Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NILS WAHL
présentées le 5 juin 2014 [1]

Affaire C-270/13

Iraklis Haralambidis
contre
Calogero Casilli

[demande de décision préjudicielle formée par le Consiglio di Stato (Italie)]

«Libre circulation des travailleurs — Fonctions de président d'une autorité portuaire — Article 45, paragraphe 4, TFUE — Condition de nationalité — Notion de 'service public' — Prérogatives de puissance publique — Fonctions exercées dans l'intérêt général — Pouvoirs exercés de façon sporadique ou dans des circonstances exceptionnelles»

1. Le poste de président d'une autorité portuaire relève-t-il de la notion de «service public» au sens de l'article 45, paragraphe 4, TFUE et, par voie de conséquence, les États membres peuvent-ils réserver ce poste à leurs nationaux, en dérogeant à la règle de la libre circulation des travailleurs? Telle est, en substance, la question clé soulevée par la demande de décision préjudicielle présentée par le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie).

2. La Cour s'est déjà penchée sur la notion de «service public» dans un certain nombre d'affaires dont elle a eu à connaître, tant dans le cadre de procédures préjudicielles que de recours en manquement. Cependant, plusieurs des arrêts de la Cour, et en particulier les plus anciens, sont assez concis et n'apportent aucun éclaircissement appréciable sur des aspects qui sont – à mon avis – fondamentaux pour déterminer si un poste donné dans l'administration publique d'un État membre relève ou non du champ d'application de l'article 45, paragraphe 4, TFUE.

3. La présente affaire offre donc à la Cour la possibilité de mieux cerner et de préciser la notion de «service public», notion dont la portée et la signification ne peuvent être appréciées, comme je vais m'efforcer de le montrer dans ces conclusions, qu'en se référant à la raison d'être même de l'article 45, paragraphe 4, TFUE.

1 — Langue originale: l'anglais.

I – **Les dispositions législatives italiennes pertinentes**

4. L'article 38, paragraphes 1 et 2, du décret législatif n° 165, du 30 mars 2001, qui a pour titre «Règles générales d'organisation du travail dans l'administration publique» [2], dans la version qui était en vigueur à l'époque des faits, disposait:

«1. Les citoyens des États membres de [l'Union] européenne peuvent accéder aux emplois auprès des administrations qui n'impliquent pas l'exercice direct ou indirect de pouvoirs publics ou ne touchent pas à la protection de l'intérêt national.

2. Par décret du président du Conseil des ministres […], sont identifiés les postes et fonctions pour lesquels il n'est pas possible de ne pas posséder la nationalité italienne, ainsi que les conditions indispensables pour l'accès des citoyens visés au paragraphe 1».

5. Le décret du président du Conseil des ministres en question a été adopté le 7 février 1994 [3]. L'article 1er, paragraphe 1, sous b), dudit décret dispose que les postes dans l'administration publique auxquels il ne peut être accédé sans posséder la nationalité italienne incluent «les postes correspondant au sommet administratif dans les structures périphériques des administrations publiques de l'État, y compris autonomes, dans les établissements publics non économiques, les provinces et les communes ainsi que les régions et la Banque d'Italie».

6. Aux termes de la décision de renvoi, les autorités portuaires constituent une catégorie particulière d'organisme public, régie par la loi n° 84, relative à l'adaptation de la législation applicable en matière portuaire, du 28 janvier 1994 (ci-après la «loi n° 84/1994») [4].

7. L'article 6, paragraphe 1, de la loi n° 84/1994 institue une autorité portuaire dans le port de Brindisi, et en d'autres lieux, en lui assignant les missions suivantes:

«a) Direction, programmation, coordination, promotion et contrôle des opérations portuaires et des autres activités commerciales et industrielles exercées dans les ports, avec des pouvoirs de réglementation et d'injonction, y compris en ce qui concerne la sécurité face aux risques d'accidents liés à de telles activités et les conditions d'hygiène au travail […];

b) Entretien ordinaire et extraordinaire des parties communes dans la zone portuaire […];

c) Attribution et contrôle des activités destinées à fournir, à titre onéreux, aux usagers du port des services d'intérêt général […] définies par le décret du ministre des Infrastructures et des Transports […]».

8. Aux termes de l'article 6, paragraphes 2 à 4, de la loi n° 84/1994, l'autorité portuaire est une personne morale de droit public dotée d'autonomie administrative, sous réserve des dispositions de l'article 12 de la même loi, ainsi que d'autonomie budgétaire et financière dans certaines limites. La gestion du patrimoine et des finances de l'autorité portuaire est régie par un règlement comptable approuvé par le ministre des Transports et de la Navigation, en accord avec le ministre du Trésor. La reddition des comptes de l'autorité portuaire est soumise au contrôle de la Cour des comptes italienne.

2 — Decreto legislativo n. 165–Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (supplément ordinaire n° 112 à la GURI n° 106, du 9 mai 2001).

3 — Décret définissant les règles d'accès pour les citoyens des États membres de l'Union européenne aux postes au sein de l'administration publique (Decreto del presidente del Consiglio dei ministri n. 174–Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di *lavoro presso le amministrazioni pubbliche*), du 7 février 1994 (GURI n° 61, du 15 mars 1994).

4 — Legge n. 84–Riordino della legislazione in materia portuale (supplément ordinaire n° 21 à la GURI n° 28, du 4 février 1994).

9. En vertu de l'article 7 de la loi nº 84/1994:

«1. Les organes de l'autorité portuaire sont: a) le président; b) le comité portuaire; c) le secrétaire général; d) le collège des commissaires aux comptes.

2. Les émoluments du président [et des autres membres des organes de l'autorité portuaire] sont à la charge du budget de l'autorité portuaire et sont déterminés par le comité dans les limites maximales établies […] par décret du ministre des Transports et de la Navigation […]».

10. La même disposition, à son paragraphe 3, prévoit que le ministre des Transports et de la Navigation peut ordonner, par voie de décret, la révocation du président et la dissolution du comité portuaire dans certaines circonstances.

11. L'article 8, paragraphes 1 et 2, de la loi nº 84/1994 prévoit que le président de l'autorité portuaire est nommé par décret du ministre des Transports et de la Navigation, en accord avec la région concernée, parmi un groupe de trois experts qualifiés dans le domaine de l'économie portuaire et des transports, désignés par les organes compétents de la province, de la ville et de la chambre de commerce concernés. Le mandat du président est de quatre ans, renouvelable une fois. Il représente l'autorité portuaire.

12. Aux termes de l'article 8, paragraphe 3, de la même loi, le président de l'autorité portuaire a les tâches suivantes:

«a) préside le comité portuaire;

b) soumet au comité portuaire, pour adoption, le plan opérationnel triennal;

c) soumet au comité portuaire, pour adoption, le plan régulateur portuaire;

d) soumet au comité portuaire les projets de délibérations concernant le budget prévisionnel et ses modifications, le bilan et le traitement du secrétariat général, ainsi que la mise en œuvre des accords contractuels relatifs au personnel du secrétariat technique et opérationnel;

e) propose au comité portuaire les projets de délibération concernant les concessions visées à l'article 6, paragraphe 5;

f) assure la coordination des activités exercées dans le port par les administrations, ainsi que la coordination et le contrôle des activités soumises à autorisation et concession, et des services portuaires […];

[…]

h) administre les zones et les biens du domaine maritime qui sont compris dans le ressort [territorial dans lequel il exerce ses compétences], sur le fondement des dispositions législatives en la matière, en exerçant, après avoir entendu le comité portuaire, les pouvoirs qui lui sont attribués par les articles 36 à 55 et 68 du code de la navigation [italien] [5] et de ses règles d'application;

5 — Ces dispositions du code de la navigation italien concernent les concessions ou utilisations de zones du domaine maritime qui sont propriété de l'État (articles 36 à 55) et la supervision des activités exercées dans les ports (article 68).

i) exerce les compétences qui sont attribuées à l'autorité portuaire par les articles 16 [6] et 18 [7] et accorde, après avoir entendu le comité portuaire, les autorisations et concessions prévues auxdits articles lorsque celles-ci ont une durée non supérieure à quatre ans, et détermine le montant des redevances correspondantes […];

[…]

l) promeut l'institution de l'association du travail portuaire […];

m) assure la navigabilité dans la zone portuaire et veille à l'entretien et à l'approfondissement des fonds marins […] [d]ans les cas de nécessité immédiate et d'urgence, peut adopter des décisions à caractère contraignant […];

n) a un rôle de proposition en matière de délimitation des zones franches, après avoir entendu l'autorité maritime et les administrations locales concernées;

n-bis) exerce toute autre compétence qui n'est pas attribuée par la présente loi aux autres organes de l'autorité portuaire».

13. En vertu de l'article 12 de la loi nº 84/1994, l'autorité portuaire est soumise à la tutelle du ministre des Transports et de la Navigation. En particulier, les décisions du président et du comité portuaire sont soumises à l'approbation de ce ministre lorsqu'elles concernent: a) l'approbation du budget prévisionnel, les éventuelles modifications de celui-ci et le bilan; b) le recrutement du personnel du secrétariat technique et opérationnel. En outre, les décisions mentionnées ci-dessus sous a) requièrent aussi l'accord du ministre du Trésor. La Cour des comptes italienne est également tenue de contrôler certaines activités de l'autorité portuaire.

II – **Les faits à l'origine du litige, la procédure au principal et les questions préjudicielles**

14. Iraklis Haralambidis (ci-après «M. Haralambidis»), de nationalité grecque, a été nommé président de l'autorité portuaire de Brindisi par le ministre des Infrastructures et des Transports italien, par un décret du 7 juin 2011 adopté à l'issue d'une procédure de désignation telle que prévue par la loi.

15. Par la suite, l'un des autres candidats au poste, Calogero Casilli (ci-après «M. Casilli»), de nationalité italienne, a formé un recours devant le Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, siège de Lecce (tribunal administratif des Pouilles, section de Lecce, ci-après le «TAR Puglia») en vue d'obtenir l'annulation du décret ministériel. M. Casilli faisait valoir que M. Haralambidis ne pouvait pas être nommé président de l'autorité portuaire de Brindisi parce que la possession de la nationalité italienne est obligatoire pour de telles fonctions publiques.

16. Le TAR Puglia a fait droit au recours de M. Casilli et a, par jugement du 26 juin 2012, annulé le décret ministériel nommant M. Haralambidis.

17. Le jugement du TAR Puglia a fait l'objet d'un appel interjeté par M. Haralambidis devant le Consiglio di Stato. Dans ce contexte, M. Haralambidis a fait valoir que si les dispositions nationales en cause devaient être interprétées comme exigeant la nationalité italienne pour l'accès au poste en question, ces dispositions seraient incompatibles avec l'article 45, paragraphe 4, TFUE.

6 — L'article 16 de la loi nº 84/1994 concerne les «opérations portuaires et services portuaires».

7 — L'article 18 de la loi nº 84/1994 concerne l'«octroi de concessions sur les zones [portuaires] et les quais».

18. Ayant des doutes quant à la compatibilité des dispositions italiennes en cause avec le droit de l'Union, le Consiglio di Stato a décidé de surseoir à statuer et de soumettre les questions suivantes à la Cour, à titre préjudiciel:

«1) Compte tenu du fait que, d'un côté, est sans incidence dans le cas d'espèce [nomination d'un ressortissant d'un autre État membre de l'Union européenne aux fonctions de président d'une autorité portuaire italienne, personne morale qui peut être qualifiée d'organisme de droit public] l'exclusion prévue par l'article 45, paragraphe 4, TFUE dans la mesure où elle concerne […] les cas de relations de travail subordonné dans les administrations (dans le cas qui nous occupe, un tel travail n'existe pas), et que, de l'autre côté – en tout état de cause –, les fonctions confiées au président de l'Autorità Portuale peuvent être qualifiées d''activité de travail' au sens large […], la clause qui réserve l'accomplissement de cette mission aux seuls nationaux italiens est-elle constitutive, ou non, d'une discrimination fondée sur la nationalité, prohibée par ledit article 45?

2) Les fonctions exercées en tant que président d'une autorité portuaire italienne par un ressortissant d'un autre État membre de l'Union européenne peuvent-elles, sinon, être considérées comme relevant du droit d'établissement consacré par les articles 49 et suiv. TFUE, et, dans ce cas, l'interdiction édictée par le droit interne de confier ces fonctions à une personne ne possédant pas la nationalité italienne constitue-t-elle, ou non, une discrimination fondée sur la nationalité, ou cette circonstance peut-elle être réputée exclue par l'article 51 TFUE?

3) À titre subsidiaire, dans le cas où l'exercice des fonctions de président d'une autorité portuaire italienne par le ressortissant d'un autre État membre de l'Union européenne peut représenter une prestation de 'services' au sens de la directive 2006/123/CE [8], l'exclusion de l'application de cette directive aux services portuaires a-t-elle, ou non, une incidence aux fins qui nous intéressent et – si ce n'est pas le cas – l'interdiction prévue en droit interne d'exercer de telles fonctions constitue-t-elle, ou non, une discrimination fondée sur la nationalité?

4) À titre encore plus subsidiaire, l'exercice des fonctions de président d'une autorité portuaire italienne par le ressortissant d'un autre État membre de l'Union européenne, s'il est considéré comme ne relevant pas des dispositions susvisées, peut-il néanmoins être considéré, d'une façon plus générale, conformément à l'article 15 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [ci-après la 'Charte'], comme une prérogative relevant du droit reconnu aux citoyens [de l'Union] de 'travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre', même indépendamment des dispositions 'sectorielles' figurant dans les articles 45 et 49 et suiv. TFUE ainsi que dans la directive 2006/123/CE, et, par conséquent, l'interdiction édictée en droit interne d'exercer ces fonctions est-elle contraire – ou non – à l'interdiction, de portée générale elle aussi, des discriminations fondées sur la nationalité prévue à l'article 21, paragraphe 2, de la […] Charte […]?»

19. Des observations écrites ont été présentées dans la présente affaire par MM. Haralambidis et Casilli, l'Autorità Portuale di Brindisi, les gouvernements espagnol, italien et néerlandais, ainsi que la Commission européenne.

20. Le 12 février 2014, la Cour a demandé certaines précisions au gouvernement italien concernant le sens de certaines dispositions de droit italien et a demandé simultanément aux parties prenant part à l'audience de concentrer leurs observations orales sur les deux premières questions posées par la juridiction de renvoi. Le gouvernement italien a répondu à la demande de clarification le 27 février 2014.

8 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JO L 376, p. 36).

21. Tant le gouvernement italien que la Commission ont été entendus en leurs plaidoiries lors de l'audience du 26 mars 2014.

III – **Analyse**

A – *Reformulation des questions posées*

22. Par ses quatre questions, la juridiction de renvoi cherche, en substance, à obtenir les éléments qui lui permettront de décider si une réglementation nationale, qui réserve aux nationaux le poste de président d'une autorité portuaire, est compatible avec le droit de l'Union.

23. Avant d'entamer mon analyse sur le plan juridique, il me semble important de replacer cette affaire dans le cadre juridique adéquat afin de reformuler correctement les questions déférées. À cette fin, je voudrais faire quatre remarques préliminaires.

24. En *premier* lieu, le libellé de la demande de décision préjudicielle contient une référence à diverses dispositions de droit primaire de l'Union (à savoir les articles 45 et 49 et suiv. TFUE ainsi que les articles 15 et 21, paragraphe 2, de la Charte) et de droit dérivé (à savoir les dispositions de la directive 2006/123) qui pourraient ne pas être compatibles avec la réglementation italienne en cause.

25. Cependant, comme je l'ai indiqué en introduction des présentes conclusions, il est clair à mes yeux que la disposition clé de droit de l'Union en cause ici est l'article 45 TFUE.

26. En dépit des doutes exprimés par la juridiction de renvoi, d'une part, et par le gouvernement italien, d'autre part, je suis d'avis que le président d'une autorité portuaire peut être qualifié de «travailleur» au sens des articles 45 à 48 TFUE.

27. La Cour juge de manière constante que la notion de «travailleur» ne peut pas être interprétée différemment en fonction des règles ou principes applicables dans les divers États membres car elle a une signification autonome en droit de l'Union [9]. De plus, une telle notion doit être comprise de façon large de sorte à inclure toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération [10].

28. Comme l'ont soutenu le gouvernement espagnol et la Commission, le président d'une autorité portuaire semble remplir ces conditions. En effet, la personne nommée à ce poste conclut une relation contractuelle avec l'autorité portuaire qui, pour le travail fourni par cette personne à titre régulier pendant une période de temps déterminée (quatre ans, renouvelable une fois), lui verse une rémunération. Le montant de la rémunération est défini à l'avance et est aligné sur la rémunération des postes de haut niveau comparables dans l'administration publique, dans les limites fixées par les ministères compétents.

9 — Voir, ex plurimis, ordonnance Commission/Pays-Bas (C-542/09, EU:C:2010:448, point 68) et point 16 des conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Lawrie-Blum (66/85, EU:C:1986:179).

10 — Voir, ex plurimis, arrêts Petersen (C-544/11, EU:C:2013:124, point 30) et Lawrie-Blum (EU:C:1986:284, points 16 et 17).

29. Bien qu'occupant un poste exécutif au sein de l'entité qui l'emploie, en jouissant ainsi d'un pouvoir discrétionnaire assez vaste dans l'exercice effectif de ses fonctions, le président de l'autorité portuaire reste soumis à un contrôle. En particulier, le ministre des Infrastructures et des Transports (agissant, dans certains cas, en accord avec le ministre du Trésor ou d'autres autorités publiques) conserve des pouvoirs d'instruction, de contrôle et, s'il y a lieu, de sanction à l'égard du président de l'autorité portuaire.

30. Non seulement le président de l'autorité portuaire est nommé par le ministre des Infrastructures et des Transports (en accord avec les autorités régionales compétentes), mais il peut aussi être révoqué par ce ministre. Cela peut se produire lorsque les conditions visées à l'article 7, paragraphe 3, de la loi nº 84/1994 sont réunies, et plus généralement lorsque la révocation devient nécessaire pour assurer la bonne gestion de l'autorité portuaire, sur le fondement des pouvoirs implicites reconnus au gouvernement en la matière par la jurisprudence italienne [11].

31. Qui plus est, certaines des décisions fondamentales que le président, ou le comité portuaire qu'il préside, doit prendre sont également soumises à une approbation gouvernementale, ainsi que le prévoit l'article 12 de la loi nº 84/1994. Les pouvoirs d'instruction du ministre compétent semblent, en outre, aller plus loin. Comme l'a souligné le gouvernement italien, en effet, la jurisprudence du Consiglio di Stato a qualifié d'«inconcevable» l'éventualité qu'un président d'une autorité portuaire puisse délibérément ignorer les instructions qui lui sont données de façon réitérée par le ministre compétent. Le Consiglio di Stato a insisté, dans ce contexte, sur la relation de confiance qui doit exister entre le président de l'autorité portuaire et le ministre compétent [12]. Ainsi, bien qu'elle soit relativement limitée et s'exerce principalement sous la forme d'un contrôle a posteriori, la subordination du président de l'autorité portuaire au ministre compétent ne saurait être niée.

32. À l'inverse, l'on ne retrouve manifestement pas, dans le poste de président d'une autorité portuaire, les éléments qui sont en général associés à l'idée de prestataire de services indépendant, à savoir davantage de flexibilité quant au choix du type de travail et de missions à accomplir, quant à la détermination des modalités d'exécution de ces tâches ou travaux, des horaires et du lieu de travail, et plus de liberté dans le recrutement de ses propres assistants [13].

33. En somme, il est possible d'affirmer que le poste de président d'une autorité portuaire correspond à un rapport d'emploi sui generis avec l'État, comparable, mutatis mutandis, à celui que la Cour a examiné dans l'arrêt Danosa [14]. Dans cet arrêt, la Cour a jugé qu'un membre d'un comité de direction d'une société de capitaux devait être considéré comme un «travailleur» au sens de la directive 92/85/CEE [15].

34. Je suis donc d'avis que la situation qui fait l'objet de la procédure au principal doit être examinée au regard des dispositions du TFUE relatives à la libre circulation des travailleurs. De façon plus précise, les dispositions qui nous fourniront une réponse dans cette affaire sont la libre circulation des travailleurs (telle que garantie par l'article 45, paragraphes 1 à 3, TFUE) et la dérogation à ce principe (prévue au paragraphe 4 de la même disposition).

11 — Voir, en particulier, arrêt nº 2596 de la Sezione IV du Consiglio di Stato, du 13 mai 2013, Ciani c. Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, point 4.4.1.

12 — Ibidem, point 4.6.

13 — Voir, à ce sujet, arrêt Agegate (C-3/87, EU:C:1989:650, point 36). Voir, également, arrêt Commission/Italie (C-596/12, EU:C:2014:77, points 16 et suiv. ainsi qu'a contrario arrêt Asscher (C-107/94, EU:C:1996:251, point 26).

14 — C-232/09, EU:C:2010:674, points 38 à 51.

15 — Directive du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1).

35. Cela dit – et j'en arrive à ma *deuxième* remarque préliminaire – je suis convaincu que, en dépit de leur libellé différent, les règles énoncées à l'article 45, paragraphe 4, et à l'article 51 TFUE devraient être interprétées de façon homogène. Ainsi que les avocats généraux Mayras [16] et Mancini [17] l'ont soutenu de façon convaincante, le contenu différent des deux dispositions est dû aux différentes situations qu'elles visent. L'objectif poursuivi par les deux dispositions est néanmoins le même: permettre aux États membres de déroger au principe fondamental qui prohibe les discriminations fondées sur la nationalité au sein du marché intérieur, en réservant à leurs propres citoyens l'exercice de certaines activités, effectuées dans l'intérêt général par des individus qui sont, à cet effet, investis de certains pouvoirs d'autorité. C'est pourquoi je pense que, pour l'interprétation et l'application de l'article 45, paragraphe 4, TFUE, il convient de prendre en considération non seulement la jurisprudence de la Cour relative à cette disposition, mais aussi, mutatis mutandis, les principes énoncés par la Cour dans sa jurisprudence relative à l'article 51 TFUE qui a, en pratique, connu une évolution largement parallèle [18].

36. En *troisième* lieu, ainsi que la Commission l'a relevé avec raison dans ses observations, les autres dispositions du droit de l'Union citées par la juridiction de renvoi sont soit inapplicables à la procédure au principal, soit, en tout cas, redondantes pour l'examen de la présente affaire. Pour commencer, l'article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 2006/123 affirme expressément que celle-ci ne s'applique pas aux «services dans le domaine des transports, y compris les services portuaires, qui entrent dans le champ d'application du titre V du traité [FUE]». Ainsi, même si l'on devait considérer le président d'une autorité portuaire comme un prestataire de services, l'applicabilité de la directive 2006/123 semblerait a priori exclue. Par ailleurs, les deux dispositions de la Charte mentionnées par la juridiction de renvoi ne paraissent pas ajouter d'autres éléments d'incompatibilité à ceux qui pourraient découler de l'application des règles relatives à la libre circulation des travailleurs [19]. En effet, tant l'article 15, qui concerne la «liberté professionnelle et le droit de travailler», que l'article 21, paragraphe 2, de la Charte, qui interdit la discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application des traités de l'Union, énoncent des principes qui sont explicitement ou implicitement contenus dans l'article 45 TFUE.

37. En *quatrième* lieu, et pour finir, j'aimerais souligner tout de suite que la Cour a toujours retenu une définition *fonctionnelle* des postes relevant du service public pour les besoins de l'article 45, paragraphe 4, TFUE [20]. Ainsi, ce qui importe véritablement pour cette disposition n'est pas l'appellation ou le statut juridique du poste, ses liens organiques avec les autorités publiques [21], ou son statut au sein de l'administration [22], mais plutôt la nature réelle du poste, les responsabilités et les fonctions effectives [23].

38. En conséquence, dans la présente affaire, la Cour ne peut pas se prononcer in abstracto sur le point de savoir si l'accès au poste de président d'une autorité portuaire peut, en vertu de l'article 45, paragraphe 4, TFUE, être restreint aux nationaux des États membres. La Cour peut seulement examiner et se prononcer sur la question de savoir si cela est possible dans le cas du poste de

16 — Conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Reyners (2/74, EU:C:1974:59).

17 — Conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/France (307/84, EU:C:1986:150).

18 — À cette fin, voir dans la doctrine Dashwood, A., e.a., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford et Portland, 2011, 6e éd., p. 569; Mortelmans, K. J. M., «The Functioning of the Internal Market: The Freedoms», Kapteyn, P. J. G., e.a. (éd.), *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer International, Alphen aan den Rhijn, 2008, 4e éd., p. 575 à 784, p. 731, et Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 4e éd., p. 520.

19 — Voir article 52, paragraphe 2, de la Charte.

20 — Voir arrêt Commission/France (EU:C:1986:222, point 12) et point 21 des conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/Grèce (C-290/94, EU:C:1996:82).

21 — Le fait que la personne occupant ce poste puisse être employée par une personne morale ou physique privée n'est pas, en soi, suffisant pour exclure l'application de l'article 45, paragraphe 4, TFUE s'il peut être établi que la personne, en ce qui concerne certaines activités, agit en tant que représentant des autorités publiques. Voir arrêt Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, EU:C:2003:515, point 43).

22 — Voir, sur ce point, arrêts Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, point 5) et Commission/France (EU:C:1986:222, point 11).

23 — Voir, à cet égard, arrêts Commission/Luxembourg (C-473/93, EU:C:1996:263, point 28) et Commission/France (EU:C:1986:222, point 12).

président d'une autorité portuaire, tel que régi par les dispositions du droit italien dans ce cas concret. L'on pourrait, en effet, concevoir que l'examen de la conformité au droit de l'Union d'une règle de droit interne d'un autre État membre relative à un poste comparable aboutisse à une conclusion différente dans la mesure où la nature, les responsabilités et les fonctions correspondant à un tel poste pourraient différer de celles du poste qui est examiné dans la présente affaire. Cela ne signifie pas cependant que les principes sur lesquels repose l'analyse juridique dans cette affaire ne seraient pas identiques dans des affaires futures [24].

39. Au vu de ce qui précède, je suis d'avis que les questions formulées par le Consiglio di Stato peuvent être examinées conjointement et reformulées ainsi: «Une réglementation nationale qui restreint aux nationaux d'un État membre l'accès au poste de président d'une autorité portuaire, exerçant des fonctions telles que celles indiquées à l'article 8, paragraphe 3, de la loi nº 84/1994, est-elle compatible avec l'article 45 TFUE?»

B – *Examen des questions posées*

40. Avant d'expliquer les raisons pour lesquelles j'estime que la réponse à la question posée par le Consiglio di Stato, telle que reformulée, devrait être négative, je vais brièvement rappeler la jurisprudence de la Cour et, en même temps, tenter de dégager les principes qu'elle contient, dans l'espoir d'apporter plus de clarté à l'interprétation correcte de l'article 45, paragraphe 4, TFUE.

41. La libre circulation des personnes, et en particulier des travailleurs, constitue l'un des principes fondamentaux de l'Union. Elle implique, aux termes de l'article 45, paragraphe 2, TFUE, l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, quelle qu'en soit la nature ou gravité, entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail [25].

42. L'article 45, paragraphe 4, TFUE précise cependant que les dispositions de cet article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. Toutefois, en tant qu'exception à un principe général, cette disposition doit être interprétée strictement ou, ainsi que la Cour l'affirme de manière constante, «recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États membres de protéger» [26].

43. Selon une jurisprudence constante, la notion de «service public» au sens de cette disposition doit faire l'objet d'une interprétation et d'une application uniformes dans l'ensemble de l'Union et ne saurait dès lors être laissée à la discrétion des États membres [27]. La Cour juge de manière constante que la notion de «service public» ne recouvre que les emplois qui supposent, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un «rapport particulier de solidarité» à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité [28].

44. Toutefois, la Cour n'a jamais analysé en détail la notion de «rapport particulier de solidarité» à l'égard de l'État. Elle a seulement indiqué que deux conditions, *très strictes* [29], sont cumulativement requises pour qu'un emploi relève de la notion de «service public»: l'emploi doit impliquer, d'une part, une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et, d'autre part, des

24 — Voir, en particulier, les considérations développées aux points 46 à 62 des présentes conclusions.

25 — Voir, notamment, arrêts Commission/France (167/73, EU:C:1974:35, points 43 et 44) et Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, EU:C:2013:799, point 23).

26 — Voir, notamment, arrêts Lawrie-Blum (EU:C:1986:284, point 26) et Commission/Italie (225/85, EU:C:1987:284, point 7).

27 — Voir arrêt Anker e.a. (C-47/02, EU:C:2003:516, point 57 et jurisprudence citée).

28 — Ibidem (point 58 et jurisprudence citée).

29 — Voir arrêt Commission/Luxembourg (EU:C:1996:263, point 33 et jurisprudence citée).

fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques [30]. Elle a ajouté que, en dépit de l'existence de ces deux conditions, il ne saurait être justifié de déroger à l'interdiction des discriminations si les prérogatives de puissance publique ne sont exercées que de façon sporadique, ou ne représentent qu'une part réduite de l'activité globale [31].

45. Ainsi, la jurisprudence de la Cour procède à une analyse en trois temps pour l'application de l'article 45, paragraphe 4, TFUE. Avant d'examiner plus en détail ces trois étapes, je voudrais m'arrêter brièvement sur la notion de «rapport particulier de solidarité» puisqu'elle apporte un éclaircissement, à mon avis, sur la raison d'être même de la disposition. En tant que telle, cette notion trace le cadre dans lequel il convient d'interpréter et d'appliquer les principes pouvant être déduits de la jurisprudence de la Cour.

1. La notion de «rapport particulier de solidarité»

46. La notion de «rapport particulier de solidarité» intervient pour les emplois à propos desquels l'État peut légitimement soutenir qu'ils impliquent des devoirs qui, par leur nature intrinsèque, seront mieux remplis par les personnes qui sont liées à l'État non par une simple relation de travail, mais aussi par la nationalité. L'idée sous-jacente est qu'une personne a généralement des sentiments plus forts de loyauté, de confiance et de dévouement envers le pays auquel lui-même, sa famille et ses racines appartiennent. Les principes les plus appliqués pour l'octroi de la nationalité des personnes ne sont-ils pas le lien du sang (jus sanguinis) ou du sol (jus soli)? En l'absence de tels liens – selon cette conception – une personne serait moins encline, ou tout simplement moins en mesure, à exercer en toutes circonstances ses fonctions de manière à accomplir pleinement la mission dans l'intérêt général.

47. La personne en question pourrait être moins *encline* à le faire parce que, par exemple, le titulaire de l'emploi pourrait se voir demander de placer les intérêts de la collectivité ou de l'État avant son propre intérêt, bien que – dans certaines circonstances – il puisse ne pas être facile d'agir ainsi. Tel pourrait être le cas, en particulier, de personnes occupant des emplois dans les États membres dans les forces armées ou de police.

48. Elle pourrait être moins *capable* parce que, par exemple, les personnes affectées par l'exercice des prérogatives de puissance publique qui lui sont confiées ne voient pas en elle une personne agissant au nom et dans l'intérêt de l'État [32]. Pour prendre un exemple, une personne ne possédant pas la nationalité pourrait être considérée comme n'étant pas suffisamment représentative du pays en cause pour accéder à des emplois au sommet du gouvernement. De même, une personne qui n'aurait pas de liens forts avec les aspects sociaux, politiques et culturels de la société dans laquelle elle doit exercer ses fonctions publiques pourrait ne pas être considérée par tous les citoyens comme «l'une des leurs». Cela pourrait avoir pour conséquence que les actions entreprises par cette personne pour le compte de l'État, qui peuvent avoir des répercussions graves pour ses ressortissants, seront dotées d'une légitimité moindre et moins bien acceptées. Tel peut être le cas, notamment, pour les membres du système judiciaire national.

49. Cependant, les Communautés ont été fondées dans le but même de dépasser l'époque du «Blut und Boden». De plus, ni les États membres en tant qu'entités souveraines ni leurs citoyens ne sont plus aujourd'hui ce qu'ils étaient à l'époque où les Communautés ont été créées [33].

30 — Voir, notamment, arrêts Commission/Belgique (149/79, EU:C:1980:297, point 10) et Commission/Grèce (EU:C:1996:82, point 2).

31 — Voir arrêts Anker e.a (EU:C:2003:516, points 63 et 64) et Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (EU:C:2003:515, points 44 et 45).

32 — Je note qu'une telle idée a été évoquée, avec raison à mon avis, lors de l'audience, par le gouvernement italien.

33 — Voir, dans ce contexte, le récent débat à propos de la possibilité d'acquérir la nationalité sur le simple fondement de la fortune dans certains États.

50. En premier lieu, la perception du rôle de l'État, i) au sein de la société et ii) dans le contexte international, évolue de façon significative. En ce qui concerne le premier aspect, ce que les citoyens attendent que l'État leur apporte est manifestement sujet à un changement rapide au sein de la société. Au cours des dernières décennies, l'on a constaté une nette tendance à la privatisation et à l'externalisation de missions qui étaient traditionnellement strictement réservées aux autorités publiques [34]. En ce qui concerne le second aspect, certains auteurs ont souligné récemment, dans la doctrine juridique, que, dans la situation de mondialisation actuelle où des parties importantes des compétences constitutionnelles des États souverains ont été transférées à des organismes supranationaux, ou sont de facto exercées dans diverses instances internationales [35], la notion de «souveraineté» ne peut pas être comprise à travers les mêmes notions traditionnelles que par le passé [36].

51. En second lieu, la notion de «nationalité» a connu une évolution substantielle. Avec l'accroissement de la mobilité des travailleurs (et plus généralement des personnes) à l'intérieur de l'Union, le lien de solidarité et d'allégeance que les États attendaient historiquement de leurs citoyens a été, sinon érodé, en tout cas soumis à transformation sur le plan conceptuel au sein de l'Union. De plus, depuis le traité de Maastricht, les traités de l'Union incluent la «citoyenneté de l'Union» en tant que notion distincte et parallèle de celle de «nationalité d'un État membre». Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt de principe Grzelczyk, «le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique» [37]. En d'autres termes, pour paraphraser la formule employée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire Konstantinidis [38], tout citoyen de l'Union est maintenant en droit d'affirmer «civis europeus sum» et d'invoquer ce statut pour s'opposer à une violation de ses droits fondamentaux, et j'ajouterai à toute discrimination injustifiée fondée sur la nationalité au sein de l'Union.

52. L'article 45, paragraphe 4, TFUE devrait donc être interprété à la lumière du contexte actuel [39].

53. C'est au regard de tous ces éléments que je vais à présent examiner plus en détail l'analyse en trois temps mentionnée aux points 44 et 45 des présentes conclusions.

2. L'analyse en trois temps pour l'application de l'article 45, paragraphe 4, TFUE

54. En ce qui concerne la première étape, à savoir l'exercice de prérogatives de puissance publique, la Cour n'a pas, à ce jour, donné de définition claire et générale de ces termes. Cependant, un certain nombre d'éléments peuvent se dégager de la jurisprudence, y compris – pour les raisons déjà exposées – l'élément tenant à l'exercice d'activités liées à l'exercice de l'autorité officielle au regard de l'article 51 TFUE.

34 — Il est intéressant de noter que cette tendance ne conduit pas seulement à une implication croissante des particuliers et des entreprises dans les activités gouvernementales, mais donne aussi lieu à une augmentation notable des échanges de gouvernement à gouvernement sur la scène internationale. Voir Dettmer, O., «Unbundling the nation state – Countries have started to outsource public services to each other», *The Economist*, 14 [publié le 8 février 2014].

35 — Sand, I. J., «From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society», *Scandinavian Studies in Law*, 2007, p. 273 à 298, p. 275.

36 — Voir, entre autres, Weiler, J. H. H., *The Constitution of Europe – «Do the new clothes have an emperor?» and other essays on European integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

37 — C-184/99, EU:C:2001:458, point 31.

38 — C-168/91, EU:C:1992:504, point 46.

39 — Dans ces conditions, j'estime que la solution retenue dans une affaire particulièrement ancienne en ce qui concerne l'applicabilité de (ce qui est devenu) l'article 45, paragraphe 4, TFUE pourrait ne plus représenter aujourd'hui une solution utile. Par exemple, actuellement, je ne partagerais pas la conclusion de la Cour exprimée au point 8 de l'arrêt Commission/Belgique (EU:C:1982:195), selon laquelle cette disposition a correctement été appliquée.

55. Tout d'abord, il est certain que ces termes incluent l'imperium [40], c'est-à-dire les pouvoirs suprêmes législatif, exécutif, judiciaire et militaire inhérents à la notion de «pouvoirs souverains», qui sont exercés par l'État à travers certains organismes ou individus [41]. Ensuite, il est à mon avis indéniable que ces termes incluent aussi les pouvoirs souvent désignés sous le terme de «potestas» [42], ce qui vise tous les pouvoirs impliquant la faculté d'adopter des actes juridiquement contraignants indépendamment de (ou en dépit de) la volonté du destinataire et qui sont mis à exécution par voie de coercition et de sanctions [43]. Enfin, il est également évident que le simple exercice de *n'importe quel* pouvoir de nature administrative (c'est-à-dire d'une autre nature que celle des pouvoirs qui appartiennent aux personnes privées) ne peut pas, en revanche, être automatiquement considéré comme impliquant des prérogatives de puissance publique. En effet, les emplois qui consistent principalement dans l'accomplissement de tâches administratives ou dans l'exercice de fonctions techniques [44], et qui n'impliquent pas de pouvoirs discrétionnaires ou régulateurs [45], ne relèvent pas de cette notion.

56. Il est vrai qu'il existe une zone intermédiaire entre ces catégories, à l'intérieur de laquelle il peut ne pas être aisé de déterminer si des pouvoirs administratifs liés à une fonction publique particulière sont de nature à relever du champ d'application de l'article 45, paragraphe 4, TFUE. Je suis d'avis que seul un examen au cas par cas prenant en compte toutes les caractéristiques des prérogatives et activités liées à un poste donné peut permettre à l'interprète de déterminer si tel est le cas.

57. La «balise» qui, selon moi, indiquera la bonne direction pour l'interprète ne peut, comme je l'ai indiqué plus haut, être autre que la question de savoir si, oui ou non, il existe des raisons objectives pour lesquelles l'État peut considérer que seules des personnes qui lui sont liées par un lien de nationalité seraient, selon toute vraisemblance, les plus enclines ou aptes à s'acquitter des obligations qu'un emploi donné implique. Les éléments qui, à mon avis, pourraient être particulièrement pertinents à cet égard sont les suivants: i) la proximité ou le lien des activités exercées avec les pouvoirs d'imperium ou de potestas, ii) le point de savoir si le poste implique de traiter des questions touchant à la protection des intérêts essentiels de la sécurité des États membres [46], iii) le niveau de responsabilité [47] que l'exercice de ces pouvoirs implique en termes d'ancienneté ou d'encadrement ou d'obligations de contrôle [48], iv) le point de savoir si ces pouvoirs sont, dans la société moderne, en raison de leur nature même [49] ou typiquement [50], considérés comme exercés par des autorités de l'État,

40 — Pour cette expression, voir aussi point 97 des conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/Belgique (C-47/08, EU:C:2010:513).

41 — «Les marques de cette souveraineté sont le pouvoir de faire et d'abroger des lois, de déclarer la guerre et de conclure la paix, connaître et juger directement ou indirectement tous les procès; élire tous les officiers, magistrats et conseillers», Thomas Hobbes, *Le citoyen ou les fondements de la politique (1642),* chapitre VI, paragraphe XVIII, traduit de l'anglais en 1649 par Samuel Sorbière, secrétaire de Thomas Hobbes).

42 — Voir, à propos du sens général de ce terme, Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, p. 640.

43 — Voir, à cet égard, arrêts Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (EU:C:2003:515, point 42) et Anker e.a. (EU:C:2003:516, point 61).

44 — Voir, par analogie, arrêts Commission/Italie (C-3/88, EU:C:1989:606, point 13), Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, EU:C:2006:208, points 39 et 40) et Commission/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, point 40).

45 — Voir arrêt Commission/Italie (EU:C:1987:284, point 9). Voir aussi, par analogie, arrêts Commission/France (C-50/08, EU:C:2011:335, point 76) et Reyners (EU:C:1974:68, points 51 à 53).

46 — Voir article 346, paragraphe 1, TFUE.

47 — Voir, sur ce point, arrêt Bleis (C-4/91, EU:C:1991:448, point 6).

48 — Voir, à ce propos, arrêts Commission/Belgique (EU:C:1982:195, points 8 et 11) et Commission/Italie (EU:C:1987:284, point 9). Voir aussi, par analogie, arrêt Commission/Portugal (EU:C:2009:651, point 41).

49 — Voir point 83 des conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (EU:C:2003:345).

50 — Voir arrêts Commission/Luxembourg (EU:C:1996:263, point 27) et Commission/Belgique (EU:C:1982:195, point 12).

v) la portée large ou au contraire limitée que les activités que le poste implique peuvent avoir à l'égard d'autres individus et vi) le point de savoir si les actes ou mesures adoptés par le titulaire du poste ont des effets juridiques immédiats et directs à l'égard d'autres individus et s'ils n'ont qu'une nature accessoire ou préparatoire [51].

58. Le dernier point mérite sans doute quelques explications complémentaires. En effet, une participation *indirecte* à l'exercice de prérogatives de droit public pourrait aussi, dans certaines circonstances, être considérée comme suffisante pour remplir les conditions constitutives de la notion de «service public» [52]. Cependant, une telle participation indirecte ne saurait être tellement *éloignée* [53] que – pour ainsi dire – le lien entre l'exercice effectif des pouvoirs publics et la contribution à cet exercice font apparaître le titulaire du poste comme faible ou de peu d'importance [54].

59. Une fois qu'il est établi que le poste en question implique une participation à l'exercice de prérogatives de droit public au sens de l'article 45, paragraphe 4, TFUE, il reste encore à vérifier – et c'est la deuxième étape de l'analyse – que ces pouvoirs sont conférés en vue de la satisfaction de l'intérêt général. Il convient de s'assurer, en d'autres termes, que la personne titulaire d'une mission publique doit s'acquitter de ses fonctions dans l'intérêt de la collectivité et non pour poursuivre un intérêt d'ordre privé.

60. Cette condition n'est donc pas remplie dans les cas où l'État accorde à un individu ou à une entité des pouvoirs et prérogatives – en contrepartie d'une rémunération pécuniaire ou en tout cas dans le cadre d'un rapport synallagmatique – que cette personne ou entité peut utiliser pour la poursuite de son propre intérêt ou de ceux d'un nombre limité de personnes. De plus, je suis d'accord avec le gouvernement italien pour considérer que cette condition n'est pas remplie non plus lorsque les pouvoirs administratifs doivent être exercés pour poursuivre un intérêt purement économique ou industriel de l'État. En d'autres termes, ce sont les intérêts de l'État pris en tant que collectivité qui importent au regard de l'article 45, paragraphe 4, TFUE et non l'intérêt de l'État agissant en tant qu'opérateur ordinaire sur le marché.

61. Enfin, et ceci correspond à la troisième étape de l'analyse, il est nécessaire, pour que l'article 45, paragraphe 4, TFUE puisse s'appliquer, que l'exercice de ces pouvoirs publics conférés dans l'intérêt général ne soit pas seulement occasionnel et ne constitue pas seulement une part mineure de l'ensemble des activités exercées par la personne titulaire du poste en question. En réalité, la Cour a jugé que l'utilisation des pouvoirs publics envisagés par l'article 45, paragraphe 4, TFUE par des non-nationaux de l'État membre en cause qui est purement sporadique ou exceptionnelle n'est pas susceptible de porter atteinte aux intérêts que cette disposition vise à protéger. Un poste ne peut donc relever du champ d'application de l'article 45, paragraphe 4, TFUE que si l'exercice des prérogatives de droit public dans l'intérêt général constitue le cœur des fonctions correspondant audit poste [55], ou est au moins appelé à intervenir régulièrement [56]. Il me semble que, sur ce point, le principe de proportionnalité doit jouer un rôle clé [57].

62. C'est à la lumière de ces principes que je vais à présent examiner l'applicabilité de l'article 45, paragraphe 4, TFUE au poste de président d'une autorité portuaire exerçant des fonctions telles que celles qui sont prévues par le droit italien.

51 — Voir, par analogie, arrêt Commission/Portugal (EU:C:2009:651, point 36 et jurisprudence citée).

52 — Voir jurisprudence citée à la note 28 des présentes conclusions.

53 — Voir arrêt Commission/Luxembourg (EU:C:1996:263, point 31).

54 — Voir notamment, par analogie, arrêts Commission/Espagne (C-114/97, EU:C:1998:519, points 37 et 38) et Servizi Ausiliari Dottori Commerciali (EU:C:2006:208, points 47 et 48).

55 — Voir conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Lawrie-Blum (EU:C:1986:179).

56 — Voir jurisprudence citée à la note 29 des présentes conclusions.

57 — Voir points 140 et suiv. des conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/Belgique (EU:C:2010:513).

3. L'applicabilité de l'article 45, paragraphe 4, TFUE au cas d'espèce

63. M. Haralambidis, l'Autorità Portuale di Brindisi, le gouvernement italien et la Commission sont d'avis que l'article 45, paragraphe 4, TFUE ne s'applique pas dans l'affaire au principal. En substance, ils font valoir que ce poste suppose essentiellement des compétences de gestion et d'ordre technique et que l'exercice de prérogatives de puissance publique au sens de l'article 45, paragraphe 4, TFUE est tout au plus occasionnel. L'article 45, paragraphes 1 à 3, TFUE s'opposerait donc à une disposition nationale exigeant la possession de la nationalité italienne pour accéder au poste de président d'une autorité portuaire.

64. À l'inverse, M. Casilli ainsi que les gouvernements espagnol et néerlandais soutiennent que le poste de président d'une autorité portuaire relève directement de la notion de «service public» au sens de l'article 45, paragraphe 4, TFUE. Ils font observer que les pouvoirs administratifs conférés aux personnes occupant ce poste sont assez étendus et qu'ils doivent être exercés dans l'intérêt général.

65. Je vais maintenant examiner les pouvoirs que la loi nº 84/1994 confère au président d'une autorité portuaire en leur appliquant l'analyse en trois temps exposée ci-dessus. Comme nous le verrons, la plupart des pouvoirs conférés au président d'une autorité portuaire ne peuvent pas être considérés comme des prérogatives de droit public au sens de l'article 45, paragraphe 4, TFUE. De plus, même les pouvoirs qui sont susceptibles de correspondre à cette définition soit ne paraissent pas être exercés dans l'intérêt de la collectivité, mais simplement dans l'intérêt économique particulier de l'autorité portuaire, soit sont destinés à être exercés seulement de façon occasionnelle ou dans des circonstances exceptionnelles.

66. Pour commencer, il convient d'observer que les pouvoirs que le droit italien reconnaît au président d'une autorité portuaire ne correspondent pas, de toute évidence, à ceux qui sont normalement conférés par l'État à ses instances suprêmes dans les domaines de l'exécutif, du judiciaire ou des forces armées. Ils ne sont pas non plus étroitement liés à de tels pouvoirs de souveraineté.

67. Il est vrai que l'exercice des fonctions de président d'une autorité portuaire suppose généralement de grandes responsabilités et implique un pouvoir d'appréciation discrétionnaire assez étendu. Il est également indéniable que cette activité est souvent exercée au moyen d'actes de nature administrative produisant des effets juridiques directs à l'égard de leurs destinataires. Cependant, seul un petit nombre de ces activités paraît impliquer un réel pouvoir réglementaire et, lorsque c'est le cas, elles impliquent rarement l'adoption d'actes pouvant être mis à exécution sans le recours aux autorités de police ou aux instances judiciaires nationales [58].

68. En ce qui concerne les tâches attribuées au président d'une autorité portuaire en vertu de l'article 8, paragraphe 3, sous a) à e) et n) de la loi nº 84/1994, j'observe que le président ne se voit accorder qu'un pouvoir de proposition envers le comité portuaire. Sans remettre en cause l'importance ou le caractère central de son rôle de président de cet organe, le fait est que le comité portuaire est composé de plusieurs membres et que le président de l'autorité portuaire ne dispose pas de prérogatives spéciales par rapport aux autres membres (telles qu'un droit de veto, par exemple). En tout état de cause, les actes en question (par exemple, le budget prévisionnel de l'autorité portuaire, le bilan et le plan d'exploitation triennal) semblent n'avoir qu'une nature «programmatoire» et produisent la plupart de leurs effets au sein de l'entité qui les adopte.

69. En ce qui concerne les tâches visées à l'article 8, paragraphe 3, sous f) et l), de la loi nº 84/1994, il convient de noter qu'elles sont définies de façon assez vague, et semblent impliquer essentiellement des pouvoirs de coordination et de promotion d'activités devant être exercées en dernière analyse par d'autres autorités ou entités.

58 — Sur l'importance de cet élément, voir, par analogie, arrêts Commission/Portugal (EU:C:2009:651, point 44) et Commission/France (EU:C:2011:335, point 93).

70. Certes, le président d'une autorité portuaire exerce bien des pouvoirs décisionnels et exécutifs en liaison avec les tâches qui lui sont dévolues par l'article 8, paragraphe 3, sous h) et l), de la loi nº 84/1994.

71. Cependant, à y regarder de plus près, je ne crois pas que l'exercice de ces pouvoirs suffise à remplir les conditions *très strictes* de l'article 45, paragraphe 4, TFUE. D'une part, il me semble que les pouvoirs conférés en liaison avec l'octroi de concessions d'usage de certaines zones du port ou d'autorisations d'exercer certaines activités au sein du port sont en substance comparables à celles qui sont exercés par les entreprises privées ayant une activité industrielle ou commerciale. En particulier, en dépit du fait qu'ils revêtent la forme d'actes administratifs et concernent des biens appartenant à l'État, les actes adoptés par le président d'une autorité portuaire dans ce contexte sont, d'un point de vue économique, plus ou moins analogues aux contrats de location de biens ou d'affermage susceptibles d'être conclus entre entreprises privées [59]. D'autre part, l'objectif principal poursuivi par le président d'une autorité portuaire dans l'exercice de ses fonctions à cet égard est – comme l'a souligné le gouvernement italien – d'assurer une utilisation efficace et rentable des biens appartenant à l'État qui sont gérés par l'autorité portuaire. Autrement dit, l'«étoile polaire» qui doit guider l'activité du président sur ce point est l'intérêt économique et financier de l'autorité qu'il préside, plutôt que les intérêts plus vastes de la collectivité.

72. Cela dit, à mon avis, il existe deux tâches confiées au président d'une autorité portuaire qui impliquent un pouvoir de coercition à l'égard des citoyens et qui semblent être accomplies non pas seulement dans l'intérêt de l'autorité portuaire elle-même, mais aussi dans l'intérêt de la collectivité. Je me réfère ici d'abord au pouvoir conféré par les articles 54 et 55 du code de la navigation italien [auquel l'article 8, paragraphe 3, sous h), de la loi nº 84/1994 renvoie] pour adopter un acte ordonnant qu'une personne qui a occupé illégalement une partie du domaine maritime de l'État la remette dans son état initial dans un délai déterminé et ordonnant, en cas de non-respect de cette injonction, une telle remise en état d'office aux frais du contrevenant. Ensuite, je me réfère à la tâche qui consiste à assurer la navigabilité dans le port ainsi que l'exécution de travaux d'excavation et d'entretien des fonds marins, pour laquelle le président d'une autorité portuaire dispose du pouvoir d'adopter des décisions légalement contraignantes, en cas de nécessité immédiate et d'urgence.

73. Il est cependant clair que ces pouvoirs ne concernent pas le noyau dur des fonctions dévolues au président d'une autorité portuaire. Ils représentent au contraire une part relativement mineure de cette activité globale. De plus, le gouvernement italien a confirmé que ces pouvoirs étaient destinés à n'être exercés que de façon sporadique ou dans des circonstances exceptionnelles. En réalité, des pouvoirs plus généraux et plus étendus de police et de coercition dans les zones gérées par l'autorité portuaire sont exercés par les forces de police compétentes et en particulier par la capitainerie du port (Capitanerie di Porto) et les gardes-côtes italiens (Guardia Costiera) [60]. En outre, l'exécution forcée de tout autre acte adopté par le président d'une autorité portuaire suppose l'assistance de ces forces de police et, s'il y a lieu, l'intervention d'un juge.

74. Enfin, l'article 8, paragraphe 3, sous n-bis), de la loi nº 84/1994 semble prévoir une disposition «fourre-tout» [61]. Cependant, au regard d'une analyse globale de la loi nº 84/1994, je ne vois pas comment un tel pouvoir pourrait remplir les conditions de l'article 45, paragraphe 4, TFUE.

59 — Voir, en ce sens, arrêt CO.GE.P. (C-174/06, EU:C:2007:634, points 31 à 35).

60 — Les gardes-côtes italiens sont un corps de la marine italienne dont les missions et les fonctions sont principalement liées à l'utilisation civile de la mer.

61 — L'article 8, paragraphe 3, sous n-bis), de la loi nº 84/1994 dispose que «le président de l'autorité portuaire […] exerce toute autre compétence qui n'est pas attribuée par la présente loi aux autres organes de l'autorité portuaire».

75. En conclusion, le poste de président d'une autorité portuaire me paraît être un poste dans lequel la grande majorité des fonctions attribuées et, en tout cas, les pouvoirs clés qui y sont liés ont une nature technique et managériale. Fondamentalement, le critère à remplir pour exercer ce poste semble être la compétence et l'expérience dans les domaines des transports, de l'économie et des ressources humaines. Je ne vois aucune raison pour laquelle un État membre pourrait raisonnablement considérer que, selon toutes probabilités, seul un national serait suffisamment apte ou enclin à s'acquitter des devoirs que ce poste implique. En d'autres termes, je ne vois pas quelle valeur ajoutée un lien de nationalité pourrait apporter au bon accomplissement des tâches dévolues par la loi au président d'une autorité portuaire.

IV – **Conclusion**

76. Au vu de ce qui précède, je propose à la Cour de répondre aux questions qui lui ont été soumises par le Consiglio di Stato de la manière suivante:

L'article 45, paragraphe 4, TFUE doit être interprété comme s'opposant à une réglementation nationale qui restreint aux nationaux de l'État membre le poste de président d'une autorité portuaire exerçant des fonctions telles que celles indiquées à l'article 8, paragraphe 3, de la loi n° 84/1994, relative à l'adaptation de la législation applicable en matière portuaire (Legge n. 84 – Riordino della legislazione in materia portuale), du 28 juin 1994.