

**Conclusions de l'avocat général**

**M. MAURICE LAGRANGE**

**25 juin 1964**



*Monsieur le Président, Messieurs les Juges,*

La question préjudicielle dont vous êtes saisis par application de l'article 177 du traité C.E.E. n'émane pas, pour une fois, d'une juridiction néerlandaise, mais d'un juge italien, et il ne s'agit plus de sécurité sociale ni du règlement n° 3, mais bien d'un certain nombre de dispositions du traité lui-même, dont l'interprétation vous est demandée dans des conditions telles qu'elle est susceptible de mettre en cause les rapports constitutionnels entre la Communauté économique européenne et les États membres de cette Communauté. C'est assez dire l'importance de l'arrêt que vous êtes appelés à rendre dans cette affaire.

Vous connaissez les faits : M. Costa, avocat à Milan, prétend ne pas être redevable du montant d'une facture, s'élevant à 1.925 livres, qui lui a été réclamée pour fourniture d'électricité par l' « Ente nazionale per l'energia elettrica », ou E.N.E.L. Il a porté sa contestation devant le juge de paix, compétent en premier et dernier ressort à raison du chiffre de la demande, en faisant valoir que la loi du 6 décembre 1962, portant nationalisation de l'industrie électrique en Italie, était contraire à un certain nombre de dispositions du traité de Rome et inconstitutionnelle. A cet effet, il a demandé — et obtenu — le renvoi de l'affaire, à titre préjudiciel, d'une part, devant la Cour constitutionnelle de la République italienne et, d'autre part, devant notre Cour par application de l'article 177 du traité.

### **I — Questions préalables**

Deux questions préalables relatives à la validité de la saisine de notre Cour doivent être résolues.

A. *La première* consiste à savoir si le juge de Milan vous a réellement saisis de questions relatives à l'interprétation du traité.

En effet, le jugement, dans son dispositif, se borne à viser « l'allégation d'après laquelle la loi du 6 décembre 1962 et les décrets présidentiels pris en application de cette loi... *violent* les articles 102, 93, 53 et 37 du traité », et, en conséquence, à surseoir à statuer et à ordonner « la transmission d'une copie conforme du dossier à la Cour de justice de la Communauté économique européenne à Luxembourg ».

Cependant, dans ses motifs, le jugement indique, d'une manière sommaire mais précise, en quoi la loi de nationalisation pourrait constituer une violation de chacun des articles considérés du traité C.E.E. et, par suite, être incompatible avec le traité. Nous pensons, dans ces conditions, que la Cour peut et doit faire l'effort nécessaire pour dégager des quatre difficultés ainsi exposées ce qui a trait à l'interprétation des textes visés. Vous avez déjà consenti de tels efforts dans d'autres litiges en vue de permettre au juge national de statuer dans les limites de sa compétence, tout en demeurant dans la sphère de la vôtre, ce qui est, après tout, assez normal étant donné que l'interprétation abstraite des textes du traité ou des règlements communautaires est toujours donnée par rapport au cas concret faisant l'objet du litige. Il convient seulement — et c'est là un danger que l'on commence à apercevoir à mesure que les affaires de l'article 177 se multiplient — d'éviter que la Cour, sous couleur d'interprétation, se substitue plus ou moins au juge national, lequel, ne l'oublions pas, reste compétent pour appliquer le traité et les règlements communautaires, incorporés dans la législation interne par l'effet de la ratification : la délimitation de la frontière entre l'application et l'interprétation est certainement un des problèmes les plus délicats que pose le maniement de l'article 177 et il l'est d'autant plus que cette frontière est celle de la compétence respective de la juridiction communautaire et des juridictions nationales, qu'aucun juge n'a reçu la mission de régler en cas de conflit. Or, il est évident qu'un conflit entre la Cour de justice et les plus hautes instances nationales pourrait être de nature à ébranler de façon sérieuse le système de contrôle juridictionnel institué par le traité qui repose sur une collaboration nécessaire, et souvent même organique, entre les deux ordres de juridiction.

B. Cela nous amène à l'examen de la *deuxième question* préalable, qui a précisément trait aux difficultés d'ordre constitutionnel auxquelles nous venons de faire allusion.

Dans ses observations, le gouvernement italien conclut à l'*irrecevabilité absolue* de la question qui vous est soumise par le juge de paix de Milan parce que, dit-il, cette question n'est pas, ainsi que le veut l'article 177, la prémisse du syllogisme juridique que ce juge doit normalement formuler pour trancher le litige pendant devant lui. Dans le litige en question, le juge ne doit appliquer qu'une loi interne de l'État italien, et pas plus qu'il n'y a lieu à application, il n'y a lieu à interprétation du traité de Rome. Le gouvernement italien s'exprime en ces termes :

« Dans notre cas, le juge n'a aucune disposition du traité de Rome à appliquer et il ne peut donc avoir sur l'interprétation du traité aucun des doutes qui sont clairement prévus à l'article 177 du traité; il ne doit appliquer que la loi interne (celle précisément sur l'E.N.E.L.) qui a réglé la matière soumise à son examen. »

D'autre part, poursuit le gouvernement italien, l'examen de l'éventuelle violation par un État membre, au moyen d'une loi interne, de ses obligations communautaires ne peut se faire que par la procédure des articles 169 et 170 du traité, procédure dans laquelle n'interviennent pas les particuliers, même indirectement :

« ... les normes de loi restent en vigueur même après l'arrêt de la Cour, jusqu'à ce que l'État, pour obtempérer à l'obligation générale prévue à l'article 5, prenne les mesures conformes à l'exécution de l'arrêt ».

Messieurs, à cette exception d'« irrecevabilité absolue », peut-être suffirait-il d'opposer votre jurisprudence d'après laquelle la Cour de justice n'a pas à se faire juge des considérations par lesquelles le juge national a estimé devoir vous saisir d'une question préjudicielle : il suffit que vous constatiez qu'il s'agit bien d'une question relevant de l'article 177, c'est-à-dire ayant trait à l'interprétation du traité ou à l'interprétation ou la validité d'un règlement communautaire, pour laquelle l'article 177 attribue compétence à la Cour.

On peut toutefois se demander si cette jurisprudence, en elle-même fort sage et fondée sur l'entier respect que la Cour entend observer à l'égard de la compétence des juges nationaux, doit être appliquée sans aucune limite ni réserve d'aucune sorte, par exemple dans des cas où la question posée serait manifestement sans aucun rapport avec le litige au principal : faudrait-il en pareil cas que la Cour se croit tenue de donner une interprétation abstraite du traité qui se présenterait dans ces conditions comme une prise de position purement doctrinale, sans aucun lien avec la solution d'un litige, alors que cette interprétation pourrait porter sur des questions de grande importance ou susceptibles de créer de graves conflits avec les juridictions nationales? Il est permis d'avoir des doutes à cet égard. C'est pourquoi, en vue de dissiper toute équivoque et dans l'espoir précisément d'éviter un conflit de la nature de ceux que nous évoquons, nous pensons devoir nous expliquer aussi clairement que possible sur les objections du gouvernement italien.

Nous devons d'abord écarter la seconde objection, celle qui est tirée de ce que la violation du traité, résultant d'une loi interne postérieure à sa mise en vigueur et qui lui est contraire, ne relèverait que de la procédure de constatation des manquements des États membres édictée aux articles 169 à 171, procédure qui n'est pas ouverte aux particuliers et qui laisse subsister la loi jusqu'à ce qu'elle ait été éventuellement abrogée à la suite d'un arrêt de la Cour constatant son incompatibilité avec le traité. En effet, le problème n'est pas là : le problème est celui de la *coexistence de deux normes juridiques contraires* (par hypothèse) *et également applicables dans l'ordre interne*, l'une émanant du traité ou des Institutions de la Communauté, l'autre des instances nationales : laquelle doit prévaloir tant qu'il n'a pas été mis fin à la contrariété? Telle est la question.

Sans vouloir faire appel à des conceptions doctrinales, trop sujettes à controverse, sur la nature des Communautés européennes, ni prendre parti entre « l'Europe fédérale » et « l'Europe des patries », ou entre le « supranational » et l'« international », le juge (c'est son rôle) ne peut que considérer le traité tel qu'il est. Or — c'est là une simple constatation — le traité instituant la C. .E., comme les

deux autres traités dits européens, crée un *ordre juridique* propre, distinct de l'ordre juridique de chacun des États membres, mais qui s'y substitue partiellement selon des règles précises édictées par le traité lui-même et qui consistent dans des *transferts de compétence* consentis à des institutions communes.

Pour nous en tenir à la question des normes, il est universellement admis que le traité C.E.E., bien que dans une bien moindre mesure que le traité C.E.C.A., contient un certain nombre de dispositions qui, tant par leur nature que par leur objet, sont directement applicables dans l'ordre juridique interne, où elles ont été « reçues » par l'effet de la ratification (phénomène qui n'est d'ailleurs pas propre aux traités européens). C'est ainsi que vous avez été vous-mêmes amenés à reconnaître ce caractère « self-executing », selon l'expression consacrée, à l'article 12 et à l'article 31 en précisant qu'il s'agissait là de dispositions *produisant des effets immédiats et engendrant des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder*. Quant aux dispositions qui n'ont pas un tel effet direct, elles pénètrent dans l'ordre juridique interne de deux manières différentes, selon que les organes exécutifs de la Communauté (Conseil ou Commission ou, le plus souvent, les deux organiquement associés avec l'intervention du Parlement européen), ont ou non reçu le pouvoir d'édicter un règlement. Lorsque tel n'est pas le cas, il s'agit d'une obligation de l'État membre que celui-ci accomplit soit spontanément, soit en exécution de recommandations ou de directives émanant des exécutifs, et le traité ne pénètre dans l'ordre juridique interne que par les mesures d'ordre interne prises par les organes compétents de l'État considéré. Lorsqu'au contraire les exécutifs communautaires ont le pouvoir d'édicter un règlement, et qu'ils usent de ce pouvoir, l'insertion dans l'ordre interne a lieu de plein droit par la seule publication du règlement : ceci résulte de la manière la plus évidente des dispositions combinées de l'article 189, alinéa 2, et de l'article 191. Aux termes de l'article 189, alinéa 2, « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ». Aux termes de l'article 191, « les règlements sont publiés dans le *Journal officiel* de la Communauté. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication ».

Ainsi, deux catégories de dispositions sont directement applicables :

- 1<sup>o</sup> Les dispositions du traité considérées comme « self-executing »;
- 2<sup>o</sup> Celles qui ont fait l'objet de règlements d'application.

Comment imaginer, en effet, qu'une disposition du traité qui a été l'objet d'un règlement ne pénètre pas dans l'ordre interne en même temps que le règlement auquel elle sert de support juridique? Comment admettre qu'une autre disposition, qui n'a pas été assortie d'un règlement ou d'une mesure interne d'application *tout simplement parce qu'elle se suffisait à elle-même*, n'aurait pas ce même effet?

Dès lors, il est impossible d'échapper au problème résultant de la coexistence, dans chaque État membre, des deux ordres juridiques, l'ordre interne et l'ordre communautaire, qui se meuvent chacun dans sa propre sphère de compétence, ni, par suite, à la question de savoir quelle est la sanction des empiétements de compétence que l'un viendrait à commettre à l'égard de l'autre.

Pour les empiétements qui seraient le fait des institutions de la Communauté, il n'y a pas de difficulté : ils seraient sanctionnés par la Cour par le moyen de l'une des procédures prévues au traité, aussi bien au profit des États membres que des particuliers, notamment le recours en annulation (article 173) et l'exception d'illégalité (article 184).

Quant aux empiétements qui seraient le fait des autorités nationales, *ils doivent également être sanctionnés* et ils doivent l'être, eux-aussi, non seulement au profit des États, mais aussi au profit des particuliers lorsque ceux-ci tirent du traité ou des règlements communautaires des droits individuels. Or, comme l'a rappelé la Cour, ce sont les juridictions internes qui sont appelées à sauvegarder ces droits.

Dans quelles conditions ces juridictions devront-elles exercer leur contrôle et, notamment, appliquer les dispositions self-executing du traité, ainsi que les règlements communautaires légalement pris,



lorsqu'il existe une norme interne contraire? Si celle-ci est antérieure à la mise en vigueur du traité ou à la publication du règlement, les règles de l'abrogation implicite doivent suffire. Les difficultés surgissent lorsque la norme interne est postérieure au traité et contraire à une disposition self-executing de celui-ci, ou lorsqu'elle est postérieure à un règlement communautaire légalement pris et régulièrement publié; il n'y a cependant, en ce cas, de véritable difficulté que si la norme interne a le caractère d'un acte législatif, car il s'agit seulement d'un acte administratif ordinaire, ou même d'un règlement, le contentieux de l'annulation ou, au moins, l'exception d'illégalité (dans les pays qui n'admettent pas pleinement le recours direct en annulation contre les règlements) doivent suffire à paralyser l'effet de l'acte interne au profit de la règle communautaire. Dans le cas d'acte législatif, on se trouve au contraire inévitablement confronté avec un problème d'ordre constitutionnel.

Ce problème, vous le savez, est résolu d'une manière pleinement satisfaisante aux Pays-Bas, dont la constitution, récemment révisée, confère expressément aux tribunaux compétence pour soulever l'exception d'illégalité à l'égard des lois contraires aux traités internationaux, lorsque du moins il s'agit de dispositions ayant le caractère self-executing. Au grand-duché de Luxembourg, la jurisprudence a consacré positivement la même règle. En France, la doctrine quasi-unanime l'admet également, en se fondant sur l'article 55 de la Constitution actuelle, qui, comme l'article 28 de la Constitution de 1946, proclame la prééminence des traités internationaux régulièrement ratifiés et publiés par rapport à la loi; certains arrêts peuvent, au moins implicitement, être invoqués en ce sens. En Belgique, malgré l'absence de dispositions constitutionnelles à cet égard, un grand effort doctrinal, qui a reçu l'appui publiquement exprimé, d'un très haut magistrat, semble devoir aboutir aux mêmes conclusions.

Si paradoxal que cela puisse paraître à première vue, les difficultés de principe se rencontrent actuellement dans les deux pays qui sont dotés d'une Cour constitutionnelle, c'est-à-dire l'Allemagne et l'Italie. Dans les deux cas, ces difficultés tiennent au fait que le traité de Rome a été ratifié par une loi ordinaire n'ayant pas valeur

de loi constitutionnelle et ne pouvant, par suite, déroger aux règles ni aux principes de la Constitution.

Nous n'avons pas, bien entendu, à nous immiscer dans l'interprétation des constitutions des États membres. Nous ferons seulement observer qu'en ce qui concerne l'Allemagne (où, à ce jour, la Cour constitutionnelle ne s'est pas encore prononcée), les objections semblent provenir du fait que l'ordre juridique de la Communauté (dont on admet l'existence, distincte de l'ordre juridique allemand) ne procurerait pas aux citoyens de la République fédérale la plénitude des garanties que leur reconnaît la loi fondamentale, notamment en ce que des actes de caractère législatif peuvent être pris dans la Communauté par des organes non parlementaires. (Conseil, Commission) dans des cas où, dans l'ordre interne, ils ne relèveraient que de la compétence du Parlement. Que répondre à cela, sinon que les règlements communautaires, même les plus importants, ne sont pas des actes législatifs, ni même « quasi-législatifs », comme on le dit parfois, mais des actes émanant d'un *pouvoir exécutif* (Conseil ou Commission) qui ne peut agir que dans les limites des législations qui lui sont consenties par le traité et sous le contrôle juridictionnel de la Cour de justice? Le traité de Rome a, certes, en partie le caractère d'une véritable constitution, celle de la Communauté (et, sous cet angle, il est complété par des protocoles ou des annexes ayant la même valeur que le traité lui-même, non par des règlements), mais il a, pour le reste, surtout le caractère de ce qu'on appelle une « loi-cadre », procédé parfaitement légitime lorsqu'il s'agit de faire face à une situation évolutive, telle que l'établissement d'un marché commun, et par lequel l'objet à atteindre et les conditions à réaliser, sinon les modalités de la réalisation, sont définis de telle manière que la souplesse n'en exclut pas la précision : nous sommes loin des « blanc-seings » auxquels consentent parfois certains Parlements nationaux. Donc, les citoyens de la République fédérale retrouvent dans l'ordre juridique communautaire, notamment par le contrôle juridictionnel, des garanties, non pas identiques, mais comparables à celles que leur ordre juridique national leur assurait (avant les transferts de compétence résultant du traité) par l'existence d'une compétence plus étendue du Parlement. La vraie question est donc, semble-t-il, de savoir si la création d'un tel

ordre juridique, par un traité ratifié au moyen d'une loi ordinaire, est compatible avec la Constitution : c'est là, évidemment, un problème que le juge constitutionnel national est seul compétent pour résoudre.

Il semble que le même raisonnement soit valable pour l'Italie. Dans ce pays, vous le savez, un arrêt de la Cour constitutionnelle, en date du 24 février 1964 — 7 mars 1964, intervenu précisément à propos de la loi instituant l'E.N.E.L., a considéré qu'il y avait lieu, nonobstant les dispositions de l'article 11 de la Constitution, de dissocier la question de la violation éventuelle du traité résultant de l'intervention d'une loi contraire à celui-ci (question ne relevant, de l'avis de la Cour, que de la responsabilité de l'État sur le plan international), du problème de la conformité de cette même loi avec la Constitution : le traité ayant été ratifié par une loi ordinaire, une loi postérieure contraire doit déployer ses effets selon les principes de la loi de succession dans le temps, d'où il suit « qu'il n'y a pas lieu de rechercher si la loi dénoncée viole les obligations assumées avec ce traité » et que, pour les mêmes raisons, un renvoi de l'affaire devant la Cour de justice des Communautés européennes (qui ne pourrait être utile pour permettre la constatation d'une violation du traité, compte tenu de l'interprétation de ce même traité donnée par la Cour) est nécessairement sans objet.

Il nous ne appartient évidemment pas de faire la critique de cet arrêt. Nous remarquerons seulement (bien qu'il s'agisse d'une remarque plutôt formelle) que la Cour constitutionnelle se réfère au conflit entre la loi considérée et *la loi* de ratification, alors qu'il s'agit d'un conflit entre la loi et *le traité* (ratifié par une loi ordinaire). Mais ce sur quoi nous voulons insister, c'est sur les conséquences désastreuses — le mot n'est pas trop fort — qu'une telle jurisprudence, si elle était maintenue, risquerait d'avoir quant au fonctionnement du système institutionnel établi par le traité et, par voie de conséquence, quant à l'avenir même du marché commun.

En effet, nous croyons l'avoir démontré, ce système est basé sur la création d'un ordre juridique distinct de celui des États membres, mais qui lui est intimement, et même organiquement lié, de telle sorte que le respect mutuel et constant des compétences

respectives des organes communautaires et des organes nationaux est une des conditions fondamentales d'un fonctionnement du système conforme au traité et, par suite, de la réalisation des objets de la Communauté. Nous avons vu, en particulier, que ce respect mutuel exige que les dispositions self-executing du traité et les règlements régulièrement pris par les exécutifs communautaires puissent recevoir application immédiate dans les États membres. Tel est l'ordre juridique institué par le traité de Rome et il appartient à la Cour de justice, et à elle seule, de le dire le cas échéant par ses arrêts.

S'il arrivait qu'un juge constitutionnel de l'un des États membres, dans la plénitude de sa compétence, en vînt à reconnaître qu'un tel résultat ne peut être atteint dans le cadre des normes constitutionnelles de son pays, par exemple à l'égard des lois ordinaires contraires au traité qui prévaudraient sur le traité lui-même sans qu'aucun juge (pas même le juge constitutionnel) n'ait le pouvoir d'en paralyser l'application tant qu'elles n'auraient pas été abrogées ou modifiées par le Parlement, une telle décision créerait un conflit rigoureusement insoluble entre les deux ordres juridiques et ébranlerait les fondements mêmes du traité. Non seulement celui-ci ne pourrait recevoir application, dans les conditions qu'il a prévues, dans le pays intéressé, mais, par une réaction en chaîne, il ne le pourrait vraisemblablement pas davantage dans les autres pays de la Communauté; en tout cas en serait-il ainsi dans ceux de ces pays (tels la France) où la priorité des accords internationaux n'est admise que « sous condition de réciprocité ».

Dans ces conditions, deux solutions seulement resteraient ouvertes pour l'État considéré : ou bien modifier la Constitution pour la rendre compatible avec le traité, ou bien dénoncer celui-ci. En effet, cet État s'est engagé, par la signature du traité, sa ratification et le dépôt des instruments de ratification, à l'égard de ses partenaires et il ne pourrait rester passif sans méconnaître ses obligations internationales. On comprend, dès lors, que la Commission qui, en vertu de l'article 155, a reçu la mission de veiller à l'application du traité, ait fait part à la Cour dans ses observations des « vives appréhensions » que lui inspire l'arrêt du 24 février 1964.

Est-il besoin d'ajouter que, si nous avons cru devoir présenter ces observations, c'est uniquement en vue d'éclairer le débat, afin de permettre à chacun de prendre ses responsabilités, mais que nous n'imaginons pas un instant que l'Italie, qui a toujours été à l'avant-garde des promoteurs de l'idée européenne, l'Italie, pays de la conférence de Messine et du traité de Rome, ne découvre pas le moyen constitutionnel de nature à permettre à la Communauté de vivre en pleine conformité avec les règles instituées par la charte commune.

Il nous faut maintenant en revenir à l'ordonnance du juge de paix de Milan. Nous constatons que celui-ci s'est exactement conformé aux dispositions de l'article 23 de la loi du 11 mars 1953 réglementant la composition et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, notamment l'alinéa suivant :

« Lorsque le litige ne peut être tranché indépendamment de la solution de la question de la constitutionnalité ou lorsque la juridiction n'estime pas que la question soulevée est manifestement privée de fondement » (auquel cas, d'après l'article 24, l'ordonnance rejetant l'exception d'inconstitutionnalité doit être motivée de façon adéquate) « la juridiction prend une ordonnance dans laquelle, après avoir exposé les termes et les motifs de la demande expresse ayant soulevé la question, elle ordonne la transmission immédiate des actes à la Cour constitutionnelle et la suspension du litige en cours. »

Ce n'est donc pas « les yeux fermés » et en quelque sorte automatiquement que le juge saisi d'une demande de renvoi doit prononcer celui-ci; il est tenu d'exercer un certain contrôle, ce que M<sup>e</sup> Costa, dans ses observations orales, a appelé une « enquête préalable de légitimité ». En l'espèce, le juge de paix a effectivement exercé ce contrôle, non seulement, comme il y était tenu par la loi italienne, au sujet du renvoi devant la Cour constitutionnelle de ce pays, mais aussi au sujet du renvoi devant notre Cour. Il a eu, à notre avis, parfaitement raison, car nous estimons que, malgré l'absence dans le traité ou dans le statut de la Cour de dispositions expresses analogues à celles de la loi italienne, un contrôle a priori portant sur la pertinence de la question d'interprétation par rapport à la

solution du litige, ainsi que sur le caractère « manifestement privé de fondement » de la demande de renvoi, est indispensable si l'on veut éviter les exceptions purement dilatoires et l'encombrement de notre Cour par des renvois inconsiderés. Or, les observations que nous venons de présenter suffisent à montrer que le juge ne se trouvait pas dans un cas justifiant *prima facie* le rejet de la demande de renvoi.

La seule question qui, peut-être, se posait est celle de savoir si, s'agissant en l'espèce d'une loi, le juge serait en droit d'en refuser l'application au cas où, à la suite de l'interprétation donnée par la Cour de justice, il serait amené à reconnaître que cette loi est contraire au traité. Autrement dit, les juges italiens autres que la Cour constitutionnelle ont-ils le droit de se prononcer sur l'exception d'inconstitutionnalité, ou sont-ils tenus, en tout état de cause, de renvoyer l'affaire devant la Cour constitutionnelle? Sinon, il est certain que le juge aurait dû se borner au renvoi devant cette dernière, sauf à elle à vous demander l'interprétation du traité. Mais, Messieurs, il s'agit là de questions relatives au partage de compétence interne entre les juridictions d'un État membre, questions dans lesquelles il ne vous appartient pas de vous immiscer. Au surplus, l'arrêt que vous êtes appelés à rendre pourra avoir effet aussi à l'égard de la Cour constitutionnelle qui devra en tenir compte le cas échéant : ainsi le renvoi prononcé devant vous, même s'il était prématuré au regard de la procédure interne, ne serait pas inutile et aurait même procuré un gain de temps. On se trouverait, en somme, dans un cas analogue à celui où un tribunal use de la faculté qui lui est reconnue par l'article 177, *alinéa 2*, de prononcer le renvoi devant la Cour sans attendre l'épuisement des voies de recours de droit interne.

Tels sont les différents motifs, même si à certains égards ils peuvent paraître surabondants, mais que nous avons cru devoir exposer en raison de leur extrême importance de principe, pour lesquels nous estimons que vous devez écarter l'exception d'« irrecevabilité absolue » opposée par le gouvernement italien dans ses observations.

## II — Examen des questions d'interprétation soulevées

Elles sont au nombre de quatre : article 102, article 93, article 53 et article 37.

A — *Article 102* — D'après l'ordonnance qui vous a saisis, la *violation* de l'article 102 résulterait de ce que, contrairement aux dispositions du paragraphe 1 de cet article, l'État italien s'est abstenu de consulter la Commission avant qu'ait été prise la loi du 6 décembre 1962. Il s'agit d'abord, comme pour les autres chefs, de découvrir dans la question posée ce qui peut avoir trait à l'*interprétation*.

Nous apercevons, pour notre part, deux questions d'interprétation susceptibles d'intéresser le litige, la seconde n'ayant d'ailleurs qu'un caractère subsidiaire :

1° Le défaut d'accomplissement par un État membre de la formalité prévue à l'article 102 entraîne-t-il de plein droit la contrariété de l'acte par rapport au traité, de telle sorte que les juges nationaux sont tenus de n'en point tenir compte?

2° En cas d'affirmative, quelle est la portée de la formalité? En particulier, l'irrégularité tenant à l'absence de consultation officielle émanant du gouvernement intéressé peut-elle être couverte par la preuve de la connaissance acquise du projet de la part de la Commission dans des conditions la mettant en mesure d'adresser éventuellement aux États membres les recommandations nécessaires?

*Sur le premier point*, la réponse nous paraît devoir être négative. Nous sommes ici dans un chapitre, assez bref, intitulé « le rapprochement des législations ». Il est évident que, tant que les législations ne sont pas « rapprochées », c'est-à-dire modifiées (sauf celle qui éventuellement servirait de modèle au rapprochement), elles subsistent : c'est d'ailleurs sous forme de « directives » que le Conseil agit en ce domaine conformément à l'article 100. Quant aux articles 101 et 102, ils visent le cas où, avant qu'il ait été procédé au rapprochement et que celui-ci ait produit les effets qu'il y a lieu d'en attendre,

l'on constate que l'existence de disparités entre les législations « fausse les conditions de concurrence sur le marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée ». Dans cette hypothèse, on distingue suivant que la distorsion résulte de dispositions existantes (article 101) ou de dispositions envisagées « dont il y a lieu de craindre » qu'elles n'entraînent une distorsion (article 102). Dans le cas de l'article 101, nul doute que les dispositions en vigueur le demeurent tant qu'elles n'ont pas été modifiées à la suite éventuellement de directives du Conseil, comme pour l'article 100.

Reste l'article 102. Celui-ci a évidemment pour objet de chercher à *prévenir* en vue d'éviter le fait accompli : il est certainement préférable d'éviter l'intervention d'un acte législatif ou autre de nature à produire la distorsion plutôt que d'en poursuivre après coup la suppression; d'où la procédure de consultation préalable prévue à l'article 102. Doit-on cependant de ce fait reconnaître à l'article 102 un caractère self-executing permettant aux tribunaux nationaux d'en sanctionner la violation au profit des particuliers?

Nous ne le pensons pas. En effet, ce serait reconnaître aux juridictions nationales compétence pour apprécier les « craintes » de distorsion que l'acte serait susceptible de provoquer au sens de l'article 101, ce qui implique un jugement de valeur, plus ou moins délicat, et qui ne peut raisonnablement être émis en dehors de toute intervention des organes de la Communauté, notamment de la Commission. Sans doute, nous écartons l'idée que l'État intéressé est seul juge en la matière et jouit d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de saisir ou non la Commission : il appartient à celle-ci de se prononcer *objectivement* sur la pertinence de la « crainte » et, éventuellement, d'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 169 en obtenant de la Cour la constatation du manquement de l'État du fait de n'avoir pas procédé à la consultation préalable. Ajoutons qu'en fait la Commission possède des moyens d'information suffisants pour être en état, dans les cas importants au moins, d'intervenir en temps utile, notamment lorsqu'il s'agit d'actes législatifs qui, dans nos pays, ne sont tout de même pas clandestins! En l'espèce, nous savons qu'il en a bien été ainsi.



Sur le second point, que nous n'examinons donc qu'à toutes fins utiles, nous serions porté à admettre l'interprétation suivante : la formalité prévue à l'article 102 a bien un caractère obligatoire pour l'État intéressé. Dans quelles conditions cette formalité doit-elle être accomplie? Elle ne peut l'être, à notre avis, que par la voie d'une communication officielle adressée par le gouvernement à la Commission : une question parlementaire, par exemple, ne saurait y suppléer. S'il s'agit d'un projet de loi, il paraît raisonnable d'exiger que ce projet soit communiqué avant d'être déposé sur le bureau du Parlement, ou, tout au moins, avant que la procédure parlementaire ne soit trop avancée et le gouvernement déjà plus ou moins engagé sur le plan intérieur.

Mais quant à la *sanction* de l'obligation, nous pensons qu'elle ne doit pas nécessairement consister dans un manquement de l'État à ses obligations, qui devrait d'ailleurs être constaté par la Cour. S'il est *établi* que la Commission avait eu parfaitement connaissance du projet en temps utile pour entrer en contact avec le gouvernement intéressé et que (comme en l'espèce) c'est en toute connaissance de cause qu'elle s'est abstenue d'intervenir, nous pensons que l'irrégularité devrait être considérée comme couverte. Il ne faut pas exagérer le formalisme dans les rapports entre la Commission et les États membres, rapports qui doivent être imprégnés de l'esprit de collaboration indispensable pour une saine application du traité.

Encore une fois, nous n'avons présenté ces observations qu'à titre subsidiaire, car nous estimons que la violation par un État membre de ses obligations au titre de l'article 102 ne relève que de la procédure des articles 169 à 171 et ne peut entraîner la nullité ou l'inapplicabilité en droit interne, sanctionnée par les tribunaux nationaux, de l'acte pris en méconnaissance des dispositions dudit article.

B — *Article 93.* — Pour l'article 93, nous donnerons une réponse analogue. Nous pensons que les obligations des États membres au titre du paragraphe 3 de cet article (« la Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides ») ne peuvent être sanctionnées que par la procédure des articles 169 à 171. Quant à la « compati-

bilité du projet avec le marché commun aux termes de l'article 92 », d'où dépend la violation éventuelle du traité, il suffit de lire cet article 92, notamment son paragraphe 3, pour se convaincre que la question de la compatibilité implique, ici encore, un délicat jugement de valeur, touchant directement aux intérêts économiques ou politiques de l'État intéressé appréciés par rapport aux nécessités du marché commun, jugement qu'il ne peut être question de laisser à la seule appréciation des tribunaux nationaux, sans aucune intervention des instances communautaires ni des gouvernements. Il nous paraît dès lors impossible de reconnaître à l'article 93 le caractère de disposition self-executing.

C — *Article 53.* — Il s'agit ici du droit d'établissement. Le juge de paix de Milan vise cet article parce que « la loi du 6 décembre 1962 introduit en Italie des restrictions à la fondation et à la gestion sur le territoire italien d'entreprises et de sociétés d'autres États membres pour la production et la vente de l'énergie électrique ».

De cette observation paraissent se dégager deux questions d'interprétation.

*La première* a trait, ici encore, au caractère self-executing ou non de la disposition visée. Celle-ci est ainsi conçue : « Les États membres n'introduisent pas de nouvelles restrictions à l'établissement sur leur territoire des ressortissants des autres États membres, sous réserve des dispositions prévues au présent traité. »

Nous pensons, contrairement à l'opinion que nous avons soutenue pour les articles 102 et 93, qu'il s'agit ici d'une disposition self-executing. La règle est claire, précise et ne nécessite, semble-t-il, ni examen préalable par la Commission et les gouvernements, ni jugement de valeur : nous sommes beaucoup plus proches de règles telles que celles contenues à l'article 12 ou à l'article 31 concernant le standstill en matière de droits de douane ou de restrictions quantitatives.

Mais, et c'est la deuxième interprétation qu'il convient, croyons-nous, de donner, l'article 53 ne peut, à notre avis, être interprété qu'à la lumière de l'article 52. Or, celui-ci concerne « la restriction à la *liberté d'établissement* des ressortissants d'un État

membre dans le territoire d'un autre État membre » et la liberté d'établissement est elle-même définie de la manière suivante à l'alinéa 2 : « La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants... ». Il suffit donc, pour que l'article 53 soit respecté, que de nouvelles restrictions ne soient pas introduites quant à l'existence de *discriminations* entre les ressortissants des États membres; la question dès lors, ne se pose pas si la mesure envisagée ne comporte pas de telles discriminations. Il se peut, sans doute, que certaines restrictions à la liberté d'établissement résultent pour les non-nationaux d'une mesure prise par un État membre, par exemple en cas de nationalisation, mais une telle mesure, parfaitement régulière en elle-même d'après l'article 222, ne sera pas contraire à l'article 53 si les conditions d'accès à l'exercice de l'activité en cause sont restreintes ou supprimées de la même manière à l'égard des nationaux et sans aucune discrimination vis-à-vis des non-nationaux. Nous savons que, pour l'E.N.E.L., c'est le cas, mais ce sera au juge national de le constater.

Nous adoptons donc sur ce point *la première* des deux interprétations envisagées par la Commission dans ses observations, la seconde nous paraissant sortir du champ des règles sur le droit d'établissement telles qu'elles résultent des articles 52 et suivants.

D — *Article 37* — Ici, le jugement de renvoi est particulièrement laconique : « Attendu, dit-il, qu'en dernier lieu l'article 37 du traité instituant la C.E.E. entre en ligne de compte, parce que la loi du 6 décembre 1962 institue un nouveau monopole de droit public qui exclut les ressortissants d'autres États membres ».

Nous pensons découvrir à propos de l'article 37 deux questions d'interprétation susceptibles d'intéresser le litige :

1° Quel est le champ d'application de cet article et, notamment, est-il applicable à un service public de production et de distribution de l'énergie électrique, tel que l'E.N.E.L.?

2° En cas d'affirmative, les dispositions de l'article 37 ont-elles, au moins partiellement, un caractère self-executing?

*Première question.* Le gouvernement italien et l'E.N.E.L. se fondent essentiellement sur le caractère de *service public* que présente l'organisme en cause pour soutenir que son activité échappe totalement à l'application de l'article 37. Ils insistent, en particulier, sur le fait que cette activité est étrangère à celle des « monopoles commerciaux » qu'aurait seuls visés l'article 37 et qui intéressent principalement les échanges entre les États membres. Ils font remarquer, en outre, que la création de l'E.N.E.L. a été réalisée dans le but essentiel de briser les cartels qui, antérieurement, possédaient une véritable situation de monopole et que, dès lors, cette création, loin d'aller à l'encontre des règles du traité, est pleinement conforme à ses objectifs.

Messieurs, nous sommes persuadé qu'il y a une grande part de vérité dans ces observations. Cependant, du point de vue juridique, elles ne sont pas pleinement déterminantes. En effet, le traité, tout au moins à l'article 37, ne s'est pas aventuré dans des distinctions fondées sur le service public, et cela se comprend. Il s'agit là d'une notion qui varie sensiblement d'un pays à l'autre et dont une définition précise, déjà difficile en droit interne, est sans doute impossible sur le plan communautaire.

L'article 37 fait partie du chapitre relatif à l'élimination des restrictions quantitatives entre les États membres. Le traité a cependant reconnu que les monopoles commerciaux présentaient à cet égard un problème particulier qui à moins d'une suppression pure et simple qui n'a pas été prescrite, exigeait des mesures d'aménagement progressif débordant le cadre d'une simple augmentation arithmétique des contingents dans les conditions de l'article 33. L'objet fondamental n'en est pas moins la « libre circulation des marchandises », conformément à l'intitulé du titre premier sous lequel figurent les dispositions en cause, et les restrictions visées sont celles qui s'opposent à cette libre circulation dans des conditions discriminatoires entre les ressortissants des États membres.

C'est sous cet éclairage que doit être comprise la notion de « monopoles nationaux présentant un caractère commercial »

auxquels s'applique l'article 37 et que ce même article prend d'ailleurs soin de définir à son alinéa 2 : « Les dispositions du présent article s'appliquent à tout organisme par lequel un État membre, de jure ou de facto, contrôle, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les États membres. Ces dispositions s'appliquent également aux monopoles d'État délégués », (ces monopoles délégués étant évidemment ceux qui entrent dans la définition qui vient d'être donnée).

Ce texte, ainsi replacé dans le contexte, comme il se doit, nous paraît parfaitement clair : ce n'est pas la forme juridique qui importe, ni même la nature juridique de l'organisme dans le cadre du droit public national, mais le rôle effectif que joue l'organisme dans les échanges entre les États membres.

On ne peut donc exclure a priori un service public, dès lors qu'il s'agit d'un service public industriel ou commercial, du champ d'application de l'article 37. Cependant — et c'est ici que les observations du gouvernement italien et de l'E.N.E.L. retrouvent leur pertinence — il va de soi que ce ne sera normalement pas le cas d'un service public tel qu'un service de production ou même de distribution de l'énergie électrique dont l'objet essentiel n'est évidemment pas de faire de cette production ou de cette distribution ou objet de commerce international; ce ne pourra être le cas que si, même sans constituer l'objet principal de l'organisme considéré, le ventes d'énergie à l'étranger atteignent ou risquent d'atteindre un volume tel que l'organisme doit être considéré comme influençant ou susceptible d'influencer « sensiblement » le commerce avec les États membres. Sans doute, le mot « sensiblement » ne se rapporte grammaticalement qu'au mot « influence » et non pas aux deux verbes qui précèdent (« contrôle » et « dirige »); cependant l'*influence sensible*, actuelle ou potentielle, sur les importations ou les exportations entre les États membres est la seule chose qui compte eu égard à l'objet des dispositions en cause, que cette influence se manifeste ou puisse se manifester par l'effet d'un pouvoir de contrôle ou de direction ou de toute autre manière. Il appartient aux États membres, le cas échéant, de procéder aux aménagements

progressifs nécessaires et à la Commission de leur adresser toutes recommandations utiles à cet effet en exécution du paragraphe 6.

Dans l'espèce, il paraît certain que l'organisme en cause ne peut être considéré comme ayant une « influence sensible » sur le commerce avec les États membres, puisque le « commerce international » de l'E.N.E.L. se borne à quelques échanges frontaliers entre l'Italie et la France. Quant à l'influence « potentielle » résultant des pouvoirs de direction de l'organisme et de contrôle de l'État, il appartient à la Commission de juger si elle est de nature à soumettre effectivement l'organisme en cause à des mesures d'aménagement au titre du paragraphe 1 et à adresser, éventuellement, à l'État considéré les recommandations prévues au paragraphe 6; mais, en attendant, les dispositions en vigueur, qui sont par hypothèse antérieures à l'entrée en vigueur du traité, subsistent dans l'ordre interne et doivent être appliquées par les tribunaux nationaux.

Rappelons qu'en vertu de l'article 90, les échanges, même réduits, effectués par des « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général », demeurent soumis, au moins en principe, aux règles du traité et, notamment, aux règles de concurrence auxquelles, dès lors, l'absence d'application de l'article 37 ne peut les faire échapper.

*Deuxième question.* Les dispositions de l'article 37 ont-elles ou non un caractère self-executing? Nous avons répondu par avance à cette question, dans le sens de la négative, en ce qui concerne le paragraphe premier. Il nous paraît aller de soi que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 37, complétées par celles des paragraphes 3 à 5, ne sont pas directement applicables dans l'ordre interne : il s'agit d'une adaptation progressive du monopole qui doit être réalisée par les États membres à la suite des recommandations que la Commission est habilitée à leur adresser en vertu du paragraphe 6. En revanche, la difficulté apparaît lorsqu'il s'agit de la règle de « standstill » édictée au paragraphe 2.

Il est certain, en effet, qu'a priori une règle de standstill doit être observée avec plus de rigueur qu'une règle relative à un programme d'aménagement. Nous retrouvons d'ailleurs ici la formule

drastique des articles 12 et 31 : « les États membres s'abstiennent... », que votre jurisprudence a interprétée comme ne s'opposant pas à une application directe sanctionnée par les juges nationaux. Au surplus, l'article 37, malgré son objet qui tend à régler le problème particulier des monopoles, fait partie du chapitre 2 du titre premier, chapitre relatif à l'élimination des restrictions quantitatives entre les États membres : le paragraphe 2 de l'article 37 apparaît ainsi comme *le rappel et l'adaptation au cas du monopole* de la règle de standstill édictée à l'article 31, que vous avez considérée comme directement applicable.

Il faudrait donc, pour écarter la reconnaissance de l'effet direct de l'article 37, paragraphe 2, des raisons assez péremptoires de la nature de celles que nous croyons avoir rencontrées pour l'application de l'article 102 et de l'article 93. Est-ce le cas ?

Nous pensons pour notre part qu'il convient de faire une distinction entre la première et la deuxième partie du texte.

Dans la première partie, il est dit que « les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle *contraire aux principes énoncés au paragraphe 1* ». Le terme « principes » est éloquent par lui-même : il n'est guère possible de savoir si une mesure est ou non contraire aux « principes » du paragraphe 1 sans se livrer à une appréciation plus ou moins subjective et difficile qui interfère inévitablement sur le caractère général du programme d'aménagement établi ou susceptible d'être établi en vertu du paragraphe 1. Une telle appréciation ne peut raisonnablement se faire en dehors du cadre des discussions entre la Commission et l'État ou les États membres intéressés : c'est une question qui relève au premier chef des rapports États — Communauté et la violation éventuelle par un État membre de l'article 37, paragraphe 2, première phrase, ne peut ressortir qu'à la procédure des articles 169 à 171.

Nous pensons, en revanche, qu'il en est autrement du deuxième membre de phrase de l'article 37, paragraphe 2 : « ... ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres ». Ici, en effet, nous en revenons à une application plus directe de la règle du

standstill en matière douanière et contingentaie. Il est vrai que le texte ne vise pas seulement les mesures qui, en elles-mêmes, constitueraient un rétablissement ou une augmentation des droits de douane, un rétablissement ou une diminution des contingents, mais les mesures qui « restreignent la portée des articles relatifs » à l'élimination, ce qui peut laisser place à une certaine marge d'appréciation. Néanmoins, nous pensons que l'appréciation, peut-être parfois délicate, qui peut avoir à s'exercer dans certains cas ne doit pas être un obstacle à une sanction par les juridictions nationales au profit des intéressés, car la règle du standstill est ici directement touchée et sa violation peut porter une atteinte immédiate aux droits des particuliers et aux rapports juridiques privés. Cependant, à notre avis, cette sanction ne doit s'exercer qu'à l'égard des mesures de restriction *effectives* interférant directement sur les « droits acquis » que les particuliers tiennent de la réglementation en vigueur : une restriction purement « potentielle » ne relève, selon nous, que de l'appréciation de la Commission et de la procédure des articles 169 à 171.

Nous concluons :

1° au rejet de l'exception d'« irrecevabilité absolue » opposée par le gouvernement de la République italienne;

2° à ce que les articles 102, 93, 53 et 37 du traité soient interprétés de la manière suivante :

a) La violation par un État membre de ses obligations au titre de l'article 102 ne relève que de la procédure des articles 169 à 171 et ne peut entraîner la nullité ou l'inapplicabilité en droit interne, sanctionnée par les tribunaux nationaux, de l'acte pris en méconnaissance des dispositions dudit article;

b) L'article 93 doit recevoir une interprétation identique;

c) L'article 53 : 1° produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder; 2° doit être entendu, en liaison avec l'article 52, alinéa 2, en ce sens qu'il interdit toute nouvelle restriction à la liberté d'établissement comportant des discriminations entre les ressortissants des États membres;



d) L'article 37, paragraphe 2, produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder, à l'égard de mesures nouvelles prises par un État membre et comportant effectivement soit l'introduction de nouveaux droits de douane ou taxes d'effet équivalent ou une augmentation de ces droits, soit l'établissement de nouvelles restrictions quantitatives ou mesures d'effet équivalent;

3° à ce qu'il soit statué par le juge de paix de Milan sur les dépens exposés devant la Cour.