CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. WALTER VAN GERVEN
présentées le 19 septembre 1991 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. La présente affaire concerne une demande de décision préjudicielle introduite par le Tribunale di Genova (Italie), conformément à l'article 177 du traité CEE, afin que la Cour se prononce sur l'interprétation des articles 7, 30, 85, 86 et 90 du traité CEE. Les questions déférées à la Cour ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Merci convenzionali porto di Genova SpA (ci-après « Merci ») à Siderurgica Gabrielli SpA (ci-après « Siderurgica »), ayant pour objet l'indemnisation du dommage subi par suite du retard de livraison d'un lot d'acier, ainsi que la répétition de montants, censés inéquitables, payés pour des prestations de services dans le port de Gênes. Dans ce litige, la juridiction de renvoi se trouve confrontée essentiellement à la question de savoir si la réglementation des opérations portuaires dans les ports italiens, prévue par la législation italienne, est compatible avec le traité CEE et si les dispositions pertinentes du traité produisent un effet direct.

Le contexte en droit et en fait

2. L'article 110 du « Codice della navigazione » (code italien de la navigation, ci-après « code de la navigation ») prévoit que toutes les opérations portuaires [1] dans les ports italiens sont réservées aux « compagnie portuali », soit des compagnies de travailleurs portuaires (ci-après « compagnies portuaires »).

Ce monopole est garanti par l'article 1172 du code de la navigation, qui prévoit des sanctions pénales contre toute personne qui, pour des opérations portuaires, recourt à des travailleurs portuaires qui ne sont pas affiliés à une compagnie portuaire. Conformément aux articles 152 et 156 du « Regolamento navigazione marittima » (règlement italien de la navigation maritime, ci-après « règlement de la navigation maritime »), relatifs à l'inscription au registre des membres des compagnies portuaires et à la radiation de ce registre, les travailleurs portuaires doivent satisfaire à certaines conditions, au nombre desquelles figure la nécessité de posséder la nationalité italienne [2].

Conformément à l'article 111 du code de la navigation, l'organisation d'opérations portuaires pour compte de tiers dans les ports italiens est concédée à des « imprese portuali » (ci-après « entreprises portuaires »), soit, généralement, des socié-

* Langue originale: le néerlandais.

1 — Conformément à l'article 108 du code de la navigation, celles-ci comprennent les « opérations de chargement, de déchargement, de transbordement, de stockage et de mouvement en général des marchandises ou de tout autre matériel dans le port ».

2 — Articles 152, paragraphe 2, et 156, paragraphe 6. Cette exigence vaut également pour les travailleurs portuaires temporaires: voir l'article 194 du règlement de la navigation maritime.

tés de droit privé qui sont entièrement ou en grande partie détenues par les autorités portuaires. Il est important de relever que, en vertu de l'article 111, dernier paragraphe, du code de la navigation, et conformément aux dispositions précitées, pour les opérations portuaires qu'elles organisent pour compte de tiers, lesdites entreprises portuaires peuvent exclusivement faire appel aux compagnies portuaires précitées et aux travailleurs portuaires qui y sont affiliés.

Conformément à l'article 112 du code de la navigation et aux articles 202 et 203 du règlement de la navigation maritime, les tarifs et autres conditions relatifs tant à l'exécution d'opérations portuaires par les compagnies portuaires qu'à l'organisation d'opérations portuaires pour compte de tiers par les entreprises portuaires sont établis par les autorités portuaires.

3. Le 2 décembre 1988, Siderurgica, partie défenderesse dans le litige au principal, a acheté à Hambourg un lot d'acier brésilien d'une valeur d'environ 6 milliards de LIT et a expédié par bateau ce lot d'acier à destination de Gênes. A l'arrivée dans le port de Gênes, les 22 et 23 décembre 1988, conformément à la législation italienne mentionnée ci-avant, l'équipage du navire n'a pas été autorisé à décharger lui-même la cargaison, bien que le navire sur lequel l'acier avait été expédié fût équipé à cet effet. En vertu de l'article 111, précité, du code de la navigation, Siderurgica était tenue de faire appel à Merci, l'entreprise portuaire à laquelle l'organisation pour compte de tiers d'opérations portuaires concernant le fret ordinaire dans le port de Gênes avait été concédée et, conformément au dernier alinéa de l'article qui vient d'être cité, Merci a fait appel, pour l'exécution proprement dite des opérations portuaires, le déchargement et le transport ultérieur dans le port du lot d'acier concerné, à la compagnie portuaire du port de Gênes, la Compagnia unica lavoratori merci varie del porto di Genova (ci-après « Compagnia ») et aux travailleurs portuaires qui y étaient affiliés.

Toutefois, après le déchargement du lot d'acier, Merci s'est abstenue, pendant des mois, de fournir l'acier à Siderurgica et a également empêché Siderurgica de venir elle-même chercher l'acier.

4. Le 10 avril 1989, à la demande de Siderurgica, le président du Tribunale di Genova a donné à Merci l'injonction de procéder immédiatement à la livraison du lot d'acier en question. Le 28 avril 1989, Merci a formé opposition contre cette ordonnance devant le Tribunale di Genova, la juridiction de renvoi et, dans le cadre de cette procédure, Siderurgica a réclamé des dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle avait subi, ainsi que la répétition des sommes qu'elle prétend avoir indûment payées pour les prestations de services de travailleurs portuaires qu'elle n'avait pas demandées et qui lui avaient été imposées [3]. S'agissant du préjudice, Siderurgica a soutenu que, par suite du défaut de livraison du lot d'acier, elle avait dû arrêter momentanément sa production et qu'elle n'avait pas pu livrer à ses clients les produits usinés qu'ils avaient commandés. Elle a, en outre, subi un préjudice important du fait de l'immobilisation, pendant des mois, de la contre-valeur du prix d'achat de l'acier. Étant donné qu'entre-temps Merci a livré l'acier à Siderurgica, le litige au principal ne porte plus, à l'heure actuelle, sur l'injonction de procéder à la livraison, mais uniquement sur la

3 — En effet, Siderurgica s'était vu refuser le droit de décharger elle-même l'acier en recourant à l'équipage et aux grues de bord du bateau.

demande en dommages et intérêts et en répétition formée par Siderurgica.

5. Dans sa défense devant la juridiction de renvoi, Merci soutient qu'elle n'exerce pas son activité avec du personnel propre, mais que, conformément à la législation italienne, elle est obligée de recourir à la main-d'œuvre qui est mise à sa disposition par Compagnia, qui est seule habilitée à transporter les marchandises dans le port de Gênes. En outre, elle affirme, ce qui d'ailleurs n'est pas contesté, qu'elle n'a pas pu procéder à la livraison de l'acier à Siderurgica par suite d'une longue série de grèves du personnel de la compagnie portuaire précitée. Elle se trouvait, dès lors, dans l'impossibilité temporaire de respecter son engagement et, à ce titre, n'était pas responsable du préjudice découlant du retard de livraison. En outre, continue Merci dans sa défense, elle ne saurait pas davantage être rendue responsable des sommes, que Siderurgica considère comme inéquitables, qui ont été portées en compte pour les opérations portuaires exécutées, et ce en raison du fait que ces sommes avaient été calculées en se fondant sur les tarifs établis par les autorités portuaires que, en tant qu'entreprise portuaire, elle était obligée d'appliquer conformément à l'article 112 du code de la navigation et à l'article 203 du règlement de la navigation maritime.

Siderurgica affirme, en revanche, que la législation italienne invoquée par Merci pour justifier son attitude est contraire aux articles 90, 86, 85 et 37 du traité CEE, et que la juridiction nationale est tenue d'écarter l'application des dispositions de droit national contraires au droit communautaire. Cela conduirait, en l'espèce, à conclure que Merci est néanmoins responsable du retard de livraison des marchandises et du préjudice causé de ce fait, ainsi que de la répétition des sommes indûment payées pour les opérations portuaires.

6. Bien que, pour justifier son attitude, Merci invoque la législation italienne applicable, elle estime néanmoins, tout comme Siderurgica que, dans la mesure où cette législation prévoit un monopole au bénéfice des compagnies portuaires (article 110 du code de la navigation), elle est incompatible avec le droit communautaire[4]. Toutefois, Merci soutient qu'à ses yeux (à tout le moins en théorie) cette incompatibilité justifierait effectivement la demande en dommages et intérêts pour retard de livraison, mais *pas* la demande en répétition des sommes payées par Siderurgica pour des prestations de services portuaires non demandées qui lui ont été imposées, car elle-même — Merci — ne se serait pas enrichie en exécutant ces prestations de services.

Les questions préjudicielles et la compétence de la Cour

7. Confronté à ce litige, le Tribunale di Genova défère à la Cour deux questions préjudicielles visant à l'interprétation des articles 7, 30, 85, 86 et 90 du traité CEE, par lesquelles il demande:

« 1) En l'état actuel du droit communautaire, en cas d'importation, par mer, sur le territoire d'un État membre de la

4 — On fera toutefois observer que, selon Merci, l'article 111 du code de la navigation, au titre duquel une concession lui a été octroyée pour l'organisation d'opérations portuaires pour compte de tiers, n'est pas en cause en l'espèce. Voir ci-après, au paragraphe 9.

CEE, de marchandises provenant d'un autre État membre de la même Communauté, les dispositions de l'article 90 du traité instituant la CEE et les interdictions prévues par les articles 7, 30, 85 et 86 du même traité attribuent-elles aux sujets de l'ordre juridique communautaire des droits que les États membres sont tenus de respecter, dans l'hypothèse où l'exécution des opérations de chargement et de déchargement des marchandises dans les ports nationaux, même en présence de la possibilité d'effectuer ces opérations par les moyens et le personnel de bord, est réservée, de manière exclusive et à des tarifs déterminés de manière obligatoire, à une entreprise et/ou une compagnie portuaire, dont le personnel ne comporte que des ressortissants nationaux? ou

2) une entreprise et/ou une compagnie portuaire dont le personnel ne comporte que des ressortissants nationaux, à laquelle est réservée, de manière exclusive et à des tarifs déterminés de manière obligatoire, l'exécution des opérations de chargement et de déchargement des marchandises dans les ports nationaux, constitue-t-elle une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité instituant la CEE, à l'égard de laquelle l'application des dispositions du paragraphe 1 du même article 90 et des interdictions imposées par les articles 7, 30, 85 et 86 du traité précité peut faire échec à l'accomplissement, de la part de celle-ci, de la mission particulière qui lui a été impartie? »

8. Avant d'évoquer ces questions, nous voudrions, incidemment, faire observer que bien que, comme on l'a mentionné ci-avant, les parties au principal soient en grande partie d'accord quant à l'incompatibilité de la législation italienne concernée avec le droit communautaire [5], la Cour est néanmoins compétente pour répondre aux questions posées, conformément à l'article 177 du traité CEE. En effet, il appartient au juge national d'apprécier la pertinence des questions de droit soulevées par le litige et la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre un jugement [6]. La Cour ne saurait se déclarer incompétente que s'il n'existait plus de litige au principal [7] ou si les questions posées n'avaient aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige [8]. Or, en l'espèce, il existe effectivement un litige au principal et les questions ont un rapport avec la réalité et l'objet du litige. Le fait que les parties en cause soient d'accord sur la réponse à donner aux questions posées ne signifie pas qu'il ne puisse pas exister de doute, dans le chef de la juridiction de renvoi, quant à l'interprétation correcte du droit communautaire et que, dès lors, elle n'ait pas besoin d'une interprétation donnée par la Cour [9].

5 — Il n'existe de désaccord que sur les effets que cette incompatibilité comporte pour Merci quant à la répétition des sommes payées par Siderurgica pour des prestations de services portuaires.

6 — Arrêts du 12 décembre 1981, Foglia/Novello, points 14 et 15 (244/88, Rec. p. 3045), et du 21 avril 1988, Pardini, point 8 (338/85, Rec. p. 2041); voir également l'ordonnance de la Cour du 26 février 1990, Falciola, point 7 (C-286/88, Rec. p. I-191).

7 — Voir l'arrêt Pardini, précité note 6, point 9.

8 — Arrêt du 16 juin 1981, Salonia/Poidomani et Giglio, point 6 (126/80, Rec. p. 1563), et l'ordonnance Falciola, précitée note 6, point 8.

9 — Comme cela ressort des observations qu'elle a déposées devant la Cour, la Commission estime elle aussi que la législation italienne concernée est contraire au droit communautaire. On n'aperçoit pas clairement pour quel motif la Commission n'a pas alors saisi la Cour, conformément à l'article 169 du traité CEE, à propos de cette législation: comme l'avocat général M. Darmon le fait observer dans ses conclusions dans l'affaire Leclerc/Au blé vert, une procédure au titre de l'article 169 aurait permis un examen « in concreto » de la législation concernée, et non un contrôle d'abstraite conformité dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 177 (Rec. 1985, p. 1, 16).

9. La juridiction de renvoi demande à la Cour d'interpréter les dispositions combinées des articles 7, 30, 85 et 86 du traité CEE d'une part, et de l'article 90, d'autre part. En effet, on ne saurait contester que la législation italienne [10] confère des droits exclusifs, au sens de l'article 90, paragraphe 1, tant à la compagnie portuaire Compagnia qu'à l'entreprise portuaire Merci. Dans les observations qu'elle a déposées devant la Cour, Merci relève que le monopole des activités portuaires, prévu à l'article 110 du code de la navigation précité, est accordé aux compagnies portuaires et non à des entreprises portuaires telles qu'elle-même. Les entreprises portuaires devraient en revanche « subir » ce monopole, en raison de l'article 111, précité, dernier alinéa, du code de la navigation.

Nous n'entendons pas contester ce dernier point. Contrairement aux allégations de Merci [11] et à ce que, sur ce point, les termes insuffisamment précis des questions préjudicielles pourraient laisser accroire [12], on ne saurait toutefois perdre de vue que ce n'est pas seulement le monopole de l'article 110 du code de la navigation, accordé à Compagnia, qui se trouve concerné en l'espèce, mais également la concession accordée, conformément à l'article 111 du code de la navigation, à Merci, et à elle seule, de l'organisation, pour compte de tiers, d'opérations portuaires concernant le fret ordinaire [13]. En d'autres termes, il existe deux monopoles étroitement imbriqués: un premier dans le chef de la compagnie portuaire Compagnia, qui se rapporte à l'*exécution* effective d'opérations portuaires et que, dans la mesure où il s'agit d'opérations portuaires concernant le fret ordinaire, Merci est la seule à « subir » *et* un second monopole, dans le chef de l'entreprise portuaire Merci, relatif à l'*organisation pour compte de tiers* des opérations portuaires précitées, exécutées par Compagnia, auxquelles les usagers du port de Gênes sont soumis. Nécessairement, en l'espèce, il convient de prendre en considération ces deux monopoles.

10. Il ressort déjà de l'arrêt de la Cour du 30 avril 1974, Sacchi [14] et à nouveau des arrêts récents du 19 mars 1991, France/Commission [15], et du 18 juin 1991, ERT [16], qu'un monopole accordé par un État membre à une entreprise, au sens de l'article 90, paragraphe 1, n'est compatible avec le traité que si « les modalités d'organisation et l'exercice d'un tel monopole ne (portent pas) atteinte aux dispositions du traité ». Il convient dès lors d'examiner ci-après si les modalités d'organisation et d'exercice des monopoles accordés à Compagnia et à Merci violent les articles mentionnés dans la question préjudicielle (articles 7, 30, 85 et 86) ou les dispositions de ces articles, combinées à celles d'autres articles du traité (articles 48, 52 et 59). Nous allons maintenant examiner ces articles: tout d'abord les articles 7, 48, 52 et 59, quant à la possibilité

10 — Voir les articles 110, 111, 112 et 1172 du code de la navigation, décrits ci-avant.

11 — Voir note 4.

12 — En effet, les questions ne mentionnent expressément que le monopole des opérations de chargement et de déchargement des marchandises, soit le monopole accordé à Compagnia. Néanmoins, à notre avis, il ressort clairement du reste de l'ordonnance de renvoi qu'il n'est pas uniquement question, en l'espèce, du monopole accordé à Compagnia.

13 — Certes, il est constant que, conformément à l'article 111 du code de la navigation, l'organisation pour compte de tiers d'opérations portuaires est concédée à plusieurs entreprises. Il n'est toutefois pas contesté que Merci soit la seule entreprise qui, dans le port de Gênes, ait reçu pareille concession pour le *fret ordinaire*. S'agissant, par exemple, des conteneurs, il existe un autre monopole qui a été accordé à l'entreprise portuaire Terminal contenitori di Genova.

14 — Affaire 155/73, point 14 (Rec. p. 409).

15 — Affaire C-202/88, point 22 (Rec. p. I-1223).

16 — Affaire C-260/89, point 12 (Rec. p. I-2925).

de discrimination exercée en raison de la nationalité, ensuite les articles 85 et 86, quant à la possibilité de violation des règles de concurrence, et enfin l'article 30, quant à une éventuelle restriction apportée au commerce intracommunautaire.

Violation du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité

11. Comme on l'a déjà mentionné, les articles 152 et 156 du règlement de la navigation maritime, relatifs aux compagnies portuaires, telles que Compagnia, prévoient l'obligation de posséder la nationalité italienne pour pouvoir être membre de ces compagnies portuaires et, s'agissant des entreprises portuaires, telles que Merci, l'article 111, dernier alinéa, du code de la navigation prévoit que, pour exécuter des opérations portuaires, celles-ci ne peuvent faire appel qu'aux membres des compagnies portuaires précitées. Cette condition de nationalité est-elle compatible avec le traité?

Comme la Commission le fait observer à juste titre, il n'est pas possible, sur la base des éléments du dossier, d'établir si l'exécution de prestations de services par des travailleurs portuaires dans le cadre d'une compagnie portuaire doit être considérée comme une activité de travail dépendant ou comme une activité indépendante [17]. Ce point revêt toutefois peu d'intérêt en l'espèce, parce qu'une condition de nationalité, telle que celle prévue dans la législation italienne précitée, est incompatible avec le droit communautaire, que les travailleurs portuaires soient des travailleurs au sens de l'article 48 du traité CEE ou que, en tant que membres de la compagnie portuaire, ils soient des indépendants qui, au sens de l'article 52 du traité CEE, s'établissent dans un État membre ou, au sens de l'article 59 du traité CEE, y viennent exécuter des prestations de services. En effet, l'article 7 du traité CEE interdit, dans le domaine d'application du traité, toute discrimination exercée en raison de la nationalité; cette interdiction est concrétisée, pour les travailleurs, à l'article 48, paragraphe 2, du traité CEE et, pour les indépendants, aux articles 52 et 59 du traité CEE, et elle est reconnue comme constituant l'une des dispositions fondamentales du traité. Or, en l'espèce, la condition de nationalité empêche les ressortissants d'autres États membres d'exécuter des opérations portuaires dans le port de Gênes, en qualité de travailleurs ou d'indépendants.

Ainsi qu'il ressort des faits dans le litige au principal, cette condition empêche également des prestataires de services d'autres États membres, autres que des travailleurs portuaires, d'exécuter des opérations portuaires dans des ports italiens. En l'espèce, l'armateur allemand qui, pour le compte de Siderurgica, avait expédié le lot d'acier de Hambourg à Gênes, ne pouvait pas décharger lui-même ce lot, bien que le navire fût équipé à cet effet. Voilà également un élément contraire à l'article 59 du traité CEE.

12. En vertu des articles 48, paragraphe 3, 56, paragraphe 1, et des dispositions conjointes des articles 66 et 56, paragraphe 1, du traité CEE, des restrictions ayant un caractère discriminatoire, apportées respectivement à la libre circulation des travailleurs, au droit d'établissement et à la libre presta-

17 — Merci relève que les travailleurs portuaires ne sont pas des travailleurs salariés, mais des membres des compagnies portuaires; toutefois, elle n'exclut pas que les compagnies portuaires emploient quand même également des travailleurs salariés.

tion des services, peuvent être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. En outre, les articles 48, paragraphe 4, 55, premier alinéa, et les dispositions conjointes des articles 66 et 55, premier alinéa, du traité CEE, prévoient que les dispositions relatives respectivement à la libre circulation des travailleurs, au droit d'établissement et à la libre prestation des services, ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ou aux activités participant à l'exercice de l'autorité publique.

La condition de nationalité inscrite dans la législation précitée ne vise toutefois pas la protection de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique. Elle n'a pas pour but l'intérêt général, mais uniquement la promotion des intérêts individuels des travailleurs portuaires italiens, et ne saurait donc être justifiée par les motifs précités. Il ne s'agit pas non plus d'emplois dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4 [18], ou d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 55 [19], étant donné l'interprétation stricte que la jurisprudence de la Cour réserve à ces notions.

13. S'agissant de la violation du principe de non-discrimination, il convient enfin de mentionner que, selon une jurisprudence constante de la Cour, toutes les dispositions mentionnées ci-avant produisent un effet direct [20]. En combinaison avec ces dispositions dotées d'un effet direct, l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE produit lui aussi un effet direct [21].

Violation des dispositions du traité relatives à la concurrence

14. Bien que les articles 85 et 86 du traité CEE concernent le comportement d'entreprises et non les mesures législatives ou réglementaires prises par des États membres, selon une jurisprudence constante de la Cour, ceux-ci sont néanmoins tenus, en vertu de l'article 5, deuxième alinéa, du traité « de ne pas porter préjudice par leur législation nationale à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux

18 — Voir, par exemple, quant à la notion d'« emplois dans l'administration publique », l'arrêt du 17 décembre 1980, Commission/Belgique, points 9 et suivants (149/79, Rec. p. 3881), dont il ressort qu'il s'agit d'un nombre limité d'emplois « qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques » (point 10).

19 — Voir, par exemple, en ce qui concerne la notion d'« activités participant à l'exercice de l'autorité publique », l'arrêt du 21 juin 1974, Reyners/Belgique, points 42 et suivants (2/74, Rec. p. 631), selon lequel il doit s'agir d'activités « qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » (point 54).

20 — Quant à l'article 7 du traité CEE, voir, par exemple, l'arrêt du 28 juin 1978, Patrick Christopher Kenny/Insurance Officer, point 12 (1/78, Rec. p. 1489), et l'arrêt du 2 février 1988, Vincent Blaizot e.a./Université de Liège e.a., point 35 (24/86, Rec. p. 379). Quant à l'article 48 du traité CEE, voir, par exemple, l'arrêt du 4 décembre 1974, Yvonne van Duyn/Home Office, points 4 à 8 (41/74, Rec. p. 1337), et l'arrêt du 15 octobre 1986, Commission/Italie, point 7 (168/85, Rec. p. 2945). Quant à l'article 52 du traité CEE, voir, par exemple, l'arrêt du 21 juin 1974, Reyners/Belgique, points 30 et 32 (2/74, Rec. p. 631), et l'arrêt du 27 septembre 1988, The Queen/H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, point 15 (81/87, Rec. p. 5483). Quant à l'article 59 du traité CEE, voir, par exemple, l'arrêt du 3 décembre 1974, Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, points 18 à 27 (33/74, Rec. p. 1299), et l'arrêt du 13 décembre 1989, Société Corsica Ferries France/Direction générale des douanes françaises, point 10 (C-49/89, Rec. p. 4441).

21 — La Cour l'a formellement affirmé dans l'arrêt Sacchi (voir note 14), en ce qui concerne les articles 90 et 86. On ne voit pas pour quel motif cela ne vaudrait pas tout autant pour d'autres dispositions dotées d'un effet direct. Voir, entre autres, Wyatt, D., et Dashwood, A.: *The Substantive Law of the EEC*, Londres, 1987, p. 524. Voir également déjà Waelbroeck, M.: « Le droit de la Communauté économique européenne », volume 4, *Concurrence*, Bruxelles, 1972, p. 86, 87.

entreprises »[22]. S'agissant des entreprises auxquelles les États membres ont accordé un monopole, l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE constitue une mise en œuvre spécifique de l'article 5, deuxième alinéa, précité, du traité CEE[23].

Est-il question en l'espèce d'une législation nationale qui, en violation de l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE, soit susceptible d'éliminer l'effet utile des articles 85 et 86 du traité CEE?

15. Il ressort de la jurisprudence de la Cour relative à l'application, aux mesures des autorités publiques, des dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et des articles 85 ou 86, que l'article 90 se rapporte à toute intervention des pouvoirs publics à l'égard des entreprises visées dans cet article qui, soit rend obligatoire une pratique d'entreprise interdite par l'article 85 ou l'article 86[24], soit la favorise[25], soit la rend inévitable[26], ou concède à des entreprises une compétence d'intervention en lieu et place des pouvoirs publics, à des fins de régulation des marchés[27]. Cette jurisprudence s'articule essentiellement sur la considération selon laquelle une telle intervention des pouvoirs publics, combinée à l'une quelconque des pratiques d'entreprises (effectivement mise en œuvre par les entreprises concernées) visées à l'article 85 ou à l'article 86, produit les mêmes effets sur la structure de la concurrence dans le marché commun qu'une pratique d'entreprise qui ne dépend pas de l'intervention des pouvoirs publics. En outre, il ressort de la jurisprudence que la pratique d'entreprise qui est requise en tant que « facteur de rattachement » pour entraîner l'applicabilité des dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et, soit de l'article 85, soit de l'article 86, ne doit pas nécessairement précéder l'intervention des pouvoirs publics, mais peut la suivre, en être le corollaire ou l'effet inévitable[28].

16. Nous examinerons tout d'abord, dans le contexte de l'article 86, le point de savoir si la législation nationale dont question en l'espèce impose une telle pratique restrictive de la concurrence, la favorise ou la rend inévitable[29]. A cet effet, deux points doivent être examinés: en premier lieu, la question de savoir si Merci et/ou Compagnia ont accompli des actes qui, même indépendamment de toute intervention de l'État, soient constitutifs d'un abus de position dominante dans une partie essentielle du marché commun, susceptible d'affecter le commerce entre États membres et, en second lieu, la

22 — Voir, par exemple, les arrêts du 16 novembre 1977, GB-Inno-BM/ATAB, point 33 (13/77, Rec. p. 2115), du 29 janvier 1985, Cullet/Leclerc, point 16 (231/83, Rec. p. 305), du 21 septembre 1988, Van Eycke, point 16 (267/86, Rec. p. 4769), du 11 avril 1989, Ahmed Saeed, point 48 (66/86, Rec. p. 803), et l'arrêt ERT, précité note 16, point 35.

23 — Voir, par exemple, les arrêts, mentionnés dans la note précédente, GB-Inno-BM/ATAB, point 32, Ahmed Saeed, point 50, et ERT, point 36.

24 — Il en est ainsi, par exemple, dans l'arrêt du 4 mai 1988, Bodson/SA Pompes funèbres (30/87, Rec. p. 2479), qui énonce qu'une autorité communale qui obligerait des entreprises détenant une position dominante à pratiquer des prix particulièrement élevés pour leurs prestations de service, agirait en violation de l'article 90, paragraphe 1.

25 — Il en est ainsi, par exemple, dans l'arrêt Ahmed Saeed (voir note 22), qui énonce que l'approbation par l'autorité publique d'accords tarifaires contraires à l'article 85, paragraphe 1, est contraire à l'article 5 et, le cas échéant, à l'article 90.

26 — Il en est ainsi dans l'arrêt ERT (précité note 16), qui énonce qu'un État membre contrevient aux dispositions combinées des articles 90 et 86 du traité CEE lorsqu'il octroie à une entreprise un droit exclusif et crée de ce fait une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86. L'arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser/Macrotron (C-41/90, Rec. p. I-1979), se rapporte également à cette catégorie de mesures.

27 — Voir l'arrêt Van Eycke (précité note 22), dans lequel la Cour a toutefois constaté que, dans ce cas-là, cette situation ne se présentait pas.

28 — Voir, par exemple, les arrêts cités aux notes 24, 26 et 27. Voir pour de plus amples détails, nos conclusions, fixées pour l'audience du 16 octobre 1991, dans les affaires jointes C-48/90 et C-66/90, Pays-Bas et Koniklijke PTT NV et PTT-Post BV/Commission.

29 — Nous ne prendrons plus en considération, ci-après, la situation particulière dans laquelle une législation délègue à des entreprises une compétence normative.

question de savoir si la législation nationale concernée favorise une telle pratique abusive, la rend obligatoire ou inévitable.

Sur le premier point, nous entendons tout d'abord relever que l'on ne saurait contester le fait qu'aussi bien Merci que Compagnia sont des entreprises au sens de l'article 86 (comme de l'article 85) [30] et, étant donné la situation de fait décrite dans la première question préjudicielle, on ne saurait non plus contester le fait que les pratiques mises en œuvre par Merci et Compagnia dans le cadre de la législation italienne affectent le commerce entre États membres.

On ne saurait non plus mettre en doute le fait que tant l'organisation pour compte de tiers que l'exécution d'opérations portuaires décrites à l'article 108 du code de la navigation [31], relèvent du domaine d'application de l'article 86 (tout comme de celui de l'article 85). En effet, ainsi que le Conseil l'a formulé itérativement [32], les activités portuaires doivent être distinguées des transports maritimes proprement dits (même si elles leur sont complémentaires); toutefois, à supposer même qu'il faille les ranger dans les transports maritimes, les règles générales de concurrence inscrites aux articles 85 et 86 sont applicables en la matière, dès avant l'entrée en vigueur du règlement (CEE) n° 4056/86, du 22 décembre 1986 [33] [34].

30 — La notion d'entreprise a toujours reçu une portée large, de telle sorte que l'arrêt Höfner et Elser, précité note 26, a considéré le Bundesanstalt für Arbeit allemand (office fédéral pour l'emploi) lui-même comme une entreprise parce que, en tant qu'entité distincte, cette institution publique exerçait une activité économique de placement.

31 — Voir note 1.

32 — Voir la communication du 19 mars 1985 (JO C 212) et les préambules des règlements (CEE) n° 4056/86, du 22 décembre 1986 (JO L 378), et (CEE) n° 3975/87, du 14 décembre 1987 (JO L 374).

33 — Règlement (CEE) n° 4056/86, du 22 décembre 1986, déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes (JO L 378, p. 4).

34 — Sur la situation analogue du transport aérien, voir l'arrêt Ahmed Saeed, précité note 22, points 32 et 33.

17. Conformément à l'article 86 du traité CEE, est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. En l'espèce, pour Merci, le marché en cause est le marché de l'organisation pour compte de tiers d'opérations portuaires concernant le fret ordinaire dans le port de Gênes, tandis que, pour Compagnia, le marché en cause est le marché de l'exécution effective de ces opérations portuaires.

Il appartient bien entendu à la juridiction nationale d'apprécier si ces marchés sont susceptibles de constituer une partie substantielle du marché commun. Cependant, il ressort du dossier que, étant donné l'*étendue* des opérations portuaires concernant le fret ordinaire qui y sont organisées pour compte de tiers et exécutées, le port de Gênes est l'un des ports les plus importants de la Communauté et le port le plus important d'Italie et que, du fait de sa situation et de son infrastructure, les usagers de ce port n'ont souvent *pas d'autre choix* que d'utiliser le port de Gênes. Ces éléments constituent, à notre avis, de sérieux indices pour en conclure que les deux marchés précités, qui, par ailleurs, sont étroitement liés l'un à l'autre étant donné qu'ils se rapportent aux mêmes opérations portuaires, sont suffisamment importants pour être considérés comme une partie substantielle du marché commun.

On ne saurait contester le fait que Merci occupe, sur le marché des opérations portuaires pour compte de tiers, une position dominante, c'est-à-dire une situation

« qui (lui) donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement, des consommateurs » [35].

On ne saurait non plus contester que Compagnia occupe une position dominante sur le marché de l'exécution effective des opérations portuaires. La circonstance que, comme en l'espèce, l'absence de concurrence sur ces marchés soit créée ou favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires ne fait nullement obstacle à l'application de l'article 86 [36]. Dans l'arrêt ERT [37], la Cour a relevé qu'une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal peut être considérée comme occupant une position dominante, au sens de l'article 86 du traité.

18. Merci et/ou Compagnia se sont-elles comportées d'une manière qui constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86? Ainsi que nous l'avons mentionné, nous examinerons, en premier lieu, le comportement de Merci et Compagnia en lui-même, indépendamment de la législation nationale concernée.

Selon l'article 86, *deuxième alinéa, sous a)*, les pratiques abusives d'une position dominante peuvent consister à imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, étant entendu qu'il convient de considérer comme non équitables des prix et des conditions qui sont notablement moins favorables pour l'usager que les prix et les conditions qu'il aurait pu négocier en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace [38].

Il appartient derechef à la juridiction nationale d'apprécier si Compagnia et/ou Merci ont, pour les prestations portuaires concernées, imposé des prix ou d'autres conditions contractuelles inéquitables. Il faut toutefois faire observer que la Cour a déjà itérativement estimé qu'une entreprise bénéficiant d'une situation de monopole de fait ou de droit, avait imposé des prix ou des conditions inéquitables [39], et qu'il pourrait être question en l'espèce de prix ou d'autres conditions contractuelles inéquitables, pour autant qu'une compagnie portuaire porte en compte à une entreprise portuaire et/ou une entreprise portuaire aux usagers du port, des prestations de services non demandées [40] ou même des prestations de services non fournies, ou pour autant que les tarifs sur la base desquels les prix sont calculés soient tout à fait disproportionnés par rapport aux presta-

35 — Voir, par exemple, l'arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, point 30 (322/81, Rec. p. 3461), et l'arrêt du 3 octobre 1985, CBEM, point 16 (311/84, Rec. p. 3261).

36 — Voir, par exemple, l'arrêt du 13 novembre 1975, General Motors, point 9 (26/75, Rec. p. 1367), et les arrêts, précités, GB-Inno-BM, point 34, et CBEM, point 16.

37 — Précité note 22.

38 — Voir l'arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission, point 249 (27/75, Rec. p. 207). Il ressort de l'arrêt General Motors, précité, point 12, que la Cour considère que des prix sont inéquitables quand ils sont exagérés par rapport à la valeur économique de la prestation fournie (voir également point 250 de l'arrêt United Brands).

39 — Voir l'arrêt Sacchi, précité note 14, point 17, l'arrêt General Motors, précité note 36, points 11 et 12, et l'arrêt du 11 novembre 1986, British Leyland/Commission, précité point 27 (226/84, Rec. p. 3263), dans lequel la Cour renvoie à l'arrêt General Motors.

40 — Comme cela ressort des faits mentionnés ci-avant (précédemment, au paragraphe 3), les opérations portuaires organisées par Merci pour le compte de Siderurgica et exécutées par Compagnia ont en réalité été imposées à Siderurgica; en effet, Siderurgica avait voulu décharger elle-même le lot d'acier et en organiser elle-même le transport.

tions de service effectivement exécutées [41]. Il ressortirait des données disponibles que les prestations de services portuaires concernées non seulement peuvent aussi bien être exécutées à un prix beaucoup moins élevé que celui porté en compte par Compagnia à Merci et par Merci aux usagers du port, mais encore le sont effectivement dans d'autres ports européens [42]. Toutefois, la complexité des tarifs rend pratiquement impossible la détermination des critères utilisés pour le calcul du prix d'une opération; cet élément peut lui aussi constituer un indice de l'absence de lien entre le coût réel de la prestation de service et le prix facturé [43].

Il convient, en outre, de faire observer que, ainsi que cela ressort de l'arrêt Bodson, l'imposition de prix non équitables par des concessionnaires est également contraire à l'article 86 du traité CEE, alors même que les tarifs ont été imposés par les pouvoirs publics dans le cadre de l'octroi de la concession [44]. Toutefois, cette dernière circonstance peut entraîner la non-application, à l'entreprise concernée, des sanctions prévues par le droit communautaire.

19. Conformément à l'article 86, *deuxième alinéa, sous b)*, du traité CEE, des pratiques d'abus de position dominante peuvent également consister à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs. Ainsi que la Commission et Siderurgica le font observer, on se trouve certainement en présence d'une telle pratique abusive lorsqu'une compagnie portuaire bénéficiant du monopole de l'exécution des opérations portuaires refuse — fût-ce à des fins de protection de l'emploi — de recourir à la technologie moderne et, ainsi, élève considérablement le coût des opérations portuaires pour l'entreprise portuaire et, à travers celle-ci, pour les usagers du port, et occasionne de longs délais d'attente avant que les opérations ne puissent être exécutées [45].

20. Enfin, il convient de faire observer que, conformément à l'article 86, *deuxième alinéa, sous c)*, les pratiques d'abus de position dominante peuvent également consister à appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence [46]. Il apparaît que ce serait le cas, en

41 — A ce sujet, Siderurgica renvoie à une étude de Lauria, F.: « Le Compagnie portuali nel diritto interno e comunitario », Edizione Giuffrè, Milan, 1981, et à une constatation formulée par le « Comitato sezione lavoro » de l'autorité portuaire du port de Gênes, dans un rapport du 23 juillet 1987, qui énonce ce qui suit: « ... actuellement, en fixant à 100 la valeur du coût de base de la main-d'œuvre, les sommes additionnelles à appliquer sur ce coût pour parvenir au coût final de l'opération atteignent jusqu'à 1 194,26 % (sic! !) ». (cité dans les observations de Siderurgica, à la page 12).

42 — A ce sujet, la Commission renvoie à une étude de Marconsult SpA, de 1990, relative à l'organisation et au coût du transbordement de *conteneurs* dans les principaux ports européens. Il ressort de cette étude, par exemple, que le coût du transbordement d'une unité varie entre 110 000 et 116 000 LIT dans le port d'Anvers, entre 180 000 et 200 000 LIT dans les ports de Hambourg, Marseille et Naples et entre 230 000 et 250 000 LIT dans les ports de Venise, Barcelone et Livourne, tandis que le coût du transbordement d'une unité s'élève à 270 000 LIT dans le port de Gênes.

43 — Dans le rapport du 23 juillet 1987, précédemment mentionné note 41, le « Comitato sezione lavoro » de l'autorité portuaire du port de Gênes énonçait ce qui suit: « Le système tarifaire appliqué dans le port de Gênes pour les prestations des services portuaires se caractérise, et depuis toujours il est connu défavorablement, par la complexité et le caractère confus de sa composition ainsi que le caractère indéterminé du coût final des services » (cité dans les observations de Siderurgica, à la page 12).

44 — Arrêt du 4 mai 1988, précité note 24.

45 — Voir, à ce sujet, les observations de la Commission, à la page 38 et les observations de Siderurgica, à la page 15.

46 — Voir l'arrêt Michelin/Commission, précité note 35, points 87 à 91, dans lequel la Cour a estimé qu'il n'y avait pas pratique abusive au sens de l'article 86, deuxième alinéa, sous c), parce qu'il n'avait pas été démontré que les différences de traitement entre différents revendeurs étaient le résultat de l'application de critères inégaux et qu'elles n'étaient pas justifiées par des considérations commerciales légitimes (au point 90).

l'espèce, dès lors que, après négociations et par « dérogation » aux tarifs, un prix préférentiel serait compté à certains usagers du port, par réduction des coûts additionnels et en compensant cette réduction par une augmentation des coûts portés en compte à d'autres usagers, sans qu'il existe de motif objectif de justification à cet effet[47]. Cette pratique est facilitée par la complexité et le caractère confus des tarifs applicables.

21. A notre sens, on peut déduire des éléments qui précèdent de sérieux indices, permettant à la juridiction nationale d'en conclure que, en ayant imposé des prix d'achat et des conditions contractuelles inéquitables, tant Merci que Compagnia ont abusé des monopoles qui leur sont accordés par la législation italienne, dans une partie substantielle du marché commun, qu'en refusant d'utiliser la technologie moderne Compagnia a exploité de façon abusive sa position dominante, et que, en ayant consenti à des partenaires commerciaux des conditions inégales, en comparaison avec celles appliquées à leurs concurrents, Merci a exploité de façon abusive sa position dominante.

22. Cela étant, il convient maintenant d'examiner si ces abus de position dominante au sens de l'article 86 — pour autant qu'ils soient considérés comme établis par la juridiction nationale — sont imposés, ou favorisés, ou rendus inévitables par la législation nationale pertinente. Nous estimons qu'il ne saurait exister que peu de doutes à ce sujet. En effet, les tarifs et les autres conditions contractuelles, par hypothèse inéquitables, appliqués par Merci et Compagnia, sont rendus possibles, sinon inévitables, par la législation nationale applicable, et sont favorisés, sinon rendus obligatoires, par les autorités portuaires, au titre des compétences que la législation nationale leur attribue[48]. Les autres pratiques abusives sont, elles aussi, rendues possibles par cette législation. Sans le monopole de l'exécution des opérations portuaires que lui a accordé la législation italienne, Compagnia n'aurait certainement pas pu se permettre de ne pas recourir à la technologie moderne. Et s'agissant également de l'inégalité de traitement des partenaires commerciaux, il est constant que pareille inégalité de traitement n'était possible que par suite du monopole accordé à Merci et de la complexité et du caractère confus du régime tarifaire mis en œuvre par les pouvoirs publics.

Il résulte de ce qui précède qu'il existe également, en l'occurrence, des indices sérieux établissant que la législation nationale, dont il est question dans le litige au principal, prend ou maintient en vigueur des mesures qui sont contraires aux dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et de l'article 86 du traité CEE. Étant donné que, combiné à une disposition du traité produisant un effet direct, telle que l'article 86, l'article 90, paragraphe 1, est assorti d'un effet direct[49], cela implique que, pour autant que la juridiction nationale soit d'accord avec les constatations qui précèdent, des particuliers puissent, au titre des dispositions précitées, se prévaloir directement de droits à l'égard de l'État membre concerné, tout comme ils peuvent naturellement faire valoir directement des droits à l'encontre de Merci et Compagnia, en raison des pratiques abusives de celles-ci.

47 — Cela ressortirait du rapport du 23 juillet 1987 du « Comitato sezione lavoro » des autorités portuaires du port de Gênes, précité (dans les observations de Siderurgica, à la page 13).

48 — Voir ci-avant, paragraphe 2.

49 — Voir l'arrêt Sacchi, précité note 14, point 18.

23. La question suivante consiste à se demander si la législation nationale dont question en l'espèce est également contraire aux dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et de l'article 85.

Conformément à l'*article 85,* sont incompatibles avec le marché commun et donc interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Comme nous l'avons déjà observé ci-avant (paragraphe 16), il ne saurait exister de doute quant au fait que Merci et Compagnia sont des entreprises au sens de l'article 85, que cet article est applicable à l'exécution et à l'organisation d'opérations portuaires et qu'en l'espèce, ainsi que cela ressort des questions préjudicielles, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par la législation examinée et par les actes qui s'appuyent sur cette législation. Dans l'arrêt ERT, la Cour a toutefois souligné que l'application de l'article 85 du traité CEE suppose qu'il y ait bien accord restreignant la concurrence, ou mieux entente entre entreprises [50].

24. Il n'apparaît pas des éléments dont la Cour dispose que des accords aient été conclus entre l'entreprise portuaire Merci et la compagnie portuaire Compagnia. En revanche, on ne saurait sans plus exclure, bien au contraire, qu'il existe entre elles des pratiques concertées qui soient suscitées, favorisées ou rendues inévitables par la législation nationale applicable. La Cour a, en effet, défini la pratique concertée comme « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence ». Selon la Cour, « si un parallélisme de comportement ne peut être à lui seul identifié à une pratique concertée, il est cependant susceptible d'en constituer un indice sérieux, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché » [51].

Ces affaires avaient trait à des entreprises qui se trouvaient en concurrence directe. Toutefois, il est établi que les ententes verticales, c'est-à-dire les ententes entre des entreprises qui ne se font pas une concurrence directe, et dès lors également les pratiques concertées de telles entreprises, sont elles aussi visées par l'article 85, en ce qu'elles restreignent le jeu de la concurrence vis-à-vis de tiers. Dans ce contexte, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si Merci et Compagnia ont adopté sciemment des pratiques concertées qui, ainsi qu'on l'a constaté ci-avant lors de l'examen du comportement abusif des entreprises considérées séparément, restreignent le jeu de la concurrence. La circonstance que ces pratiques concertées aient été inspirées ou rendues impératives par la législation nationale concernée ne fournit pas une excuse en

50 — Voir le point 29 de l'arrêt ERT, précité note 16. Voir également les conclusions de l'avocat général M. Lenz, présentées le 23 janvier 1991 dans l'affaire précitée, Rec. 1991, p. I-2939, point 32.

51 — Arrêt du 14 juillet 1972, ICI/Commission, points 64 et 66 (48/69, Rec. p. 619); voir également l'arrêt du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, point 191 (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663).

l'occurrence (cette circonstance constitue toutefois un facteur susceptible d'entrer en ligne de compte à propos de l'application d'amendes). En revanche, cette circonstance a pour effet de permettre à des particuliers de contester la législation nationale, au titre des dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et de l'article 85. C'est que, considérées en combinaison avec les dispositions de l'article 85, les dispositions de l'article 90, paragraphe 1, produisent un effet direct.

Violation de l'interdiction de l'article 30 du traité CEE

25. Selon une jurisprudence constante de la Cour, constitue une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 du traité CEE toute réglementation commerciale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire [52]. Est-ce le cas des monopoles des opérations portuaires dont question en l'espèce? Selon la Commission, l'article 30 n'est pas pertinent en l'espèce, car à tout le moins à la lumière des éléments portés à sa connaissance, les monopoles susmentionnés n'ont pas pour effet d'entraver la mise sur le marché italien de produits importés par rapport aux produits nationaux. En revanche, selon Siderurgica, les monopoles et les prix inéquitables des prestations de services portuaires qui vont de pair ont surtout une répercussion sur les produits importés et il convient, dès lors, de considérer les monopoles susmentionnés comme des réglementations commerciales au sens de l'article 30.

52 — Arrêt du 11 juillet 1974, Dassonville, point 5 (8/74, Rec. p. 837).

Il peut ressortir des éléments présentés à la Cour que les monopoles accordés à Merci et à Compagnia aboutissent effectivement à des prix inéquitables et à des prestations de services déficientes et que les importations de produits en provenance d'autres États membres en soient rendues plus chères et plus difficiles, ce qui est suffisant pour entraîner l'application de l'article 30. Néanmoins, il nous apparaît que cet effet ne saurait être imputé à la législation nationale en elle-même, mais aux actes accomplis par Merci et Compagnia, au titre de cette législation, dans le cadre des monopoles qui leur ont été accordés. Il en résulte, à notre avis, que, vis-à-vis de la législation nationale concernée, c'est l'article 90, combiné aux articles 85 et 86 qui, plutôt que l'article 30, constitue la disposition applicable.

L'article 90, paragraphe 2, du traité CEE

26. L'article 90, paragraphe 2, du traité CEE dispose que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence, *dans les limites où* l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Cette dérogation, au profit de certaines entreprises, à l'applicabilité des dispositions du traité, ne s'applique toutefois pas si le développement des échanges en est affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

Par la seconde question préjudicielle, la juridiction de renvoi veut s'entendre dire si Merci et Compagnia sont des entreprises

chargées de la gestion de services d'intérêt économique général et, dans l'affirmative, si l'application en particulier des articles 7, 85 et 86 du traité CEE ferait échec à l'accomplissement de leur mission spécifique. Pour autant que tel soit le cas et que les autres conditions de l'article 90, paragraphe 2, soient également réunies, il convient d'admettre, à notre avis, s'agissant des points traités dans la partie de nos conclusions qui précède, qu'une législation nationale qui rend obligatoire, favorise ou rend inévitable cette pratique d'entreprises, *qui est autorisée au titre de l'article 90, paragraphe 2,* n'est néanmoins pas contraire aux dispositions de l'article 90, paragraphe 1, combinées à d'autres dispositions du traité.

27. Il convient, tout d'abord, de faire observer que la notion d'« entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général » revêt une acception communautaire spécifique. Selon la jurisprudence de la Cour, qui a toujours affirmé que cette notion devait être d'interprétation stricte [53], il importe que les pouvoirs publics aient confié à l'entreprise les activités qu'elle exerce [54] et que ces activités soient nécessaires pour des raisons d'intérêt général [55]. Il ressort de la législation nationale concernée que tant les entreprises portuaires que les compagnies portuaires sont chargées par les pouvoirs publics des activités qu'elles exercent. Cette circonstance n'implique toutefois pas, à elle seule, que ces activités revêtent un intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2. Bien que l'aménagement d'un port soit indubitablement, en tant que tel, une activité d'intérêt économique général, on ne saurait en dire autant, à notre sens, des activités des compagnies portuaires et des entreprises portuaires qui consistent à exécuter des opérations portuaires ou à les organiser pour compte de tiers. En effet, les opérations portuaires comprennent les opérations de chargement, de déchargement, de transbordement et de stockage de marchandises. Si pareilles opérations ressortent, elles aussi, à la notion de services d'intérêt général, cette dernière notion peut couvrir pratiquement toutes les activités économiques [56]. A notre avis, ainsi que cela ressort également des arrêts cités ci-avant à la note 55, ne relèvent de cette notion que des activités qui bénéficient directement à la collectivité.

En admettant même que les opérations portuaires précitées soient à considérer comme des services d'intérêt économique général, on n'aura pas encore démontré que le respect des règles du traité précitées et, en particulier, des articles 7, 85 et 86, soit incompatible avec l'exercice de la mission publique, en d'autres termes, que, pour l'exercice de ladite mission, il soit indispensable de contrevenir aux règles du traité [57]. En outre, il doit encore apparaître que l'application de la dérogation aux règles du traité n'est pas contraire à l'intérêt de la Communauté.

53 — Voir, par exemple, l'arrêt du 27 mars 1974, BRT/SABAM, point 19 (127/73, Rec. p. 313).

54 — Voir l'arrêt BRT/SABAM, précité note précédente, point 20, l'arrêt du 2 mars 1983, GVL/Commission, points 29 à 32 (7/82, Rec. p. 483), et l'arrêt Ahmed Saeed, précité note 22, point 55.

55 — Voir l'arrêt Ahmed Saeed, précité note 22, point 55. A ce jour, la Cour a, entre autres, considéré en tant qu'activités d'intérêt économique général: le maintien de la navigabilité d'une voie d'eau importante (arrêt Muller/Luxembourg, 10/71, Rec. 1971, p. 723), la distribution d'eau (arrêt IAZ International Belgium/Commission, 96/82, Rec. p. 3369), la fourniture de prestations de services dans le domaine des télécommunications (arrêt Italie/Commission, 41/83, Rec. 1985, p. 873) et les émissions de télévision (arrêt Sacchi/Italie, 155/73, Rec. 1974, p. 409).

56 — Telle semble être également l'opinion du Tribunale amministrativo regionale qui, dans un jugement du 21 décembre 1988 relatif aux compagnies portuaires, a déclaré: « En effet, il convient d'exclure que la réglementation nationale du secteur des compagnies portuaires ait voulu déléguer un service d'intérêt économique général » (*Foro It.* 89, parte 3, p. 98).

57 — Voir l'arrêt Höfner et Elser, précité note 26, point 24, ainsi que l'arrêt CBEM, précité note 35, point 17.

28. S'agissant de l'article 90, paragraphe 2, dans un arrêt du 14 juillet 1971, la Cour a déclaré que cette disposition ne produisait pas d'effet direct étant donné le fait que « l'application de cette disposition comporte l'appréciation des exigences inhérentes, d'une part, à l'accomplissement de la mission particulière impartie aux entreprises dont il s'agit et, d'autre part, à la sauvegarde de l'intérêt de la Communauté » [58]. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de déclarer, dans des arrêts ultérieurs, dans le contexte du premier critère d'appréciation mentionné dans cette citation, qu'il appartient au juge national de rechercher si une entreprise qui invoque les dispositions de l'article 90, paragraphe 2, pour ne pas appliquer les dispositions du traité, est réellement chargée de la gestion de services d'intérêt économique général [59], chose improbable en l'espèce, comme on l'a fait observer ci-avant. En admettant même qu'en l'espèce, les entreprises soient chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, elles ne sauraient se prévaloir de la dérogation de l'article 90, paragraphe 2, que si elles réussissent à démontrer devant le juge national quelle est la nature exacte des nécessités d'intérêt économique général en cause et quelle peut en être la répercussion sur l'attitude des entreprises concernées [60]. Tel n'est pas le cas, par exemple, de tarifs approuvés par les pouvoirs publics, dont la structure n'est pas transparente, circonstance qui, comme nous l'avons précédemment relevé, paraît également se présenter en l'espèce [61].

Cette jurisprudence nous amène donc à conclure qu'il appartient au juge national d'examiner si une entreprise qui se prévaut de la dérogation de l'article 90, paragraphe 2, a effectivement été chargée d'un service d'intérêt économique général, selon l'acception donnée à cette notion en droit communautaire et, dans l'affirmative, si et dans quelle mesure précise les nécessités d'intérêt général obligent ladite entreprise à agir contrairement à des dispositions du traité telles que les articles 7, 85 ou 86. Cela implique que la charge de la preuve incombe aux entreprises concernées et que celles-ci aient à démontrer devant le juge national que les conditions additionnelles de l'article 90, paragraphe 2, sont réunies.

Si le juge national aboutit à la conclusion que ces conditions additionnelles sont effectivement réunies (ce qui nous paraît très improbable en l'espèce), il dispose encore de la faculté, s'agissant du second critère d'appréciation mentionné dans la citation reprise au début du présent point (soit quant à la question de savoir si la mission impartie par l'État membre et son exercice n'aboutissent pas à un développement des échanges qui soit contraire à l'intérêt de la Communauté), de contacter la Commission, s'il le souhaite, en vue de la réponse à apporter à cette question, et cela par analogie avec ce que la Cour a admis relativement à l'application des articles 85 et 86, [62] afin d'obtenir les données juridiques et économiques susceptibles de lui apporter une réponse à ladite question.

58 — Voir l'arrêt Muller, précité note 55, points 13 à 16.

59 — Voir les arrêts Sacchi, précité note 14, point 18, BRT/SABAM, précité note 53, point 22, CBEM, précité note 35, point 17, et Ahmed Saeed, précité note 22, points 55 à 57.

60 — Voir l'arrêt Ahmed Saeed, précité note 22, point 56.

61 — Ibidem, point 57.

62 — Voir l'arrêt du 28 février 1991, Delimitis/Henninger Bräu, point 53 (C-234/89, Rec. p. I-935).

Conclusion

29. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions posées à titre préjudiciel:

« 1) a) Une législation nationale imposant aux entreprises, visées à l'article 90, paragraphe 1, chargées de l'exécution ou de l'organisation d'opérations portuaires, l'obligation de faire appel, pour ces opérations, à des travailleurs portuaires qui possèdent la nationalité de l'État membre concerné, est incompatible avec l'article 90, paragraphe 1, combiné à l'article 7 et aux articles 48 ou 52 et 59 du traité CEE et ne saurait être justifiée ni par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique ni au titre d'emplois dans l'administration publique ou de l'exercice de l'autorité publique. Les dispositions de l'article 90, paragraphe 1, combinées aux dispositions du traité précitées, sont dotées d'un effet direct.

b) Une législation nationale qui incite, oblige ou conduit inévitablement une entreprise visée à l'article 90, paragraphe 1, à exploiter de façon abusive une position dominante qu'elle détient dans une partie substantielle du marché commun, ou à adopter une pratique concertée avec une autre entreprise, abus ou pratique qui consisterait, pour des opérations portuaires, demandées ou non, et parfois même pas exécutées, à appliquer des prix ou d'autres conditions inéquitables, ou à restreindre les débouchés ou le développement technique au détriment des usagers, ou encore à appliquer des conditions inégales à des prestations équivalentes au détriment de partenaires commerciaux, est incompatible avec les dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et de l'article 86 ou de l'article 85 du traité CEE.

Combiné à l'article 86 ou à l'article 85, l'article 90, paragraphe 1, est doté d'un effet direct.

2) Les entreprises chargées de l'exécution ou de l'organisation d'opérations portuaires, par lesquelles on entend les opérations de chargement, de déchargement, de transbordement et de stockage de marchandises dans le port, ne sauraient normalement être considérées comme des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE, soit de services qui bénéficient directement à la collectivité. Il appartient au juge national de le constater concrètement. Pour

le cas où le juge national aboutit à une conclusion différente, il appartient encore aux entreprises concernées, si elles entendent se prévaloir de la dérogation prévue à l'article 90, paragraphe 2, de démontrer, devant le juge national, quelle est la nature exacte des nécessités d'intérêt général qui les obligeraient à agir contrairement aux articles 7, 85 et 86 du traité CEE. Ce n'est que lorsque ce dernier élément peut lui aussi être démontré devant le juge national, et qu'en outre il peut être démontré, le cas échéant après que la Commission a été contactée, que la condition mentionnée à la dernière phrase de l'article 90, paragraphe 2, est également remplie, qu'il y a lieu de considérer qu'une législation nationale, telle que celle décrite ci-avant au point 1, sous a) et b), n'est tout de même pas contraire à l'article 90, paragraphe 1, combiné à l'une des dispositions du traité mentionnées ci-avant au point 1, sous a) et b). »