CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY présentées le 9 octobre 1997 *

Table des matières

I — Introduction ..... I - 536

II — Le contexte juridique ..... I - 536

A — Le contexte juridique avant l'arrêt Port de Gênes ..... I - 536

B — L'affaire Port de Gênes ..... I - 538

C — La législation générale italienne en matière d'embauche ..... I - 539

D — La législation italienne pertinente en matière portuaire ..... I - 540

III — Les faits et la procédure devant la juridiction nationale ..... I - 543

IV — Les observations ..... I - 545

V — L'examen de la première question ..... I - 545

A — L'application prima facie de l'article 59 du traité ..... I - 545

B — L'éventuelle application des articles 30 et 48 du traité ..... I - 549

C — La restriction à la liberté de fournir des services propres aux concessionnaires de terminaux ..... I - 550

i) Les observations des parties et des États membres ..... I - 550

ii) L'analyse ..... I - 551

D — La justification ..... I - 553

i) Une discrimination en raison de la nationalité ..... I - 553

ii) La justification de la restriction indistinctement applicable ..... I - 554

VI — La deuxième et la troisième question ..... I - 556

A — Introduction ..... I - 556

B — La troisième question ..... I - 557

* Langue originale: l'anglais.

i) L'application, en principe, de l'article 86 ..... I - 557

ii) La responsabilité de l'État membre et les exigences de l'article 90, paragraphe 1 ..... I - 559

iii) Le comportement abusif allégué en l'espèce ..... I - 564

C — La deuxième question ..... I - 567

VII — Conclusion ..... I - 568

I — Introduction

1. Le présent renvoi préjudiciel exige à nouveau de la Cour qu'elle examine la compatibilité avec le droit communautaire de certains aspects de la législation régissant les activités dans les ports italiens. Dans l'affaire Merci convenzionali porto di Genova [1], la Cour a jugé que l'article 90, paragraphe 1, du traité CE, en relation avec les articles 30, 48 et 86 de ce traité, s'oppose à une réglementation d'un État membre qui confère à une entreprise établie dans cet État le droit exclusif d'organiser les opérations portuaires et oblige celle-ci à recourir exclusivement, pour l'exécution de ces opérations, à des compagnies portuaires composées exclusivement de travailleurs nationaux. La demande de décision préjudicielle analysée ci-après concerne la conformité avec le droit communautaire d'un nouveau droit exclusif conféré à ces compagnies portuaires, depuis lors transformées, pour la fourniture de main-d'œuvre temporaire chargée de l'exécution d'opérations portuaires uniquement.

1 — Arrêt du 10 décembre 1991 (C-179/90, Rec. p. I-5889, ci-après l'« arrêt Port de Gênes »).

II — Le contexte juridique

2. Les dispositions législatives nationales sont complexes. Afin de faciliter la compréhension de la législation portuaire actuelle, nous exposerons d'abord les dispositions législatives en vigueur avant l'arrêt Port de Gênes; nous examinerons ensuite de façon quelque peu détaillée les points pertinents de cet arrêt rendu par la Cour, avant de décrire la législation nationale générale en matière d'embauche. Nous résumerons enfin les dispositions pertinentes de la nouvelle législation portuaire, adoptée en Italie essentiellement à cause de l'arrêt Port de Gênes.

A — *Le contexte juridique avant l'arrêt Port de Gênes*

3. Les caractéristiques principales de la législation en vigueur avant l'arrêt Port de Gênes peuvent être décrites de la manière suivante. Premièrement, comme l'atteste le rapport d'audience dans l'affaire Port de Gênes, les

ports de mer italiens étaient (et demeurent) gérés par des autorités portuaires publiques [2]. Deuxièmement, en vertu de l'article 110 du « Codice della navigazione » [3] (code de la navigation, ci-après le « code »), le personnel employé aux opérations portuaires se constituait en compagnies ou en groupes (« compagnie portuali », ci-après les « compagnies portuaires »), dotés d'une personnalité juridique propre, mais soumis à la surveillance de l'autorité portuaire. Toutes 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 » étaient réservées, par le même article 110 du code, aux compagnies portuaires précitées. Ce monopole était renforcé par l'article 1172 du code, qui prévoyait des sanctions pénales contre toute personne qui recourait, pour des opérations portuaires, à des travailleurs portuaires qui n'étaient pas affiliés à une compagnie portuaire [4]. Troisièmement, les articles 150, 152 et 156 du « Regolamento per la Navigazione Marittima » (règlement italien de la navigation maritime) [5] prévoyaient l'inscription obligatoire des travailleurs portuaires engagés par des compagnies portuaires dans des registres temporaires ou permanents appropriés, inscription soumise à la condition préalable d'être de nationalité italienne.

4. Conformément à l'article 111 du code, les autorités portuaires pertinentes étaient compétentes pour concéder « l'organisation d'opérations portuaires pour compte de tiers ». Les entreprises bénéficiant de ces concessions étaient, en général, des entreprises privées [« imprese portuali », ci-après l'(les) « entreprise(s) portuaire(s) »], qui se chargeaient des prestations de services, comprenant, entre autres, les opérations portuaires pour ycompte de tiers — usagers dans les ports italiens [6]. Les entreprises portuaires pouvaient uniquement faire appel au personnel mis à disposition par les compagnies portuaires [7]. Conformément à l'article 112 du code et 203 du règlement, les tarifs et autres conditions relatifs à l'exécution des opérations par les compagnies portuaires étaient fixés par les autorités portuaires [8].

5. La compatibilité avec le droit communautaire du système susmentionné a été remise en cause dans l'affaire Port de Gênes.

2 — Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5891. La gestion publique des ports est un phénomène que l'on retrouve probablement dans la plupart des, si pas tous les, États membres et ne pouvait pas, en soi, être considérée comme incompatible avec le droit communautaire.

3 — Décret royal n° 337 du 30 mars 1942.

4 — Voir le point 2 des conclusions de l'avocat général M. Van Gerven; Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5905.

5 — Décret n° 328 du président de la République du 15 février 1952 (ci-après « le règlement »).

6 — Il ressort clairement de l'explication de la législation italienne fournie par le juge national dans le mémorandum joint à l'ordonnance de renvoi (ci-après le « mémorandum ») que les autorités portuaires étaient en droit d'autoriser d'autres compagnies pour exécuter des activités dans les ports sous le contrôle du capitaine de port. Il découle d'une réponse apportée à une question lors de l'audience que ces autorisations étaient accordées sur la base de l'article 68 du même code et que les entreprises représentées par les codéfendeurs de M. Raso dans la procédure au principal détenaient chacune une semblable autorisation.

7 — L'obligation des concessionnaires fondée sur l'article 111 du code semble s'être seulement appliquée à la fourniture de main-d'œuvre ou de services à forte intensité de main-d'œuvre.

8 — Il faut noter que, à l'époque de l'affaire Port de Gênes, la compagnie portuaire au port de Gênes était entièrement détenue par l'autorité publique qui gérait le port. Cette autorité établissait, par conséquent, en réalité, les tarifs demandés par sa propre filiale; voir le point 2 des conclusions de l'avocat général M. Van Gerven, Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5906.

B — *L'affaire Port de Gênes*

6. Dans l'affaire Port de Gênes, une société italienne, Siderurgica, importait un lot d'acier d'Allemagne dans un navire affrété [9]. Bien que le navire ait été équipé pour que sa cargaison soit déchargée par l'équipage de bord, le code réservait cette opération portuaire à la compagnie portuaire du port de Gênes, c'est-à-dire la Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie del Porto di Genova (ci-après « Compagnia ») [10]. Dès lors, Siderurgica, eu égard au code, était obligée de faire appel à Merci convenzionali porto di Genova, c'est-à-dire l'entreprise portuaire (ci-après « Merci »), pour organiser le déchargement de l'acier. Merci devait, ensuite, également faire appel aux services de Compagnia.

7. La livraison de la marchandise a, cependant, été retardée à la suite d'actions de grève impliquant le personnel de Compagnia. En fin de compte, Siderurgica a demandé la réparation du dommage subi par ce retard et le remboursement des sommes acquittées pour l'utilisation imposée, mais non sollicitée, des travailleurs portuaires de Compagnia. Le Tribunale di Genova a considéré que le litige [11] soulevait un problème de compatibilité des dispositions italiennes avec le droit communautaire et a, par conséquent, déféré deux questions à la Cour de justice.

8. Dans son arrêt, la Cour s'est fondée sur deux éléments. Premièrement, elle a estimé que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité consacré par l'article 7 du traité CEE (actuellement l'article 6 du traité CE) avait été mis en œuvre et concrétisé par l'article 48 du traité en ce qui concerne les travailleurs salariés. A cette fin, la Cour a interprété la notion de droit communautaire de « travailleur » comme comprenant une personne qui, « tout en se trouvant dans un lien de subordination par rapport à l'entreprise, est lié[e] aux autres travailleurs de celle-ci par un rapport d'association » [12]. Deuxièmement, elle a estimé que Merci et Compagnia étaient en position dominante sur le marché « de l'organisation, pour le compte de tiers, des opérations portuaires ... et de l'exécution de ces opérations » dans le port de Gênes, qui, en l'espèce, pouvait « être considéré comme constituant une partie substantielle du marché commun » [13]. Quant à l'éventuel abus de cette position dominante, la Cour a, en se référant à la fois à ses arrêts précédents Höfner et Elser [14] et ERT [15] et sur

9 — Voir le rapport d'audience, Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5892.

10 — Voir le point 3 des conclusions de l'avocat général M. Van Gerven, Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5906.

11 — En fait, les parties étaient d'accord pour estimer que la législation italienne était incompatible avec le droit communautaire. Comme l'avocat général M. Van Gerven l'a souligné à la note 5 de ses conclusions, le désaccord des parties portait uniquement sur les conséquences de l'incompatibilité pour Merci quant à la « demande en répétition des sommes payées par Siderurgica pour des prestations de services portuaires »; voir Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5907.

12 — Arrêt Port de Gênes, point 13.

13 — Ibidem, point 15.

14 — Arrêt du 23 avril 1991 (C-41/90, Rec. p. I-1979).

15 — Arrêt du 18 juin 1991 (C-260/89, Rec. p. I-2925).

l'article 86, deuxième alinéa, sous a), b) et c), jugé qu'il apparaissait « des circonstances décrites par la juridiction nationale ... que les entreprises investies, selon les modalités définies par la réglementation nationale en cause, de droits exclusifs sont, de ce fait, amenées soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés, soit à refuser de recourir à la technologie moderne, ce qui entraîne un accroissement du coût des opérations et un allongement des délais d'exécution de celles-ci, soit à octroyer des réductions de prix à certains utilisateurs avec compensation concomitante de ces réductions par une augmentation des prix facturés à d'autres utilisateurs » [16]. Dès lors, la Cour a indiqué « qu'un État membre crée une situation contraire à l'article 86 du traité lorsqu'il adopte une réglementation du type de celle en cause devant la juridiction de renvoi, réglementation qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres » [17]. Elle a, par conséquent, répondu à la juridiction nationale de la manière suivante [18]:

« L'article 90, paragraphe 1, du traité CEE, en relation avec les articles 30, 48 et 86 de ce traité, s'oppose à une réglementation d'un État membre qui confère à une entreprise établie dans cet État le droit exclusif d'organiser les opérations portuaires et oblige celle-ci à recourir, pour l'exécution de ces opérations, à une compagnie portuaire composée exclusivement de travailleurs nationaux. »

16 — Arrêt Port de Gênes, point 19.

17 — Voir le point 20.

18 — Voir le point 24.

C — *La législation générale italienne en matière d'embauche*

9. Le marché de l'emploi en Italie est soumis à un régime de placement obligatoire géré par des bureaux de placement publics (« sezioni circoscrizionali per l'impiego »), qui sont principalement régis par la loi n° 264 du 29 avril 1949 (ci-après la « loi de 1949 »), et dont l'article 11, paragraphe 1, interdit à toute autre personne d'agir en tant qu'intermédiaire en matière d'embauche. L'article 1er, paragraphes 1 et 2, de la loi n° 1369 du 23 octobre 1960 (ci-après la « loi de 1960 ») interdit, sous peine de sanction pénale, à un entrepreneur de prendre des dispositions avec des intermédiaires ou des sous-traitants pour l'exécution de prestations de travail, ou de confier l'exécution de tâches particulières à ces personnes ou à des tiers. Ces règles procèdent d'un souci de « protection des travailleurs contre l'exploitation et l'affaiblissement de leurs droits résultant d'une dichotomie entre l'employeur effectif et la personne formellement qualifiée d'employeur, mais qui n'est en réalité qu'un intermédiaire » [19]. La présente affaire concerne les dispositions spécifiques relatives à l'embauche dans le secteur portuaire. Cependant, le non-respect de ces dispositions est susceptible d'exposer les responsables aux sanctions prévues par la loi de 1960.

19 — Voir le point 3 des conclusions de l'avocat général M. Elmer sous l'arrêt du 19 octobre 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361). Au point 39 de ses conclusions ultérieures présentées le 15 mai 1997 dans l'affaire Job Centre (C-55/96), en cours (ci-après l'« affaire Job Centre II »), où la compatibilité du système établi par les lois de 1949 et de 1960 avec diverses dispositions du traité est abordée, l'avocat général M. Elmer déclare qu'il est logique de considérer cette interdiction de mise à disposition de main-d'œuvre intérimaire en vertu de la loi de 1960 comme partie intégrante du régime monopolistique global instauré en faveur du placement public de la main-d'œuvre par la loi de 1949, bien qu'il accepte qu'il appartient à la juridiction nationale de statuer quant aux objectifs des lois nationales.

D — *La législation italienne pertinente en matière portuaire*

10. La nouvelle législation à laquelle il est référé dans l'ordonnance de renvoi dans cette affaire comprend la loi n° 84/94, du 28 janvier 1994, portant adaptation de la législation applicable en matière portuaire [20] (ci-après « loi de 1994 »). Toutefois, lors d'une réponse à une question posée à l'audience, le conseil des parties défenderesses dans la procédure au principal, qui n'a pas été contredit sur ce point par l'agent de la République italienne, a déclaré que les modifications introduites par la loi de 1994 constituent simplement la codification des dispositions contenues dans certains décrets d'urgence adoptés par le gouvernement italien en 1992 à la suite de l'arrêt Port de Gênes et qui, en vertu de leurs prorogations successives, se sont appliquées jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de 1994. Bien qu'il relève de la compétence de la juridiction nationale d'apprécier la portée effective dans le temps des dispositions de la loi de 1994, il est raisonnable de supposer, aux fins du présent renvoi, que des dispositions équivalentes étaient en vigueur pour la plus grande partie de la période se rapportant aux faits reprochés dans la procédure au principal [21].

11. Les nouvelles dispositions restreignent essentiellement le monopole des anciennes compagnies portuaires à la mise à disposition de main-d'œuvre temporaire. Toutefois, il ressort apparemment de l'article 27, paragraphe 8, de la loi de 1994, que les monopoles préexistants, établis en vertu des articles 110 et 111 du code, ne devaient être abolis qu'à dater du 19 mars 1995.

12. Une autorisation des autorités portuaires est normalement requise [22] pour l'accomplissement des « opérations portuaires », définies à l'article 16, paragraphe 1, de la loi de 1994, comme comprenant « le chargement, le déchargement, le transbordement, le stockage, la manutention en général des marchandises et autres biens, exécutés sur le site du port ». Selon l'article 16, paragraphe 6, « la durée de l'autorisation sera basée sur le programme opérationnel soumis par l'entreprise ou, lorsque l'entreprise autorisée est également le titulaire de la concession en vertu de l'article 18, l'autorisation sera d'une durée égale à la concession » [23]. L'article 16, paragraphe 7, indique que le nombre d'autorisations accordées est déterminé « en fonction des exigences de fonctionnement du port et du trafic, tout en assurant un maximum de concurrence dans le secteur ».

13. L'article 18 dispose que des autorisations temporaires peuvent être octroyées à des opérateurs individuels, sous la forme de concessions exclusives, pour « les aires

20 — *GURI*, n° 21 du 4 février 1994. Selon les informations fournies par la Commission dans ses observations écrites, la loi de 1994 est entrée en vigueur le 19 avril 1994.

21 — Voir le point 17, ci-après.

22 — Cependant, il est important pour la présente affaire de signaler que les compagnies portuaires transformées ne sont pas soumises à cette condition. Voir le point 16, ci-après.

23 — Donc, tant ces entreprises autorisées (ci-après les « entreprises autorisées à opérer dans les ports ») que les entreprises bénéficiant d'une concession au titre de l'article 18 relative aux terminaux portuaires désignés (voir le point suivant) doivent être inscrites dans un registre.

domaniales et les quais compris sur le site du port aux entreprises visées à l'article 16, paragraphe 3, pour l'exécution des opérations portuaires, à l'exception des immeubles domaniaux utilisés par des administrations publiques pour l'accomplissement des fonctions liées aux activités maritimes et portuaires » [24]. L'article 18, paragraphe 2, prévoit de réserver « sur le site du port des espaces opérationnels pour l'exécution des opérations portuaires par d'autres entreprises non concessionnaires ». L'article 18, paragraphe 6, établit trois types de conditions qui doivent être remplies par l'entreprise à laquelle est accordée une concession en application de l'article 18, paragraphe 1: à savoir, « [elle] a) doit joindre, à sa demande, un programme d'activités, avec les garanties appropriées, qui peuvent être de nature fiduciaire, visant à accroître le trafic et la productivité du port; [elle] b) doit posséder les moyens d'organisation et les équipements techniques adéquats, de sorte à pouvoir, entre autres, sur le plan de la sécurité, assurer pour elle-même et pour les tiers un régime de fonctionnement continu et intégré et un cycle opérationnel; [elle] c) doit disposer d'une main-d'œuvre appropriée au regard du programme d'activités mentionné sous a) ci-dessus ».

14. En résumé, ainsi que le précise le mémorandum du juge national, les nouvelles dispositions « continuent à admettre la présence simultanée d'entreprises autorisées et d'entreprises concessionnaires, qui, en théorie, opèrent dans les mêmes zones portuaires ». Actuellement, néanmoins, un concessionnaire de terminal peut non seulement avoir recours à sa propre main-d'œuvre, mais doit disposer d'un personnel qui est « approprié au regard du programme d'activités » pour lequel la concession lui a été accordée. Il n'est pas permis d'obtenir des travailleurs portuaires des entreprises autorisées à opérer dans les ports.

15. La dérogation expresse à l'interdiction générale visée dans la loi de 1960 de mise à disposition privée de travailleurs, à laquelle se réfère l'ordonnance de renvoi, est contenue à l'article 17 de la loi de 1994 et doit être lue en combinaison avec les articles 21, paragraphe 1, et 23, paragraphe 3, de cette loi. L'article 17, paragraphe 1, dispose:

« Si le personnel employé par [les entreprises autorisées à opérer dans les ports] visé[e]s à l'article 16, y compris le personnel employé sous le régime de 'mobilité temporaire', conformément à l'article 23, paragraphe 3 [25], n'est pas suffisant pour faire face à toutes les exigences de fonctionnement, les entreprises elles-mêmes peuvent demander, par dérogation à l'article 1er de la loi n° 1369/60 du 23 octobre 1960, aux sociétés ou aux coopératives visées à l'article 21, paragraphe 1, sous b), de la présente loi, le per-

24 — Les titulaires des concessions seront qualifiés ci-après pour des raisons de facilité de « concessionnaires de terminaux ».

25 — Les membres du personnel des compagnies portuaires qui sont en surnombre lors de la transformation de ces compagnies en vertu de l'article 21 et qui ne sont pas engagés par les entreprises autorisées à opérer dans les ports et les concessionnaires de terminaux doivent, apparemment, être maintenus à leur poste par les compagnies transformées sur la base d'un régime de travail temporaire. Les détails concernant le fonctionnement de ce régime doivent être fixés par décret, mais la Cour n'a pas connaissance de l'existence d'un tel décret.

sonnel nécessaire pour la fourniture de simples prestations de travail » [26].

L'article 21 de la loi de 1994 obligeait les compagnies portuaires, qui fondaient précédemment leur monopole sur l'article 110 du code [27], à se transformer avant le 18 mars 1995 en l'une des deux formes de sociétés suivantes, à savoir [28]:

« a) en une société ou coopérative conforme aux types de sociétés prévus au livre 5, titres V et VI, du code civil pour l'exercice des opérations portuaires dans des conditions de concurrence;

b) en une société ou coopérative conforme aux types de sociétés prévus au livre 5, titres V et VI, du code civil pour la fourniture de services, y compris, par dérogation à l'article 1er de la loi n° 1369/60, du 23 octobre 1960, les simples prestations de travail, jusqu'au 31 décembre 1995 » [29].

16. Il semble découler des observations présentées à la Cour, et, notamment, des réponses données par l'agent représentant l'Italie aux questions posées à l'audience, que les deux types de compagnies transformées sur la base de l'article 21, paragraphe 1, de la loi de 1994 peuvent exécuter des opérations portuaires, pour lesquelles d'autres entreprises détiennent les autorisations accordées en vertu de l'article 16 de la loi (ou de l'article 68 du code). Par conséquent, une compagnie transformée, telle que celle opérant actuellement au port de La Spezia, qui a été transformée conformément à l'article 21, paragraphe 1, sous b), peut à la

26 — Dans les ports où aucune société ou coopérative n'a été transformée conformément à l'article 21, paragraphe 1, sous b), de la loi de 1994 (à laquelle on se référera présentement), les autorités portuaires compétentes ont le pouvoir, comme le souligne la Commission dans ses observations écrites, au titre de l'article 17, paragraphe 2, de promouvoir la création, à nouveau par dérogation à l'article 1er de la loi de 1960, d'une association de travail portuaire (« associazione del lavoro ») pour faire face aux fluctuations du trafic et garantir une efficacité maximale du port, association à laquelle peuvent s'adresser les concessionnaires de terminaux pour la fourniture de prestations de travail temporaire. Le présent renvoi, qui a trait au port de La Spezia, concerne, cependant, une situation où, si l'on tient notamment compte des informations fournies à la Cour à l'audience, une compagnie portuaire a apparemment été transformée conformément à l'article 21, paragraphe 1, sous b). Certainement, l'absence explicite dans le mémorandum de la juridiction nationale de toute référence aux termes de l'article 17, paragraphe 2, semble également indiquer qu'aucune association de travail portuaire n'existe à La Spezia.

27 — Voir le point 3 ci-dessus.

28 — Ci-après les « compagnies transformées ».

29 — Il apparaît de l'information fournie par la Commission et la République italienne, en réponse à une question écrite posée par la Cour, que le délai du 31 décembre 1995 a été dans un premier temps prorogé jusqu'au 30 septembre 1996 par le décret-loi n° 322/96, du 17 juin 1996. En outre, en vertu de la loi n° 647 du 23 décembre 1996 (*GURI*, Serie generale, n° 303 du 28 décembre 1996), l'article 17 de la loi de 1994 a été remplacé par un nouvel article 17, qui règle actuellement la durée de la dérogation à l'interdiction d'activités de placement de main-d'œuvre privé établies aux articles 17 et 21, paragraphe 1, de la loi de 1994. Dans l'attente de la modification de la loi de 1960, qui est semble-t-il actuellement examinée, la nouvelle disposition envisage la constitution, à l'initiative des autorités portuaires compétentes, d'une coopérative volontaire (« consorzio volontario ») dans chaque port, comprenant les entreprises autorisées à opérer dans les ports, les concessionnaires de terminaux et les compagnies transformées existants. Lorsqu'une telle coopérative est constituée, les autorités portuaires peuvent autoriser un ou plusieurs membres potentiels de la coopérative à fournir, par dérogation à la loi de 1960, des prestations de travail temporaires aux autres membres. Dans l'hypothèse où une telle coopérative n'a pas été constituée, la nouvelle disposition prévoit la mise en place d'une « agence » exclusive pour fournir le service de mise à disposition de travailleurs temporaires (« Agenzia per l'erogazione de mere prestazioni di mano d'opera »). Toutefois, tant qu'il n'existe pas de coopérative ou d'agence, le nouvel article 17, paragraphe 2, préserve apparemment indéfiniment, en faveur des compagnies transformées, le droit exclusif de déroger à la loi de 1960 pour la fourniture de main-d'œuvre temporaire dans les ports.

fois concurrencer, pour la fourniture de services aux usagers du port, des entreprises telles que celles représentées par les parties défenderesses dans la procédure au principal, et en même temps jouir d'un droit exclusif en ce qui concerne la fourniture à ces entreprises de main-d'œuvre temporaire. Ce dernier droit peut être étendu, au moins si l'on se fonde sur l'interprétation de la loi de 1960 avancée par le ministère public dans la procédure au principal, à la fourniture, en sous-traitance, de services à forte intensité de main-d'œuvre dans les ports. Enfin, il résulte, particulièrement des observations orales devant la Cour, qu'une telle compagnie transformée du type de l'article 21, paragraphe 1, sous b), existait à La Spezia durant la plus grande partie de la période (voir le point 17 ci-après) à laquelle se rapportent les poursuites dans la procédure au principal [30].

III — Les faits et la procédure devant la juridiction nationale

17. Dans la procédure au principal devant la Pretura circondariale di La Spezia (ci-après la « juridiction nationale »), M. Raso et les autres parties défenderesses (ci-après ensemble les « parties défenderesses ») ont été accusés, conjointement et solidairement, d'avoir commis plusieurs infractions aux articles 1er et 2 de la loi de 1960 [31]. D'après l'acte d'accusation du 31 octobre 1995, les parties défenderesses se seraient rendues coupables, respectivement: « a) d'embauche, dans le cadre 'd'un contrat de mise à disposition de main-d'œuvre', de travailleurs, membres de sociétés coopératives, régulièrement autorisées au sens de l'article 68 précité du code de la navigation à exécuter des prestations au bénéfice de l'entreprise La Spezia Container Terminal; b) de l'utilisation par les responsables de l'entreprise précitée de travailleurs 'embauchés' par les entreprises coopératives autorisées » au cours de la période allant du 9 juillet 1990 au 31 mai 1994 [32].

18. Dans l'ordonnance de renvoi, la juridiction nationale considère que l'application soutenue par le ministère public « de la réglementation visée à l'article 1er de la loi n° 1369/60 relative aux rapports contractuels entre l'entreprise concessionnaire du terminal portuaire (en tant que commettant) et

30 — En effet, à l'audience, il a été soutenu par les parties défenderesses dans la procédure au principal que la compagnie transformée au port de La Spezia exerçait en fait des activités en tant que concessionnaire de terminal.

31 — Les parties défenderesses sont en fait les représentants légaux du concessionnaire du terminal et de cinq autres compagnies et coopératives poursuivies par le ministère public. Selon les informations fournies à la Cour à l'audience, elles étaient toutes initialement autorisées à effectuer des activités portuaires en vertu de l'article 68 du code, mais ont ensuite obtenu les autorisations au titre de l'article 16 de la loi de 1994 (et vraisemblablement aussi les dispositions correspondantes des décrets d'urgence antérieurs à l'adoption de cette loi). Le concessionnaire du terminal, La Spezia Container Terminal (ci-après « LSCT »), dont M. Raso est le représentant, a bénéficié d'une concession de terminal basée sur l'article 18 de la loi de 1994.

32 — La durée de cette période (ci-après la « période pertinente ») ressort de l'examen du dossier. La Commission soutient que la Cour devrait prendre en considération le mois de mai 1994, à savoir le mois suivant l'entrée en vigueur de la loi de 1994, comme étant la partie déterminante de la période pertinente aux fins des réponses aux questions déférées. Puisque la loi de 1994 codifie effectivement les règles contenues dans des dispositions d'urgence antérieures (voir le point 10 ci-dessus), cette affirmation semble fondée, malgré le fait qu'une partie de la période pertinente (presque une année et demie) s'est en réalité située avant l'arrêt Port de Gênes.

les tiers (contractants) aurait pour effet d'obliger l'entreprise concessionnaire à se doter d'une organisation 'verticale' de nature à garantir à l'usager la totalité des services » qu'il requiert. Bien que la juridiction nationale ne fasse pas d'observations au sujet des répercussions financières d'une telle organisation, que ce soit pour les concessionnaires de terminaux ou leurs clients, elle identifie cependant les conséquences suivantes: « d'une part, de faire obstacle à l'accès du marché des tiers quels qu'ils soient, et, d'autre part, de renforcer encore sa propre position dominante » [33].

19. Bien que la juridiction nationale n'ait pas encore décidé si la loi de 1960 « peut être interprétée de manière à interdire la coopération entre entreprises concessionnaires et entreprises non concessionnaires autorisées, autres que celles visées à l'article 17 de la loi de 1994, et, partant, les anciennes compagnies portuaires transformées », elle déclare, néanmoins, que, si cette interprétation était correcte, les deux conséquences citées au point précédent se révéleraient exactes. La juridiction nationale indique que « le port de La Spezia est le premier port de la Méditerranée pour le trafic conteneurs, et que l'entreprise Spezia Container Terminal traite environ 70 % des conteneurs qui entrent et sortent de ce port. Les clients de La Spezia Container Terminal sont, par ailleurs, des chargeurs et des compagnies de navigation de différents États membres de l'Union européenne ». Elle a, dès lors, décidé de poser les questions suivantes à la Cour en vertu de l'article 177 du traité:

« 1) L'article 59 du traité fait-il obstacle à une disposition législative italienne qui interdit à une entreprise titulaire d'une concession de terminal portuaire de faire appel à l'activité d'autres entreprises qui ne sont pas constituées par d'anciennes compagnies et groupes portuaires, pour la fourniture de prestations telles que celles fournies aux usagers, au nombre desquels on compte également des entreprises d'autres États membres, ce qui signifie, par ailleurs, que, en application de la législation italienne en cause, l'entreprise titulaire de la concession portuaire est tenue d'organiser elle-même la gamme complète des services qui peuvent être exigés d'un terminal portuaire par l'usager, avec le risque que des entreprises autorisées à opérer dans des ports, autres que celles visées à l'article 21, paragraphe 1, sous b), de la loi n° 84/94, se voient empêchées d'accéder au marché pour la fourniture des différents services?

2) Les dispositions combinées des articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité CE font-elles obstacle à une disposition nationale qui (en raison des effets qu'elle a sur le marché, et par conséquent, d'une part, du fait qu'elle empêche les entreprises autres que le concessionnaire du terminal — et qui ne sont pas constituées par d'anciennes compagnies ou groupes portuaires — de fournir en faveur des usagers intéressés des prestations de services sur le site du

33 — Le juge national se réfère, à cet égard, sans autre explication, à l'arrêt Port de Gênes.

port; qu'elle oblige, d'autre part, le concessionnaire du terminal à fournir toutes les opérations et services portuaires, exigés du terminal; qu'elle a, d'autre part encore, pour conséquence l'impossibilité pour l'usager de confier ces services à des entreprises de son choix, autres que celles choisies par le concessionnaire des installations portuaires) détermine des configurations de marché telles que l'usager ne peut avoir de rapports contractuels qu'avec la société concessionnaire du terminal pour toute la gamme des services dont il peut avoir besoin, à l'occasion d'une escale dans un port, dans lequel le ou les concessionnaires de terminaux sont détenteurs d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 du traité?

3) Les articles 59 et 90, combinés avec l'article 86 du traité CE, font-ils, en tout état de cause, obstacle à une disposition nationale qui autorise une entreprise opérant dans un port à fournir en faveur d'autres entreprises opérant dans ce même port, et, notamment, les entreprises concessionnaires d'un terminal portuaire, des services limités à la simple fourniture de main-d'œuvre? »

IV — Les observations

20. Des observations écrites ont été soumises par les parties défenderesses, par les gouvernements italien, allemand, français et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission, et tous, sauf les gouvernement allemand et du Royaume-Uni, ont, en outre, présenté des observations orales.

V — L'examen de la première question

21. La première question concerne en substance la compatibilité, exclusivement au regard de l'article 59 du traité, de la législation nationale qui vise à empêcher les concessionnaires de terminaux dans les ports italiens de recourir aux services d'entreprises autres que les sous-traitants désignés (c'est-à-dire les compagnies transformées) lors de la fourniture des services d'entreprises de terminaux aux usagers des ports. Malgré les doutes qui ont été émis en ce qui concerne la pertinence de l'article 59 par rapport aux faits de l'espèce devant la juridiction nationale, il est opportun d'analyser l'application potentielle de cet article avant de répondre aux autres questions déférées, puisque, si la Cour devait estimer qu'une telle restriction est incompatible avec l'article 59, les poursuites en cause dans la procédure au principal deviendraient sans objet.

A — *L'application prima facie de l'article 59 du traité*

22. La première question a principalement trait aux effets restrictifs de l'interdiction faite aux concessionnaires de terminaux

d'avoir recours pour la fourniture de prestations de travail temporaires à d'autres entreprises que les compagnies transformées. Bien que la restriction découle autant de la loi de 1960 que de celle de 1994, il résulte, selon nous, de la référence expresse de la juridiction nationale dans sa question à l'article 21, paragraphe 1, sous b), de la loi de 1994 qu'elle souhaite que la Cour concentre son analyse sur la loi de 1994.

23. A cet égard, la juridiction nationale, comme nous l'avons indiqué au point 18 ci-dessus, vise surtout les conséquences de l'interdiction sur la capacité des concessionnaires de terminaux de fournir à leurs clients « la totalité des services ».

24. Les parties défenderesses soutiennent que la loi de 1960 constitue une entrave à la liberté des concessionnaires de terminaux de fournir leurs services aux compagnies maritimes, usagers des ports. En interdisant aux concessionnaires de terminaux de recourir aux services spécialisés des entreprises autorisées à opérer dans les ports, on les oblige à procéder à une organisation « verticale ». Il est prétendu que cette organisation les empêche de réaliser des économies d'échelle et porte préjudice au professionnalisme de leurs activités, étant donné que, pour certains services requis par les usagers, tels que le déblocage et la fixation des conteneurs, ils ne peuvent pas faire appel aux services des entreprises spécialisées opérant dans le port; ils sont obligés de supporter l'accroissement des coûts résultant de l'emploi de la main-d'œuvre nécessaire pour fournir ces services. Les parties défenderesses estiment que les nombreux services requis par les usagers du port peuvent être fournis le plus efficacement en concluant un seul contrat avec un concessionnaire de terminal, qui emploie des sous-traitants. Ainsi, la responsabilité des dommages est plus facilement déterminable. D'après les parties défenderesses, il suffit, pour établir l'applicabilité de l'article 59 du traité, que les dispositions italiennes restreignent la fourniture de services par les concessionnaires de terminaux aux compagnies maritimes établies dans les autres États membres [34].

25. Tant la République italienne que la Commission soulignent que toutes les entreprises impliquées dans la procédure au principal sont italiennes. Le seul élément transnational envisageable quant aux services fournis à LSCT par les compagnies représentées par les parties codéfenderesses de M. Raso est purement hypothétique; à savoir la possibilité que, eu égard à la nature exclusive de la dérogation à la loi de 1960 en faveur des compagnies transformées, une entreprise non italienne puisse être empêchée de fournir ces services. Toutefois, si la Cour devait considérer cet élément suffisant pour rendre applicable l'article 59, la Commission soutient que le fait de réserver les bénéfices de la dérogation aux dispositions générales de la loi de 1960 aux compagnies transformées, qui sont toutes italiennes, devrait être jugé incompatible avec cet article.

34 — A l'appui de cet argument à l'égard de leur propre État membre, les parties défenderesses invoquent, notamment, l'arrêt du 10 mai 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141).

26. Le juge national, sans se prononcer de manière définitive sur la question du droit national applicable, estime qu'il est approprié aux fins de la présente procédure de partir du principe que les services en cause relèvent de l'interdiction énoncée à l'article 1er de la loi de 1960. Par conséquent, ce qu'il convient d'examiner, à tout le moins en ce qui concerne l'article 59 du traité, est de savoir si les effets combinés d'une interdiction, telle que celle contenue dans la loi de 1960, et une dérogation à cette loi à caractère exclusif, telle que celle prévue par la loi de 1994 uniquement en faveur de compagnies italiennes, constituent une restriction à la libre prestation des services.

27. A notre avis, les objections de la République italienne et de la Commission concernant la pertinence de l'article 59 au regard de la procédure au principal sont erronées. En se focalisant sur la liberté de fournir des services de mise à disposition de travailleurs dans les ports, qui sont réservés en vertu des dispositions nationales applicables aux compagnies transformées, ces objections ne portent pas sur la véritable restriction identifiée par la juridiction nationale dans l'ordonnance de renvoi (voir, notamment, le point 22 ci-dessus); c'est-à-dire la restriction affectant les activités des concessionnaires de terminaux et, par voie de conséquence, des entreprises autorisées à opérer dans les ports, de services portuaires à des clients, dont un grand nombre sont des compagnies maritimes établies dans d'autres États membres. Il ressort clairement des informations contenues dans le dossier de l'affaire qu'aucune des parties défenderesses n'a jamais envisagé de proposer elle-même des services de mise à disposition de travailleurs, que ce soit à titre temporaire ou non. Au contraire, LSCT soutient avoir essayé, en confiant l'exécution de certaines tâches spécifiques à d'autres entreprises autorisées, de fournir le service de concessionnaire de terminal le plus efficace possible aux usagers de son terminal. Le monopole des compagnies transformées empêcherait une forme de coopération, jusqu'à présent considérée comme constituant un moyen efficace d'accomplir les activités autorisées dans le port.

28. Dès lors, c'est la compatibilité avec l'article 59 du traité de l'octroi d'un monopole à certaines compagnies portuaires (obligatoirement nationales) pour la fourniture de main-d'œuvre temporaire qui est déterminante pour répondre à la première question préjudicielle. Le problème de la compatibilité avec le droit communautaire se pose, eu égard aux effets du monopole sur la fourniture des services portuaires à des usagers nationaux et étrangers des ports italiens, par des entreprises, telles que les parties défenderesses, qui ont été autorisées à fournir ces services; notamment compte tenu du fait que ces entreprises peuvent être en concurrence avec les entreprises jouissant du monopole. Selon nous, puisque les parties codéfenderesses de M. Raso ont effectivement été accusées dans la procédure au principal d'avoir coopéré avec LSCT dans la fourniture par cette dernière de services complets à ses clients, il est approprié d'analyser, comme l'a fait la juridiction nationale dans son ordonnance de renvoi, la situation des concessionnaires de terminaux en vertu des dispositions nationales litigieuses. En effet, si la situation des parties codéfenderesses de M. Raso, qui représentent toutes des compagnies italiennes accusées d'avoir

effectué des activités de coopération illégales avec LSCT, autre compagnie italienne, était examinée en tant que telle, il serait difficile d'identifier un aspect concret du droit communautaire aux fins, à tout le moins, de l'article 59.

29. Dans son arrêt Debauve e.a., la Cour a jugé que « les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services ne pourraient s'appliquer aux activités dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre » [35], ce qui « dépend de constatations de fait qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir » [36]. Dans le présent cas d'espèce, la juridiction nationale a fondé l'existence d'un élément intracommunautaire suffisant sur le fait que de nombreux usagers des services en cause sont des entreprises établies dans un autre État membre que l'Italie. A l'audience, l'agent de la Commission a affirmé qu'il n'avait pas été possible de connaître la nationalité des usagers ayant recours aux services de LSCT. La Cour a estimé que, à partir du moment où il y a un élément transfrontalier, la nationalité exacte des bénéficiaires est sans importance [37]. En outre, à la lumière du point de vue exprimé par la juridiction nationale quant à l'absence de nationalité italienne des clients de LSCT, l'application des dispositions nationales visées par le ministère public pourrait également potentiellement affecter les usagers non italiens du port [38].

30. Il est exact que, dans l'affaire Höfner et Elser, où le cas d'espèce « [avait] trait à un litige entre des conseils en recrutement allemands et une entreprise allemande, concernant le recrutement d'un ressortissant allemand », la Cour, se référant à l'arrêt Debauve e.a., n'a trouvé « aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire », constatation qui ne saurait « être infirmée par le fait qu'un contrat conclu entre les conseils en recrutement et l'entreprise inclut la *possibilité théorique* de rechercher des candidats allemands résidant dans d'autres États membres ou des ressortissants de ces États » [39].

35 — Arrêt du 18 mars 1980 (52/79, Rec. p. 833, point 9).

36 — Ibidem.

37 — Voir l'arrêt du 14 novembre 1995, Svensson et Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955, ci-après l'« arrêt Svensson et Gustavsson »), où la circonstance que les parties plaignantes dans la procédure au principal étaient, au moment des faits, des nationaux d'un pays tiers n'a pas été considérée par la Cour, contrairement à la recommandation expresse de l'avocat général M. Elmer, comme étant susceptible de les empêcher d'invoquer l'article 59 pour contester la légalité d'une bonification d'intérêts réservée uniquement aux personnes ayant contracté un prêt auprès d'un établissement de crédit au Luxembourg.

38 — Dans l'arrêt du 7 mai 1997, Pistre e.a. (C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, Rec. p. I-2343), la Cour, dans le contexte de l'article 30 du traité, a rejeté l'argument selon lequel cet article était inapplicable à des poursuites engagées en France à l'égard d'une société française prévenue d'avoir étiqueté illégalement, comme provenant d'une région montagneuse française spécifique, certains produits français destinés à être vendus sur le marché français. La Cour a déclaré (au point 44) que « s'il est vrai que l'application d'une mesure nationale n'ayant effectivement aucun lien avec l'importation des marchandises ne relève pas du domaine de l'article 30 du traité, cette dernière disposition ne peut toutefois pas être écartée pour la seule raison que, dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre ». Même dans ces circonstances, la Cour a estimé (au point 45) que « l'application de la mesure nationale peut également avoir des effets sur la libre circulation des marchandises entre États membres, notamment lorsque la mesure en cause favorise la commercialisation des marchandises d'origine nationale au détriment des marchandises importées ».

39 — Points 38 et 39 (c'est nous qui mettons en italique).

Toutefois, dans la présente affaire, ainsi que l'a indiqué la juridiction nationale, une proportion substantielle des usagers du port et des services de LSCT, en particulier, sont établis dans d'autres États membres.

31. Quant au fait que toutes les parties défenderesses, en l'espèce, sont des sociétés italiennes, la jurisprudence récente de la Cour confirme de manière claire qu'une personne peut invoquer l'article 59 du traité contre l'État membre dont il est lui-même ressortissant. Cela découle plus récemment des arrêts Alpine Investments [40], Corsica Ferries [41] et Sodemare e.a. [42]. Dans l'affaire Corsica Ferries, la Cour, bien que confrontée au champ d'application de la libre prestation des services des transports maritimes conformément au règlement (CEE) n° 4055/86 [43], a déclaré que, « dans un cas tel que celui en cause dans l'affaire au principal, l'entreprise établie dans un État membre et exploitant un service de lignes régulier avec un autre État visé par le règlement n° 4055/86 offre ses services, en raison de leur nature même, notamment à des personnes établies dans le second État » [44]. Dans l'affaire Sodemare e.a., qui concernait la fourniture de services dans des maisons de repos, la Cour a souligné que « le droit à la libre prestation de services peut être invoqué par une entreprise à l'égard de l'État dans lequel elle est établie, dès lors que les services sont fournis à des destinataires établis dans un autre État membre » [45].

32. Par conséquent, nous estimons qu'un concessionnaire de terminal établi dans un État membre, qui fournit fréquemment des services portuaires à des clients établis au moins dans un autre État membre, peut invoquer l'article 59 du traité à l'égard de dispositions nationales, qui ont pour effet de restreindre sa capacité à fournir librement ces services. Il est, dès lors, nécessaire d'examiner si les dispositions en cause comprennent une telle restriction.

B — *L'éventuelle application des articles 30 et 48 du traité*

33. Bien qu'aucune question n'ait été déférée dans la présente affaire concernant l'application de l'article 30 du traité, nous ne voudrions pas ignorer la position de la Cour en la matière dans l'arrêt Port de Gênes. La Cour s'est référée aux constatations faites par

40 — Voir en particulier le point 30 de l'arrêt (voir la note 34 ci-dessus).

41 — Arrêt du 17 mai 1994 (C-18/93, Rec. p. I-1783).

42 — Arrêt du 17 juin 1997 (C-70/95, Rec. p. I-3395).

43 — Règlement du Conseil, du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers (JO 1986, L 378, p. 1). Nous sommes d'accord avec le point de vue exprimé par l'avocat général M. Van Gerven au point 16 de ses conclusions dans l'affaire Port de Gênes, que « les activités portuaires doivent être distinguées des transports maritimes proprement dits »; voir Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5913. Selon nous, la même distinction devrait s'appliquer mutatis mutandis à la fourniture de services portuaires et de services de transport maritime.

44 — Point 30. Il convient d'observer que l'article 1er, paragraphe 1, du règlement précise explicitement que « la libre prestation des services de transport maritime entre États membres et États membres et pays tiers est applicable aux ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire des services ».

45 — Point 37. En l'espèce, toutefois, les bénéficiaires des services, bien qu'en partie non italiens, ont tous été considérés comme établis en Italie où les services étaient fournis; voir le point 39 de l'arrêt.

la juridiction nationale « que le débarquement des marchandises aurait pu être effectué à moindres frais par l'équipage du navire, de sorte que le recours obligatoire aux services des deux entreprises investies de droits exclusifs a entraîné des coûts supplémentaires et était, dès lors, susceptible, de par son effet sur les prix des marchandises, d'influer sur les importations » [46]. La Cour, dans sa réponse à la juridiction nationale, s'est fondée sur l'article 90, paragraphe 1, « en relation avec les articles 30, 48 et 86 [du] traité ». L'article 30 avait été invoqué dans les questions posées par la juridiction nationale, mais pas l'article 48; or la Cour a longuement examiné ce dernier article. Rtant donné que nous pensons que les effets restrictifs des arrangements fondés sur la loi de 1994 concernant la fourniture de main-d'œuvre temporaire dans les ports italiens sur les importations seraient, dans le meilleur des cas, spéculatifs, nous estimons qu'aucun problème relevant de l'article 30 ne se pose en l'espèce [47].

34. Il n'est pas évident d'exclure une éventuelle application de l'article 48 du traité, malgré l'absence de référence à cet égard dans l'ordonnance de renvoi. Selon nous, les effets combinés résultant du fait que la loi de 1994 prévoit à la fois la transformation des anciennes compagnies portuaires, qui, en tant que coopératives de travailleurs de nationalité italienne, étaient, par nature, exclusivement des entreprises italiennes, et des dispositions obligeant les compagnies transformées, les concessionnaires de terminaux et les entreprises autorisées à opérer dans les ports à engager, par priorité, les travailleurs portuaires employés auparavant par les compagnies portuaires pourraient bien constituer une perpétuation effective de l'infraction à l'article 48 constatée par la Cour dans l'affaire Port de Gênes. Toutefois, il appartient à la juridiction nationale de déterminer, conformément à la jurisprudence de la Cour, si l'article 48 est encore toujours violé, et quelle peut être l'incidence, s'il y en a une, de cette éventuelle violation sur les poursuites engagées dans la procédure au principal.

C — *La restriction à la liberté de fournir des services propres aux concessionnaires de terminaux*

i) Les observations des parties et des États membres

35. Les parties défenderesses soutiennent que, en empêchant les concessionnaires de terminaux de recourir aux services d'autres entreprises autorisées à opérer dans les ports uniquement au motif que ces services sont à forte intensité de main-d'œuvre, on restreint la fourniture des services portuaires, à la fois des concessionnaires de terminaux et des autres entreprises autorisées à opérer dans les ports, puisque cela amène effectivement les concessionnaires précités à étendre de façon non économique leurs activités (et main-d'œuvre) afin de pouvoir fournir une gamme complète de services portuaires aux usagers,

46 — Point 22.

47 — Voir, à cet égard, l'arrêt du 14 juillet 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453, points 23 à 25).

tout en enlevant aux entreprises autorisées précitées, une source appréciable de travail potentiel [48]. D'après les parties défenderesses, l'objectif apparent et la formulation non discriminatoire de la restriction n'impliquent pas ipso facto sa compatibilité avec l'article 59 du traité, puisque les moyens utilisés pour promouvoir cet objectif dans le secteur portuaire sont disproportionnés et contraires à la logique déclarée de la réforme relative à ce secteur en Italie, qui vise à favoriser une spécialisation accrue, ainsi que la sous-traitance des activités. Selon elles, une mise en œuvre rigoureuse de la législation existante applicable au secteur portuaire, notamment les dispositions nationales en matière de concurrence relatives aux abus éventuels par les concessionnaires de terminaux de leur position centrale quant à la fourniture des services portuaires et la législation protectrice du travail, comme celle prévoyant un seuil minimal de rémunération et de couverture sociale lors de l'emploi de travailleurs portuaires, suffirait à réaliser les objectifs sous-jacents à la loi de 1960. Enfin, le fait de réserver du travail à des compagnies transformées, qui étaient en tant que telles supposées être composées de personnes de nationalité italienne, pourrait constituer une discrimination indirecte en raison de la nationalité.

36. La République italienne, appuyée par la République fédérale d'Allemagne, se réfère à la nature sensible du marché de l'emploi. A l'audience, son agent a soutenu que la nécessité de protéger les travailleurs portuaires contre les atteintes à leurs droits découlant des fluctuations inhérentes à la quantité de travail qu'ils peuvent accomplir justifie l'adoption de mesures spéciales concernant la fourniture de main-d'œuvre portuaire temporaire. L'arrêt Webb, notamment, a reconnu que les États membres peuvent limiter la liberté de fournir des services de mise à disposition de main-d'œuvre [49]. L'agent du gouvernement français, bien qu'acceptant que certaines mesures de protection puissent être justifiées, a estimé que l'octroi d'un monopole du type de celui en cause était une mesure discriminatoire et non fondée. L'agent du gouvernement italien a, cependant, affirmé, que, eu égard à la nature spécifique des entreprises transformées en vertu de la loi italienne, celles-ci étant à la fois des associations coopératives de travailleurs portuaires et des entreprises commerciales, ce monopole constituait un moyen approprié pour assurer la protection des droits des travailleurs portuaires.

ii) L'analyse

37. Le régime général italien en matière d'embauche instauré par les lois de 1949 et de 1960 n'a jamais été appliqué au secteur portuaire. En fait, le monopole originaire octroyé aux compagnies portuaires par les

48 — Elles invoquent aussi la restriction indirecte au droit des usagers de recevoir tous les services portuaires qu'ils requièrent d'une seule source. Selon nous, les conséquences négatives éventuelles pour les destinataires de ces services résultant d'une restriction affectant la fourniture des services en cause ne peuvent pas être invoquées par le prestataire aux fins d'établir une infraction à l'article 59 du traité, sauf s'il est également de la sorte porté atteinte à l'exercice des ses propres activités. Donc, dans l'affaire Svensson et Gustavsson, précitée par exemple, il était clair que la restriction affectant l'octroi de prêts par des banques non établies au Luxembourg à des personnes résidant au Luxembourg découlant des mesures luxembourgeoises visées entravait également la liberté des parties demanderesses au principal de recevoir des services bancaires. Dans le présent cas d'espèce, puisque nous estimons que la restriction relative à la mise à disposition de main-d'œuvre par un autre canal que celui des compagnies transformées affecte la fourniture des services des concessionnaires de terminaux, nous considérons qu'il est inutile d'examiner séparément l'incidence de la restriction éventuelle sur le droit des usagers non italiens des ports italiens de bénéficier librement des services portuaires.

49 — Arrêt du 17 décembre 1981 (279/80, Rec. p. 3305).

dispositions résumées à la partie II ci-dessus, a maintenant été remplacé par un nouveau monopole au profit des anciens détenteurs du monopole « transformés », et couvrant la fourniture de main-d'œuvre temporaire aux concessionnaires de terminaux et aux entreprises autorisées à opérer dans les ports. Donc, contrairement aux entreprises portuaires précédentes, qui ne pouvaient pas effectuer des opérations portuaires elles-mêmes, mais avaient l'obligation de confier l'intégralité du travail relatif à ces opérations aux compagnies portuaires, le nouveau monopole s'applique uniquement lorsque les concessionnaires de terminaux ne sont pas en mesure de fournir leurs services en ayant seulement recours à leurs propres travailleurs portuaires. Néanmoins, un examen approfondi des dispositions du nouveau régime révèle que, dans une certaine mesure, les restrictions en vigueur en vertu de l'ancienne législation portuaire ont été maintenues, bien que sous une autre forme, par la loi de 1994.

38. Premièrement, les concessionnaires de terminaux sont obligés d'employer une main-d'œuvre « appropriée » au regard du programme d'activités qu'ils ont soumis. A cet égard, il faut noter, comme la Commission le souligne dans ses observations écrites, que, jusqu'au 31 décembre 1996, l'article 23, paragraphe 3, de la loi de 1994 exigeait tant des concessionnaires de terminaux et des entreprises autorisées à opérer dans les ports que des compagnies transformées d'employer, par priorité, lorsque des postes devenaient disponibles, les travailleurs portuaires travaillant antérieurement pour les anciennes compagnies portuaires mais pas engagés à temps plein lors de la transformation de ces compagnies.

Deuxièmement, les travailleurs portuaires de ces anciennes compagnies portuaires qui, à défaut, ne retrouvaient pas un emploi devaient être engagés par les compagnies transformées sur la base d'un régime temporaire dont les détails seraient fixés par un décret ministériel. Enfin, avant de pouvoir recourir aux compagnies transformées pour la fourniture de main-d'œuvre temporaire au titre de l'article 17, paragraphe 1, les entreprises autorisées à opérer dans les ports, ainsi que les concessionnaires de terminaux, doivent d'abord utiliser la main-d'œuvre disponible sur la base du régime temporaire.

39. Est-ce que ces arrangements constituent une restriction à la libre prestation des services? Étant donné qu'ils affectent un concessionnaire de terminal dans la position de LSCT, nous considérons que c'est le cas. LSCT revendique le droit d'offrir aux usagers du port (qui aux fins de la présente analyse sont ceux établis dans d'autres États membres) une gamme complète de services portuaires, c'est-à-dire que LSCT souhaite confier différents services de cette gamme à forte intensité de main-d'œuvre à d'autres entreprises portuaires qui sont elles-mêmes autorisées à fournir ces services directement aux usagers. La loi de 1994 interdit aux concessionnaires de terminaux et aux diverses entreprises autorisées à opérer dans les ports de coopérer à cette fin. Les arrangements de coopération sont destinés à permettre au concessionnaire de terminal de

fournir à l'usager final un service qui est adapté aux différents besoins du port tout au long de l'année, ainsi qu'à la nécessité de recourir à une main-d'œuvre efficace et, par voie de conséquence, de fournir un service à un moindre coût aux usagers du port. Si un service équivalent était proposé par les compagnies transformées à un tarif inférieur ou si les coûts supérieurs étaient compensés par une qualité plus élevée, on peut partir du principe que le concessionnaire du terminal y aurait recours. C'est le fait que le concessionnaire de terminal n'ait pas le droit d'opérer ce choix qui constitue, selon nous, la restriction. Enfin, il convient de rappeler que seules les compagnies transformées sont autorisées à fournir des services à la fois directement aux usagers finaux et aux intermédiaires. Les entreprises autorisées à opérer dans les ports sont, par contraste, libres de fournir des services aux usagers finaux, mais pas aux intermédiaires: mais nous avons déjà indiqué que cette restriction, étant interne à l'État membre, ne relève pas, en tant que telle, du champ d'application de l'article 59 du traité [50]. Toutefois, la position du concessionnaire de terminal est différente. Il lui est interdit de recourir aux services de mise à disposition de main-d'œuvre de son propre choix dans la gamme de services qu'il offre aux usagers finaux.

40. Puisque nous estimons que les dispositions constituent une restriction à la liberté des concessionnaires de terminaux de fournir des services portuaires aux usagers des autres États membres, il est nécessaire d'examiner si cette restriction est justifiée.

50 — Voir, notamment, le point 28 ci-dessus.

D — *La justification*

i) Une discrimination en raison de la nationalité

41. Dans la présente affaire, la République française, appuyée subsidiairement à cet égard par la Commission, a soutenu que, compte tenu de la nationalité italienne des compagnies transformées, la restriction en cause constitue une discrimination en raison de la nationalité. Naturellement, si c'était le cas, les dispositions italiennes ne pourraient être justifiées que par les raisons d'intérêt général mentionnées à l'article 56, paragraphe 1 du traité, telles qu'appliquées à la libre prestation des services en vertu de l'article 66. Ces raisons ne comprennent pas, comme l'a constamment rappelé la Cour, les objectifs de nature économique [51].

42. Nous ne pensons pas que la position de la République française relative à la discrimination soit fondée. Comme nous l'avons déjà indiqué (voir le point 28 ci-dessus), le problème essentiel soulevé par la première question n'a pas trait à la compatibilité avec le droit communautaire du monopole des compagnies transformées, mais, au contraire, à ses effets en aval sur la libre prestation des services portuaires, particulièrement par les

51 — Voir, par exemple, l'arrêt Svensson et Gustavsson, précité, point 15.

concessionnaires de terminaux [52]. En vertu de l'article 18 de la loi de 1994, rien n'empêche les entreprises non italiennes de demander à pouvoir obtenir des concessions de terminaux. Par conséquent, le monopole en cause affecte potentiellement de la même manière à la fois les concessionnaires nationaux et étrangers et ne peut dès lors pas, selon nous, être considéré comme discriminatoire.

ii) La justification de la restriction indistinctement applicable

43. La Cour a constamment jugé que des restrictions non discriminatoires à la libre prestation des services peuvent être imposées dans le cadre de politiques « justifiées par l'intérêt général » et lorsque les dispositions concernées incombent « à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire dudit État, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi » [53]. Ce principe a également été appliqué aux restrictions imposées à un prestataire de services par son propre État membre d'origine [54]. Puisque nous considérons que le monopole des compagnies transformées restreint potentiellement la liberté de fournir des services portuaires à des usagers étrangers, il est nécessaire d'examiner s'il y a une raison impérieuse d'intérêt public reconnue par le droit communautaire justifiant la restriction.

44. Nous devons dès le départ indiquer que nous ne pensons pas que la restriction imposée aux activités des concessionnaires de terminaux par le monopole conféré aux compagnies transformées peut être justifié en se référant à la politique générale sous-jacente au système des bureaux de placement publics en Italie. Nous considérons qu'une comparaison entre le monopole des compagnies portuaires précédentes et celui des compagnies transformées démontre qu'il serait inapproprié de comparer les dispositions en matière de mise à disposition de travailleurs applicables au secteur portuaire en Italie et le régime général d'embauche établi en vertu des lois de 1949 et de 1960. Ainsi que l'a souligné l'avocat général M. Elmer dans ses conclusions dans l'affaire Job Centre II, ce régime, contrairement au monopole des compagnies transformées, est basé sur un système de placement obligatoire géré par des bureaux de placement publics [55]. En outre, bien que la Cour ne dispose pas de beaucoup d'informations concernant la nature des compagnies transformées, il est clair, sans même tenir compte de la possibilité que les règles prioritaires (décrites plus haut) relatives au réengagement des travailleurs portuaires employés antérieurement par les compagnies portuaires ont largement pour effet de perpétuer la violation de l'article 48 du traité identifiée par la Cour

52 — Cette question doit être distinguée de l'éventuelle violation de l'article 48 du traité, à laquelle nous nous sommes référés au point 34 ci-dessus, et de la possibilité encore plus hypothétique que l'octroi du monopole aux compagnies transformées concernant la fourniture de main-d'œuvre portuaire temporaire restreint la liberté potentielle d'établissement en Italie d'entreprises d'autres États membres spécialisés dans la fourniture de ce genre de main-d'œuvre.

53 — Voir, notamment, l'arrêt Webb, précité, point 17.

54 — Voir, par exemple, l'arrêt Alpine Investments, précité, et nos développements au point 31 ci-dessus.

55 — Point 11 des conclusions; voir également la note 19 ci-dessus.

dans son arrêt Port de Gênes [56], que les objectifs combinés de nature commerciale et coopérative de ces compagnies les distinguent sensiblement des bureaux de placement publics. La République italienne a, cependant, soutenu qu'il y a un objectif plus général de protection des travailleurs justifiant la loi de 1994. Bien qu'un tel objectif puisse être reconnu par le droit communautaire, nous ne pensons pas qu'il soit applicable en l'espèce.

45. La République italienne soutient que, dans l'arrêt Webb, la Cour a reconnu la nature « sensible » des activités de mise à disposition de main-d'œuvre [57]. Par conséquent, la Cour a considéré comme un choix politique légitime des États membres la soumission de « la mise à disposition de main-d'œuvre sur leur territoire à un régime d'autorisation afin de pouvoir en refuser l'octroi dès lors qu'il y a des raisons de craindre que cette activité ne porte préjudice aux bonnes relations sur le marché de l'emploi, ou que les intérêts des travailleurs dont il s'agit ne soient pas suffisamment garantis » [58]. Plus récemment, dans l'arrêt Guiot, la Cour a également admis que « la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction » peut relever de l'intérêt général « à cause de conditions spécifiques à ce secteur » [59]. Selon le droit communautaire, la protection des droits des travailleurs peut donc constituer une exigence politique impérieuse. Toutefois, dans le présent cas d'espèce, à part une indication d'ordre général que les compagnies transformées sont de nature coopérative, la Cour ne dispose d'aucune information lui permettant de déterminer comment et dans quelle mesure le monopole de ces compagnies sert à promouvoir la protection des travailleurs portuaires.

46. La Cour a constamment jugé que les effets restrictifs pour les prestataires de services de mesures nationales indistinctement applicables « [doivent] être propre[s] à garantir la réalisation de l'objectif qu'[ils] visent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'ils soient atteints » [60]. Donc, même si le monopole des compagnies transformées était susceptible, de manière générale, d'accroître la protection des travailleurs portuaires, les éléments d'information en possession de la Cour ne permettent pas de conclure que le monopole est indispensable pour atteindre une telle protection plus élevée ou, comme l'ont avancé les parties défenderesses, que le même niveau de protection ne pouvait être mis en place avec des moyens moins restrictifs [61]. Dans ces circonstances, il appartient à la juridiction nationale d'analyser les moyens de preuve soumis par les parties en ce qui concerne la justification de la restriction.

56 — A cet égard, il est uniquement nécessaire de rappeler que tous les travailleurs portuaires employés par les anciennes compagnies portuaires étaient de nationalité italienne et que c'est cette catégorie de travailleurs portuaires qui bénéficie de droits d'embauche prioritaires en vertu des nouvelles dispositions; voir le point 34 ci-dessus.

57 — Précité, point 18.

58 — Ibidem, point 19.

59 — Arrêt du 28 mars 1996 (C-272/94, Rec. p. I-1905).

60 — Voir, par exemple, l'arrêt du 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007, point 15).

61 — Il est peut-être utile pour la juridiction nationale de noter qu'il n'a pas été affirmé lors de la procédure devant la Cour que les travailleurs portuaires précédemment employés par les compagnies portuaires et par la suite réengagés par les concessionnaires de terminaux ou les entreprises autorisées à opérer dans les ports ont eu à souffrir d'une diminution subséquente quelconque de leurs droits.

47. En résumé, sauf s'il peut être établi que le monopole est indispensable pour la protection des travailleurs portuaires dans les ports italiens, nous estimons que son application aux activités des concessionnaires de terminaux, tels que LSCT, constituerait une restriction non admise à la libre prestation des services portuaires à l'intérieur de la Communauté en violation de l'article 59 du traité.

VI — La deuxième et la troisième question

A — *Introduction*

48. Si la Cour ne devait pas répondre à la première question dans le sens que nous proposons, il sera nécessaire qu'elle examine les problèmes soulevés par la deuxième et la troisième question, qui concernent, respectivement, une combinaison des articles 86 et 90, paragraphe 1, du traité, d'une part, et des articles 59, 86 et 90 du traité, d'autre part.

49. Dans son mémorandum, la juridiction nationale porte son attention à la fois sur l'interdiction générale des activités d'intermédiaire de main-d'œuvre fondée sur la loi de 1960 et sur la dérogation au profit des compagnies transformées inscrite dans la loi de 1994. Se référant au fait non contesté que les entreprises autorisées à opérer dans les ports représentées par les parties codéfenderesses de M. Raso fournissaient un certain nombre de services à LSCT, elle souhaite essentiellement savoir si le droit communautaire s'opposerait à ce que la loi nationale soit interprétée de manière à effectivement interdire une coopération entre un concessionnaire de terminal et des entreprises autorisées à opérer dans les ports. La deuxième question est donc centrée sur le point de savoir s'il y a un éventuel abus par les concessionnaires de terminaux du monopole qui leur a été octroyé sur la base de la loi de 1994 concernant l'utilisation de certains moyens dans les ports, pouvant découler d'une application large à leur égard des articles 1er et 2 de la loi de 1960, qui aurait pour effet de les empêcher d'obtenir de la main-d'œuvre à titre temporaire d'autres entreprises portuaires que les compagnies transformées. En revanche, la troisième question porte plus concrètement sur la possibilité de la survenance d'un abus inévitable, résultant de l'attribution par la loi de 1994 du monopole aux compagnies transformées, qui exercent également des activités portuaires et peuvent même être des concessionnaires de terminaux dans certains ports italiens — comme c'est le cas à La Spezia. Puisque l'objectif de la plainte, qui a abouti aux poursuites en cause dans la procédure au principal, vise, selon nous, vraisemblablement, à protéger le monopole de la compagnie transformée au port de La Spezia, nous partageons l'avis exprimé par les parties défenderesses à l'audience que la réponse à la troisième question revêt une importance primordiale quant à la procédure précitée.

50. Il faut, cependant, rappeler que les poursuites entamées à l'égard des parties défenderesses ne concernent pas — à tout le moins pas directement — une prétendue violation du monopole des compagnies transformées,

mais plutôt une éventuelle infraction à la loi de 1960. Par conséquent, nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec la Commission lorsque celle-ci affirme que la deuxième question est purement hypothétique et ne nécessite pas que l'on s'y attarde. Si la Cour devait considérer qu'un monopole tel que celui des compagnies transformées était incompatible avec le droit communautaire, cette conclusion n'empêcherait pas, en soi, une application aux concessionnaires de terminaux et aux entreprises autorisées à opérer dans les ports de la législation nationale qualifiant d'incompatible avec les articles 1er et 2 de la loi de 1960 le type de coopération entre eux visé dans la procédure au principal. Toutefois, une conclusion selon laquelle le droit exclusif des compagnies transformées de déroger à la loi de 1960 est incompatible avec le droit communautaire ne pourrait qu'avoir des implications significatives quant à la compatibilité avec le droit communautaire de la restriction du droit des concessionnaires de terminaux de recourir à d'autres entreprises autorisées à opérer dans les ports pour la fourniture de services portuaires à forte intensité de main-d'œuvre. Nous examinerons donc ci-après en détail uniquement la troisième question et aborderons ensuite brièvement la deuxième question.

B — *La troisième question*

51. La conséquence de facto de la transformation obligatoire des compagnies portuaires conformément à la loi de 1994 est que les compagnies transformées bénéficient d'un monopole à l'égard de la fourniture de main-d'œuvre temporaire [62]. En outre, si l'interprétation de la loi de 1960 avancée par le ministère public dans la procédure au principal est retenue, ce monopole s'étendra aussi à la fourniture de tous les services à haute intensité de main-d'œuvre dans ces ports. Par conséquent, nous considérons que la Commission a raison de reformuler la troisième question, de sorte à pouvoir se focaliser sur la position des compagnies transformées. Fondamentalement, la juridiction nationale souhaite savoir si, en créant un tel monopole en faveur des compagnies transformées, l'État membre en cause peut être tenu responsable d'une violation de l'article 86 du traité. A cet égard, le renvoi complémentaire de la juridiction nationale à l'article 59 dans la troisième question apparaîtrait comme superflu. Si l'article 59 ne s'applique pas de façon autonome, comme nous l'avons estimé, nous ne pensons pas qu'il ait plus de force en le combinant avec les articles 86 et 90 [63].

i) L'application, en principe, de l'article 86

52. L'article 86 du traité s'applique uniquement aux entreprises qui jouissent d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Il

62 — Il ne semble pas que les bureaux de placement publics établis en vertu de la loi de 1949 opèrent dans le secteur portuaire.

63 — Il n'a pas été soutenu, dans les observations soumises à la Cour, que la mise à disposition de travailleurs portuaires à titre temporaire constitue un « service d'intérêt économique général » au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité. Cette disposition ne trouve, en tout état de cause, pas à s'appliquer, au vu de l'arrêt Port de Gênes (voir le point 27) et davantage encore eu égard aux conclusions de l'avocat général M. Van Gerven (voir le point 27 de ses conclusions dans cette affaire).

n'existe aucun doute que la notion d'« entreprises » inclut les entreprises qui, comme les compagnies transformées, sont à la fois de nature coopérative et commerciale [64].

53. Il est nécessaire, premièrement, de déterminer si l'effet de la loi de 1994 est tel qu'il confère une position dominante dans une partie substantielle du marché commun aux compagnies transformées. Il semblerait qu'il n'y ait aucune relation ni lien particulier entre les compagnies transformées opérant dans les différents ports italiens. Il faut donc analyser si la compagnie transformée qui exerce ses activités au port de La Spezia jouit d'une position dominante aux fins de l'article 86.

54. Le marché du produit en cause doit d'abord être identifié en conformité avec les critères fixés par la jurisprudence de la Cour [65]. Il est essentiel pour le marché du produit en cause d'établir s'il existe des produits ou services concurrents ou de substitution [66]. En l'espèce, seules les compagnies transformées peuvent fournir de la main-d'œuvre temporaire dans les ports italiens, puisque la loi italienne ne permet pas aux employeurs de travailleurs à temps plein dans les ports de concurrencer ces compagnies. En d'autres termes, les autres fournisseurs potentiels de travailleurs portuaires ne peuvent pas légalement substituer leurs services à ceux des compagnies transformées. Donc, l'étendue du marché en cause est définie par la loi. Cependant, pour que l'article 86 du traité soit applicable, la position dominante sur un marché particulier n'est pas, en soi, un élément suffisant. Dès lors, dans l'arrêt Höfner et Elser, la Cour a jugé 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 » [67]. Il s'ensuit que, pour que l'article 86 s'applique effectivement, la juridiction nationale doit se satisfaire de la circonstance que le monopole accordé à la compagnie transformée au port de La Spezia constitue une partie substantielle du marché commun.

55. A cet égard, la juridiction nationale a déjà indiqué que La Spezia est le premier port de Méditerranée pour le trafic de conteneurs. Bien que l'agent du gouvernement italien ait précisé à l'audience que la position du port de Gênes était ainsi en réalité sous-estimée, il n'a pas été soutenu que le point de vue de la juridiction nationale sur l'importance du port de La Spezia était fondamentalement erroné. Par conséquent, sous réserve de la compétence appartenant à la juridiction nationale de déterminer en fin de compte si le marché en cause constitue une partie substantielle du marché commun, l'importance au regard des échanges intra-communautaires du port de La Spezia en tant que terminal pour conteneurs est, selon nous, en principe, suffisante pour rendre substantielle, aux fins

64 — Dans l'arrêt Höfner et Elser, précité, point 31, par exemple, la Cour a déclaré que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». Elle a aussi indiqué expressément que « l'activité de placement est une activité économique ».

65 — Voir, par exemple, les arrêts du 14 février 1978, United Brands/Commission (27/76, Rec. p. 207, en particulier point 11), et du 9 novembre 1983, Michelin/Commission (322/81, Rec. p. 3461, points 23 à 28).

66 — Voir, par exemple, les arrêts United Brands/Commission et Michelin/Commission, précités, respectivement les points 22 et 37, et l'arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission (C-333/94 P, Rec. p. I-5951, point 19).

67 — Point 28 (c'est nous qui mettons en italique).

de l'article 86 du traité, la position occupée par la compagnie transformée concernant la fourniture de main-d'œuvre temporaire dans ce port. Cette appréciation n'est pas, d'après nous, modifiée par le fait, non sans importance, que la loi de 1994, contrairement aux dispositions antérieurement en vigueur en vertu du code, autorise (ou, dans le cas d'un concessionnaire de terminal tel que LSCT, oblige) les clients potentiels de services de mise à disposition de main-d'œuvre temporaire offerts exclusivement par la compagnie transformée d'employer de la main-d'œuvre appropriée à leurs propres besoins. Nous considérons, dès lors, que la position d'exclusivité conférée par la loi de 1994 à une compagnie transformée, telle que celle opérant dans un port de la taille et de l'importance en termes de transport de La Spezia, est susceptible, sous réserve des conclusions sur tous les éléments pertinents par la juridiction nationale, de constituer une position dominante dans une partie substantielle du marché commun aux fins de l'application de l'article 86 du traité.

56. Nous avons déjà indiqué que la restriction à la libre prestation des services portuaires à l'intérieur de la Communauté, résultant du monopole octroyé aux compagnies transformées, était susceptible de tomber dans le champ d'application de l'article 59 du traité [68]. Compte tenu de l'importance du port de La Spezia, nous estimons aussi que tout abus par la compagnie transformée dans ce port de la position dominante dont elle jouit affecterait le commerce entre États membres aux fins de l'article 86. En toute hypothèse, il faut rappeler qu'il n'est pas nécessaire d'établir que le comportement abusif en cause a effectivement affecté ce commerce aux fins de l'application de l'article 86, mais, au contraire, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, qu'« il suffit d'établir que ce comportement est de nature à avoir un tel effet » [69].

ii) La responsabilité de l'État membre et les exigences de l'article 90, paragraphe 1

57. L'article 86 du traité concerne seulement le comportement des entreprises. Toutefois, la jurisprudence de la Cour atteste que dans certaines circonstances les États membres peuvent être tenus responsables des violations du droit communautaire de la concurrence résultant d'activités d'entreprises. A cet égard, la Cour a jugé dans l'arrêt Port de Gênes que « le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs, au sens de l'article 90, paragraphe 1, de ce traité, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 » [70]. Néanmoins, elle a également eu l'occasion de constater qu'un État membre enfreindrait ces deux dispositions si l'entreprise à laquelle a été conféré le monopole exploite sa position dominante de façon abusive par le simple exercice de ses droits exclusifs ou lorsque ces

68 — Voir les points 22 à 32 ci-dessus.

69 — Voir, entre autres, l'arrêt Höfner et Elser, point 32. En effet dans ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général M. Jacobs a exprimé l'avis (point 48) que l'article 86 pouvait même s'appliquer dans des cas portant sur des situations purement internes. Donc, en ce qui concerne l'application de l'article 86, la Cour doit considérer « le comportement incriminé dans toutes les conséquences pour la structure de la concurrence dans le marché commun »; voir l'arrêt du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission (6/73 et 7/73, Rec. p. 223, point 33).

70 — Point 16.

droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus. Il est, par conséquent, nécessaire d'examiner l'étendue de ces conditions pour déterminer si une législation telle que la loi de 1994 peut être considérée comme les remplissant.

58. Dans ses observations écrites, le Royaume-Uni soutient que l'arrêt Port de Gênes, et en particulier la déclaration au point 20 « qu'un État membre crée une situation contraire à l'article 86 du traité lorsqu'il adopte une réglementation du type de celle en cause devant la juridiction de renvoi », est difficilement applicable. Le Royaume-Uni estime que le point 19 de l'arrêt Port de Gênes n'indique pas clairement quelle réglementation nationale en cause était contraire aux articles 86, paragraphe 1, et 90, puisqu'il n'y avait pas de lien évident entre la création du monopole et les abus cités par la Cour [71]. Dès lors, le Royaume-Uni suggère que l'approche définie par la Cour quant à l'application des articles 5 et 85 du traité aux mesures adoptées par les États membres, à savoir qu'il doit y avoir un lien de causalité clair et direct entre la mesure étatique incriminée et le comportement des entreprises concernées, soit également retenue lorsqu'il convient d'examiner la possible application combinée des articles 90, paragraphe 1, et 86. En outre, le Royaume-Uni expose que la Cour devrait uniquement qualifier l'octroi d'un droit exclusif de contraire aux articles 90, paragraphe 1, et 86, lorsque l'abus est la conséquence inévitable de cet octroi. Lorsque, toutefois, l'abus est simplement la conséquence d'une incitation de la part de l'État membre concerné, le Royaume-Uni considère que c'est, tout au plus, l'acte d'incitation, et non pas la concession des droits exclusifs en cause, qui constitue la mesure étatique illicite.

59. Nous sommes d'accord qu'une distinction peut être opérée entre des situations où, d'une part, le bénéficiaire d'un droit exclusif est placé dans une position dominante dans une partie substantielle du marché commun susceptible d'affecter le commerce entre États membres, et par le simple fait d'exercer les droits qui lui ont été conférés ne peut pas éviter d'abuser de sa position ou est obligé ou incité par la mesure visée de l'État membre de commettre un tel abus, et où, d'autre part, la mesure nationale place uniquement le bénéficiaire dans une position lui permettant de perpétrer un abus, mais n'oblige ni n'encourage directement cet abus.

60. Pour cette définition de l'étendue de la responsabilité de l'État membre, nous nous sommes consciencieusement référés à la version anglaise des arrêts Höfner et Elser [72] et France/Commission [73], puisque, selon nous, certaines des difficultés avancées par le Royaume-Uni comme étant inhérentes à l'interprétation de l'arrêt Port de Gênes, peuvent résulter d'une formulation différente

71 — Le passage pertinent du point 19 de l'arrêt est repris au point 8 ci-dessus. A titre de rappel, les abus allégués comprenaient: i) exiger le paiement de services non demandés; ii) facturer des prix disproportionnés; iii) refuser de recourir à la technologie moderne, ce qui entraîne un accroissement du coût des opérations et un allongement des délais d'exécution de celles-ci; iv) octroyer des réductions de prix discriminatoires.

72 — Précité, point 29.

73 — Arrêt du 19 mars 1991 (C-202/88, Rec. p. I-1223, point 56).

en anglais d'abord de l'arrêt ERT et ensuite de l'arrêt Port de Gênes lorsqu'il y est renvoyé à l'arrêt ERT [74].

61. Le but de la distinction est d'attribuer la responsabilité. Puisque l'article 90, paragraphe 1, autorise les États membres à octroyer des « droits exclusifs », cet acte ne constitue pas, en tant que tel, un abus aux termes du traité, quelle que soit la réalité économique sous-jacente. Une distinction est donc faite entre la création du droit exclusif et « [toute] mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles ... 85 à 94 inclus ». En conséquence, lorsqu'un abus pour lequel un État membre n'est pas responsable se produit, les victimes doivent indéniablement former leur recours contre l'entreprise en position dominante sur la base de l'article 86 du traité qui a un effet direct. S'il n'y avait pas cette distinction, les États membres seraient effectivement obligés de justifier l'octroi de droits exclusifs, contrairement à la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de ces droits n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 [75]. Imposer une telle obligation aux États membres serait contraire à l'objectif de l'article 90, paragraphe 1, qui, comme l'a rappelé la Cour à de nombreuses occasions, vise à empêcher que les États membres adoptent ou maintiennent en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des dispositions communautaires en matière de concurrence [76].

62. Bien que cette distinction soit peut-être claire en théorie, son application précise en pratique n'est pas facile. Ainsi, les arrêts Höfner et Elser et Port de Gênes ont été critiqués pour ne pas avoir défini « les éléments qui permettent de distinguer une *situation qui conduit nécessairement à un abus* d'une situation qui, au contraire, n'y conduit pas » [77]. Selon nous, l'affaire Höfner et Elser est une de ces affaires, naturellement rares, où la nature du droit exclusif de placer de la main-d'œuvre de la Bundesanstalt für Arbeit (Office fédéral pour l'emploi) en Allemagne était telle que, pour toute une série de raisons pratiques, le simple octroi plaçait le bénéficiaire dans une position peu enviable ne lui permettant pas d'éviter un abus de son droit [78]. Donc, si l'on avait insisté sur l'exercice du monopole dans des circonstances où il était manifestement impossible de satisfaire la demande, au moins en ce qui concerne le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, il aurait été presque certain que l'on aurait conclu à un abus.

74 — Ainsi, dans la version anglaise de l'arrêt ERT, il est question (au point 37) d'« une situation dans laquelle [une] entreprise *est obligée* [*is led*] ... enfreindre l'article 86 », alors que, dans l'arrêt Port de Gênes (au point 17 de la version anglaise), la Cour se fonde sur le point 37 de l'arrêt ERT à l'appui de la formulation du principe en cause pour indiquer qu'il s'agit de circonstances dans lesquelles une entreprise dominante « *est amenée* » (« *is induced* ») à exploiter sa position dominante (c'est nous qui mettons en italique). Dans, par exemple, la version française de ces arrêts, la même formulation est employée aux deux points cités, à savoir « est amenée ».

75 — Voir, entre autres, l'arrêt Höfner et Elser, point 29. Voir par ailleurs, à cet égard, le point de vue exprimé par l'avocat général M. Jacobs au point 43 de ses conclusions.

76 — Voir, entre autres, l'arrêt ERT, précité, point 35.

77 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Tesauro sous l'arrêt du 19 mai 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533, points 11 et 12), qui, en outre, dans la note 11, se réfère, entre autres, aux critiques formulées par L. Gyselen dans sa note relative à l'arrêt Port de Gênes, parue dans *CML Rev*, 1992, p. 1238; voir, en particulier, p. 1238 à 1241.

78 — Comme L. Gyselen, précité, p. 1240, l'a à juste titre observé, « on peut aisément comprendre pourquoi, dans sa configuration, l'existence d'un pouvoir monopolistique et l'exploitation 'abusive' de ce pouvoir se rejoignent, et pourquoi la véritable cause de l'abus trouve son origine dans l'existence, et non dans l'exercice, du pouvoir monopolistique ».

La situation était quelque peu rendue compliquée par le fait que la Bundesanstalt avait, de sa propre initiative, déclaré qu'elle était disposée « à tolérer certaines activités des conseils en recrutement pour ce qui concerne les cadres et dirigeants d'entreprises » [79]. Néanmoins, la Cour a considéré qu'un abus inévitable avait effectivement été commis, certainement en ce qui concerne le recrutement de cadres et de dirigeants, parce que la Bundesanstalt n'était « manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités, et lorsque l'exercice effectif de ces activités par des sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants » [80].

63. Les droits monopolistiques en cause dans l'affaire Port de Gênes n'étaient pas de la même nature que ceux visés dans l'affaire Höfner et Elser. Cependant, la Cour a estimé que le lien entre les mesures italiennes concernées et les abus qu'elle avait identifiés suffisaient à rendre l'État membre responsable [81]. Nous pensons qu'il ressort, notamment des points 18 et 19 de l'arrêt Port de Gênes (voir le point 8 ci-dessus), que la Cour a estimé que le comportement abusif, bien qu'émanant ostensiblement de l'entreprise et de la compagnie portuaire, résultait directement des droits monopolistiques octroyés en vertu de la législation italienne pertinente. A cet égard, nous croyons qu'il est particulièrement utile de noter que, au point 19 de son arrêt, lorsqu'elle se réfère aux droits accordés, la Cour déclare que, « *de ce fait* », les entreprises en cause sont « amenées » à commettre les abus énumérés (c'est nous qui mettons en italique). La Cour a donc apparemment suivi l'avis exprimé par l'avocat général M. Van Gerven, selon lequel ces abus « 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 » [82]. Malheureusement, il y a une différence significative entre des abus inévitables et des abus possibles de monopoles légaux. On peut difficilement contester la responsabilité d'un État membre à l'égard des premiers abus cités mais certains considéreront que la responsabilité pour le deuxième type d'abus susmentionné est le fait de l'entreprise dominante.

64. Dans les affaires Höfner et Elser et Port de Gênes, la Cour adopte une approche qui va au-delà des dispositions légales octroyant le droit exclusif et aboutit à un jugement sur les conséquences pratiques de son exercice par le bénéficiaire. Ce type d'approche comporte des difficultés d'un point de vue

79 — Arrêt Höfner et Elser, point 9. Toutefois, l'avocat général M. Jacobs avait indiqué (au point 45 de ses conclusions) que l'on pourrait objecter valablement que la Bundesanstalt aurait pu user plus largement de ses pouvoirs, dans certaines circonstances, de charger des institutions ou personnes du placement relatif à certaines professions ou catégories de personnes.

80 — Ibidem, point 31.

81 — Les abus sont énumérés par la Cour au point 19 de l'arrêt Port de Gênes (voir le point 8 et la note 71 ci-dessus).

82 — Voir le point 22 de ses conclusions sous l'arrêt Port de Gênes (Rec. 1991, p. I-5889, en particulier p. I-5916).

juridique. La Cour dispose rarement de suffisamment d'informations factuelles lui permettant de se forger une opinion fiable au sujet de considérations complexes d'ordre économique, social et juridique, dans un État membre. Les juridictions nationales, lorsqu'elles appliquent l'article 90, paragraphe 1, du traité, et les gouvernements des États membres, lorsqu'ils envisagent l'octroi de droits exclusifs, s'attendent à pouvoir trouver dans les arrêts de la Cour des lignes directrices claires. La formulation de la disposition précitée, tout en énonçant explicitement le droit des États membres d'accorder des « droits spéciaux ou exclusifs », les enjoint de ne pas édicter ou maintenir de « *mesure* » contraire à certaines règles du traité (c'est nous qui mettons en italique). Selon nous, l'interdiction porte, par conséquent, d'abord sur la « mesure ». Naturellement, l'étendue et l'effet de la « mesure » ne peuvent pas être analysés de façon abstraite. Néanmoins, il nous semble que la Cour devrait, lorsqu'elle applique l'article 90, paragraphe 1, chercher à identifier une mesure aboutissant clairement à une violation des articles du traité en matière de concurrence, ou, pour utiliser les termes proposés par le Royaume-Uni, « les dispositions nationales qui sont de facto inextricablement liées au monopole légal ».

65. Nous ne croyons pas qu'un critère général puisse être fixé pour déterminer par avance l'existence d'un tel lien. Au contraire, dans chaque cas individuel, lorsqu'il s'agit de donner des indications aux juridictions nationales, il est nécessaire d'évaluer l'impact des dispositions nationales incriminées en tenant compte des situations économiques et de fait où elles opèrent.

66. Selon nous, l'arrêt Centre d'insémination de la Crespelle [83] (ci-après l'« arrêt La Crespelle ») vient à l'appui de l'approche que nous venons de développer. L'arrêt La Crespelle avait trait à la compatibilité avec les articles 5, 86 et 90, paragraphe 1, du traité du système français de centres d'insémination artificielle, chaque centre jouissant d'un monopole concernant l'insémination des animaux dans la zone géographique qui leur était attribuée. L'abus allégué consistait essentiellement dans le fait que les centres d'insémination portaient en compte des prix exorbitants aux éleveurs, notamment, lorsque ceux-ci demandaient à ces centres de leur fournir des semences provenant de centres de production différents. La Cour a indiqué qu'il convenait d'examiner si une telle pratique constitutive de l'abus allégué était « *la conséquence directe* de la loi » [84]. Constatant que la loi française permettait aux centres d'insémination d'exiger des éleveurs « le paiement des frais supplémentaires résultant [du choix de semences provenant d'autres centres] », la Cour a cependant estimé que « le soin d'établir ces frais » n'était pas une disposition qui « amène[rait] [les centres] à exiger des frais disproportionnés et à ainsi

83 — Arrêt du 5 octobre 1994 (C-323/93, Rec. p. I-5077).

84 — Ibidem, point 20 (c'est nous qui mettons en italique). En Irlande, un monopole régional d'insémination artificielle similaire a été attaqué dans l'affaire O'Neill/The Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General (1995) ICLR 494 (High Court). Le demandeur s'était vu refuser une autorisation de fournir un service d'insémination artificielle complet parce que la politique du ministre consistait à n'octroyer qu'une seule autoriation pour chacune des neuf divisions administratives de l'État. M. O'Neill a tenté d'obtenir une décision visant à entendre déclarer que le système de monopole régional était contraire, entre autres, aux articles 85, 86 et 90 du traité. Le juge Budd n'a pas fait droit à cette demande, eu égard à la circonstance que, après analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour, notamment les arrêts Höfner et Elser et La Crespelle, il n'a pas été convaincu que les détenteurs exclusifs des autorisations avaient commis un abus de leur position dominante pouvant être considéré comme une conséquence directe des autorisations qui leur avaient été octroyées ou que, par le simple fait de l'exercice de leurs droits exclusifs, ils n'étaient pas en mesure d'éviter un tel abus; voir (1995) ICLR 494, p. 548 à 556. Cette décision a été annulée le 14 mai 1997 par la Supreme Court pour un motif d'ordre juridique purement interne.

abuser de leur position dominante » [85]. Nous sommes, dès lors, d'avis qu'il ne suffit pas, pour qu'il y ait violation de l'article 90, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 86 du traité, que le bénéficiaire d'un droit exclusif fondé sur la loi nationale soit placé, en vertu de la position dominante qui en résulte, dans une position de commettre des abus, sauf si le système de monopole, en soi, impose ou encourage fortement l'abus en étant directement lié et largement responsable de celui-ci.

iii) Le comportement abusif allégué en l'espèce

67. Il est approprié, en premier lieu, de noter que, en ce qui concerne la troisième question, la juridiction nationale n'a pas identifié d'abus spécifique imputable à la compagnie transformée du port de La Spezia [86]. En revanche, différentes allégations ont été avancées dans les observations présentées. Ainsi, la République française affirme qu'il y a de facto un abus analogue à celui identifié par la Cour dans son arrêt Port de Gênes, alors que les parties défenderesses et la Commission font allusion à différents autres abus éventuels. Compte tenu du partage de compétence qui existe entre la Cour et les juridictions nationales au titre des renvois préjudiciels de l'article 177, il appartient, naturellement, à la juridiction nationale de déterminer si l'un quelconque de ces abus a effectivement été perpétré.

68. Sur la base des informations disponibles à la Cour, nous ne pensons pas que le monopole accordé à la compagnie transformée du port de La Spezia est tel que son simple exercice ou sa mise en œuvre par le biais des poursuites pénales en cause dans la procédure au principal puisse, en soi, être considéré comme constituant un abus au sens de l'article 86 du traité dont la République italienne est responsable. La réorganisation des ports italiens, qui a suivi l'arrêt Port de Gênes, a autorisé les concessionnaires de terminaux et les entreprises autorisées à opérer dans les ports à engager leur propre main-d'œuvre. Ce n'est que la fourniture de main-d'œuvre temporaire ou occasionnelle qui est réservée aux compagnies transformées. Il nous semble, malgré les arguments économiques persuasifs avancés par les parties défenderesses dans leurs observations écrites concernant la prétendue plus grande efficacité qui résulterait dans les ports italiens d'un système permettant aux concessionnaires de terminaux de choisir leurs propres sous-traitants par rapport au système exclusif actuel de fourniture de main-d'œuvre temporaire, que le simple octroi par un État membre d'un droit exclusif de fournir une telle main-d'œuvre ne peut pas, en tant que tel, être qualifié d'incompatible avec le droit communautaire.

85 — Arrêt La Crespelle, points 20 et 21. L'avocat général M. Gulmann dans ses conclusions dans l'affaire La Crespelle, bien qu'estimant que si des paiements étaient demandés pour des dépenses fictives il pouvait y avoir un abus au sens de l'article 86, n'a pas considéré que ce risque d'abus était d'une nature telle à rendre le droit de demander des paiements pour des frais supplémentaires, en soi, contraire aux obligations du traité incombant aux États membres (voir le point 36). Au contraire, il a indiqué que « les règles françaises ne [constituaient] pas une instigation, dans le chef des centres, à agir de la sorte » (voir le point 43). Par conséquent, si des coûts injustifiés étaient facturés, le centre concerné était seulement potentiellement responsable aux termes de l'article 86.

86 — Dans l'ordonnance de renvoi de l'affaire Port de Gênes, la juridiction nationale a décrit certaines circonstances qui pouvaient être constitutives d'un comportement abusif de la part particulièrement de Compagnia: voir le point 19 de l'arrêt et le point 18 des conclusions de l'avocat général M. Van Gerven. Dans le présent cas d'espèce, par contre, ce n'est que dans le cadre de la deuxième question que la juridiction nationale se réfère (voir le point 49 ci-dessus) à un éventuel abus par LSCT de sa position en tant que concessionnaire de terminal au port de La Spezia.

Par conséquent, sauf une exception, s'il devait y avoir un abus imputable à l'État dans le présent cas d'espèce, il devrait consister dans la mise en œuvre effective du système modifié instauré par la loi de 1994.

69. Les catégories d'abus éventuels visées peuvent, par commodité, en gros être décrites comme ayant trait à la suffisance et l'adaptation des services fournis par la compagnie transformée et au coût de ces services. Nous aborderons séparément la question du caractère approprié de l'autorisation faite aux compagnies transformées de concurrencer également les concessionnaires de terminaux et les entreprises autorisées à opérer dans les ports pour la fourniture des services portuaires. Bien que ce soit ce dernier aspect du système institué par la loi de 1994 qui, plus que tout autre aspect, distingue la présente affaire de l'affaire Port de Gênes, nous analyserons d'abord les deux premières catégories étendues d'abus éventuels susmentionnées, qui rappellent les circonstances de l'arrêt précité.

70. S'agissant des deux premières catégories, les parties défenderesses soutiennent que le fait que la coopération incriminée dans les poursuites fondant la procédure au principal se soit effectivement instaurée, démontre que plusieurs entreprises autorisées à opérer dans le port de La Spezia sont en mesure de fournir à la fois des services moins chers et de meilleure qualité à LSCT que la compagnie transformée. Il est également avancé que la compagnie transformée n'est pas capable de satisfaire la demande. Ces allégations n'ont pas été, à tout le moins directement, contredites par la République italienne. Bien qu'il appartienne en fin de compte à la juridiction nationale de déterminer si elles sont fondées, les observations suivantes peuvent s'avérer utiles.

71. La Cour ne sait pas si les dispositions des articles 112 du code et 203 du règlement (voir le point 4 ci-dessus), en vertu desquels les autorités portuaires établissent effectivement les tarifs, ont été maintenues par la loi de 1994. Elle n'est pas non plus au courant s'il existe actuellement des dispositions ou règles, obligeant la compagnie transformée à utiliser de l'équipement moderne, que Compagnia, à tout le moins, répugnait apparemment à utiliser au port de Gênes. A cet égard, il faut rappeler que les compagnies transformées sont tenues de réengager, autant que possible, les travailleurs portuaires employés précédemment par les compagnies portuaires et que les pratiques de travail antérieures peuvent donc se perpétuer. Quant à la capacité de la compagnie transformée au port de La Spezia de satisfaire la demande, la Cour ne dispose virtuellement d'aucune information, sauf quelques allusions faites à l'audience par l'agent du gouvernement italien relativement à des licenciements récents dans des compagnies de ce type [87]. S'il devait être conclu que la fourniture de main-d'œuvre est inadéquate, l'étendue de cette inadéquation devrait, selon nous, être au moins égale à celle constatée dans l'arrêt Höfner et Elser pour que la responsabilisé de l'État soit mise en cause. Des

87 — La compagnie transformée emploie peut-être encore suffisamment de travailleurs, que ce soit à temps plein ou à titre temporaire, pour être en mesure de répondre rapidement à la demande de main-d'œuvre émanant des concessionnaires de terminaux et entreprises autorisées à opérer dans les ports, à chaque fois qu'elles sont formulées et sur une base non discriminatoire. La Cour ne dispose, toutefois, d'aucune information sur le régime d'embauche à titre temporaire mentionné à l'article 23 de la loi de 1994; voir la note 25 et le point 38 ci-dessus.

considérations similaires s'appliqueraient à toute suggestion selon laquelle il y aurait un manque de personnel expérimenté adapté ou d'équipements appropriés. En résumé, la juridiction nationale devrait s'assurer qu'il y a un lien de causalité direct entre les abus au sens de l'article 86 du traité, dont elle doit elle-même établir l'existence, et les droits conférés à la compagnie transformée conformément à la loi de 1994.

72. En tout état de cause, nous sommes convaincus que l'aspect le plus troublant, du point de vue de l'application combinée des articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité, d'un système de règles, tel que celui établi par la loi de 1994, réside dans le double rôle attribué aux compagnies transformées. Il nous semble inévitable qu'une compagnie, qui bénéficie non seulement du droit exclusif de fournir de la main-d'œuvre temporaire, mais qui peut simultanément, sans même avoir apparemment l'obligation de satisfaire aux exigences normales des articles 16 et 18 de la loi de 1994, concurrencer les concessionnaires de terminaux et les entreprises autorisées à opérer dans les ports sur le marché de la fourniture des services portuaires, sera contrainte ou se sentira fortement incitée à abuser de sa position dominante. La position dont jouit la compagnie transformée est d'autant plus privilégiée, lorsque l'on sait que ses pouvoirs monopolistiques sont renforcés dans les seules circonstances où ces services sont requis par le concessionnaire du terminal. Ce dernier dispose de sa propre main-d'œuvre et est normalement en mesure, sauf en cas de forte demande, de satisfaire les usagers du port sans avoir recours à la compagnie transformée. Lorsque la demande au port est particulièrement élevée, le fait de pouvoir faire appel à de la main-d'œuvre temporaire revêt une importance essentielle, si le concessionnaire du terminal veut fournir des services à tous ses clients, puisqu'il ne lui est pas permis de se rabattre sur la main-d'œuvre non engagée parmi les entreprises autorisées à opérer dans le port. En même temps, le détenteur du monopole de fourniture de main-d'œuvre temporaire peut librement fournir directement des services et en concurrence avec le concessionnaire du terminal. Le vice du système est qu'une partie du marché est contrôlée, alors que l'autre est libre. Donc, si l'on examine la question uniquement sous l'angle des principes, la compagnie transformée peut établir un prix pour l'usager du port qui est égal ou inférieur à celui fixé à l'égard du concessionnaire du terminal [88]. Ce dernier sera contraint de facturer les services au prix coûtant, voire à un prix inférieur, pour être concurrentiel. Si la compagnie transformée était également libre de négocier un prix plus élevé pour l'usager final que celui porté en compte au concessionnaire du terminal, elle pourrait refuser les services (nous présumons qu'elle est libre de le faire) et néanmoins décrocher le contrat aux dépens du concessionnaire du terminal, qui ne pourrait s'adresser ailleurs pour de la main-d'œuvre temporaire.

73. A notre avis, la position privilégiée conférée à la compagnie transformée par la loi de 1994 est semblable à celle accordée à l'entreprise grecque de radio et de télévision en situation de monopole dans l'affaire ERT. Dans cette affaire, la Cour a jugé que « l'article 90, paragraphe 1, du traité

88 — Il faut, toutefois, noter que la Cour ne dispose d'aucune information sur les prix effectivement facturés, ou sur la méthode de calcul de ceux-ci, par la compagnie transformée au port de La Spezia. Ainsi, par exemple, la Cour ne sait pas (comme indiqué au point 72 ci-dessus) si les articles 112 du code et 203 du règlement s'appliquent encore ou s'ils s'appliquent sous une forme amendée: voir le point 4 et la note 8 ci-dessus.

s'oppose à l'octroi, par un État membre, d'un droit exclusif de retransmission d'émissions de télévision à une entreprise ayant un droit exclusif de diffusion d'émissions, lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86 du traité par une politique d'émission discriminatoire en faveur de ses propres programmes » [89].

74. Sur la base des informations dont dispose la Cour, nous considérons qu'une loi nationale telle que la loi de 1994, qui octroie à une entreprise le droit exclusif de fournir de la main-d'œuvre temporaire, selon des conditions pouvant être librement déterminées par cette entreprise, à d'autres entreprises autorisées à fournir des services portuaires aux usagers du port dans un port de la taille et de l'importance en termes commerciaux de La Spezia, est susceptible d'obliger ou de fortement inciter directement l'entreprise bénéficiaire à violer l'article 86 du traité. Une telle contrainte ou incitation se produit lorsque l'entreprise bénéficiaire peut également, par dérogation, en fait ou en droit, aux dispositions nationales ordinaires régissant l'octroi des autorisations relatives à la fourniture des services portuaires aux usagers des ports, fournir elle-même ces services, en concurrence avec d'autres entreprises, dûment autorisées en vertu des dispositions nationales précitées, mais qui doivent pour la fourniture de main-d'œuvre temporaire extérieure s'adresser à l'entreprise bénéficiaire.

C — *La deuxième question*

75. Pour les raisons énoncées notamment aux points 67 à 74 ci-dessus, nous estimons qu'un système de fourniture de main-d'œuvre temporaire à titre exclusif, tel que celui établi par la loi de 1994 dans les ports italiens, est incompatible avec l'article 90, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 86 du traité. Si ce point de vue devait être suivi par la Cour, cela ne remettrait pas, selon nous, en tant que tel, en cause la compatibilité du principe d'octroi de dérogations relatives à une interdiction nationale générale inscrite dans une loi telle que celle concernant le placement de main-d'œuvre privé conformément à la loi de 1960 en Italie. Cela empêcherait, au contraire, d'après nous, les autorités italiennes ou les compagnies transformées elles-mêmes d'invoquer, dans les circonstances de la présente espèce, l'exclusivité de la dérogation accordée par la loi de 1994, particulièrement à l'encontre d'un concessionnaire de terminal, désireux de fournir des services portuaires aux mêmes conditions compétitives que la compagnie transformée elle-même, sous réserve, naturellement, du droit des autorités italiennes compétentes de vérifier que toutes les entreprises bénéficiant de la dérogation respectent les dispositions pertinentes de la législation italienne en matière de protection des travailleurs. Par conséquent, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire dans le cadre du présent renvoi, aux fins de fournir une réponse utile à la juridiction nationale, d'aborder les points soulevés par la deuxième question.

89 — Arrêt précité, point 37. De même, la Cour, au point 51 de son arrêt France/Commission, précité à la note 73, a déclaré que confier à un opérateur économique la tâche d'agréer des appareils devant être utilisés par lui-même et par ses concurrents « rev(enait) » à lui octroyer « un avantage évident sur ses concurrents ».

VII — Conclusion

76. A la lumière de ce qui précède, nous proposons qu'il soit répondu de la manière suivante aux questions déférées par la Pretura circondariale di La Spezia:

1) En ce qui concerne la première question, nous suggérons la réponse suivante:

« L'article 59 du traité CE fait obstacle à une disposition législative qui interdit à une entreprise titulaire d'une concession de terminal portuaire de recourir, afin de fournir des services portuaires aux usagers du port établis dans d'autres États membres, aux prestations d'autres entreprises autorisées à exercer des activités dans les ports à l'exception des entités transformées du type de la compagnie portuaire impliquée dans l'affaire Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90), sauf si le caractère indispensable et approprié, aux fins de garantir la protection des travailleurs portuaires dans les ports italiens, de l'octroi d'un tel droit exclusif aux compagnies transformées en cause peut être établi;

En toute hypothèse, les dispositions nationales, qui, d'une part, réservent la fourniture de main-d'œuvre portuaire temporaire à de telles compagnies transformées, qui étaient toutes établies comme compagnies portuaires dans l'État membre concerné et n'employaient que des travailleurs portuaires ayant la nationalité de cet État et, d'autre part, obligent actuellement ces compagnies à réengager lesdits travailleurs portuaires sur une base préférentielle, opèrent une discrimination en raison de la nationalité à l'égard des travailleurs portuaires non italiens qui souhaitent chercher un emploi dans les ports italiens, et, par voie de conséquence, sont incompatibles avec l'article 48 du traité CE, sauf si elles peuvent être justifiées par un des motifs non économiques énoncés à l'article 48, paragraphe 3. »

2) Si la Cour ne devait pas apporter la réponse suggérée à la première question ci-dessus, nous ne proposons pas qu'elle fournisse une réponse spécifique à la

deuxième question, mais nous l'invitons, plutôt, à répondre à la troisième question de la manière suivante:

« L'article 90, paragraphe 1, du traité CE, lu en combinaison avec l'article 86 du même traité, fait obstacle à des dispositions nationales qui accordent à une entreprise, autorisée à exécuter les activités portuaires pour les usagers du port, un droit exclusif, selon des conditions qu'elle est libre de fixer, de fournir de la main-d'œuvre temporaire à d'autres entreprises autorisées à fournir des services portuaires similaires pour des usagers d'un port de la taille et de l'importance en termes d'échanges intracommunautaires du port de La Spezia en Italie. »