

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 25 mars 1999 *

Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur la compatibilité, avec les règles communautaires de la concurrence, d'un régime national réservant les opérations effectuées dans une zone portuaire déterminée à une catégorie de travailleurs reconnus. Selon la juridiction de renvoi, les barèmes des salaires de ces travailleurs — qui sont impérativement appliqués à toutes les entreprises en vertu d'une convention collective — ne sont pas équitables en comparaison des barèmes qui seraient appliqués à des travailleurs non reconnus, susceptibles eux aussi de réaliser une partie au moins des prestations réservées aux travailleurs reconnus.

D'un point de vue strictement économique, la situation qui prévaut dans le port de Gand est donc comparable à celle que l'on rencontrait dans certains ports maritimes italiens lorsque la Cour a statué dans l'affaire *Merci convenzionali porto di Genova* le 10 décembre 1991¹. Cette assimilation n'est cependant pas possible, selon moi, si l'on se place d'un point de vue juridique.

Le droit national applicable

2. L'article 1^{er} de la loi belge du 8 juin 1972, organisant le travail portuaire² (ci-après la «loi de 1972»), interdit à quiconque de faire effectuer un travail portuaire dans les zones portuaires par des travailleurs autres que les ouvriers portuaires reconnus.

3. Le travail portuaire et les zones portuaires ont été définis par les arrêtés royaux d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires³. Les commissions et sous-commissions paritaires se composent d'un nombre égal de représentants des organisations d'employeurs et des organisations de travailleurs. Elles ont notamment pour mission de participer à l'élaboration des conventions collectives de travail qui relèvent de leur compétence. A la demande de l'organe paritaire concerné, ces conventions peuvent être rendues obligatoires par arrêté royal, après quoi elles s'appliquent à l'ensemble des employeurs et des travailleurs relevant de l'organe paritaire qui en est l'auteur.

* Langue originale: l'espagnol.

1 — C-179/90, Rec. p. I-5889 (ci-après l'«arrêté *Merci*»).

2 — *Moniteur belge* du 8 août 1972, p. 8826.

3 — *Moniteur belge* du 15 janvier 1969, p. 267.

4. La convention collective de travail applicable au port de Gand date du 20 février 1979. Elle a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 11 mai 1979⁴. Elle dispose, notamment, que les contrats de travail portant sur la réalisation de travail portuaire échappent à l'obligation de la forme écrite qui est applicable au contrat de travail en général.

5. L'article 1^{er} de l'arrêté royal du 12 janvier 1973, instituant la commission paritaire des ports et fixant sa dénomination et sa compétence⁵ (ci-après l'«arrêté royal de 1973»), définit le «travail portuaire» comme étant «toutes les manipulations de marchandises qui sont transportées par des navires de mer ou des bâtiments de navigation intérieure, par des wagons de chemin de fer ou des camions, et les services accessoires qui concernent ces marchandises, que ces activités aient lieu dans les docks, sur les voies navigables, sur les quais ou dans les établissements s'occupant de l'importation, de l'exportation et du transit de marchandises, ainsi que toutes les manipulations de marchandises transportées par des navires de mer ou des bâtiments de navigation intérieure à destination ou en provenance des quais d'établissements industriels».

6. Aux termes de l'article 3 de la loi de 1972, «le Roi fixe les conditions et les modalités de reconnaissance des ouvriers portuaires, sur avis de la commission paritaire compétente pour la zone portuaire concernée». En ce qui concerne le prt de

Gand, l'arrêté royal du 21 avril 1977 relatif aux conditions et aux modalités de reconnaissance des ouvriers portuaires dans la zone portuaire de Gand⁶ (ci-après l'«arrêté royal de 1977»), énonce des conditions de reconnaissance telles que l'âge, les bonnes vie et moeurs, l'état de santé ainsi que les connaissances et capacités professionnelles des intéressés.

Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de l'arrêté royal de 1977, pour pouvoir accorder la reconnaissance, la sous-commission paritaire devra tenir compte des besoins de main-d'œuvre.

7. Conformément à l'article 4 de la loi de 1972, les employeurs qui favorisent ou tolèrent le travail portuaire en infraction de la loi ou de ses arrêtés d'application sont passibles d'amende.

Les faits

8. Tels qu'ils sont exposés dans l'ordonnance de renvoi, les faits qui sont à l'origine de la procédure au principal peuvent être résumés de la manière suivante.

4 — *Moniteur belge* du 28 juin 1979, p. 7378.

5 — *Moniteur belge* du 23 janvier 1973, p. 877.

6 — *Moniteur belge* du 10 juin 1977, p. 7760.

9. La société belge NV SMEG exploite une entreprise de stockage de grains dans la zone portuaire de Gand, telle qu'elle est définie à l'article 1^{er} de l'arrêté royal de 1973 et à l'article 2 de l'arrêté royal du 12 août 1974, instituant des sous-commissions paritaires pour les ports, fixant leur dénomination et leur compétence et fixant le nombre de leurs membres⁷.

10. Les activités de SMEG consistent, d'une part, dans le chargement et le déchargement des navires céréaliers et, d'autre part, dans le stockage de grains pour le compte de tiers. Les marchandises sont, à l'arrivée comme au départ, transportées par bateau, par train ou par camion.

11. A l'époque des faits, M. Becu, qui était alors directeur de SMEG, avait fait effectuer des travaux portuaires dans la zone portuaire de Gand par huit ouvriers portuaires non reconnus.

12. A la même époque, M^{me} Verweire, qui était alors gérante de la société NV Adia Interim, a fait effectuer des travaux portuaires dans la zone portuaire de Gand par cinq ouvriers portuaires non reconnus.

13. Il est incontestable que des travaux portuaires, au sens de la définition qu'en

donnent les articles précités des arrêtés royaux respectifs, sont effectués au sein de la société SMEG, laquelle, de ce fait, tombe sous le coup de la loi de 1972 organisant le travail portuaire.

14. Il est également établi, et il n'est pas non plus contesté, que SMEG a fait effectuer des travaux portuaires dans la zone portuaire de Gand par des ouvriers portuaires non reconnus durant la période incriminée alors qu'aux termes de la loi de 1972, ces travaux ne peuvent être exécutés que par des ouvriers portuaires reconnus.

15. Le ministère public (Openbaar Ministerie) a engagé des poursuites pénales à l'encontre de M. Becu et de M^{me} Verweire ainsi qu'à l'encontre des deux sociétés qu'ils géraient, les accusant d'avoir commis les infractions visées par la loi de 1972 (voir le point 7 plus haut). Le juge de première instance (Correctionele Rechtbank) a acquitté les deux premiers et mis les deux secondes hors de cause au motif qu'il n'y avait pas moyen d'exercer une action pénale contre elles.

Se référant à l'article 85, paragraphe 1, et à l'article 86, paragraphe 2, sous a), du traité CE ainsi qu'aux pièces du dossier, lesquelles font apparaître que la société SMEG versait aux travailleurs un salaire horaire de 667 BFR alors que la rétribution minimum d'un ouvrier portuaire ordinaire est de 1 335 BFR, le juge de première instance a estimé que de telles différences de salaire devaient être considérées comme inéquita-

7 — *Moniteur belge* du 10 septembre 1974, p. 11020.

bles puisqu'en vertu des dispositions de la loi de 1972, même les opérations courantes d'entretien effectuées sur les terrains de SMEG devaient être exécutées par des ouvriers portuaires reconnus.

tarifs imposés doivent être appliqués, même si ces opérations peuvent être effectuées par des ouvriers ordinaires (c'est-à-dire autres que des ouvriers portuaires reconnus)?

Les questions préjudicielles

16. Le ministère public s'étant pourvu en appel de la décision de première instance, la Cour d'appel de Gand (Hof van beroep) a jugé opportun, avant de se prononcer sur le fond de l'affaire, de saisir la Cour de deux questions préjudicielles conformément à l'article 177 du traité CE. Ces questions sont les suivantes:

« 1) En l'état actuel du droit communautaire, des ressortissants communautaires, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, peuvent-ils puiser dans l'article 90, paragraphe 1, du traité CE, lu en combinaison avec les articles 7, 85 et 86 de ce traité, des droits que les États membres doivent prendre en considération, lorsque, dans des zones portuaires, le chargement et le déchargement, en particulier de marchandises qui sont importées par mer sur le territoire d'un État membre en provenance d'un autre État membre, et le travail portuaire en général sont exclusivement réservés à des 'ouvriers portuaires reconnus', dont les conditions et modalités de reconnaissance sont fixées par le Roi, sur avis de la commission paritaire compétente pour la zone portuaire concernée, et que des

- 2) Les ouvriers portuaires reconnus, tels que visés à l'article 1^{er} de la loi du 8 juin 1972, qui ont le droit exclusif d'effectuer le travail portuaire dans les zones portuaires, telles que définies par les dispositions légales en la matière, doivent-ils être considérés comme des ouvriers chargés de la gestion de services d'intérêt économique général, au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité CE, qui ne pourraient plus accomplir la mission particulière qui leur est impartie si l'article 90, paragraphe 1, et les interdictions énoncées aux articles 7, 85 et 86 du traité CE leur étaient appliqués? »

Sur la première question préjudicielle

17. Formulée dans les termes qui sont les siens, la première question préjudicielle adressée au juge communautaire porte uniquement sur l'aptitude de l'article 90, paragraphe 1, lu en combinaison avec les articles 6⁸, 85 et 86 du traité CE, à créer des droits subjectifs dont les citoyens de l'Union peuvent se prévaloir directement ou, ce qui revient au même, elle porte sur le point de savoir si ces dispositions sont

8 — Article 7 dans la version antérieure au traité sur l'Union européenne.

dotées d'« effet direct », selon l'expression consacrée.

18. Eu égard au contenu de la question, la réponse devra revêtir un caractère abstrait et, comme le gouvernement belge l'a fait remarquer à bon escient dans ses observations, elle ne pourra en rien préjuger de la pertinence de ces dispositions dans le cadre de l'affaire au principal. Dans ces circonstances, la conformité de la réglementation nationale concrète avec le traité pourra être analysée lorsque nous répondrons à la seconde question préjudicielle.

19. Nous pourrions également reformuler la question, un peu comme la Cour l'a fait au point 8 de son arrêt *Merci*. En effet, le juge de renvoi souhaite autant savoir si les dispositions du traité qu'il cite sont dotées d'effet direct que s'entendre préciser si la situation du port de Gand est compatible avec elles. Néanmoins, les particularités de la présente affaire me font préférer la première des deux solutions, qui me permettra de faire un exposé plus clair.

20. Pour le surplus, je ne crois pas que le règlement du litige au principal requiert l'interprétation de l'article 6 du traité, et cela pour les raisons que j'exposerai plus tard (voir le point 26 *infra*).

21. Cela étant, répondre à la première question du juge belge ne pose pas de problèmes majeurs. En effet, la jurispru-

dence constante de la Cour veut que les interdictions énoncées à l'article 85, paragraphe 1, et à l'article 86 du traité « engendrent directement, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder »⁹. Dans la mesure où l'article 90, paragraphe 1, étend le champ d'application des règles communautaires de la concurrence et, en particulier, le champ d'application des articles 85 et 86 du traité aux entreprises publiques et aux entreprises qui jouissent de droits spéciaux ou exclusifs, le juge national devra les appliquer dans le respect de critères identiques. Il en est ainsi bien que l'article 90, paragraphe 1 (« les États membres... n'édicte[n]t ni ne maintiennent... »), est rédigé en des termes qui pourraient donner à penser que l'interdiction qu'il contient possède une nature juridique distincte de la nature juridique des interdictions que contiennent l'article 85, paragraphe 1, et l'article 86 (« sont incompatibles avec le marché commun et interdits... ») et bien que l'article 90 confère à la Commission un devoir spécial de contrôle qui n'est prévu par aucune des deux autres dispositions en cause¹⁰.

La Cour a autorisé une telle interprétation à propos des abus de position dominante puisqu'elle a déclaré que, « même dans le cadre de l'article 90, les interdictions de l'article 86 ont un effet direct et engendrent, pour les justiciables, des droits que

9 — Voir, entre autres, les arrêts, l'arrêt du 30 janvier 1974, *BRT* (127/73, Rec. p. 51, point 16); du 10 juillet 1980, *Marty* (37/79, Rec. p. 2481, point 13); du 28 février 1991, *Delimitis* (C-234/89, Rec. p. I-935, point 45); du 18 mars 1997, *Guérin automobiles/Commission* (C-282/95 P, Rec. p. I-1503, point 39), et l'ordonnance du 16 septembre 1997, *Koelman/Commission* (C-59/96 P, Rec. p. I-4809, point 43).

10 — Le paragraphe 3 de l'article 90 dispose, en effet, que « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ».

les juridictions nationales doivent sauvegarder»¹¹. Il n'y a aucune raison que ce raisonnement ne puisse s'appliquer également à l'article 85¹².

22. En résumé, il convient de répondre à la première question de la Cour d'appel de Gand que l'article 90, paragraphe 1, du traité, lu en combinaison avec les articles 85 et 86, crée, dans le chef des particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent protéger.

Sur la seconde question préjudicielle

23. Au moyen de sa seconde question, la juridiction gantoise cherche à vérifier si l'on serait fondé à considérer que les ouvriers portuaires reconnus forment une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général et, dans l'affirmative, si, pour accomplir la mission spécifique dont cette entreprise serait chargée, ces travailleurs devraient être exonérés des interdictions que les dispositions combinées des articles 85, 86 et 90, paragraphe 1, du traité imposent en matière de concurrence.

Le juge de renvoi se réfère aux similitudes qui existent entre la présente affaire et celle qui a donné lieu à l'arrêt, déjà cité, que la Cour a rendu le 10 décembre 1991 dans l'affaire *Merci convenzionali porto di Genova*. C'est la raison pour laquelle je considère qu'il est utile de prendre cette jurisprudence comme point de départ de mon analyse.

L'affaire du port de Gênes

24. La demande de décision préjudicielle introduite par le tribunal de Gênes portait sur le point de savoir si le monopole des opérations portuaires, garanti par des sanctions pénales, dont certaines sociétés d'ouvriers portuaires jouissaient en Italie était compatible avec le traité CEE. La Cour a estimé que l'article 90, paragraphe 1, du traité, lu en combinaison avec les articles 30, 48 et 46, interdisait à un État membre d'appliquer une règle obligeant une entreprise établie dans ce même État à recourir à une société portuaire composée exclusivement de travailleurs nationaux pour l'exécution des opérations portuaires. Elle a également considéré, sur la base des données dont elle disposait, que ces sociétés portuaires ne pouvaient être considérées, aux fins de l'article 90, paragraphe 2, du traité, comme étant chargées de la gestion de services d'intérêt économique général.

25. Il existe des différences manifestes entre la situation actuelle du port de Gand et la situation qui prévalait à l'époque dans le port de Gênes.

11 — Voir les arrêts du 30 avril 1974, *Sacchi* (155/73, Rec. p. 409, point 18), et du 17 juillet 1997, *GT-Link* (C-242/95, Rec. p. I-4449, point 57), ainsi que l'arrêt *Merci*, déjà cité, point 23.

12 — Voir, en ce sens, le point 24 des conclusions que l'avocat général M. Van Gerven a présentées dans l'affaire *Merci* (Rec. 1991, p. I-5917).

26. D'une part, contrairement à la législation italienne, la législation belge en cause n'impose aucune condition de nationalité. En effet, à part la référence que le juge de renvoi fait à l'article 7 (lisez: article 6) du traité, référence qui s'explique probablement par le fait que la Cour d'appel de Gand a calqué sa question sur celle que la juridiction italienne avait posée à l'époque, ni la législation nationale controversée, ni le dossier qui a été joint à l'ordonnance de renvoi, ni même les observations présentées par les différentes parties qui ont comparu ne fournissent d'indice permettant de dire que la reconnaissance exigée des ouvriers portuaires du port de Gand comporterait la moindre discrimination fondée sur la nationalité. Examiner l'affaire du point de vue de l'article 6 du traité serait donc dénué de pertinence tout comme il le serait, pour des motifs identiques, de l'examiner au regard de l'article 48.

27. D'autre part, comme le juge de renvoi le fait observer à juste titre, la réglementation en cause ne fait que reconnaître la profession des ouvriers portuaires, auxquels elle réserve le monopole de tous les travaux portuaires. Elle ne confère aucun droit spécial ou exclusif à des entreprises ou à des sociétés.

28. Il ne fait aucun doute qu'en dépit de ces différences, les deux situations se soldent par un résultat similaire puisqu'elles ont permis d'imposer des prix abusifs pour l'exécution d'un même service dans le cadre d'un port déterminé.

29. Dans ces circonstances, je crois qu'il est nécessaire de préciser, dans un premier temps, les enseignements juridiques que l'on peut déduire de l'arrêt *Merci* avant de déterminer ensuite lequel ou lesquels de ceux-ci peuvent être appliqués au cas d'espèce par extrapolation.

30. Il semble que l'on puisse déduire des points 8 à 24 de l'arrêt *Merci* que la Cour a considéré que le maintien de droits exclusifs en faveur d'une entreprise déterminée était incompatible avec le traité à un triple égard.

31. En effet, la Cour a tout d'abord constaté que la réglementation du port de Gênes, à la faveur de laquelle un État membre réservait à ses propres ressortissants le droit de travailler dans une entreprise établie sur son territoire, était incompatible en soi avec l'article 48 du traité.

32. En deuxième lieu, la Cour a établi que la réglementation nationale en cause incitait les entreprises auxquelles des droits exclusifs d'exploitation avaient été conférés à abuser de leur position dominante, ce qui entraînait une violation de l'article 86 du traité puisque les échanges intracommunautaires s'en trouvaient affectés.

33. En troisième lieu, la Cour a rappelé qu'une réglementation nationale qui a pour effet de faciliter l'exploitation abusive d'une position dominante, susceptible d'af-

fecter le commerce entre les États membres, est normalement incompatible avec l'article 30 du traité, qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toute mesure d'effet équivalent, dans la mesure où cette réglementation a pour effet de rendre plus onéreuses et, donc, d'entraver les importations de marchandises en provenance d'autres États membres. La Cour poursuit en déclarant qu'«il ressort des constatations faites par 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»¹³.

34. Cette dernière citation peut être transposée quasi littéralement dans le contexte du cas présent. En effet, il résulte des constatations opérées par le juge de renvoi que la manutention des marchandises aurait pu être effectuée à moindres frais par de la main-d'œuvre non reconnue. Par ailleurs, le fait de devoir recourir nécessairement à cette main-d'œuvre reconnue parce qu'elle est titulaire de droits exclusifs devait entraîner des coûts supplémentaires susceptibles d'avoir une incidence sur les importations.

35. Dans quelle mesure les considérations que la Cour a faites dans l'arrêt *Merci* peuvent-elles être appliquées au cas présent par extrapolation?

36. Comme je l'ai indiqué antérieurement, il n'a pas été établi en l'espèce que l'exercice des activités qui font l'objet d'un droit exclusif soit soumis à aucune condition de nationalité déterminée. Les motifs pris de l'article 48 du traité devront dès lors être abandonnés dans la présente affaire.

37. Néanmoins, il ne semble pas qu'il en aille de même des autres motifs. Il convient donc d'examiner si les considérations fondées sur l'article 86 du traité peuvent être transposées en l'espèce. En d'autres termes, il faudra examiner si, à l'instar de ce qui avait été établi dans l'affaire *Merci*, les faits de l'espèce comportent une violation de l'interdiction de l'abus de position dominante. Si tel était le cas, il faudrait étudier si le régime national controversé enfreint également l'article 30 du traité dans la mesure où il suppose un obstacle à la libre circulation des marchandises. Il convient enfin de prendre en considération, ne fût-ce que pour le bénéfice de la seule analyse, l'article 85, dont la juridiction nationale a demandé l'interprétation.

L'existence éventuelle d'une infraction aux règles de la concurrence

38. Aussi bien la Commission que le gouvernement belge ont fait valoir que les règles communautaires de la concurrence ne s'appliquent pas au cas d'espèce parce que les ouvriers portuaires reconnus ne peuvent pas être considérés comme des «entreprises» au sens du traité CE.

13 — Arrêt *Merci*, déjà cité, point 22.

39. En effet, les règles de droit communautaire dont le juge belge demande l'interprétation figurent dans la première section de la troisième partie, titre V, chapitre 1, du traité CE, section intitulée «Les règles applicables aux entreprises». Qui plus est, les règles qui sont énoncées dans les articles 85 et 86 sont expressément adressées aux entreprises. Aux termes de ces règles sont interdits les «accords entre *entreprises*», les «décisions d'associations d'*entreprises*» et le fait «pour une ou plusieurs *entreprises* d'exploiter de façon abusive une position dominante». De la même manière, le paragraphe 1 de l'article 90 interdit aux États membres, «en ce qui concerne les *entreprises* publiques et les *entreprises* auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs», d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles du traité, notamment à celles qui sont énoncées aux articles 6 et 85 à 94 inclus.

Pour pouvoir appliquer les dispositions des articles 85, 86 et 90, il est donc indispensable que l'élément faisant obstacle à la libre concurrence soit le fait d'une ou de plusieurs entreprises.

40. Il faut préciser, à ce stade de l'analyse, quel comportement concret est susceptible d'être qualifié d'obstacle au jeu de la concurrence dans cette affaire. En d'autres termes, à supposer que l'on ait effectivement affaire à des entreprises en l'espèce, à laquelle des pratiques prohibées par le traité faudrait-il rattacher les faits en cause?

41. Selon moi, la situation du port de Gand ne pourrait, le cas échéant, être ramenée qu'à une hypothèse d'abus de position dominante par une entreprise titulaire de droits spéciaux ou exclusifs. Je ne crois donc pas que l'article 85 soit applicable en l'espèce.

42. Les salaires des ouvriers portuaires reconnus sont fixés conformément à des accords conclus au terme de négociations entre les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs. En ce sens, on pourrait faire valoir qu'il s'agit de conventions fixant directement ou indirectement les prix ou les autres conditions de transaction et qu'elles relèvent du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, sous a), du traité. Ces accords seraient cependant relativement inoffensifs s'ils n'étaient assortis de l'effet combiné de dispositions coercitives réservant le monopole du travail portuaire aux travailleurs dûment reconnus et rendant le résultat de ces négociations collectives obligatoires erga omnes.

43. En réalité, la réglementation nationale crée en faveur de l'ensemble des ouvriers portuaires reconnus des droits spéciaux ou exclusifs susceptibles de leur conférer une position dominante, situation à laquelle s'appliqueraient les règles communautaires de la concurrence si l'on pouvait considérer que l'ensemble de ces travailleurs peut constituer une entreprise. C'est la raison pour laquelle j'estime qu'il faut préciser davantage encore la portée de la question qui a été soumise à la Cour: seules les dispositions de l'article 86 combinées à celles de l'article 90, paragraphes 1 et 2,

du traité sont pertinentes en l'espèce. Je répète que ces dispositions ne seront applicables que si les pratiques prohibées sont le fait d'entreprises.

pendante pour pouvoir considérer qu'une filiale est une entreprise distincte de sa société mère. Les deux arrêts précités avaient pour cadre juridique le régime de financement des ferrailles institué par la Haute Autorité de la CECA.

La notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence

44. La première définition du terme « entreprise » que la Cour ait donnée remonte à un arrêt du 22 mars 1961¹⁴, dans lequel la Cour a déclaré que la notion d'entreprise au sens du traité s'identifie au concept de personne physique ou morale et que, partant, plusieurs sociétés possédant des personnalités juridiques distinctes ne peuvent pas constituer une entreprise unique au sens du traité, même lorsque ces sociétés ont fait l'objet d'une intégration économique poussée à l'extrême¹⁵). Dans l'arrêt Klöckner-Werke et Hoesch/Haute Autorité qu'elle a rendu le 13 juillet 1962, elle insiste sur des critères analogues bien qu'elle introduit déjà une dimension économique importante dans la définition¹⁶. La Cour a déclaré alors qu'une entreprise « est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un objet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé »¹⁷. Dans l'une comme dans l'autre situation, la Cour entendait souligner l'importance du critère formel de la personnalité juridique indé-

45. En matière d'harmonisation des dispositions à caractère social du secteur des transports également, la Cour a préféré une interprétation mettant principalement l'accent sur l'autonomie juridique et organisationnelle de l'entité considérée. Il fallait, dans ce contexte, entendre par « entreprise » « un sujet de droit autonome, quelle que soit sa forme juridique, qui exerce de manière durable une activité de transport et qui a le pouvoir d'organiser et de contrôler le travail des conducteurs et des membres de l'équipage »¹⁸.

46. Une définition de ce type me paraît d'autant moins utile à la solution du présent litige qu'aussi bien le contexte dans lequel elle a été donnée que les fins que poursuivait alors l'interprétation sont totalement étrangers au sujet de la cause présente¹⁹.

47. C'est déjà dans le cadre du droit de la concurrence que, dès 1984, la jurisprudence a donné la première définition de la

14 — Arrêt SNUPAT/Haute Autorité (42/59 et 49/59, Rec. p. 101).

15 — Rec. p. 151 in fine et 152.

16 — 17/61 et 20/61, Rec. p. 615. Voir également l'arrêt que la Cour a rendu le même jour dans l'affaire Mannesman/Haute Autorité (Rec. p. 675), sur des bases juridiques identiques.

17 — Arrêt Mannesman/Haute Autorité, précité, p. 646.

18 — Arrêt du 2 octobre 1991, Vandevenne e.a. (C-7/90, Rec. p. I-4371, point 9).

19 — Il n'est dès lors pas surprenant que, pour interpréter l'article 85 du traité, le Tribunal de première instance ait préféré une rédaction plus axée sur l'économie que sur le fondement juridique concret. Voir, en ce sens, l'arrêt qu'il a rendu le 10 mars 1992 dans l'affaire Shell/Commission (T-11/89, Rec. p. II-757, points 311 et 315).

notion d'entreprise. A la faveur d'une question préjudicielle qui lui avait été adressée à propos de l'interprétation d'une règle communautaire relative à l'exemption par catégories d'accords d'exclusivité, la Cour avait déclaré que « la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales »²⁰.

Plus récemment, la Cour a déclaré, dans ce qui devrait apparaître comme une clause de style, que, dans le contexte du droit de la concurrence, « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »²¹.

En matière de concurrence, l'élément caractéristique de la définition se déplace donc des critères de l'autonomie du sujet vers des considérations d'unité d'un point de vue économique. Néanmoins, comme j'aurai l'occasion de l'exposer plus en détail ultérieurement, le sujet considéré doit jouir, en même temps, d'un certain niveau d'autonomie à caractère essentiellement économique.

48. Il est vrai que, lorsqu'elle a été invitée à interpréter la notion d'« entité qui exerce une activité économique », la Cour était appelée à se prononcer davantage sur le caractère économique de l'activité en cause que sur la notion d'entité. C'est la raison pour laquelle le problème essentiel auquel elle a été confrontée était de déterminer si certaines activités procédaient ou non de prérogatives du pouvoir public: placement de personnel²², gestion du service public de la sécurité sociale²³, contrôle et police de l'espace aérien²⁴, gestion d'un régime facultatif d'assurance vieillesse complémentaire²⁵.

49. Je ne crois pas, cependant, que l'on puisse raisonnablement mettre en cause la nature économique des activités portuaires litigieuses. En effet, « est une activité économique toute activité qui consiste à offrir des biens ou des services sur un marché déterminé »²⁶. Les ouvriers portuaires offrent, contre rétribution, des services qui consistent en divers travaux portuaires: chargement, déchargement, transbordement, stockage. Le problème est de savoir si ces ouvriers portuaires peuvent être considérés comme une entité à laquelle pourraient s'appliquer les règles communautaires de la concurrence.

50. Le seul précédent jurisprudentiel susceptible de présenter un fil conducteur dans cette matière est, selon moi, l'arrêt que la

20 — Arrêt du 12 juillet 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, Rec. p. 2999, point 11).

21 — A propos de la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité, voir, notamment, les arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21); du 17 février 1993, Poucet et Pistre (C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, point 17); du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43, point 18), et du 16 novembre 1995, FPSA e.a. (C-244/94, Rec. p. I-4013, point 14).

22 — Arrêt Höfner et Elser, déjà cité.

23 — Arrêt Poucet et Pistre, déjà cité.

24 — Arrêt SAT Fluggesellschaft, déjà cité.

25 — Arrêt FPSA e.a., déjà cité.

26 — Arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie (118/85, Rec. p. 2599, point 7).

Cour a rendu le 18 juin 1998 dans l'affaire *Commission/Italie*²⁷ et dans lequel elle a déclaré qu'en autorisant l'adoption d'un tarif obligatoire pour tous les expéditeurs en douane, la République italienne avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 5 et 85 du traité. Je ne reprendrai que les éléments de cet arrêt que j'estime intéressants pour la présente affaire.

51. Le gouvernement italien prétendait que l'article 85 ne s'appliquait pas dans cette affaire parce que, s'il exerce une profession libérale et est un travailleur indépendant à l'instar d'un avocat, d'un géomètre ou d'un interprète, l'expéditeur en douane ne peut toutefois pas être considéré comme une entreprise au sens de l'article 85 dès lors que les services qu'il preste sont de nature intellectuelle et que l'exercice de sa profession nécessite une autorisation et implique le respect de certaines conditions. Le traité ferait d'ailleurs, selon lui, une distinction entre les travailleurs indépendants et les entreprises, de sorte que toute activité non salariée ne serait pas nécessairement exercée dans le cadre d'une entreprise. De plus, ferait défaut l'élément organisationnel indispensable, c'est-à-dire la réunion d'éléments personnels, matériels et immatériels durablement affectés à la poursuite d'un but économique déterminé.

52. La Cour n'a eu aucune peine à préciser le caractère économique de l'activité des expéditeurs en douane. Quant à l'autre condition nécessaire, à savoir que les opérateurs concernés doivent avoir une auto-

nomie suffisante et pouvoir être considérés comme une entité, la Cour a déclaré que l'expéditeur en douane assume les risques financiers liés à l'exercice de cette activité et qu'en cas de déséquilibre entre dépenses et recettes, il est appelé à supporter lui-même les déficits. Par conséquent, conclut la Cour, « la circonstance que l'activité d'expéditeur en douane serait intellectuelle, nécessiterait une autorisation et pourrait être poursuivie sans la réunion d'éléments matériels, immatériels et humains n'est pas de nature à l'exclure du champ d'application des articles 85 et 86 du traité CE »²⁸.

53. C'est cette capacité d'assumer des risques financiers qui confère à un opérateur les caractéristiques qui lui permettent d'être considéré comme un véritable sujet des échanges économiques, c'est-à-dire comme une entreprise. En d'autres termes, la notion d'entreprise requiert, au minimum, l'existence d'un centre identifiable auquel les décisions à caractère économique peuvent être imputées.

54. C'est la raison pour laquelle les travailleurs salariés ne sont pas des entreprises. En tant qu'organes auxiliaires de l'entreprise, ils forment avec celle-ci une unité économique²⁹.

55. À cet égard, je crois qu'il est important d'insister sur la nature autonome de toute

28 — Point 38, Rec. p. I-3896.

29 — Voir, à ce propos, l'arrêt du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission* (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 539).

définition de l'entreprise au sens des règles de concurrence du traité. La qualification donnée dans les ordres juridiques nationaux n'a que la valeur d'un indice supplémentaire dont le juge communautaire doit tenir compte. De manière similaire, les qualifications négatives en provenance du droit national ne sont pas non plus décisives. Cela veut dire qu'une entité qui exerce une activité économique ne cesse pas d'être une entreprise aux fins de l'application des règles de la concurrence pour la seule raison que le droit national ne lui confère pas ce statut. Cela signifie qu'il ne suffit pas qu'une relation juridique soit qualifiée de contrat de travail dans un ordre juridique déterminé pour qu'elle soit exclue du champ d'application des règles communautaires applicables aux entreprises. Tout comme il y a lieu de le faire avec la définition même de l'entreprise, il faudra s'en remettre non pas à la forme juridique de la prestation, mais à sa réalité propre et à ses caractéristiques concrètes.

56. Le régime applicable aux travailleurs reconnus du port de Gand présente quelques particularités qui l'éloignent de ce que l'on pourrait appeler une relation de travail typique. D'une part, il s'agit de travailleurs journaliers, liés à l'employeur par des contrats de travail, au sens de la législation nationale, qui sont conclus pour des périodes courtes, voire très courtes. Par ailleurs, la passation de ces contrats n'est pas soumise à la condition de la forme écrite (voir le point 4 plus haut).

Je ne crois pas que ces deux éléments soient, en eux-mêmes, de nature à rendre inopérante, aux fins qui importent en l'espèce, la qualification de contrats de

travail que le droit belge accorde à de tels contrats ni susceptibles de les rapprocher de ce qu'il convient d'appeler une prestation de services indépendants.

En effet, il ne semble pas que l'on puisse déduire des données dont la Cour dispose que, considérés individuellement, les ouvriers portuaires du port de Gand agissent d'une manière permettant de présumer l'existence, dans le chef de chacun d'eux, d'un centre identifiable auquel les décisions économiques pourraient être imputées. Bien qu'ils offrent leurs services à des clients différents, ils reçoivent des ordres de ceux-ci et ne supportent aucun risque commercial. Dans ces circonstances, il convient de conclure que les ouvriers portuaires exercent, d'un point de vue social, une activité qui, de par sa fonction, se distingue de celle de n'importe quelle entreprise de services³⁰. La notion de travailleur suppose, en effet, qu'une personne accomplisse, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération. C'est ce que la Cour a précisément déclaré à propos des ouvriers portuaires italiens³¹. Je ne dispose d'aucun élément qui me permettrait d'adopter une conclusion différente à propos des ouvriers portuaires belges.

57. Il ne faut pas confondre le point de savoir si les ouvriers portuaires considérés

30 — Voir, à cet égard, les conclusions que l'avocat général Jacobs a présentées dans l'affaire Albany International e.a. (C-67/96, C-115/97, C-116/97, C-117/97 et C-219/97, Rec. p. 0000), dans laquelle la Cour n'a pas encore statué.

31 — Arrêt *Merci*, déjà cité, point 13.

individuellement peuvent être qualifiés de travailleurs et la question de savoir si l'ensemble de ces ouvriers portuaires se comporte dans le trafic économique comme une entité pouvant être considérée comme une entreprise aux fins de l'application des règles de la concurrence. Tel serait le cas, par exemple, si le travailleur, sans cesser d'être dans une relation de subordination par rapport à l'entreprise, était lié aux autres travailleurs de celle-ci par un rapport d'association ³².

58. Or, force est de reconnaître que l'ordonnance de renvoi ne contient aucune donnée susceptible de révéler l'existence de liens d'association entre les ouvriers portuaires. Dans ces conditions, la Cour a adressé aux parties qui avaient comparu une question à laquelle elles étaient invitées à répondre par écrit. La Cour leur demandait d'expliquer la forme d'organisation concrète que les ouvriers portuaires du port de Gand avaient adoptée pour offrir leurs services, pour passer les contrats y relatifs et pour prester les services en question. La Cour voulait savoir, en particulier, s'ils s'étaient dotés d'une structure commune de direction ou d'administration ou s'ils s'étaient constitués en associations ou corporations pour exécuter les travaux qui leur sont commandés ou pour appliquer d'éventuelles règles disciplinaires.

Il appert des réponses du gouvernement belge et du représentant de SMEG qu'il n'existe, entre les ouvriers portuaires reconnus, aucune organisation, du moins sur le plan formel, visant à régler l'offre des

services, la passation des contrats et la prestation des services. Pour faciliter l'offre de leurs services et passer leurs contrats, les travailleurs reconnus disposent de bureaux d'emploi ad hoc. Ces bureaux ne sont cependant rien d'autre que des dépendances de l'organisme public de placement compétent (à savoir le Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling).

Il ne semble pas non plus que les ouvriers portuaires aient constitué ou puissent constituer une entité indépendante destinée à diriger ou à administrer les services qu'ils sont appelés à prester. S'ils sont effectivement membres d'associations syndicales comme n'importe quels autres travailleurs, leur participation à des tâches de direction ou d'administration se limitent à élire les délégués qui les représentent dans les commissions et sous-commissions paritaires. Ces mêmes organes paritaires sont à leur tour chargés d'exercer le pouvoir disciplinaire dans la mesure où celui-ci dépasse le cadre d'une relation individuelle de travail, à défaut de quoi le pouvoir disciplinaire appartient à l'employeur lui-même.

59. Sans vouloir nier la réalité de la situation qui vient d'être exposée, le représentant de SMEG se réfère, il est vrai, dans sa réponse écrite, à de nombreux accords et pratiques occultes qui donnent une image bien différente de la manière dont l'exécution des opérations portuaires est organisée dans le port de Gand.

60. Il n'appartient pas à la Cour de vérifier, dans le cadre d'une demande de décision

32 — Ibidem.

préjudicielle, la véracité d'allégations telles que celles qu'a faites le représentant de SMEG dans la mesure où elles se réfèrent à des faits qui ne sont pas constatés dans l'ordonnance de renvoi et ne sont pas la conséquence du cadre réglementaire dans lequel se déroule l'affaire au principal. J'estime en conséquence qu'il ne faudra pas en tenir compte au moment de répondre à la juridiction belge.

61. Dans ces conditions, comme je n'ai pas rencontré d'élément susceptible de dénaturer le caractère exclusivement « de travail » que revêt la relation juridique dans le cadre de laquelle les ouvriers portuaires prestent leurs services et comme il n'a pas été établi qu'il existait une forme d'organisation quelconque susceptible d'être considérée comme une entreprise aux fins de l'application des règles communautaires de la concurrence, je dois conclure que celles-ci ne sont pas d'application en l'espèce.

Conclusion

62. Pour les raisons que je viens d'exposer, je propose à la Cour de répondre de la manière suivante à la demande de décision préjudicielle qui lui a été adressée par la Cour d'appel de Gand:

- « 1) L'article 90, paragraphe 1, du traité CE lu en combinaison avec les articles 85 et 86 engendrent, dans le chef des particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder.
- 2) Il ne résulte de l'analyse du dossier aucun élément susceptible de dénaturer le caractère exclusivement 'de travail' que revêt la relation juridique dans le cadre de laquelle les travailleurs reconnus de la zone portuaire de Gand prestent leurs services et d'établir l'existence d'une forme d'organisation quelconque susceptible d'être considérée comme une entreprise aux fins de l'application des règles communautaires de la concurrence. Les articles 85, 86 et 90, paragraphe 1, du traité CE ne sont donc pas applicables. »