cet avantage» [97].

135. En l'espèce, la mesure en cause affecte sans doute les échanges intracommunautaires de marchandises, dans la mesure où elle est liée aux services portuaires. On peut donc penser que, dans les ports concernés, des marchandises d'autres États membres sont transbordées, de sorte qu'il est vraisemblable que le commerce intracommunautaire est affecté, sous réserve d'une analyse approfondie de la juridiction nationale.

94 — Voir à cet égard ci-dessus, points 35 et 36.

95 — Sur la condition de la sélectivité, voir en particulier l'arrêt du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Rec. p. I-8365, points 34 et 35).

96 — Arrêt précité (note 14).

97 — Arrêt Ferring, précité (note 86), point 21, renvoyant à l'arrêt du 17 septembre 1980, Philip Morris Holland/Commission (730/79, Rec. p. 2671, point 11).

136. On peut également penser que les AMM sont en concurrence, dans le secteur du transbordement du fret, avec des entreprises d'autres États membres, en particulier avec celles qui opèrent en régime d'auto-assistance, de sorte que le risque de distorsion de la concurrence est là aussi plausible.

137. Enfin, on peut surtout se demander si la mesure en cause a un *effet bénéfique*. Le gouvernement italien le conteste, en invoquant à cet égard la compensation correspondant aux services d'intérêt économique général.

b) Versements compensatoires de l'État pour des services d'intérêt économique général: état de la discussion

138. Le traitement réservé dans la jurisprudence de la Cour [98] aux versements compensatoires de l'État pour des services d'intérêt économique général suscite un vif débat dans la doctrine [99], mais aussi parmi les avocats généraux [100], d'autant que ces services sont au cœur du débat politique [101].

139. En raison des réserves que j'ai déjà exprimées [102] sur la possibilité de justifier la réglementation en cause au titre de l'article 86, paragraphe 2, CE, je n'aborderai ici cette discussion qu'à titre complétif, dans l'hypothèse où la Cour jugerait opportun d'examiner tout d'abord la mesure nationale au regard du droit des aides.

i) L'arrêt Ferring [103] au regard de la jurisprudence antérieure et de la pratique de la Commission

140. L'affaire Ferring portait essentiellement sur la question de savoir si une exonération de taxe relève du domaine d'application du droit des aides lorsqu'elle vise à compenser les obligations particulières liées à la prestation de services d'intérêt économique général.

98 — Voir en particulier l'arrêt Ferring, précité (note 86), mais aussi l'arrêt Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, précité (note 95).

99 — Voir, en particulier, Nettesheim, «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», *EWS* 2002, p. 253; Gundel, «Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht», *RIW* 2002, p. 222, et Ruge, *EuZW*, 2002, p. 50.

100 — Voir les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, arrêt du 24 juillet 2003, Rec. p. I-7747, p. I-7751) et de l'avocat général Jacobs dans l'affaire GEMO, précitée (note 90).

101 — Voir les documents cités par l'avocat général Jacobs à la note 50 de ses conclusions dans l'affaire GEMO, précitée (note 90). Voir également, plus récemment, la communication de la Commission — Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général (COM/2002/331 final) et l'avis exploratoire du Conseil économique et social du 17 juillet 2002 sur les services d'intérêt général (860-2002). Il convient également de mentionner à cet égard l'article 36 de la charte des droits fondamentaux: «L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union».

102 — Voir ci-dessus, points 92 et suiv.

103 — Précité (note 86).

141. La réflexion de la Cour s'est appuyée sur la constatation que «l'existence d'un avantage au sens de l'article [86, paragraphe 1, CE] ne saurait être automatiquement déduite de la différence de traitement dont font l'objet les entreprises concernées» [104]. Il en résulte que cet avantage est absent «dès lors que ladite différence de traitement est justifiée par des raisons tenant à la logique du système» [105].

142. Le fait que certaines entreprises soient exonérées de la taxe en cause peut être considéré, selon la Cour, comme la contrepartie des prestations effectuées pour l'accomplissement de leurs obligations de service public et ne constituent donc pas une aide d'État dans la mesure où le surcoût supporté par les entreprises du fait de ces services d'intérêt général est ainsi couvert [106].

143. La compensation accordée par l'État au titre des charges supportées pour l'accomplissement d'obligations de service public ne constitue donc pas un fait constitutif d'aide, dès lors que cette compensation n'excède pas les coûts effectivement supportés, parce que l'avantage économique est alors absent.

144. Ce traitement des versements compensatoires sur le plan du fait constitutif de l'aide doit être relevé parce que la Cour s'est écartée là de sa propre jurisprudence [107] et de la pratique de la Commission [108], sans s'interroger sur les conséquences de cette modification.

145. Le point de départ retenu par la Cour dans l'arrêt Ferring ne s'écarte pourtant pas énormément de la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire ADBHU [109]. Elle avait en effet estimé, dans cet arrêt, que l'indemnité prévue par la directive 75/439/CEE du Conseil [110], qui était financée selon le principe pollueur-payeur — le cas échéant par une taxe perçue sur les matières dont l'utilisation produit des huiles usagées, ou sur les huiles usagées, n'excédant pas les coûts annuels réels —, n'était pas une aide, mais le prix représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises de ramassage ou d'élimination.

104 — Ibidem, point 17.

105 — Voir la formulation analogue de l'arrêt Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, précité (note 95), point 42: «Conformément à la jurisprudence de la Cour, ne remplit pas [la] condition de sélectivité une mesure qui, quoique constitutive d'un avantage pour son bénéficiaire, se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit».

106 — Arrêt Ferring, précité (note 86), point 27.

107 — Voir la jurisprudence citée sous les notes 112 et 113. Sur l'état de la jurisprudence avant l'arrêt Ferring, voir: Kœnig, Kühling et Ritter, *EG-Beihilfenrecht*, p. 33.

108 — Voir, sur cette pratique décisionnelle: Chérot, J.-Y., «Financement des obligations de service public et aides d'État», *Europe* 2000, p. 4. On peut mentionner, à titre d'exemple de la prise en considération du modèle de justification par la Commission, la décision 1999/133/CE du 10 juin 1998 relative à l'aide d'État en faveur de la Coopérative d'exportation du livre français (CELF) (JO 1999, L 44, p. 37): la Commission a examiné la compensation en cause dans cette affaire dans le cadre d'un système français de promotion de l'exportation de livres à la lumière de l'article 87, paragraphes 1 et 3, sous d), CE. Estimant que cette dernière disposition était applicable, elle n'a pas examiné l'article 86, paragraphe 2, CE.

109 — Arrêt du 7 février 1985 (240/83, Rec. p. 531, point 18).

110 — Directive du 16 juin 1975, concernant l'élimination des huiles usagées (JO L 194, p. 23).

146. Cette position a été rejetée dans un arrêt du Tribunal de première instance [111], au motif notamment que la notion d'aide doit être entendue de manière objective — c'est-à-dire sans tenir compte des objectifs de la subvention —, de sorte que la question de savoir si l'avantage accordé a pour objet de compenser une charge relève du problème de la justification. La Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal par ordonnance [112], sans examiner toutefois la question de savoir s'il n'existait pas déjà par définition une aide.

147. Dans l'arrêt Banco Exterior de España [113], la Cour a à nouveau jugé qu'une exonération de taxe accordée en Espagne aux banques publiques devait être qualifiée d'aide, une application de l'article 86, paragraphe 2, CE n'entrant pas en ligne de compte aussi longtemps que la Commission n'a pas constaté l'incompatibilité de l'aide avec le marché commun.

ii) La critique de l'arrêt Ferring

148. Dans ses conclusions dans l'affaire Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg [114], l'avocat général Léger s'est prononcé pour l'abandon du modèle du fait constitutif, tel qu'il a été retenu dans l'arrêt Ferring.

149. L'avocat général Léger s'appuie essentiellement sur trois ordres d'arguments:

— la notion d'aide est une notion objective;

— le modèle du fait constitutif risque de vider l'article 86, paragraphe 2, CE de sa substance, puisque cette disposition ne peut plus s'appliquer aux cas où la compensation accordée n'excède pas le coût des obligations de service public (cette disposition ne peut pas non plus entrer en ligne de compte dans les autres cas, puisqu'une surcompensation qui conduirait dans de tels cas à conclure à l'existence d'une aide ne peut pas être nécessaire au sens de cette disposition);

— le modèle du fait constitutif restreint le rôle de la Commission dans le contrôle des mesures de financement des services publics.

111 — Arrêt du 27 février 1997, FFSA e.a./Commission (T-106/95, Rec. p. II-229). Le Tribunal a gardé la même attitude dans son arrêt du 10 mai 2000, SIC/Commission (T-46/97, Rec. p. II-2125).

112 — Ordonnance du 25 mars 1998, FFSA e.a./Commission (C-174/97 P, Rec. p. I-1303).

113 — Arrêt du 15 mars 1994 (C-387/92, Rec. p. I-877). Voir également, explicitement, l'arrêt du 22 juin 2000 France/Commission (C-332/98, Rec. p. I-4833, points 31 et suiv.).

114 — Précitées (note 100).

150. Enfin, dans ses conclusions dans l'affaire GEMO [115], l'avocat général Jacobs a critiqué aussi bien l'arrêt Ferring que les arguments avancés par l'avocat général Léger.

151. Il est parvenu à la conclusion que ni le modèle du fait constitutif ni le modèle de la justification n'offrent une solution idéale dans tous les cas [116].

152. L'avocat général Jacobs se prononce, en résumé, pour une distinction 1) en fonction de la nature du lien entre le financement accordé et les obligations de service public imposées, et 2) selon la clarté avec laquelle ces obligations sont définies [117]. Il se prononce donc pour l'application du modèle du fait constitutif dans les seuls cas où «les mesures de financement sont clairement destinées, en tant que stricte contrepartie, à des obligations d'intérêt général clairement définies» [118]. Les autres cas doivent, selon lui, rester soumis au contrôle de la Commission en matière d'aides.

iii) Position et conclusion pour le cas d'espèce

153. Si l'on part du principe que, pour juger si une mesure étatique constitue une aide, il convient au préalable d'examiner «si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché» [119], il convient donc de rechercher si l'entreprise bénéficiaire a fourni une prestation qui implique normalement une rémunération, et si la rémunération accordée est proportionnelle à cette prestation.

154. Une solution fondée sur le fait constitutif, telle celle de l'arrêt Ferring, n'est ainsi envisageable que si la prestation et sa contrepartie sont clairement identifiables. Or, en ce qui concerne les services d'intérêt général, il convient de noter qu'il est difficile de définir un critère d'appréciation du caractère proportionnel de la compensation, dans la mesure où les services d'intérêt général trouvent généralement leur place «lorsque les seules forces du marché n'aboutissent pas à une fourniture satisfaisante de ces services» [120].

155. Une solution fondée sur le fait constitutif doit en tout état de cause être exclue lorsque les obligations d'intérêt général ne sont pas clairement définies. En pareil cas, les charges qui en résultent éventuellement, c'est-à-dire les coûts, ne peuvent, logiquement, pas être précisément déterminées. Dans de tels cas de figure, l'existence — selon la proposition de l'avocat général Jacobs — d'un lien direct et manifeste avec les obligations assumées est exclue.

115 — Précitées (note 90).
116 — Ibidem, point 117.
117 — Ibidem, point 118.
118 — Ibidem, point 119.
119 — En particulier, arrêt du 11 juillet 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Rec. p. I-3547, point 60).
120 — Voir, par exemple, la communication de la Commission du 20 septembre 2000, Les services d'intérêt général en Europe [COM (2000) 580 final, p. 3].

156. Pour ce qui est du cas d'espèce, j'ai déjà exposé que les éventuelles obligations d'intérêt général des AMM ne sont pas, à mon sens, assez clairement définies [121]. Ne serait-ce que pour cette raison, j'estime que l'existence d'un avantage économique ne saurait être exclue dès le niveau du fait constitutif. À cela s'ajoute que les charges résultant éventuellement des services d'intérêt général sont manifestement couvertes par un grand nombre de sources de financement, sans affectation explicite [122].

157. Il n'est pas contestable que des critères tels que le caractère direct ou manifeste d'un lien entre charges imposées et compensation de ces charges doivent être affinés. Mais, compte tenu du «caractère évolutif» des services d'intérêt général, souligné récemment par la Commission [123], ils fournissent un critère d'appréciation flexible. Il convient de relever, à cet égard, que l'exigence d'un lien direct et manifeste entre les charges imposées et la compensation de ces charges n'exclut pas par principe que des services d'intérêt général puissent aussi être délégués en dehors d'une procédure d'adjudication. Il faut s'en féliciter car le droit communautaire ne connaît pas d'obligation générale d'adjudication, et on ne peut exclure que d'autres types de délégation — par exemple sur la base de possibilités de négociation existant déjà de fait — garantissent une rémunération adaptée des services fournis à l'État.

158. Sur l'argument selon lequel la solution du fait constitutif ne serait pas compatible avec le caractère objectif de la notion d'aide, je pense que, si l'on examine, dès le stade du critère du fait constitutif de l'attribution de l'aide, si la subvention étatique ne fait que compenser une charge ou si elle va au-delà, on s'en tient aux effets de l'attribution des ressources. Les buts de l'attribution des ressources ne sont contrôlés que dans la mesure où cela s'impose pour déterminer les services d'intérêt général [124].

159. Le risque que l'article 86, paragraphe 2, CE soit privé de son sens ne saurait, à mes yeux, conduire à une appréciation différente. Même si tel devait être le cas compte tenu de l'article 87, paragraphe 1, CE, l'importance de l'article 86, paragraphe 2, CE dans l'application des autres dispositions régissant la concurrence et dans le domaine des libertés fondamentales reste inchangée. On pourrait tout au plus regretter un défaut de parallélisme entre les règles applicables aux aides et les autres règles de concurrence aux fins de l'application de l'article 86, paragraphe 2, CE. Mais cet aspect ne devrait pas être déterminant. D'un autre point de vue, ce parallélisme fait en effet déjà défaut: ainsi, dans le cadre de l'article 86, paragraphe 2, CE, les exigences relatives à la nécessité d'une mesure entravant la concurrence sont plus légères que les exigences en matière de

121 — Voir ci-dessus, point 106, renvoyant au point 101.

122 — Voir ci-dessus, point 108.

123 — Voir la communication de la Commission, précitée (note 101), point 3.1, sous a).

124 — Il convient néanmoins de relever, à cet égard, que le contrôle de la Cour est restreint car les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'attribution des marchés de services.

compensation d'une charge dans le cadre de l'examen au regard du droit des aides [125].

c) Sur la mission impartie aux juridictions nationales par l'article 88, paragraphe 3, CE

160. Il convient enfin d'évoquer le rôle de la Commission. Les pouvoirs de contrôle de la Commission — qui sont en tout état de cause restreints en ce qui concerne la légitimité de la concession des services — entraînent les conséquences prévues à l'article 88, paragraphe 3, CE, en particulier l'interdiction des exportations. Or cette interdiction apparaît peu opportune dans le cas de services d'intérêt général. Les doutes relatifs au modèle de la justification ont précisément surgi à ce propos [126]. Si un paiement compensatoire entraîne véritablement une surcompensation, il reste en tout état de cause loisible à la Commission d'ouvrir une procédure en manquement contre l'État membre concerné.

161. En conclusion, il convient de retenir que l'attribution d'une part importante du produit d'une taxe portuaire à une entreprise publique constitue une aide d'État au sens de l'article 87 CE si cette attribution de ressources n'a pas de lien manifeste et direct avec des charges liées à la fourniture de services d'intérêt général clairement identifiables.

162. Dans la deuxième partie de la troisième question préjudicielle, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir si, dans le cas d'une aide d'État qui n'a pas été notifiée à la Commission, il est possible, voire obligatoire, que les juridictions nationales interviennent au titre de l'article 88, paragraphe 3, CE.

163. L'intervention des juridictions nationales dans le système de contrôle des aides d'État résulte, selon la jurisprudence de la Cour, «de l'effet direct reconnu à l'interdiction qu'édicte l'article [88, paragraphe 3, troisième phrase, CE] de mettre à exécution des projets d'aide. [...] Les juridictions nationales *doivent* garantir aux justiciables que toutes les conséquences d'une violation de cette disposition seront tirées, conformément à leur droit national, en ce qui concerne tant la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires» [127] (c'est nous qui soulignons).

125 — Voir, en particulier, l'arrêt Commission/France sur les monopoles du gaz et de l'électricité, précité (note 62), point 59: il y a nécessité lorsque l'application des règles du traité fait échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations particulières. Il n'est pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée.

126 — Voir les conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Ferring, précitée (note 86), points 77 et suiv.

127 — Arrêt Adria-Wien Pipeline Wietersdorfer & Peggauer Zementwerk, précité (note 95), points 26 et 27, renvoyant à l'arrêt du 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, Rec. p. I-5505, point 12).

164. Cette obligation des juridictions nationales n'existe que pour autant que l'interdiction établie à l'article 88, paragraphe 3, CE a été enfreinte.

165. Dans la mesure donc où la réglementation nationale comporte une mesure d'aide qui n'a pas été notifiée à la Commission, il y a lieu de répondre à la question de la Corte suprema di cassazione que les juridictions nationales sont tenues d'intervenir.

d) Sur la cinquième question préjudicielle, dans la mesure où elle porte sur les aides d'État

166. Dans la partie de la cinquième question préjudicielle portant sur les aides d'État, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir si la qualification d'aide d'État se répercute sur l'ensemble de la taxe, ou seulement sur la partie transférée aux AMM.

167. Les taxes ayant une affectation déterminée sont qualifiées par la Cour de «taxes parafiscales». Parmi ces taxes, qui se caractérisent par le fait qu'elles sont destinées, dès le moment où elles sont perçues, à permettre le financement d'un transfert de ressources déterminé, il convient de distinguer, dans le cadre de l'examen des aides, deux opérations: la collecte des ressources étatiques par la perception de la taxe, et l'utilisation de ces ressources par l'attribution des recettes à un bénéficiaire. En raison de l'affectation de la taxe, il existe un certain rapport entre perception et attribution [128].

168. Mais la réglementation nationale en cause montre clairement qu'il est possible de distinguer entre perception de la taxe et affectation de son produit: depuis 1963, il existe une réglementation générale sur le prélèvement d'une taxe portuaire, qui n'a été complétée qu'en 1973 par l'adjonction d'une affectation d'une partie substantielle du produit de la taxe.

169. Dans l'arrêt Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon [129], la Cour a examiné l'instauration d'une taxe

128 — Ainsi, dans son arrêt du 25 juin 1970, France/Commission (47/69, Rec. p. 487, point 17), la Cour a estimé que, dans le cas de taxes destinées à financer une aide, «et son mode de financement, et le lien étroit qui fait dépendre le volume de [l'aide] du rendement du [mode de financement]» doivent être pris en compte dans l'appréciation des effets de l'aide.

129 — Arrêt précité (note 127).

parafiscale sans différencier entre perception et affectation. En revanche, dans son arrêt Compagnie commerciale de l'Ouest e.a., elle a distingué entre la taxe en elle-même et son affectation car «une taxe parafiscale [...] peut constituer, en fonction de l'affectation de son produit, une aide étatique, incompatible avec le marché commun» [130].

170. Cette distinction a été confirmée dans une série d'arrêts sur les taxes parafiscales, et également utilisée avec des nuances terminologiques, la Cour considérant comme aide d'État, tantôt l'affectation du produit de la taxe [131], tantôt la perception de la taxe [132].

171. La jurisprudence ne montre pas clairement si l'affectation de l'aide seule, ou aussi la perception de la taxe elle-même, doit être considérée comme une aide. L'avocat général Tesauro a exhaustivement traité cette question dans les affaires Lornoy e.a., Demoor e.a. et Claeys, et il y a qualifié d'aide la perception de la taxe, en conséquence de quoi les redevables de la taxe peuvent s'opposer à sa perception ou demander son remboursement lorsque les conditions de l'article 88, paragraphe 3, troisième phrase, CE sont réunies. Mais il a aussi évoqué une interprétation plus étroite, selon laquelle l'incompatibilité d'une aide avec le droit communautaire a seulement pour conséquence que l'aide ne peut pas être octroyée, sans que cela ait cependant aucun effet sur la légalité de la perception de la taxe [133].

172. La concurrence est faussée par le mode d'utilisation du produit de la taxe, à savoir le transfert des ressources. Logiquement, seul le transfert de ressources peut constituer l'aide. Il convient donc de répondre à la cinquième question, dans la mesure où elle porte sur les aides d'État, que la qualification d'aide d'État ne se réfère qu'à la partie transférée aux AMM.

173. La question de savoir dans quelle mesure l'infraction à l'article 88, para-

130 — Arrêt du 11 mars 1992 (C-78/90 à C-83/90, Rec. p. I-1847, point 35).

131 — Arrêt du 11 juin 1992, Sanders Adour et Guyomarc'h Orthez (C-149/91 et C-150/91, Rec. p. I-3899, point 24): «si ladite taxe entre sous certains aspects dans le champ d'application soit de l'article 12, soit de l'article 95 du traité, l'affectation de son produit ou les mécanismes de son remboursement peuvent néanmoins constituer une aide étatique, éventuellement incompatible avec le marché commun» et «le remboursement d'une taxe parafiscale telle que celle de l'espèce ou l'affectation de son produit peuvent constituer une aide étatique incompatible avec le marché commun» (ibidem, point 27); arrêt du 2 août 1993, Celbi (C-266/91, Rec. p. I-4337): «l'affectation du produit d'une taxe parafiscale, telle que celle de l'espèce, peut constituer une aide étatique incompatible avec le marché commun»; arrêt du 16 décembre 1992, Lornoy e.a. (C-17/91, Rec. p. I-6523, point 28): «si la taxe parafiscale en cause peut être interdite soit par les articles 12 et 13 soit par l'article 95 du traité, l'affectation du produit de cette taxe, au bénéfice des produits nationaux, peut néanmoins constituer une aide étatique, incompatible avec le marché commun» et «une taxe parafiscale [...] peut constituer, en fonction de l'affectation de son produit, une aide étatique, incompatible avec le marché commun» (ibidem, point 32).

132 — Arrêt du 27 octobre 1993, Scharbatke (C-72/92, Rec. p. I-5509): «La perception d'une telle taxe parafiscale peut constituer, en fonction de l'affectation de son produit, une aide étatique incompatible avec le marché commun».

133 — Conclusions du 25 juin 1992 communes aux affaires Lornoy e.a., précitée (note 131), Demoor e.a. (arrêt du 16 décembre 1992, C-144/91 et C-145/91, Rec. p. I-6613), et Claeys (arrêt du 16 décembre 1992, C-114/91, Rec. p. I-6559).

graphe 3, CE se répercute sur la légalité de la perception de la taxe doit être traitée séparément. Il ressort du dispositif de l'arrêt Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon [134] que l'article 88, paragraphe 3, troisième phrase, CE «impose aux autorités des États membres une obligation dont la méconnaissance affecte la validité des actes comportant mise à exécution de mesures d'aides». Dans les motifs de l'arrêt, la Cour a jugé à cet égard: «Les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir d'une telle méconnaissance que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide, que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires» [135].

174. Il en résulte, à mon sens, que la question de savoir quelle mesure nationale est affectée par l'illégalité relève exclusivement du droit national — sous réserve, comme de coutume, des principes d'équivalence et d'effectivité [136].

134 — Arrêt précité (note 127).

135 — Ibidem, point 12.

136 — Dans le même sens, voir aussi les conclusions de l'avocat général Jacobs, précitées (note 90), point 44: «Compte tenu du principe de l'autonomie procédurale, c'est à mon sens à l'ordre juridique interne qu'il appartient de déterminer précisément les mesures internes qui sont affectées par la non-validité et les conséquences que la non-validité a par exemple sur la restitution de taxes perçues au titre des mesures concernées. Les seules limites à cette autonomie sont les principes d'équivalence et d'effectivité».

VI — Sur la quatrième question préjudicielle: le transfert au regard de la libre circulation des marchandises, en tant que taxe d'effet équivalent ou imposition intérieure discriminatoire (articles 28 CE, 25 CE et 90 CE)

A — *Arguments des parties*

175. *Enirisorse* fait valoir que la réglementation en cause enfreint les articles 28 CE, 25 CE et 90 CE. Elle soutient que cela se répercute sur l'ensemble du régime de taxe.

176. La *Commission* exclut l'application de l'article 28 CE en l'espèce car il s'agit d'une mesure à caractère fiscal. Elle n'y voit pas non plus une taxe d'effet équivalent au sens de l'article 25 CE. La mesure doit être appréciée, en tant qu'imposition intérieure, au regard de l'article 90 CE. Elle s'applique indifféremment aux marchandises nationales et importées, de sorte qu'il est exclu qu'il s'agisse d'une imposition nationale discriminatoire.

177. Le *gouvernement italien* ne voit dans la réglementation en cause ni une infraction à la libre circulation des marchandises, ni une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, ni une imposition intérieure contraire à l'article 90 CE.

B — *Appréciation*

178. Par la quatrième question, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir si la réglementation en cause est compatible avec les règles du traité sur la libre circulation des marchandises, l'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douane et le principe d'égalité de traitement en ce qui concerne les impositions intérieures.

179. La quatrième question évoque, certes, «l'attribution à l'entreprise publique précitée, dès l'origine, d'une partie importante du produit d'une imposition d'État», et non l'imposition elle-même. Mais, pour pouvoir donner une réponse utile à cette question préjudicielle, il faut l'entendre en ce sens qu'il convient d'examiner la compatibilité du régime de taxes avec les dispositions du traité précitées.

1. Sur la libre circulation des marchandises

180. Il est de jurisprudence constante que «le champ d'application de l'article 30 du traité ne comprend pas les entraves visées par d'autres dispositions spécifiques de ce même traité et que les entraves de nature fiscale ou d'effet équivalent à des droits de douane visées par les articles [23 CE à 25 CE et 90 CE] ne relèvent pas de l'interdiction de l'article [28 CE]» [137].

181. La réglementation litigieuse relative aux taxes portuaires doit donc être examinée au regard des articles 25 CE et 90 CE.

2) Sur la taxe d'effet équivalent

182. Il convient tout d'abord de rappeler que, «selon une jurisprudence constante [...], les dispositions relatives aux taxes d'effet équivalent et celles relatives aux impositions intérieures discriminatoires ne sont pas applicables cumulativement, de sorte qu'une même imposition ne saurait, dans le système du traité, appartenir simultanément à ces deux catégories» [138]. La Cour a également jugé que «[l]a carac-

137 — Arrêt Lornoy e.a., précité (note 131), point 14, renvoyant aux arrêts du 22 mars 1977, Iannelli et Volpi (74/76, Rec. p. 557), et Compagnie commerciale de l'Ouest e.a., précité (note 130).

138 — Arrêt du 17 juillet 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Rec. p. I-4085, point 19), renvoyant à l'arrêt Celbi, précité (note 131), point 9.

téristique essentielle d'une taxe d'effet équivalent à un droit de douane et qui la distingue d'une imposition intérieure est que la première frappe exclusivement le produit importé en tant que tel, tandis que la seconde frappe à la fois les produits importés et les produits nationaux, appréhendant systématiquement des catégories de produits selon des critères objectifs appliqués indépendamment de l'origine des produits» [139].

183. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que le régime d'imposition en cause frappe indifféremment les produits nationaux et les produits importés, et que la provenance des produits d'autres États (membres) n'est pas une condition d'assujettissement à la taxe. Cette appréciation de fond demeure, indépendamment du fait que, aux dires de la juridiction nationale, la taxe portuaire litigieuse doit être assimilée, selon le droit national, à un «diritto doganale» (droit de douane). Il ne s'agit donc pas d'une taxe d'effet équivalent à un droit de douane.

3) Sur l'imposition intérieure

184. En vertu de l'article 90 CE, il est interdit aux États membres de frapper directement ou indirectement les produits des autres États membres d'impositions intérieures supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires, ou d'impositions intérieures de nature à protéger d'autres productions nationales. Il est, par conséquent, «incontestable que l'application d'une taxe d'un montant plus élevé aux produits importés qu'aux produits nationaux ou l'application, aux seuls produits importés, d'un supplément majorant la taxe applicable aux produits nationaux et importés» [140] porte atteinte à ce principe de non-discrimination établi à l'article 90 CE.

185. L'ordonnance de renvoi ne comporte aucune indication que le régime litigieux enfreint ce principe de non-discrimination.

186. Il convient, par conséquent, de répondre à la quatrième question que la taxe étatique prélevée à l'occasion du chargement et du déchargement du fret dans des ports ne constitue ni une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, ni une imposition intérieure frappant les produits d'autres États membres supérieure aux impositions analogues frappant les produits nationaux, au sens de l'article 90 CE, ni un obstacle aux importations interdit par l'article 28 CE.

139 — Arrêt du 19 février 1998, Chevassus-Marche (C-212/96, Rec. p. I-743, point 20), renvoyant à l'arrêt du 3 février 1981, Commission/France (90/79, Rec. p. 283, points 12 à 14).

140 — Arrêt Haahr Petroleum, précité (note 138), point 27.

VII — Conclusion

187. Je propose donc à la Cour de répondre aux questions formulées par la Corte suprema di cassazione dans les termes suivants:

«L'attribution d'une part importante d'une taxe, versée à l'État par les opérateurs économiques à l'occasion du chargement et du déchargement de marchandises dans certains ports, à une entreprise publique opérant dans l'un de ces ports sur le marché du transbordement du fret

1) peut constituer une mesure contraire aux dispositions combinées des articles 82 CE et 86, paragraphe 2, CE si l'entreprise bénéficiaire occupe une position dominante sur le marché en cause, à déterminer par le juge national, et si ce marché représente une partie substantielle du marché commun. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer, au vu des circonstances de fait, si ces conditions sont réunies. Si le juge national devait établir une exploitation abusive de position dominante sur le marché, la violation du droit communautaire ne porterait que sur la partie du produit de la taxe qui est affectée à une telle entreprise;

2) constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE qui, dès lors que les conditions établies à l'article 88, paragraphe 3, CE sont réunies, impose l'intervention des juridictions nationales. La question de savoir quelle mesure nationale est affectée par l'illégalité relève exclusivement du droit national;

3) ne constitue ni une taxe d'effet équivalent à un droit de douane interdite par l'article 25 CE, ni une imposition intérieure frappant les produits d'autres États membres supérieure aux impositions analogues frappant les produits nationaux, au sens de l'article 90 CE, ni un obstacle aux importations interdit par l'article 28 CE.»