RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-351/88 *

I — Cadre juridique

1. *Dispositions nationales*

1. Les faits qui se trouvent à l'origine du litige au principal concernent essentiellement la réglementation italienne qui réserve aux entreprises implantées dans les régions du Mezzorgiorno un pourcentage des marchés publics de fournitures.

2. Le principe de la « réserve » apparaissait déjà dans le décret-loi CPdS n° 40 du 18 février 1947, qui autorisait l'administration nationale à réserver jusqu'à un sixième des achats de fournitures à des entreprises situées dans certaines régions méridionales de l'Italie. Par la suite, la loi n° 835 du 6 octobre 1950 a transformé cette faculté en obligation.

3. La part réservée a été confirmée et maintenue en vigueur par les différentes lois qui ont réglé la question des interventions en faveur du Mezzorgiorno; en dernier lieu, c'est la loi n° 64 du 1er mars 1986 (« Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno », ci-après « loi n° 64/86 ») qui est intervenue en ce sens.

4. L'article 17 de cette loi stipule, aux paragraphes 16 et 17, ce qui suit:

« 16. L'obligation de réserver une partie des fournitures et des services visée à l'article 113, paragraphe 1, du texte unique précité est étendue à toutes les administrations publiques, aux régions, aux provinces, aux communes, aux unités sanitaires locales, aux communautés de montagne, aux sociétés et organismes à participation de l'État, aux universités, aux établissements hospitaliers autonomes.

17. Ces organismes, entreprises et administrations ont l'obligation de se fournir pour une part équivalant à 30 % au moins du matériel nécessaire auprès d'entreprises industrielles, agricoles et artisanales ayant des établissements et installations fixes situés dans les zones visées à l'article 1er du texte unique précité, dans lesquelles les produits requis doivent avoir été fabriqués, même partiellement. »

5. Le texte unique auquel l'article 17 fait référence est le décret du président de la République n° 218 du 6 mars 1978 (texte unique des lois sur le Mezzogiorno), dont l'article 113, paragraphe 1, imposait à certaines administrations de réserver par année budgétaire une part de 30 % des marchés de fournitures et de prestations de services, à l'exception de ceux techniquement non fractionnables, aux entreprises ayant leur siège, ou, en tout état de cause, des établissements, dans le Mezzogiorno et possédant les capacités techniques nécessaires.

* Langue de procédure: l'italien.

6. La loi n° 64/86 a nettement élargi la portée de l'article 113, paragraphe 1, précité, d'une part, en étendant l'obligation de réserver une part des marchés publics à une série d'organismes non prévus à l'origine, parmi lesquels les unités sanitaires locales (USL), et, d'autre part, en imposant cette obligation (non plus de 30 %, mais d'au moins 30 %) en faveur non seulement des entreprises industrielles, mais également des entreprises agricoles et artisanales et en posant comme condition minimale d'avoir des établissements implantés dans les zones concernées, dans lesquelles a lieu la transformation, même partielle, des produits considérés.

2. *Dispositions communautaires*

7. Le Conseil a adopté, en la matière, la directive 77/62/CEE, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 13, p. 1, ci-après « directive 77/62 »), qui a pour objet d'éliminer les restrictions à la libre circulation des marchandises contraires à l'article 30 du traité de Rome, dans le domaine des marchés publics de fournitures.

Son article 26 dispose que:

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

8. Aux termes de l'article 16 de la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62/CEE et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE (JO L 127, p. 1), le texte de l'article 26, précité, est remplacé par le texte suivant:

« *Article 26*

1. La présente directive ne fait pas obstacle, jusqu'au 31 décembre 1992, à l'application des dispositions nationales concernant la passation des marchés publics de fournitures en vigueur et dont l'objectif est de réduire l'écart entre les diverses régions et de promouvoir l'emploi dans les régions les moins favorisées ou affectées par le déclin industriel, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité et avec les obligations internationales de la Communauté.

2. ... »

II — Faits et procédure au principal

1. La société Laboratori Bruneau Srl a reçu, le 25 février 1987, une lettre envoyée par l'Unità sanitaria locale RM/24 de Monterotondo (Rome) (ci-après « USL ») et ayant pour objet une « invitation à participer à un marché négocié. Réserve de 30 %. Loi n° 64/86 ».

2. Le marché concernait en particulier l'approvisionnement de l'USL en matériel de suture pour la part de 30 % du total de la quantité annuelle présumée.

3. La référence explicite à l'article 17 de la loi n° 64/86 ainsi que la spécification selon laquelle l'offre concernait 30 % de la fourniture annuelle préventive laissaient clairement apparaître que l'offre à laquelle l'invitation se référait était réservée aux entreprises présentant les conditions requises prévues par le dix-septième alinéa de l'article 17 de la loi n° 64/86, c'est-à-dire les « entreprises ... ayant des établissements et installations fixes situés dans les zones visées à l'article 1er du texte unique précité, dans lesquelles les produits requis doivent avoir été fabriqués, même partiellement ».

4. Bien que n'ayant ni établissement ni installations fixes dans les zones prévues au dix-septième alinéa de l'article 17 de la loi n° 64/86, la société précitée a envoyé une demande de participation; elle a, d'autre part, demandé au bureau d'adjudication d'inscrire préalablement au procès-verbal une déclaration par laquelle la société Laboratori Bruneau Srl dénonçait l'illégalité de l'offre pour violation des règles du traité CEE.

5. A la suite de cette déclaration, le président du bureau d'adjudication a suspendu le marché. Mais, comme l'administration qui avait passé la commande n'a ensuite ni révoqué ni modifié ses décisions dans le sens d'exclure l'application des seizième et dix-septième alinéas de l'article 17 de la loi n° 64/86, la société Laboratori Bruneau Srl a introduit, le 8 avril 1987, un recours devant le tribunale amministrativo regionale del Lazio, en vue de faire constater l'illégalité des actes de marché, au motif de la contradiction entre les dispositions nationales applicables en la matière et le droit communautaire.

Dans le cadre de l'examen de ce recours, la juridiction nationale a décidé de saisir la Cour à titre préjudiciel de la question de savoir si

« les articles 30 et 92 du traité CEE, d'une part, doivent être interprétés en ce sens qu'une réglementation nationale qui réserve aux entreprises implantées dans certaines régions du territoire national un pourcentage des marchés publics de fournitures doit être considérée comme relevant respectivement des 'mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives' ou bien des 'aides' et, d'autre part, s'ils s'opposent à ladite réglementation ».

6. L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 6 décembre 1988.

7. Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, des observations écrites ont été déposées le 14 février 1989 par la demanderesse au principal, représentée par Mes E. Baretta et A. Bozzi, avocats à Milan, G. Bozzi, avocat à Rome, et A. May, avocat à Luxembourg, le 14 mars 1989 par le gouvernement de la République italienne, représenté par M. P. G. Ferry, en qualité d'agent, et le 15 mars 1989 par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. G. Berardis, en qualité d'agent.

8. La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

9. La Cour, par décision du 24 avril 1991, en application de l'article 95, paragraphes 1 et 2, du règlement de procédure, a renvoyé l'affaire devant la quatrième chambre.

III — Observations écrites déposées devant la Cour

1. La *partie demanderesse au principal* commence par exposer l'évolution historique des relations entre la réglementation nationale et la réglementation communautaire en matière de contrats de fournitures publiques. Elle examine les différentes étapes de cette évolution en vue de déterminer la compatibilité ou l'incompatibilité du régime italien des fournitures publiques avec les dispositions du traité CEE.

En ce qui concerne la compatibilité du système de la réserve de fourniture publiques, tel qu'il a été complété par les dispositions contenues dans les seizième et dix-septième alinéas de l'article 17 de la loi n° 64/86, avec l'article 30 du traité, la société Laboratori Bruneau fait d'abord observer que ce système a institué, en Italie, un marché restreint et réservé aux entreprises du Mezzogiorno, marché qui est complètement extérieur et étranger au marché commun européen.

La partie demanderesse constate, ensuite, que le système susmentionné, qui s'imposait auparavant aux seules administrations de l'État et de certaines collectivités, a été élevé par la loi n° 64/86 au rang de règle générale dans le domaine des fournitures publiques. En effet, cette loi aurait, d'une part, étendu l'obligation de la réserve à toutes les administrations publiques et aux sociétés et collectivités à participation de l'État; elle aurait, d'autre part, autorisé la réserve même de 100 % des fournitures publiques, rendant ainsi légale l'exclusion totale de toute entreprise non méridionale de l'ensemble des fournitures publiques en Italie.

Cette interprétation découle, selon elle, de l'expression « pour une part équivalant à 30 % au moins », employée au dix-septième alinéa de l'article 17 de la loi précitée; cette expression fixe une part minimale au-dessous de laquelle il est interdit de descendre, mais qui implique également qu'il est légal de réserver des parts supérieures, jusqu'à 100 % des fournitures, puisqu'un plafond supérieur au-delà duquel la réserve ne serait pas autorisée n'est pas prévu.

La partie demanderesse examine, en outre, la réglementation nationale en cause à la lumière de l'article 92 du traité. A cet égard, elle estime, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, que la notion d'aide comprend les versements financiers, mais aussi les interventions qui en exemptent et qui allègent les charges budgétaires des entreprises. Il doit donc s'agir, selon elle, d'avantages accordés au moyen de ressources publiques.

Or, dans le cas d'espèce, l'intervention se limiterait à exclure les entreprises non méridionales du domaine des fournitures publiques, en imposant au secteur public de s'approvisionner en produits des entreprises inscrites sur les listes spéciales instituées en faveur des entreprises méridionales.

L'intervention ne consiste donc pas, selon la demanderesse, à verser des fonds à ces entreprises, mais simplement à orienter la demande de produits en leur faveur. L'avantage commercial ne découle pas de versements de fonds publics, ni d'exemption de charges fiscales ou contributives, ni de fiscalisations ou de déductions particulières de coûts, mais de la garantie d'obtenir des commandes publiques, c'est-à-dire de la

possibilité d'accéder à des avis de marchés dans lesquels la concurrence est limitée aux entreprises méridionales.

Le résultat économique de toute cette politique protectionniste consiste, selon elle, en un accroissement de la vente de produits pour lesquels l'argent versé par la collectivité qui passe la commande ne constitue pas une « aide », mais une simple contre-prestation de la fourniture des marchandises et des services.

Pourtant, il n'existerait aucune raison d'accepter l'idée que l'institution d'un marché des entreprises réservataires est un cas d'aide d'État au sens de l'article 92 et ne constitue pas, au contraire, un cas typique de pratique discriminatoire et protectionniste catégoriquement interdit par les articles 30 et suivants du traité et qui n'entre dans aucune des hypothèses visées à l'article 36 du traité.

La société Laboratori Bruneau fait finalement observer que les rapports entre les articles 30 et 92 du traité sont régis par le principe selon lequel aucune aide ne peut être instituée, modifiée ou autorisée sous forme de discrimination commerciale ou d'obstacle (direct ou indirect, actuel ou potentiel) fondé sur l'origine des marchandises. Selon elle, la voie ouverte pour l'octroi d'aides compatibles en vertu du paragraphe 3 de l'article 92 ne peut jamais passer par une violation de l'article 30.

Elle affirme, en conclusion, que la réserve d'une part du marché en faveur de certains produits nationaux constitue le type même de l'illégalité visée et interdite par l'article 30 et que cette illégalité ne peut être justifiée par le simple fait qu'elle a été approuvée à l'occasion des interventions extraordinaires en faveur du Mezzogiorno, au système desquelles elle n'est ni liée ni soumise d'un point de vue fonctionnel.

Pour toutes ces raisons, la société Laboratori Bruneau demande à la Cour de déclarer que:

1) l'article 92 du traité CEE doit être interprété en ce sens que les réserves, même partielles, de fournitures publiques à des entreprises nationales, ayant leur siège ou leurs établissements dans les territoires économiquement moins développés, ne constituent pas des « aides » au sens de cet article;

2) l'article 30 du traité CEE doit être interprété en ce sens que lesdites réserves, même partielles, de fournitures publiques constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives interdites par cet article.

2. Du point de vue du *gouvernement italien*, la part réservée des marchés publics de fournitures prévue à l'article 17 de la loi n° 64/86 revêt les caractéristiques d'une aide au sens de l'article 92 du traité, dans la mesure où il s'agit d'une mesure arrêtée par l'État, où l'avantage est octroyé à la charge des administrations publiques et en faveur d'une catégorie de producteurs déterminés, par la localisation de leur activité.

Selon le gouvernement italien, du fait que la réserve présente les caractères d'une aide, elle doit être soumise à la procédure prévue à l'article 93 du traité, sans que la décision

que la Commission est appelée à prendre sur ce point puisse être anticipée et remplacée par un arrêt de la Cour au titre de l'article 177 du traité.

S'agissant, d'autre part, d'aides tirant leur légitimité communautaire de l'article 92, paragraphe 3, sous a), le gouvernement italien fait observer que cette disposition, à la différence de celle énoncée à la lettre c), ne subordonne pas la légalité des aides à la condition qu'« elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ». Pour le gouvernement italien, cela signifie que les aides d'État destinées à favoriser le développement des régions sous-développées assument, dans le cadre communautaire, un rôle positif primordial, non subordonné à d'autres objectifs de la Communauté.

Selon le gouvernement italien, bien que la part réservée des marchés publics de fournitures constitue une mesure de droit interne favorisant les entreprises nationales, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 30 du traité, étant donné qu'elle n'accorde la préférence qu'aux entreprises situées dans certaines régions, déterminées sur la base d'un critère (sous-développement) objectivement vérifiable et revêtant une importance communautaire.

Au surplus, constate-t-il, les mesures nationales envisagées à l'article 30 du traité sont celles qui sont susceptibles de créer une discrimination entre les produits nationaux et les produits d'autres États membres. Cette situation, selon le gouvernement italien, ne se produit pas en l'espèce puisque le système de la part réservée n'accorde de position privilégiée qu'aux seuls opérateurs établis dans le Mezzogiorno, alors que la position désavantageuse s'étend à toutes les autres entreprises communautaires, y compris celles établies en Italie en dehors du Mezzogiorno.

En effet, indique-t-il, d'après l'article 2, paragraphe 3, sous k), de la directive 70/50/CEE de la Commission, du 22 décembre 1969, pour que l'on se trouve en présence d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation, il faudrait que l'obstacle touche des produits en tant que produits importés et que la préférence favorise des produits nationaux.

3. La *Commission* rappelle d'abord la jurisprudence de la Cour selon laquelle les incitations à acheter des produits nationaux constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, interdites par l'article 30 du traité, dans la mesure où elles sont susceptibles d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire. D'après la Commission, la même analyse peut s'appliquer lorsqu'une réglementation nationale prévoit que les autorités publiques réservent certaines commandes de fournitures aux producteurs nationaux.

La Commission rappelle ensuite sa directive 70/32/CEE, du 17 décembre 1969, concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public, qui prévoyait, notamment, la suppression des dispositions nationales qui réservent les fournitures aux produits nationaux ou bien leur accordent une préférence autre qu'une aide au sens de l'article 92 du traité.

Par ailleurs, la Commission invoque la directive 77/62, qui part, déclare-t-elle, du principe que les restrictions à la libre circulation des marchandises appliquées dans le domaine des fournitures publiques sont interdites en vertu des articles 30 et suivants du traité.

A la lumière de ce qui précède, la Commission se demande si des dispositions nationales qui, en matière de marchés publics de fournitures, réservent une partie de ceux-ci à des entreprises implantées dans des régions déterminées sont des mesures qui, en raison de leur caractère sélectif, constitueraient non pas des mesures d'effet équivalent au sens de l'article 30, mais plutôt des aides au sens de l'article 92.

A cet égard, la Commission considère, d'une part, que ces dispositions ont, sur les importations, les mêmes effets que celles qui imposent une part réservée en faveur de tous les producteurs nationaux. D'ailleurs, indique-t-elle, l'ampleur de ces effets ne dépend pas du nombre de produits favorisés, mais de l'importance des besoins des autorités publiques dont la satisfaction par des produits importés est exclue, limitée ou rendue plus difficile.

D'autre part, elle estime qu'aux fins de la qualification juridique des dispositions en question il n'est pas pertinent de tenir compte des objectifs poursuivis par les États membres, par exemple les politiques régionales ou sociales, dès lors que la libre circulation des marchandises est un principe fondamental du traité dont la violation ne peut être tolérée que pour les motifs indiqués à l'article 36 ainsi que pour certaines raisons « impératives » définies par la jurisprudence de la Cour: ni les uns ni les autres, selon la Commission, ne semblent envisageables dans le cas d'espèce.

Par ailleurs, poursuit-elle, la qualification de mesure d'effet équivalent dont il s'agit ici ne peut être mise en doute au seul motif que les réserves sélectives jouent au détriment non seulement des produits des autres États membres, mais aussi des autres produits nationaux qui n'en bénéficient pas. En fait, l'élément essentiel de cette qualification serait l'effet restrictif vérifié sur les échanges.

En ce qui concerne la notion d'aide au sens de l'article 92 du traité, la Commission affirme qu'il découle du texte même de cet article, ainsi que de la jurisprudence de la Cour en la matière, que la notion d'aide comprend non seulement des prestations positives qui se concrétisent par des versements financiers, mais également des interventions allégeant les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques. Ces interventions sont réalisées grâce à l'emploi de ressources financières de l'État.

La Commission ajoute qu'il n'est pas concevable que l'article 92 interdise des mesures qui sont déjà interdites par d'autres dispositions du traité. Elle conclut que, lorsque l'article 92 interdit les aides, il doit nécessairement s'agir de mesures autres que les droits de douane et les taxes ou les mesures d'effet équivalent. Par conséquent, le champ d'application de l'article 92 se limiterait aux seules interventions des pouvoirs publics qui comportent l'emploi des ressources financières de l'État en faveur des entreprises bénéficiaires.

Il en résulte donc, selon la Commission, que les dispositions italiennes ne peuvent être considérées comme des « aides » au sens de l'article 92 puisqu'elles ne comportent ni directement ni indirectement l'emploi de ressources financières de l'État, ce dernier ne faisant qu'imposer au secteur public l'obligation de se fournir auprès de certaines entreprises, en limitant par là la possibilité de se procurer ces fournitures auprès d'autres entreprises. En outre, signale la Commission, l'argent dépensé par l'État dans de tels cas ne représente que le prix payé pour la marchandise acquise aux conditions du marché. Il ne s'agit donc pas d'une libéralité, mais d'une contre-prestation.

Par conséquent, la Commission estime que les mesures italiennes en cause constituent un obstacle direct à l'importation des produits concurrents, et non des « aides » au sens de l'article 92 du traité.

Pour le cas où ces mesures pourraient être considérées comme une aide au sens de l'article 92, la Commission soutient que cette hypothèse n'imposerait pas nécessairement de devoir considérer cette aide comme compatible avec l'article 30. Elle s'appuie à cet égard sur une jurisprudence constante de la Cour, allant de l'arrêt du 22 mars 1977, Iannelli & Volpi (74/76, Rec. p. 557), à celui du 5 juin 1986, Commission/Italie (103/84, Rec. p. 1759), et d'après laquelle les articles 92 et suivants du traité ne sauraient en aucun cas servir à mettre en échec les règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises.

La Commission attire enfin l'attention sur le fait que des régimes préférentiels du type du régime en cause sont également incompatibles avec les dispositions de la directive 77/62. Il est exact, concède-t-elle, que l'article 26 de ladite directive prévoit que celle-ci « ne fait pas obstacle à l'application des dispositions en vigueur au moment de son adoption, figurant dans la loi italienne n° 835 du 6 octobre 1950 ... ainsi que dans ses modifications successives ».

Il n'en demeure pas moins, ajoute-t-elle, que, d'une part, le contenu de la législation nationale à laquelle le juge a quo se réfère (loi n° 64/86) est en partie différent et plus étendu de ce qu'il était au moment de l'adoption de la directive et, d'autre part, que la directive s'applique en tout cas sans préjudice de la compatibilité de ces dispositions avec le traité.

La Commission conclut à ce que la Cour réponde comme suit:

« 1) L'article 92 du traité doit être interprété en ce sens que les réserves, même partielles, de commandes de fournitures publiques à des entreprises nationales déterminées ne constituent pas des 'aides' au sens de cet article.

2) L'article 30 du traité doit être interprété en ce sens que lesdites réserves constituent des mesures d'effet équivalant à celui des restrictions quantitatives à l'importation interdites par cet article. »

M. Díez de Velasco
Juge rapporteur