CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI

présentées le 31 mars 1987 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le 8 juillet 1985, la Commission des Communautés européennes a adopté la décision C(85) 1089 « instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers » et, trois jours plus tard, elle l'a notifiée aux représentations permanentes des États membres. Une version modifiée C(85) 1089 rév. de cette décision a été transmise le 18 juillet à la représentation française et l'acte a été définitivement publié sous le numéro 85/381 au Journal officiel du 14 août 1985 (JO L 217, p. 25).

Par des recours introduits les 17 et 23 septembre 1985, la République fédérale d'Allemagne (affaire 281/85), la République française (affaire 283/85), le royaume des Pays-Bas (affaire 284/85), le royaume de Danemark (affaire 285/85) et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (affaire 287/85) ont demandé l'annulation de la décision précitée. Il y a lieu de signaler, en outre, que trois ordonnances du 19 février 1986 ont admis les Pays-Bas à intervenir à l'appui des conclusions de l'Allemagne, le Royaume-Uni à l'appui des conclusions de la France et le Parlement européen à l'appui des conclusions de la Commission. Rappelons encore que, par ordonnance du 9 juillet 1986, la Cour a joint: a) au fond, la question de recevabilité soulevée par la Commission dans l'affaire 284/85; b) les cinq affaires aux fins de la procédure orale et de l'arrêt. Nos conclusions portent donc sur l'ensemble des recours.

2. La décision litigieuse est fondée sur l'article 118 du traité CEE qui, selon la Commission, l'habilite à « promouvoir la collaboration entre les États ... dans le domaine social ... et (à) organiser à cet effet les consultations appropriées » (septième considérant). Son contenu s'articule en trois groupes de dispositions qui sont toutes destinées aux États membres: l'article 1er, qui leur impose une série d'obligations d'information; l'article 3, qui détermine les objectifs de la concertation à laquelle les gouvernements respectifs sont appelés à prendre part; les articles 2 et 4, qui précisent les modalités de la procédure correspondante.

Les informations que les États sont tenus de fournir concernent leurs politiques migratoires. Elles ont donc pour objet les mesures et les accords par lesquels ils ont mené (article 1er, paragraphe 2) et entendent poursuivre ces politiques. La Commission, au demeurant, s'intéresse surtout aux mesures projetées. En effet, l'article 1er, paragraphe 1, oblige les États à communiquer en temps utile ou, au plus tard, lorsqu'ils sont rendus publics: a) les projets de mesures qui visent tant les travailleurs ressortissants des pays tiers que les membres de leurs familles et portent sur les domaines suivants: l'entrée, le séjour et l'emploi, même illégaux, l'égalité de traitement en matière de conditions de vie, de travail, de salaire et de droits économiques, l'intégra-

* Traduit de l'italien.

tion professionnelle, sociale et culturelle, le retour volontaire dans les pays d'origine; b) les projets d'accords destinés spécialement à régler les matières précitées; c) les accords de coopération que les États envisagent de négocier ou de reconduire avec les pays tiers, lorsque ces accords comportent des dispositions portant sur ces mêmes matières; d) les projets d'accords, qui sont également à négocier ou à reconduire avec les pays tiers, relatifs aux conditions de séjour et d'emploi des ressortissants communautaires et des membres de leurs familles qui travaillent dans ces pays.

Les finalités de la concertation sont de trois ordres. Elle vise, en premier lieu, à faciliter l'information mutuelle, l'identification de problèmes d'intérêts communs et, par là même, l'adoption d'une position commune, notamment à l'égard des accords internationaux relatifs aux migrations. Son deuxième objectif consiste à assurer que les projets d'accords et de mesures visés à l'article 1er soient conformes aux politiques et aux actions communautaires, y compris les aides au développement, et n'en compromettent pas les résultats, en particulier en ce qui concerne la politique communautaire du marché du travail. Le troisième objectif est d'examiner l'opportunité de mesures communautaires ou nationales destinées à harmoniser les législations nationales sur les étrangers, de promouvoir l'inclusion dans les accords bilatéraux d'un maximum de dispositions communes et de rendre plus efficace la protection des ressortissants communautaires résidant ou travaillant dans les pays tiers.

Comme nous l'avons dit, les articles 2 et 4 régissent les aspects de procédure de la concertation. La première disposition prévoit en son paragraphe 1 que, dans un délai de quinze jours à compter de la notification des informations sur les projets d'accords et/ou de mesures nationales, la Commission prend l'initiative de la concertation ou un État membre demande de procéder à celle-ci. Elle aura lieu dans les six semaines suivantes ou immédiatement si un État invoque l'urgence. Toujours à la demande d'un État ou de sa propre initiative, la Commission peut organiser, par ailleurs, à tout moment une concertation que nous appellerons « extraordinaire »; elle devra cependant porter sur des questions qui n'ont pas déjà fait l'objet d'une concertation ordinaire ou, si cela était le cas, qui ont mis en évidence des aspects nouveaux.

En vertu de l'article 4, la concertation est organisée par la Commission qui assure la présidence des réunions ainsi que le secrétariat. Il n'est cependant pas porté atteinte aux compétences des organes déjà existants, et, en particulier, des comités consultatif et technique sur la libre circulation des travailleurs, telles qu'elles ont été fixées par le règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968 (JO L 257, p. 2). Enfin, la même disposition exige que les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la procédure de concertation et, le cas échéant, gardent secrètes les informations qu'ils ont reçues à cette occasion.

3. L'interprétation d'une disposition primaire se trouve au centre du litige: l'article 118 du traité CEE. En effet, à la différence de la partie défenderesse, les États requérants estiment que cet article ne lui confère aucune compétence dans le domaine des politiques migratoires à l'égard des pays tiers et, surtout, qu'il ne justifie pas l'adoption d'actes contraignants. Il sera donc utile d'entamer notre analyse par un examen de la disposition précitée et, en particulier, des critères qui ont présidé à son application, des actes qui ont été fondés sur elle, de la

pratique que la Commission a suivie jusqu'à présent en matière de consultations entre les États membres.

Le contenu de l'article, qui figure dans le chapitre 1 (« Dispositions sociales ») du titre III « (Politique sociale »), est bien connu. Le premier de ses trois alinéas énonce les fins que le législateur a voulu réaliser en l'adoptant. Il dispose que, « sans préjudice des autres dispositions du ... traité, et conformément aux objectifs généraux de celui-ci, la Commission a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives à l'emploi, au droit du travail et aux conditions de travail, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la sécurité sociale, à la protection contre les accidents et les maladies professionnelles, à l'hygiène du travail, au droit syndical et aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs ».

A l'alinéa 2 sont indiqués les instruments que l'exécutif est tenu d'employer pour la réalisation de ces objectifs. « La Commission — y dispose-t-on — agit en contact étroit avec les États membres, par des études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui intéressent les organisations internationales. » L'alinéa 3 énonce une condition importante en matière de formes substantielles en disposant que, « avant d'émettre les avis prévus au présent article, la Commission consulte le Comité économique et social ».

Cela dit, il convient d'observer immédiatement qu'il n'y a jamais eu de consensus sur les principes dont doit s'inspirer l'application de l'article 118 ou, plus concrètement, sur la manière dont la Commission doit faire usage des pouvoirs que lui confère cette disposition. Dès le début des années 60, il est apparu comme évident que les États membres, ou la plupart d'entre eux, entendaient contenir cette utilisation dans des limites aussi étroites que possibles. Ainsi, les rencontres auxquelles la Commission a convié leurs autorités compétentes dans le domaine social pour examiner les formes d'une collaboration réciproque ce sont rapidement soldées par un échec. Qui plus est, les gouvernements ont manifesté de sérieuses réserves sur le droit de l'exécutif d'adopter des recommandations (1967) et, bien que la disposition les mentionne explicitement, de rédiger des avis. Ces derniers, a-t-on observé, sont émis dans l'exercice d'une fonction consultative; ils ne peuvent donc pas être élaborés et diffusés sans une demande expresse des États.

Une attitude non moins méfiante et rigoureuse est apparue en matière d'études. A cet égard, au contraire, les représentants des États ont élaboré au cours des réunions du 24 mai et des 21 et 22 octobre 1963, un véritable code de conduite auquel la Commission aurait dû se conformer. Plus précisément, il a été convenu: a) que, avant de procéder à l'étude de nouvelles questions sociales, elle devait soumettre son projet au Conseil ou aux gouvernements et ne pouvait l'entamer qu'après avoir obtenu l'approbation unanime de ceux-ci; b) que, sans l'accord préalable des gouvernements, il ne lui était pas permis de tirer des études effectuées des conclusions sur la base desquelles des politiques spécifiques devaient être poursuivies; c) qu'elle ne pouvait se servir des résultats auxquels avait abouti la conférence sur la sécurité sociale de 1962 qu'avec la participation des gouvernements et d'experts indépendants; d) que la décision sur l'intervention des partenaires sociaux appartiendrait uniquement, et cas par cas, aux gouvernements.

En revanche, les délégués nationaux ne sont pas parvenus à s'accorder sur l'organe chargé de déterminer les sujets d'étude. Il est cependant révélateur de leurs intentions que les doutes qu'ils ont manifestés se sont réduits au choix entre le Conseil et une réunion intergouvernementale devant se tenir dans le cadre du Conseil (voir le rapport du député Nederhorst sur l'application des dispositions sociales contenues dans l'article 118, Parlement européen, doc. sess. 1965-1966, n° 60, 14 juin 1965, p. 9, et Heyning: « Problèmes institutionnels posés par la mise en œuvre d'une politique sociale au niveau communautaire », in *Revue du marché commun*, 1967, p. 198 et suiv.).

Une ligne encore plus énergique a été adoptée par le Parlement européen. En effet, dans sa résolution du 16 juin 1965, il a préconisé une interprétation explicitement « extensive » de l'article 118 et des autres dispositions du traité « qui attribuent ... à la Commission ... un droit d'initiative et une mission de coordination qui l'autorisent à prendre des initiatives communautaires dans le domaine social ». Il y avait donc lieu de rejeter « le point de vue des gouvernements de certains États membres qui estiment qu'un accord complet entre (eux) doit être préalablement réalisé avant que la Commission ... ne soit autorisée à mettre à l'étude de nouvelles questions d'ordre social ou à faire des recommandations en vertu de l'article 118 » (JO 1965, p. 2018).

Certes, des approches plus ouvertes n'ont pas manqué. En particulier, un « mémorandum sur la politique sociale » du gouvernement italien (1964) a sévèrement critiqué l'« interprétation restrictive » de l'article 118 qui prévalait jusque-là. Cette lecture, affirme le document, avait abouti à une impasse, d'une part, en réduisant les interventions de la Communauté à quelques actes d'une efficacité réduite ou nulle et, d'autre part, en exigeant pour les décisions les plus importantes la procédure paralysante des conférences entre les représentants des gouvernements. Rien n'interdit au contraire d'atteindre les objectifs de la disposition par la « dynamique normale » des instruments communautaires; et on ne saurait objecter à cela que, selon l'article 118, la Commission peut uniquement promouvoir une collaboration étroite entre les États membres, parce que la disposition prévoit, par ailleurs, que cette mission doit être remplie « sans préjudice des autres dispositions du ... traité » (le texte du mémorandum est joint en annexe au rapport, précité, de M. Nederhorst, p. 20).

Ces interventions ont suscité un débat assez vif qui a eu pour protagonistes le Conseil et le Parlement. Le 19 décembre 1966, se prononçant à propos des études, la première institution a répété sèchement les thèses que les États membres avaient soutenues trois années auparavant. La réplique de l'Assemblée fut vigoureuse. Ainsi, une résolution du 1er février 1967 s'est élevée « contre les tendances ... (à préférer) ... des procédures bilatérales ou multilatérales ad hoc plutôt que ... des mesures communautaires conformes aux traités ... qui trouvent leurs bases politiques et juridiques dans les engagements ... souscrits par les États ». Mais le Conseil n'en a tenu aucun compte. Ses deux programmes du 29 février 1968 [annexe II au doc. 1413 f 68 (doc. 84) du 26.9.1968] et du 27 juillet 1971 (JO C 23 du 8.3.1972, n° 20) ont de nouveau abordé la matière des études en attribuant à la Commission un rôle à certains égards encore plus restreint et subordonné. En effet, elle s'est vu attribuer un droit de participer au choix des sujets d'étude; mais, dans le même temps, le pouvoir de diriger d'une manière autonome l'exécution des recherches lui a été retiré. « L'état d'avancement des travaux —

affirme le texte de 1971 — devrait être examiné *en commun* et à des *intervalles réguliers* afin que le caractère unitaire et cohérent (du) programme puisse être respecté » (souligné par nous).

4. Dissensions donc; mais, surtout, froideur, défiance et une défense à couteaux tirés de la souveraineté nationale même devant des instruments d'incitation ou d'information. Mais une analyse des actes fondés sur l'article 118 révèle que, au moins à partir de la fin des années 60, la Commission ne s'est pas laissée enfermer complètement dans le réduit que lui ont réservé le Conseil et les États. Des recherches, même d'un bon niveau, ont été menées. Et si, à notre connaissance, il n'y a pas eu d'avis, les recommandations émises par le Berlaymont sont au moins au nombre d'une dizaine. Il est vrai que l'article 118 ne mentionne pas cette dernière catégorie d'actes, mais le fait que la Commission ait le pouvoir de les adopter est admis par l'article 155 qui utilise des expressions (« sur les matières qui font l'objet du ... traité », « si elle l'estime nécessaire ») dont la portée ne saurait être plus large. Il est plutôt utile de rappeler — et l'importance de la remarque apparaîtra par la suite — que les recommandations que nous venons d'évoquer ont *toujours* été soumises à l'avis du Comité économique et social.

Enfin, une surprise: la mesure litigieuse n'est pas la première de son genre que la Commission a prise sur la base de notre disposition. Les comités paritaires pour les problèmes sociaux de la pêche maritime et des salariés agricoles ont, en effet, été institués le 25 juillet 1974 par deux décisions qui portent les numéros 74/441 et 74/442; et on ne peut pas dire, comme nous le verrons mieux au point 7, que les États membres et le Conseil aient réagi à l'utilisation de ce mécanisme par des polémiques ou même seulement par des froncements de sourcils.

Venons-en aux consultations. Elles ont été fréquentes et de nature diverse: certaines, demandées par les gouvernements et organisées sous la forme de réunions ad hoc entre leurs « conseillers sociaux » et des fonctionnaires communautaires; d'autres, qualifiées de « conférences européennes », ont été menées avec l'intervention de représentants des États, de délégués des partenaires sociaux, d'experts et ont été consacrées à l'examen de certains grands problèmes (les conséquences sociales du progrès technique, en 1960, la sécurité sociale, en 1962); d'autres encore, appelées tour à tour séminaires, colloques, journées d'études, tables rondes, ont porté sur l'étude de sujets moins importants (les logements sociaux, en 1963, la médecine du travail et la formation sociale, en 1964). Il faut encore rappeler les avis écrits que la Commission demande aux comités prévus par le traité et à des groupes bipartites ou tripartites institués par des dispositions secondaires. Dans ce cadre sont mis au point les chapitres du rapport sur la situation sociale de la Communauté que, selon l'article 122 du traité, la Commission doit soumettre chaque année au Parlement.

Une activité considérable, en définitive, mais, cette fois, il faut le reconnaître, organisée par la Commission dans des conditions de nette subordination. La doctrine a relevé que la décision sur le point de savoir si, comment ou quand les consultations doivent avoir lieu appartient aux États et que l'exécutif ne peut ni imposer les sujets de discussion ni fixer les règles de procédure (voir Knolle: « Article 118 », in *AA. VV., EWG-Vertrag Kommentar,* deuxième édition, Baden-Baden, 1974, p. 1515). De fait,

la pratique semble confirmer cette thèse pourtant discutable. Les rencontres ou les avis que la Commission a convoqués ou sollicités sans s'assurer l'approbation du Conseil ont été, en effet, assez rares. Il en a été ainsi — mais il s'agit seulement d'exemples — dans le cas des consultations écrites sur la mise en œuvre de l'article 118 (Ribas: *La politique sociale des Communautés européennes*, Paris, 1969, p. 47) et dans celui de la table ronde sur la politique sociale dans le secteur des transports. En l'occurrence, le Conseil a indiqué les sujets qui devaient être inscrits à l'ordre du jour et les délégations nationales ont précisé dans le détail le rôle que joueraient les fonctionnaires gouvernementaux présents aux travaux (huitième sommaire des activités du Conseil, avril-septembre 1963, p. 40).

5. Il est temps d'examiner les faits du litige, ce qui signifie, en l'espèce, que nous parcourions les nombreuses étapes du processus qui a abouti à la décision 85/381 et aux recours sur lesquels vous êtes appelés à vous prononcer.

Pour autant que nous sachions, les antécédents les plus lointains de notre décision remontent à 1974 ou, même, à 1972. En effet, au mois d'octobre de cette dernière année, la conférence des chefs d'État ou de gouvernement réunie à Paris a invité les autorités de Bruxelles à relancer l'action communautaire dans le domaine social en prévoyant les mesures et les moyens nécessaires. Quatorze mois plus tard, le 21 janvier 1974, le Conseil a donné suite à cette invitation en approuvant une résolution (JO C 13, p. 1) dans laquelle la « réalisation du plein et du meilleur emploi aux niveaux communautaire, national et régional » était considérée comme la « condition essentielle d'une politique sociale efficace » et était pris l'engagement d'adopter avant 1976 les mesures aptes à la réaliser. Parmi ces dernières — voici le point important — figurait un « programme d'action » visant: a) à favoriser l'égalité de traitement des travailleurs communautaires et extracommunautaires « en matière de conditions de vie et de travail, de salaire et de droits économiques »; b) « à promouvoir une concertation des politiques migratoires vis-à-vis des pays tiers ».

Trois épisodes, revêtant une certaine importance et ayant les mêmes organes pour protagonistes, suivirent. Toujours en 1974, le sommet des chefs d'État ou de gouvernement (Paris, 9 et 10 décembre) a indiqué au point 10 du communiqué final la nécessité d'harmoniser progressivement les législations sur les étrangers. Deux années plus tard, une nouvelle résolution du Conseil (9 février 1976, JO C 34, p. 2) a repris les thèmes du texte que nous venons de citer, y a ajouté une remarque quant à la nécessité d'une lutte commune contre l'immigration clandestine de la main-d'œuvre non communautaire et a conclu en exprimant sa « volonté politique » de réaliser les actions promises en respectant les compétences des sujets intéressés. Enfin, le 11 décembre 1978, la « commission générale du dialogue euro-arabe » a approuvé à Damas une « déclaration relative aux principes qui régissent les conditions de vie et de travail des travailleurs migrants des deux zones ». Elle a, elle aussi, garanti l'égalité de traitement sur le plan des droits économiques et des libertés publiques fondamentales (vingt-sixième sommaire de l'activité du Conseil, 1er janvier-31 décembre 1978, p. 59).

A ce stade est entrée en scène la Commission qui avait jusqu'alors semblé s'intéresser d'une manière assez marginale aux politiques migratoires. Précise dans la description de la toile de fond socio-économique du problème et attentive aux objectifs stratégi-

ques comme aux détails de procédure, la communication qu'elle a transmise au Conseil le 23 mars 1979 [doc. COM(79) 115 final] constitue un chapitre des plus importants de notre affaire. Il y a donc lieu de l'examiner avec soin.

Le texte commence par une reconnaissance qui est également un geste de prudence: il incombe au Conseil de décider sur le « principe de la concertation entre les États membres et la Commission » (point 2.10). Mais le ton se fait subitement incisif. Cette concertation est en effet indispensable. La libre circulation des travailleurs communautaires l'impose, mieux, la conçoit comme son « corollaire » (point 3.2); c'est-à-dire une valeur que l'admission des étrangers — aujourd'hui inconsidérée, mal organisée et souvent réalisée sous des formes illégales — risque de compromettre sérieusement. Il s'agit donc de définir ensemble des mesures qui mettent de l'ordre dans l'immigration des travailleurs originaires des pays tiers en maintenant et en renforçant la « priorité (des) ressortissants de la Communauté » sur le marché commun du travail (point 3.5). Le problème se pose d'une manière particulièrement aiguë pour les travailleurs britanniques, irlandais et danois pendant la période transitoire. Comment leur garantir la préférence par rapport à la main-d'œuvre extérieure pour l'accès aux emplois disponibles: voilà le premier thème d'une concertation qui devrait être engagée immédiatement (point 4.1).

Quant à la procédure qu'il y a lieu d'appliquer aux réunions dans le cadre desquelles ces arguments seront abordés, aucun nouveau mécanisme ne semble nécessaire. Il suffira de recourir à l'article 19 du règlement n° 1612/68 du Conseil qui est suffisamment souple pour s'adapter également au domaine des politiques migratoires. La Commission devra donc faire rapport tant sur les résultats auxquels donne lieu le mécanisme communautaire pour le contrôle et la compensation des offres et des demandes d'emploi que sur l'évolution prévisible du marché, et, notamment, sur l'acceptation probable par la main-d'œuvre communautaire des emplois offerts. Rien n'interdit ensuite que l'on crée, pour la solution de problèmes spécifiques, des groupes ad hoc auxquels sont associés les partenaires sociaux.

6. Comme on pouvait aisément l'imaginer, le document ainsi résumé a apporté un peu d'air frais dans la confrontation rude, mais étouffée qui s'est déroulée pendant des années entre les États membres, le Conseil et la Commission au sujet des critères sur la base desquels l'article 118 doit être appliqué. Le rapport rédigé par le Coreper pour la session du Conseil « travail et affaires sociales » (doc. SOC 266 du 15.11.1979) a reconnu, par exemple, l'existence d'un lien entre les politiques migratoires et la priorité des travailleurs communautaires en proposant que les États en fassent l'objet d'une concertation. Pour ceux qui avaient perçu des dangers même dans les études de sociologie ou de droit du travail, le progrès n'était pas mince et les réserves que certains gouvernements ont exprimées sur le plan de la procédure ne suffisaient pas à le compenser entièrement. Ici, en effet, les préoccupations nationalistes ont repris le dessus. Ainsi — a affirmé la France —, le comité consultatif du règlement n° 1612/68 n'est pas l'enceinte appropriée si les sujets à traiter mettent en cause la souveraineté; le comité technique conviendrait alors davantage, mais également à la condition qu'il n'entende pas élaborer les positions de négociation de la Communauté. En tout état de cause — ont averti la France et l'Allemagne —, il y a lieu d'exclure qu'un mandat d'ordre général soit donné à la Commission et — a ajouté le Danemark — la concertation ne devra pas déboucher sur des instruments contraignants.

En réponse à ces mises en garde, la Commission a affirmé qu'elle concevait la

concertation comme une méthode destinée à lui permettre de faire des propositions et non pas d'adopter des actes. Mais, à cet égard, la formule la plus précise — et peut-être la plus correcte — a été énoncée par le Conseil dans les conclusions de la session que nous avons évoquée (doc. PV/CONS 53 SOC 292 du 26.11.1979). Après avoir rappelé que les efforts de tous devaient être concentrés sur la solution des problèmes concernant la priorité à donner aux travailleurs communautaires, la main-d'œuvre des pays tiers et les ressortissants des États membres qui travaillent dans les pays tiers, l'organe législatif a fait observer que, « sans préjudice toutefois des compétences des institutions des Communautés », la concertation vise à « faciliter l'adoption » non pas « d'instruments juridiques communautaires », mais « d'une position commune des États membres » (déclaration du procès-verbal, au point 7). Or, une action de ce genre est désormais mûre; l'exécutif est donc invité « à (la) préparer ou à (l')organiser, selon le cas ».

Six mois plus tard, le document de la Commission a porté un nouveau fruit: la résolution du Conseil du 27 juin 1980, concernant des orientations pour une politique communautaire du marché du travail (JO C 168, p. 1), qui, laissant de côté les questions de procédure, s'attache à mettre l'accent sur la problématique substantielle de la concertation. « L'intégration du marché — affirme-t-on au point III — ... doit être favorisée dans le cadre de la libre circulation de la main-d'œuvre ..., et, notamment, par la mise en œuvre effective du SEDOC (Système européen de diffusion et de compensation des offres et demandes d'emploi), compte tenu de la priorité ... à accorder aux ... ressortissants des États membres ... et de la nécessité de contenir l'accès au marché du travail communautaire de la main-d'œuvre en provenance de pays tiers, ainsi que par une concertation appropriée des politiques migratoires à l'égard (de ces pays). » La formulation est lourde, mais l'importance politique du message qu'elle entend transmettre est claire comme est claire l'invitation à agir qui est de nouveau adressée à la Commission. Il lui appartient — ainsi s'achève le document — de prendre les initiatives nécessaires pour favoriser la coopération des États membres dans le domaine de la politique du marché du travail.

Sur le moment, la Commission n'a pas réagi. Les expériences des années 60 et le résultat négatif des tentatives de collaboration volontaire faites jusque-là (ci-dessous, point 15) l'avaient évidemment convaincue qu'une intervention véritablement efficace se serait de nouveau heurtée à des résistances insurmontables. Il valait donc mieux continuer de labourer le terrain en formulant des diagnostics sévères sur la situation existante et en faisant des propositions de plus en plus explicites. C'est à cette stratégie, nous semble-t-il, que répond le document du 9 septembre 1983 qui a eu pour destinataire le comité consultatif. Il comporte une allusion chargée de significations aux accords conclus par la Communauté avec la Turquie, le Portugal, la Yougoslavie et les pays du Maghreb, qui garantissent aux immigrés respectifs un *statut* moins favorable que la condition reconnue aux ressortissants communautaires. Mais son passage le plus important se situe ailleurs et précisément dans la constatation des perturbations causées par la tendance croissante des États à agir en ordre dispersé. Au cours des dernières années — affirme-t-on —, les mesures nationales non concertées et produisant des effets défavorables sur les marchés des autres pays membres se sont multipliées. L'« institutionnalisation de la concertation » est, à ce stade, une nécessité immédiate.

Mais de quelle manière y procéder? La réponse — cruciale — figure dans le projet de communication relatif aux « orientations pour une politique communautaire des migrations » qui date du 13 mars 1984 et a été lui aussi adressé à l'organe visé à l'article 24 du règlement n° 1612/68 (doc. V/243/1/84-FR rév.). Le moment est désormais venu — dit-on au point 44 — de « fournir le cadre juridique approprié pour assurer la participation ... (des) États membres à la procédure de concertation, en leur imposant les mêmes obligations vis-à-vis de la Commission et des autres États membres ». Comme le Conseil l'a préconisé, ce cadre ne vise qu'à l'« adoption de positions communes » et n'exige que des informations et la discussion sur les problèmes de chacun et de tous dans le domaine des mesures concernant les travailleurs ressortissants des pays tiers et les membres de leurs familles. Mais, si ces informations et ces discussions doivent avoir une nature obligatoire, il est indispensable qu'une décision les prévoie (point 55).

Le sort allait en être jeté; et d'aucuns s'étonneront des réactions non hostiles que son lancement désormais prévisible a suscitées. Dans un document du 22 juin 1984 (conclusions concernant un programme d'action sociale communautaire à moyen terme, JO C 175, p. 1), le Conseil « a pris acte » de ce que la Commission aurait présenté des propositions permettant « de développer la coopération des États membres en matière de contrôle des flux migratoires en provenance des pays tiers ». Puis, lorsque la Commission lui a soumis un projet de résolution dans lequel était admise la nécessité de définir un « cadre approprié » pour la concertation [doc. COM(85) 48 final du 7.3.1985], l'organe législatif lui a répondu en termes anodins, mais non négatifs. Ainsi, après avoir précisé que « les domaines concernant l'accès, le séjour et l'emploi des travailleurs ... des pays tiers relèvent de la compétence des États membres », il a reconnu la nécessité de promouvoir la concertation, pris « note de l'intention de la Commission de fixer un cadre approprié à (cette fin) » (point 3) et a invité son interlocutrice « à lui présenter les propositions nécessaires à cet effet » (point 7).

La résolution a été approuvée le 13 juin 1985, puis adoptée formellement au cours de la session du 16 juillet et publiée le 26 juillet suivant (JO C 186, p. 3). Mais, lorsqu'elle est parvenue au terme de son parcours, il était trop tard. En effet, le 8 juillet, la Commission avait adopté la décision litigieuse.

7. La relation des événements qui ont abouti à notre acte étant achevée, une question nous paraît opportune. Pourquoi cette affaire? Qu'est-ce qui a amené devant la Cour un nombre d'États guère inférieur à celui qui est nécessaire pour faire entrer en lice le Conseil lui-même? Si l'on raisonne logiquement, il faudrait conclure qu'il n'existe pas de motif. Par six fois, le Conseil a affirmé le caractère indispensable de la concertation; par deux fois, il a encouragé la Commission à l'engager et lorsqu'elle s'est décidée à agir, il lui a demandé deux autres fois de lui faire connaître ses propositions. Pour leur part, les États ont émis des doutes, manifesté des soupçons, lancé des mises en garde; mais ils n'ont jamais dit, ni avant 1985 ni au cours de la procédure, qu'ils n'étaient pas disposés à s'informer et à se concerter.

On objectera que les États ne critiquent pas la chose; ils contestent l'instrument et les matériaux — une décision et les obligations qui en découlent — avec lesquels la chose a été fabriquée. Or, cet argument ne tient pas non plus. Pour le réfuter, il suffira de

rappeler les deux décisions de 1974 (ci-dessus, point 4) qui étaient également fondées sur l'article 118 et n'ont néanmoins jamais été contestées. Ou bien, pour celui qui objecte qu'elles régissaient des matières moins sensibles que la nôtre, il suffira de citer d'autres actes qui émaillent l'histoire législative de la Communauté: des actes eux aussi contraignants et eux aussi destinés à régler des matières d'importance considérable ou, à tout le moins, situées à la lisière des compétences communautaires; des actes qui, de surcroît, se fondent non pas sur une disposition du traité, mais sur le traité tout court ou, pire, sur des résolutions du Conseil et qui, malgré ces caractéristiques, ont été accueillis en silence ou à la satisfaction générale.

Ces actes sont au moins au nombre de dix et tous dignes de figurer dans un musée souhaitable des horreurs juridiques. Simplement fondés « sur le traité » sont les règlements du Conseil n° 1707/86, du 30 mai 1986, relatif aux conditions d'importations de produits agricoles originaires des pays tiers à la suite de l'accident survenu à la centrale nucléaire de Tchernobyl (JO L 146, p. 88), n° 3302/86, du 27 octobre 1986, portant suspension des importations de pièces d'or en provenance de la république d'Afrique du Sud (JO L 305, p. 11), n° 3599/85, du 17 décembre 1985, portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1986 à certains produits industriels originaires de pays en voie de développement (JO L 352, p. 1). Sept décisions sont, en revanche, fondées sur l'une ou l'autre résolution du Conseil: trois adoptées par l'auteur même de la résolution (16 septembre 1985, portant création d'un comité consultatif pour la formation des pharmaciens, JO L 253, p. 43; 29 juin 1984, en matière d'activités de recherche, de développement et de démonstration communautaires, JO L 177, p. 25; 28 octobre 1980, relative aux activités de pêche exercées dans les eaux relevant de la souveraineté des États membres, JO L 298, p. 38), et quatre émanant de la Commission. Ces dernières ont créé des comités en matière de transports sur routes (28 novembre 1985, JO L 317, p. 33), de chemins de fer (19 décembre 1984, JO 1985, L 8, p. 26), de contrôle et de réduction de la pollution causée par le déversement d'hydrocarbures en mer (25 juin 1980, JO L 188, p. 11) et en matière de déchets (21 avril 1976, JO L 115, p. 73).

Revenons à notre question. Si les remarques que nous avons faites sont pertinentes, il ne reste, pour comprendre les motifs de notre affaire, qu'à abandonner le domaine de la logique pour entrer dans celui de la psychologie peut-être terre à terre. Ainsi dirons-nous que la révolte des États s'explique à la lumière de trois facteurs et, en premier lieu, de l'irritation que suscitent les événements inattendus et désagréables. Nous nous expliquons. Les décisions de 1974 et les textes adoptés à partir de 1979 ne pouvaient pas modifier l'image que la Commission avait donnée d'elle-même dans les années 60, surtout par ses fléchissements sur le terrain des consultations et des études. Cette image, obséquieuse, renonciatrice, parfois pusillanime, les États s'y étaient habitués au point d'acquérir la conviction qu'il fallait s'attendre de la part de l'exécutif à beaucoup de « parlotes », mais à des faits peu nombreux ou inexistants. Le silence qu'ils ont observé devant le document du 13 mars 1984 (la concertation devra avoir lieu dans un cadre juridique qu'il conviendra de

créer par voie de décision) s'explique, à notre avis, précisément par cette clé. Leur surprise a donc dû être grande lorsqu'ils se sont trouvés devant un fait, de surcroît encombrant, et grand a dû être leur désir de faire rentrer son auteur dans le rang par un bon coup de baguette judiciaire.

Il y a ensuite un élément objectif. Que cela plaise ou non, les États sont réellement — mieux, fondamentalement — attachés à conserver un entier contrôle sur l'admission des travailleurs originaires des pays tiers, notamment en raison des évidentes implications que la matière a sur le terrain politique et sur celui de l'ordre public. Leur crainte de voir à la longue ce secteur « communautarisé » est donc réelle et il nous paraît significatif qu'ils aient saisi l'occasion de l'Acte unique européen pour mettre les choses au point, en se prémunissant contre des coups de main destinés précisément à amorcer un processus de ce genre. La déclaration relative aux articles 13 à 19 du nouveau traité réaffirme, en effet, « le droit des États membres de prendre celles des mesures qu'ils jugent nécessaires en matière de contrôle de l'immigration de pays tiers ainsi qu'en matière de lutte contre le terrorisme ».

Enfin, les erreurs de la Commission ont eu un certain poids. Nous ne songeons pas tant à la hâte, certes peu digne, avec laquelle elle a procédé à l'adoption de l'acte attaqué. Nous estimons plutôt que la minutie excessive de celui-ci et surtout son insistance sur les travailleurs extracommunautaires ou sur les accords entre États membres et pays tiers n'étaient pas faites pour calmer les irritations et les craintes que nous avons évoquées. A cet égard, au contraire, il est permis d'émettre une hypothèse. Si elle avait mis l'accent sur *notre* marché du travail et sur la nécessité d'accroître l'emploi des travailleurs et des salariés communautaires, la Commission aurait peut-être évité les recours dont nous sommes saisis sans pour cela renoncer aux objectifs qu'elle poursuivait. Comme elle l'a elle-même relevé dans le document du 23 mars 1979, les politiques migratoires sont un « corollaire » de la politique qu'imposent les articles 48 à 51 du traité. La concertation sur les problèmes que soulève l'application de ces dispositions implique donc que l'on se consulte également sur les mesures destinées aux ressortissants des pays tiers.

8. Avant de passer à l'examen des moyens et des arguments des parties, il convient de résoudre certains problèmes de recevabilité et, d'abord, celui auquel nous avons fait allusion au point 1.

Examinons les termes de ce problème. La décision litigieuse a été notifiée à toutes les représentations permanentes le 11 juillet 1985 et, comme cela résulte de la copie de l'accusé de réception, elle est parvenue à la représentation des Pays-Bas le même jour à 15 h 10. Le recours du gouvernement néerlandais a été transmis par télex du 18 septembre 1985 et l'original de la requête est parvenu au greffe de la Cour deux jours plus tard. Or, la Commission fait observer que, dans le cas des Pays-Bas, le délai de recours est de deux mois — calculé selon l'article 81 du règlement de procédure à compter du lendemain de la notification — plus les six jours prévus par l'annexe II à la même source en raison de la distance entre La Haye et Luxembourg. Le délai est donc arrivé à expiration le 18 septembre, c'est-à-dire le jour où le greffe a reçu le télex, mais 48 heures avant qu'il eût reçu l'original. Le gouvernement de La Haye ne nie pas les faits. Il soutient cependant: a) que les articles 37 et 38 dudit règlement n'interdisent pas l'introduction de recours par télex; b) qu'il a été contraint d'utiliser ce moyen en raison du retard avec lequel la Commission a répondu (29 août) à une

demande d'éclaircissement sur les modalités d'application de la décision, qu'il lui avait adressée.

Comme le démontre l'arrêt récent rendu le 15 janvier 1987 (affaire 152/85, Misset/ Conseil, Rec. p. 223, 234), les arguments des deux parties procèdent d'une idée erronée. En effet, interprétant les articles 80 et 81 du règlement précité, la Cour a affirmé que, « lorsque ... le délai de recours est exprimé en mois de calendrier, ce délai expire ... à la fin du jour qui, dans le mois indiqué par le délai, porte le même chiffre que le jour qui a fait courir le délai, à savoir le jour de la notification » (point 8 des motifs). Appliquons cette règle à notre espèce: nous trouverons que le délai prévu par l'article 173 du traité pour demander l'annulation de la décision *de qua* est échu le 11 septembre. Ajoutons à ce chiffre les six jours dont bénéficient les requérants domiciliés aux Pays-Bas et nous arrivons au 17 à minuit. Il en résulte que, même en admettant la validité d'un recours introduit par télex, le recours néerlandais est parvenu tardivement à la Cour.

Mais pas seulement le recours néerlandais. En effet, si on applique la jurisprudence Misset également aux autres recours, on s'aperçoit que l'Allemagne et la France sont dans les délais (le recours de la première nous est parvenu le 17 septembre et celui de la seconde, à laquelle le texte correct de la décision a été notifié une semaine plus tard, le 24 suivant), mais que le Royaume-Uni et le Danemark ne le sont pas. Dans leur cas, nous le savons, les règles régissant les délais de distance prévoient une bonification de dix jours, ce qui porte au 21 la date avant laquelle nous aurions dû recevoir leurs recours respectifs. Or, ils ont été déposés le 23.

Sur la base de ces conclusions: a) nous ne pourrons pas nous dispenser d'examiner les moyens et les arguments des Pays-Bas, mais uniquement parce que cet État, en intervenant au soutien des conclusions de l'Allemagne, a repris dans les observations y afférentes l'intégralité de son recours; b) nous devrons tenir compte des arguments avancés par le Royaume-Uni uniquement dans la mesure où il les a repris en intervenant au soutien des conclusions de la France; c) nous serons contraints à ne pas traiter des moyens et des arguments qu'a fait valoir le Danemark qui a eu la malchance (ou l'élégance) de jouer la partie en solitaire.

9. De l'avis des requérants, la décision 85/381 est entachée de trois vices: incompétence, violation du traité et, à titre subsidiaire, violation des formes substantielles. Les deux premiers griefs se fondent sur l'interprétation que la France, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni et les Pays-Bas donnent de l'article 118 et, par là même, se prêtent à un examen conjoint. Toutefois, il y a lieu de garder à l'esprit le fait que les quatre États parlent d'incompétence sous un double sens; en d'autres termes, l'acte en serait entaché: a) parce qu'il sort du cadre des pouvoirs que la disposition confère à la Commission; b) parce qu'il règle des matières qui sont étrangères à la disposition. Or, ces aspects soulèvent des problèmes très divers; nous devrons donc en traiter séparément.

Commençons alors par le premier qui, bien qu'il figure dans tous les recours, fait l'objet d'un approfondissement particulier dans celui de la République fédérale d'Allemagne. Selon le gouvernement de Bonn, c'est avant tout son libellé qui exclut que l'article 118 justifie l'adoption d'une décision contraignante. En effet, l'alinéa 1 assigne à l'exécutif la mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États, et « promouvoir » signifie favoriser, inciter, encourager ou donner l'impulsion, mais certainement pas obliger. Non moins expli-

cite est ensuite l'alinéa 2. Il est évident que les deux instruments qu'il mentionne ne requièrent pas (les études) ou ne représentent pas (les avis) d'une activité susceptible d'imposer des obligations. En ce qui concerne, en revanche, les consultations, les versions française et italienne utilisent un verbe — « organiser » et « organizzare » — qui peut suggérer la législation. Mais puisque, dans les textes allemand et anglais, les termes utilisés (« vorbereiten » et « to arrange », c'est-à-dire préparer ou prévoir) ont une signification qui exclut cette idée, sa portée sémantique devra également être réduite jusqu'à coïncider avec l'exécution d'activités purement matérielles.

En outre, le terme de « décision » ne figure pas dans l'article en cause. En soi, cette donnée pourrait ne pas être déterminante mais elle le devient si l'on tient compte du fait que l'alinéa 2 prévoit d'autres moyens (précisément les études, les avis, les consultations) dont l'énumération paraît complète ou — eu égard à la phrase par laquelle commence l'alinéa 1 et à l'article 155 — est tout au plus susceptible de s'étendre aux recommandations (voir, en particulier, le Royaume-Uni). L'alinéa 3, qui prévoit que, avant d'émettre les avis, l'exécutif consulte le Comité économique et social, milite d'ailleurs en ce sens. En effet, il est absurde qu'un acte non obligatoire soit soumis à une telle condition, mais qu'un acte dont découlent des obligations ne le soit pas également. Et si cette observation est exacte, on ne peut pas ne pas en déduire que le législateur n'a pas été non plus effleuré par l'intention d'habiliter la Commission à élaborer des actes contraignants.

Il y a plus. Les termes qui précèdent dans l'alinéa 2 l'énumération que nous avons mentionnée ci-dessus revêtent d'ailleurs une importance déterminante. La Commission, dispose-t-il, « agit *en contact étroit* avec les États membres ». Or, il est évident que le comportement qui est ainsi exigé de l'exécutif n'a de sens que s'il se concrétise par une obligation: ne pas utiliser les moyens mis à sa disposition (en l'espèce, ne pas organiser les consultations) sans avoir non seulement informé le Conseil, mais également et surtout obtenu l'approbation de celui-ci. En somme, l'exécutif ne peut pas accomplir des actes unilatéraux et il peut d'autant moins les accomplir qu'ils comportent des effets obligatoires.

Il est évident — poursuit le gouvernement allemand — que la défenderesse ne partage pas ce point de vue. A son avis, l'article 118, comme les articles 75 et 113, lui confie une certaine mission en la laissant libre de choisir des moyens permettant de l'accomplir. Mais l'analogie qu'elle invoque n'existe pas, comme le démontre à nouveau le libellé de notre disposition. En effet, le choix dont il est question concernerait la manière d'organiser les consultations. De fait, l'expression l'« organisation de consultations » est régie par la préposition « par ». L'activité correspondante est donc elle-même un moyen, comme le sont l'élaboration d'avis ou l'exécution d'études. Et cela implique que la Commission est certes libre, mais libre de l'utiliser, comme elle l'a fait pour les études, ou de ne pas l'utiliser, comme pour les avis, mais certainement pas libre de s'en servir d'une manière que le législateur n'a pas prévue.

Et que l'on ne dise pas que le choix d'un mécanisme contraignant a été imposé, selon la doctrine de l'effet utile, par la nécessité d'engager des consultations efficaces. Elles pourraient être efficaces même si elles se déroulaient au moyen de *forums* (voir en ce

sens la France) comme le sont les réunions qui se tiennent sur les mêmes thèmes dans le cadre du Conseil de l'Europe; d'autant plus que — ajoutent les Pays-Bas — l'obligation de loyauté qui incombe aux États en vertu de l'article 5 viendrait, en l'espèce, garantir leur bon fonctionnement. En tout état de cause, le fait est que, lorsque des compétences sont transférées du Conseil à la Commission ou des États à la Communauté, les considérations téléologiques, et, en particulier, le principe de l'effet utile, valent seulement comme ultima ratio. Par conséquent, avant d'arrêter une décision, l'exécutif aurait dû essayer tous les autres instruments que la loi propose. Au contraire, les comités technique et consultatif visés au règlement n° 1612/68 ont été saisis accessoirement des problèmes que l'acte entend aborder et les États n'ont reçu ni d'avis ni de recommandations.

Mais l'article 117 n'est que la pièce d'une mosaïque. Il convient de contempler la totalité du schéma; on s'apercevra que le traité dans son ensemble présente le secteur social comme un « domaine réservé » des États et on en déduira que, comme toutes ses options fondamentales, celle-ci ne peut également être modifiée qu'en faisant appel à la procédure de révision de l'article 236. Le fait de porter atteinte à ce choix par une interprétation extensive de l'une ou de l'autre disposition, et spécialement de l'article 118, revient alors à ne pas tenir compte du principe en vertu duquel toute institution doit agir dans les limites des attributions qui lui sont conférées. L'article 4 et le même article 155 apparaissent donc comme violés, ce dernier dans la mesure où l'on en déduit que l'exécutif ne peut arrêter des décisions que dans des cas exceptionnels et, partant, qu'il ne lui est pas permis de le faire lorsque le traité ne l'y habilite pas explicitement ou lorsque le Conseil ne lui en confère pas le mandat.

Toujours selon le gouvernement allemand, les résultats auxquels aboutit l'exégèse de l'article 118 du point de vue littéral et téléologique sont corroborés par l'analyse de la position qu'il occupe dans le système du traité. Il ne fait pas de doute, par exemple, que ses dispositions se rattachent au programme tracé par l'article 117 (amélioration et égalisation des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre) et doivent donc être appréhendées à la lumière des moyens par lesquels l'alinéa de cette disposition entend réaliser lesdits objectifs. Or, ces moyens consistent: a) dans le fonctionnement automatique du marché commun; b) dans « les procédures prévues par ... le traité » qui supposent des dispositions explicitement attributives d'un pouvoir d'imposer des obligations; c) dans le rapprochement des droits nationaux, c'est-à-dire en une mission qui, comme on le sait, relève non pas de la Commission, mais du Conseil.

La Commission rétorque que ces arguments perdent leur poids ou s'effondrent carrément devant le contenu uniquement formel de l'acte litigieux. Mais l'objection est fragile. En premier lieu, l'article 189 ne distingue pas entre des dispositions de fond et des dispositions de procédure et il est bien connu, par ailleurs, que ces dernières le sont souvent uniquement dans la forme. Ainsi, observe l'Allemagne, l'obligation énoncée à l'article 1er, paragraphe 1 (notification des projets de mesures), affecte les intérêts matériels des États en compromettant d'éventuelles exigences de secret ou, dans le cas des accords avec des pays tiers, le caractère confidentiel nécessaire à la bonne issue des négociations. Ainsi, aussi — ajoute la France —, les délais fixés pour la concertation (quinze jours plus six semaines) peuvent empêcher que des mesures urgentes ne soient prises en temps utile. Ainsi, enfin — conclut le

Royaume-Uni —, l'impossibilité d'arrêter des mesures soumises à la procédure tant que celle-ci n'est pas close et qu'elles ne sont pas déclarées conformes aux politiques communautaires implique, à tout le moins en fait, leur subordination au *placet* de l'exécutif.

En dernier lieu, la doctrine, la jurisprudence et la pratique. La première, affirme-t-on, est pratiquement unanime à nier que notre disposition habilite la Commission à prendre des actes contraignants. La deuxième a affirmé le « caractère essentiellement programmatique des articles 117 et 118 » (arrêt du 15 juin 1978, affaire 149/77, Defrenne III, Rec., p. 1365, attendu 19); en d'autres termes, elle a reconnu une réalité qui, dans un système dominé par l'attribution limitative des compétences, conduit implicitement à la même conclusion. La troisième est plus ambiguë et elle l'est devenue par les deux actes que la Commission a adoptés le 15 juillet 1974. Il serait toutefois exagéré d'attribuer à ces mesures la valeur de précédents. En effet, elles ne prévoient pas une collaboration des États avec les comités qu'elles instituent et elles n'ont en commun avec la mesure litigieuse en l'espèce que l'obligation du secret imposé à ceux qui participent aux réunions correspondantes.

10. Ce sont surtout la France et le Royaume-Uni qui insistent sur le deuxième motif pour lequel la décision 85/381 serait entachée du vice d'incompétence. De l'avis des deux gouvernements, la matière régie par l'acte sort de la sphère de l'article 118 qui ne traite pas des travailleurs extracommunautaires. Certes, personne ne nie qu'il existe un lien entre les politiques communautaires de l'emploi et le phénomène des mouvements migratoires en provenance des pays tiers et vers ceux-ci. Mais il est trop ténu et indirect pour attirer les protagonistes de ces mouvements, à l'exception uniquement de ressortissants des pays associés à la Communauté, dans le champ d'application des dispositions qui composent le chapitre 1 du titre III. Et cette donnée — affirme, en particulier, la France — suffit à exclure que le législateur de Bruxelles puisse réglementer leurs intérêts directement ou en intervenant sur les mesures nationales par lesquelles ils sont pris en considération.

Mais d'autres arguments militent en faveur de cette même conclusion. Par exemple, observe le Royaume-Uni, il est indiscutable que les politiques migratoires des États membres sont façonnées ou conditionnées par des facteurs historiques, culturels et sociaux, sur lesquels la Communauté n'a pas à se prononcer. En outre — soutient encore la France —, l'admission des migrants extracommunautaires peut mettre en jeu des intérêts, comme la sécurité nationale, que le traité même protège en garantissant aux États une sorte de droit au silence (article 223), et même lorsqu'elle ne va pas jusque-là, elle implique une série d'activités administratives (délivrance des visas, contrôles aux frontières) qui relèvent entièrement des compétences nationales. D'ailleurs, le Conseil lui-même l'a reconnu huit jours après l'adoption de l'acte litigieux: « Les domaines concernant l'accès, le séjour et l'emploi des travailleurs (extracommunautaires) », affirme le douzième considérant de la résolution du 16 juillet 1985, « relèvent de la compétence ... des États membres, sans préjudice des accords communautaires en vigueur avec des pays tiers. »

11. Nous en venons au moyen — violation des formes substantielles — que les requérants soulèvent à titre subsidiaire. Il s'articule lui aussi en deux aspects: a) défaut de

consultation du Comité économique et social; b) insuffisance de la motivation. Pour sa part, ce deuxième grief se fonde sur: b) 1. la rédaction matériellement imprécise et intrinsèquement contradictoire de la décision; b) 2. le fait que la Commission n'a pas indiqué sa « base juridique pertinente ».

Les arguments avancés à l'appui de la lettre a) sont simples. L'alinéa 3 de l'article 118 — relève surtout l'Allemagne — exige que la Commission soumette au CES les projets de ses avis. Pour des raisons plus qu'évidentes, cette formalité ne s'applique pas à l'organisation des consultations. Mais il est clair que si l'exécutif y procède par une décision, lesdites raisons disparaissent et l'exigence de consulter le CES se fait encore plus impérative. En ce qui concerne, ensuite, la lettre b) 1., les Pays-Bas soutiennent que la décision est muette ou imprécise sur de nombreux et importants détails: par exemple, la nature des mesures qui doivent être notifiées, les modalités de la notification, les délais de la concertation. Or, ces lacunes constituent autant de manquements à l'obligation de motiver. En effet, celle-ci vise non seulement à informer les administrés des raisons pour lesquelles une obligation leur est imposée, mais également à les mettre en mesure de connaître la portée du comportement auquel ils sont tenus.

Le grief mentionné sous la lettre b) 2. mérite un développement plus complexe. Les requérants partent d'un postulat sur lequel il est difficile de ne pas tomber d'accord: lorsque le législateur attribue à sa décision une base légale inadéquate, la possibilité de lui en fournir une autre, et celle-là assurément correcte, prouve en soi que sa motivation est insuffisante. Mais, existe-t-il une telle possibilité? A l'évidence, pour celui que notre décision contrarie, le fait de répondre affirmativement revient à s'exposer à certains risques: par exemple, celui d'être accusé d'incohérence politique sinon d'incohérence sur le plan de la procédure ou, pire, de venir en aide à une Commission succombant éventuellement, mais résolue à reprendre l'offensive. Mais la France et l'Allemagne l'ont fait.

Selon le gouvernement de Bonn, la disposition « juste » est l'article 5: dans la mesure où il oblige les États à faciliter la tâche des institutions, la disposition semble pouvoir servir de base à une réglementation dont l'essence réside dans la promotion de la collaboration entre les États en prévoyant à cette fin le concours de la Commission. La position de la France est plus articulée. Paris distingue entre les matières internes au domaine des pouvoirs communautaires et les secteurs non « communautarisés ». En ce qui concerne les premières, une procédure comme la nôtre peut parfaitement se fonder sur l'article 121 qui permet au Conseil de charger la Commission de fonctions concernant la mise en œuvre de mesures communes, notamment en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants. Quant aux seconds, il propose un choix entre deux voies: les laisser à la coopération intergouvernementale ou élargir les compétences de la Communauté en faisant appel aux dispositions combinées des articles 118 et 235. C'est cette dernière voie que le Conseil a suggéré à la Commission d'emprunter lorsqu'il l'a invitée, dans la résolution du 18 juillet 1985, à lui soumettre des « propositions » (point 7).

Un problème particulier — conclut le gouvernement français — se pose en ce qui concerne la collecte et le contrôle des infor-

mations. Lorsqu'il ne lui est pas permis d'exercer ses activités sur la base d'une attribution explicite de compétence (articles 90, paragraphe 3, et 93, paragraphe 3), il suffit à l'exécutif de demander au Conseil d'y être autorisé. Il y est habilité par l'article 213 qui prévoit que, « pour l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées, la Commission peut recueillir toute information et procéder à toutes vérifications nécessaires, dans les limites des conditions fixées par le Conseil ».

12. Nous devrions, à ce stade, entamer l'examen des moyens que les requérants invoquent à titre principal. Mais une évidente exigence d'économie nous oblige à vérifier, en premier lieu, si la recherche que la France et l'Allemagne ont conduite pour doter l'acte litigieux d'une autre « base » aboutit à des résultats satisfaisants. En effet, s'ils étaient satisfaisants, nous devrions en déduire que cet acte est non seulement insuffisamment motivé, mais également, fût-ce implicitement, entaché du vice d'incompétence.

Cette thèse doit pourtant être exclue, ce qui a pour résultat d'épargner aux États qui l'ont soutenue au moins le plus grave des risques auxquels nous venons de faire allusion. En particulier, la Commission a dit à juste titre de l'article 5 qu'il a une portée générale et doit donc céder le pas à des dispositions spécifiques lorsqu'elles existent, comme c'est le cas en l'espèce. En outre, il semble beaucoup mieux convenir aux interventions « verticales » (c'est-à-dire aux rapports entre la Commission et les États membres) qu'aux activités de type « horizontal », comme l'est essentiellement la concertation entre les gouvernements dont il s'agit dans l'article 118 et dans la décision attaquée.

Mais les dispositions citées par la France ne paraissent pas adaptées non plus à l'objectif. Ainsi, d'abord, l'article 121. Nous savons qu'on peut y recourir s'il s'agit de la « mise en œuvre de mesures communes » et si ces mesures concernent « la sécurité sociale des travailleurs migrants visés aux articles 48 à 51 ». Or, la deuxième condition a trait à des problèmes bien plus circonscrits que ceux qui font l'objet de notre décision et la première lui est de toute évidence inapplicable. En effet, pour la remplir, il faut que la réglementation matérielle, sur laquelle les « mesures communes » auront une incidence, relève des compétences de la Communauté. Il est clair, au contraire, que l'accès, le séjour et l'emploi des travailleurs originaires de pays tiers sont des matières réservées aux États.

Passons à l'article 213. Il ne fait pas de doute qu'il est la disposition « générale » du système en ce qui concerne la collecte et la vérification des informations. En revanche, il est douteux que la procédure qui y est prévue s'impose dans toutes les circonstances, même les plus anormales. Supposons — hypothèse bien entendu abstraite — que le Conseil fasse la sourde oreille aux sollicitations de la Commission: celle-ci devra-t-elle renoncer à accomplir les missions qui lui sont confiées par le traité si elles impliquent la connaissance de données que seuls les gouvernements peuvent fournir? Évidemment non. Il en résulte, nous semble-t-il, que le fait d'ériger l'article 213 en fétiche est une erreur: ses formes sont importantes, mais pas autant que le principe de l'efficacité de l'action administrative qui exige des interventions opportunes au moins dans les cas où il s'agit de sauvegarder un intérêt général.

Enfin, l'article 235. Comme on le sait, la mise en œuvre de son mécanisme suppose

que le traité ne prévoit pas les « pouvoirs d'action » requis pour réaliser un objectif de la Communauté. Or, sous réserve de vérifier si la Commission en a fait bon usage, c'est au vu de tous que les pouvoirs nécessaires pour promouvoir la collaboration dans le domaine social sont prévus à l'alinéa 2 de l'article 118. Qu'il nous soit donc permis de conclure que l'idée en question « date » des années 60, c'est-à-dire qu'elle rappelle une période qui a connu des tentatives continuelles et acharnées de désarmer la Commission en transférant au Conseil le plus possible de ses pouvoirs.

13. La partie doit, en somme, être jouée entièrement et uniquement sur le terrain choisi par la Commission. Abordons-la alors en commençant par les sujets dont nous avons traité au point 10. Est-il tout à fait vrai que la décision litigieuse empiète sur un domaine — celui des politiques migratoires — encore réservé aux États?

La réponse est négative. Une lecture, même sommaire, des dispositions en lesquelles l'acte s'articule démontre que la condition dont dépend la validité de cette accusation n'est pas remplie: en effet, aucune de ces dispositions n'a un contenu matériel. En d'autres termes, aucune ne réglemente — d'une manière directe ou en harmonisant les systèmes nationaux — les matières énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, premier tiret. On objectera qu'en vertu de l'article 3, sous c), la concertation ... a notamment pour objectif d'examiner l'opportunité de mesures qui pourraient être prises ... par la Communauté ... dans les domaines cités à l'article 1er. Mais l'observation n'est pas pertinente. La disposition précitée est inoffensive et pas seulement parce que ses effets sont renvoyés au futur ou, comme le prouve l'utilisation du conditionnel, au futur possible. Le point déterminant est que les mesures auxquelles elle fait allusion ne peuvent être adoptées que sous la forme de directives ou de règlements et sur la base des articles 100 ou 235: donc par le Conseil statuant à l'unanimité.

Face à cette réalité, les arguments avancés par la France et le Royaume-Uni restent sans effet. Certains enfoncent une porte ouverte: il est évident, par exemple, que le droit de ne pas informer sanctionné par le traité (article 223) l'emporte sur l'obligation d'informer prévue par l'acte lorsque les conditions sont réunies à cet égard. D'autres sont très fragiles. Ainsi, le fait d'affirmer que les mesures nationales pourraient être soumises à la procédure de qua uniquement si leurs destinataires sont pris en considération par les dispositions sociales du traité équivaut à renverser les termes du problème: c'est plutôt l'utilisation de l'article 118 qui se justifie par l'absence d'une réglementation communautaire concernant les travailleurs des pays tiers et, naturellement, par la nécessité d'agir dans le cadre de la collaboration entre les États membres. Pour ce qui est, par ailleurs, de la thèse qui ne voit entre les politiques migratoires et la politique du marché du travail communautaire qu'un lien ténu et médiat, il suffira d'observer qu'au moins trois résolutions du Conseil (ci-dessus, points 5 et 6) viennent la contredire. Toutefois, nous reviendrons par la suite plus amplement sur ce point.

14. L'examen des arguments sur la base desquels les quatre États ont invoqué l'incompétence de la Commission à adopter des actes obligatoires au titre de l'article 118 se révèle beaucoup plus complexe et délicat, cela en raison de la formulation même de la disposition dont il a été dit, à juste titre, qu'elle crée « a somewhat paradoxical situation » (Koopmans: « The Law of the Euro-

pean Community », in *AA. VV. A commentary of the EEC Treaty,* New York, vol. III, 1976, p. 748). En effet, comme on l'a vu: a) elle part du principe de la compétence nationale, mais ne dit rien sur le rôle du Conseil au sein duquel siègent pourtant les représentants des États; b) elle confie à la Commission une certaine mission, mais se tait quant au seul pouvoir — celui d'arrêter des dispositions — qui lui permettrait de l'accomplir pleinement.

Cela étant admis, ajoutons immédiatement qu'à notre avis aucun des arguments résumés au point 9 n'est vraiment pertinent. Parmi ceux qui sont tirés de la lettre de la disposition, certains ont un sens uniquement à la lumière d'une seule version du traité. Dans le texte allemand, par exemple, la préposition « durch » régit effectivement les mots « Vorbereitung der Beratungen », mais pas dans le texte italien où s'intercale entre « mediante » et « organizzando consultazioni » une conjonction (« e ») qui exclut le lien sur lequel la République fédérale d'Allemagne se fonde et prive donc sa thèse de toute plausibilité (en admettant — ce qui n'est pas le cas — qu'elle en ait eu). Une formulation encore différente, mais également défavorable à cette thèse figure par ailleurs dans le texte français où l'« organisation de consultations » est régie par un « par » distinct de celui qui se réfère aux « études » et aux « avis ».

En revanche, il est exact que « promouvoir » ne signifie pas « obliger » même en français et en italien. Mais c'est exact au sens du dictionnaire. En effet, l'histoire et l'expérience démontrent que l'activité promotionnelle peut se concrétiser de nombreuses manières et, parmi celles-ci, certainement dans la loi. Ainsi, si M. Agnelli déclare vouloir promouvoir la nouvelle Fiat Duna, même le maoïste le plus soupçonneux ne lui attribuera pas la volonté d'en imposer l'achat avec l'aide des juges et de la police. Mais, lorsque le président Roosevelt s'engageait à promouvoir le syndicat et, par là même, un meilleur climat dans les usines américaines, les auditeurs de ses « causeries au coin du feu » comprenaient très bien que l'objet de de cette promesse était le futur *National Labor Relations Act.*

Nous attirons cependant votre attention sur un autre aspect. Quelle que soit la portée du verbe « promouvoir », l'activité correspondante est une « mission » de l'exécutif. Mais « mission » signifie d'abord devoir et, s'il en est ainsi, il nous semble évident que le caractère obligatoire de la promotion se reflète dans la nature du résultat auquel elle vise en ce sens qu'il la rend également contraignante. Dans la logique des objectifs que le traité se fixe et des moyens par lesquels il les poursuit, il est en effet inconcevable qu'une institution *soit tenue* de faire coopérer les États et que ceux-ci *aient* le droit d'opposer à ses efforts une fin de non-recevoir. La collaboration est en somme obligatoire. D'ailleurs, un juriste allemand, qui donne pourtant de l'article 118 une interprétation très prudente, le dit avec une clarté particulière: la disposition, affirme-t-il, a créé pour les États une obligation qui résulte du contenu et des finalités du traité même. Ils ne peuvent pas s'y soustraire et encore moins faire obstacle aux actions promotionnelles de la Commission (Knolle, loc. cit.).

Alors, comment s'inscrit dans ce cadre — un cadre, répétons-le, marqué par la présence de deux obligations opposées — la concertation des politiques migratoires? A

peine voilé par la Commission dans son mémoire en défense et sa duplique, le nœud qui lie l'objet de la décision litigieuse et les objectifs du traité est apparu en pleine lumière au cours de la procédure orale. Nous pensons qu'il fournit une clé de grande importance pour la solution de notre problème et il doit donc être examiné avec toute la diligence possible.

Comme on le sait, l'article 104 demande aux États de veiller « à assurer un haut degré d'emploi ». Toutefois, pour la réalisation de cet objectif, le traité réserve également à la Communauté une place assez large. Nous songeons naturellement aux interventions financières du Fonds social européen (article 123) et à la politique commune de formation professionnelle (article 128). Mais nous pensons surtout à la libre circulation des travailleurs et à la conséquence fondamentale qu'en tire le paragraphe 2 de l'article 48: « l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ».

Cette règle domine toute la matière. Il a notamment été soutenu — et, nous semble-t-il, à juste titre — que même le droit « de répondre à des emplois effectivement offerts », qui est garanti aux ressortissants communautaires par le paragraphe 3, doit être appréhendé à la lumière de cette règle. En d'autres termes, elle habilite quiconque entend immigrer dans un autre pays à s'inscrire sur ses listes de placement pour bénéficier des chances d'emploi qu'ont ses ressortissants (Gaja: « I Lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione », in *AA. VV.*, Bologna, 1984, p. 124). Mais, aux fins de notre problème, l'effet le plus significatif de l'interdiction de discrimination est celui qui concerne les travailleurs des pays tiers: dans l'accès aux emplois disponibles — ainsi pourrons-nous le définir —, les ressortissants des autres États membres jouissent par rapport à ces sujets de la priorité accordée aux nationaux.

La priorité des travailleurs communautaires est donc un principe qui peut être déduit du traité. Mais une décennie a dû s'écouler pour qu'il passe dans la législation secondaire. Son empreinte est à peine visible dans le premier règlement qui met en œuvre les articles 48 à 51 (règlement n° 15 du 16 août 1961, JO 57, p. 1073). En effet, l'article 43 *invite* les États membres à élaborer leur politique en tenant compte de la situation des marchés des autres cinq pays et en s'efforçant, en conséquence, de recourir à des ressortissants extracommunautaires uniquement après avoir pourvu « les emplois disponibles faisant l'objet d'offres anonymes, de travailleurs en provenance des États membres ayant un excédent de main-d'œuvre ». Ce fut ensuite le tour du règlement n° 38/64, du 25 mars 1964 (JO 62, p. 965). Ici, l'invitation se fait prescription, mais voit sa portée réduite: les gouvernements ne doivent tenir compte de la priorité qu'au moment de l'examen du rapport sur la situation de l'emploi que la Commission présente annuellement.

La priorité devient l'objet d'une véritable situation juridique avec le règlement n° 1612/68. En effet, elle est comprise comme un droit dans le sixième considérant qui la rattache au principe de la non-discrimination, elle est définie comme un droit à l'article 1er, paragraphe 2, et, ce qui importe le plus, elle est garantie comme droit aux articles 15 à 16 par un mécanisme particulier de compensation (SEDOC). Les États doivent adresser au moins une fois par mois

au bureau européen de coordination un relevé par profession et par région: a) des offres d'emploi non satisfaites par la main-d'œuvre nationale; b) des demandeurs d'emploi disposés à occuper un emploi dans d'autres pays. Les candidatures sont présentées aux employeurs « avec la ... priorité ... accordée aux travailleurs nationaux à l'égard des ressortissants d'États non membres » et il est prévu que l'État intéressé ne peut adresser des offres à ces derniers que si les disponibilités de ressortissants communautaires lui paraissent insuffisantes. Les services nationaux de main-d'œuvre doivent s'adresser aux services correspondants des pays tiers dix-huit jours après avoir reçu les demandes des travailleurs communautaires.

Il est clair que ces dispositions ne doivent pas être surestimées: par exemple elles sont, à l'évidence, bien loin d'avoir le caractère incisif des dispositions applicables en matière de politique commerciale commune (voir la gestion du contingent). Mais cela ne compte guère. Ce qui importe, à notre avis, c'est que, en vertu de ces dispositions, le principe de la priorité se voit reconnaître un certain rôle de protection de la liberté consacrée par les articles 48 à 51: un rôle qui, s'il ne met pas en cause la compétence des États pour ce qui est de l'accès à l'emploi des ressortissants des pays tiers, s'oppose certainement à un exercice des pouvoirs correspondants qui soit de nature à porter atteinte au droit des travailleurs communautaires à ce déplacer à l'intérieur de la Communauté (voir, également, Gaja, op. cit., p. 135). Dans ce cadre, la concertation des politiques migratoires nous paraît revêtir une importance de premier ordre. Que l'on songe à l'effet qu'elle aurait produit sur le contenu d'une mesure très récente prise par le législateur italien sans vérifier les distorsions possibles qui pouvaient en résulter avec les partenaires européens ou avec la Commission: nous faisons allusion à la loi n° 943, du 30 décembre 1986, relative au placement des travailleurs extracommunautaires et à l'immigration clandestine (GURI n° 8 du 12.1.1987, p. 3).

15. Nous avons donc établi: a) que la collaboration visée à l'article 118 est une obligation; b) qu'il existe un rapport assez étroit entre la concertation sur les politiques migratoires et la libre circulation des travailleurs. Il convient alors de se demander si la Commission pouvait obtenir le respect de la première et faire pleinement valoir le second sans recourir à un acte contraignant. Cet examen s'impose d'ailleurs. Comme on s'en souviendra, le gouvernement allemand accuse l'institution de ne pas avoir d'abord mis à profit les nombreuses et moins discutables ressources que lui offrent le traité et le droit dérivé d'autant plus que le Conseil l'avait invitée à en faire usage par sa résolution du 16 juillet 1985. On lit, en effet, dans une déclaration annexée à cette dernière que « la coopération et la concertation des États membres devraient inclure, en premier lieu, une amélioration de la procédure au sein des instances existant déjà ... en matière de libre circulation des travailleurs ».

Le grief n'est pas fondé. Les instances auxquelles le Conseil se réfère sont, en premier lieu, les comités consultatif et technique institués par les articles 24 et 32 du règlement n° 1612/68. Or, nous verrons sous peu que la Commission a fait un usage très large du second comité. Il est vrai, en revanche, qu'elle ne s'est pas servie du premier. Mais pouvait-elle y recourir? Nous en doutons beaucoup. En effet, au comité consultatif siègent, à côté des fonctionnaires de la Commission et des représentants des

États, les délégués des partenaires sociaux: sa composition n'est donc pas de nature à permettre le déroulement de débats sereins et ouverts chaque fois que la matière qui fait l'objet de la concertation exige un modicum de réserve. Ajoutons — il s'agit d'un argument ad hominen, mais il a son poids — que, plus que tout autre, le gouvernement de Bonn a reproché à la décision de ne pas avoir dûment tenu compte de l'exigence de discrétion (ci-dessus, point 9, in fine).

Viennent ensuite les mécanismes prévus par les articles 13, 14 et 19 de la même source. Mais, à notre avis, ils ne se prêtaient pas non plus au genre de procédure que la Commission envisageait d'organiser. Le premier, par exemple, s'adresse aux services de main-d'œuvre des États membres alors qu'il est évident que seuls les gouvernements peuvent être les sujets d'une concertation efficace, et le deuxième oblige les États à fournir des informations de type statistique susceptibles, dans le meilleur des cas, de déterminer les besoins prévisibles en main-d'œuvre. La troisième disposition, que la Commission elle-même a indiquée en 1979 comme une approche possible, sur le plan de la procédure, de son action (ci-dessus, point 5), est plus intéressante, plus intéressante mais pas tellement plus utile. Elle permet, en effet: a) d'exiger des informations, mais uniquement sur les résultats du mécanisme de compensation et sur le nombre des placements de travailleurs extracommunautaires; b) de mener des concertations, mais uniquement deux fois par an et dans un cadre restreint comme le constitue l'examen du rapport que la Commission élabore à partir des informations fournies par les États membres.

Le fait est, en tout cas, que la fragilité ou le caractère inapproprié des instruments ainsi passés en revue n'ont pas empêché la Commission d'inviter, voire de convaincre les gouvernements à se concerter volontairement. Cette expérience s'est déroulée dans le cadre du comité technique, elle s'est étendue sur une période totale de cinq ans à partir du début de 1980 et elle a abouti à un échec complet. En effet, les États ont conçu la concertation à laquelle l'exécutif les avait appelés comme une simple information réciproque sur les mesures déjà adoptées et sur leurs effets au niveau national; en d'autres termes, ils lui ont appliqué les critères dont s'inspirent les réunions qui ont lieu sur des sujets analogues dans le cadre des organisations internationales comme le Conseil de l'Europe. Les exemples que l'agent de la Commission nous a fournis à cet égard, ne sauraient être plus éloquents.

Le Conseil de l'Europe avait convoqué pour le mois de mai 1980 une conférence des « Vingt et un » en matière de politique migratoire et l'exécutif a jugé utile d'inviter les États membres à y participer en défendant une position commune. A cette fin, il a convoqué une réunion pour le 20 février. Puisque l'article 118 prévoit la possibilité de consultations sur des problèmes « qui intéressent les organisations internationales », le sujet inscrit à l'ordre du jour — échange d'idées en vue d'une coordination des diverses positions — était certainement orthodoxe. Pourtant, la délégation de la République fédérale d'Allemagne a déclaré qu'il eût été préférable de s'abstenir de toute tentative de coordonner les positions des États, et la délégation française a contesté jusqu'à la compétence du comité technique pour examiner des problèmes de ce genre (ci-dessus, point 6).

Au cours des rencontres des 21 octobre 1980, 6 décembre 1983 et 22 janvier 1985, les représentants des gouvernements ont, au contraire, refusé d'informer le comité sur des matières autres que les mesures en vigueur ou, à tout le moins, déjà décidées. Toutefois, l'épisode le plus significatif a eu lieu au cours de la réunion qui s'est tenue le

9 décembre 1982. Le représentant français a annoncé que son gouvernement avait pris une décision visant à expulser du pays tous les étrangers en situation irrégulière et le délégué belge lui a demandé — à juste titre, nous semble-t-il, dès lors que son État pouvait en être affecté — à quelles frontières l'opération serait effectuée. Mais la réponse que le pauvre a reçu fut sèche: les mesures d'expulsion — a affirmé le fonctionnaire de Paris — seront effectuées sous escorte de police.

16. Nous pouvons, en définitive, conclure que, en 1985, la Commission avait épuisé l'arsenal des instruments ordinaires et non contraignants nés de son imagination ou mis à sa disposition par la loi. L'accuser, comme le fait l'Allemagne, de ne pas avoir émis une recommandation paraît en effet relever du prétexte. Les documents du 23 mars 1979 et du 9 juin 1983 possèdent une prégnance et une force de persuasion certainement pas inférieure à celle dont est capable le moyen prévu par l'article 155, deuxième tiret. Et là où les premiers avaient échoué, le second ne pouvait certainement pas réussir.

C'est donc sur une toile de fond de frustration d'autant plus amère que leurs responsables, les États, étaient depuis la tribune du Conseil toujours plus prodigues d'invitations à agir, c'est sur une telle toile de fond — disions-nous — que doit être apprécié le choix d'institutionnaliser la concertation par un acte susceptible d'imposer des obligations: et le jugement ne peut qu'être absolutoire. D'ailleurs, votre jurisprudence se prononce dans ce sens: celle, entendons-nous, qui permet d'interpréter les dispositions de manière à les rendre applicables en pratique et à en tirer un effet autant que possible utile. Notons qu'en disant cela nous ne songeons pas aux quelques arrêts qui, en faisant appel au *test* classique de Marshall dans l'affaire McCulloch/Maryland [17 US (4 Wheat. 316, 421, 1819)], ont doté la Communauté de compétences qui ne lui sont pas explicitement attribuées par les traités. La raison en était évidente. En l'espèce, le fait de se servir du principe de l'effectivité ne revient pas à invoquer la doctrine des pouvoirs implicites; cela signifie seulement — et vous l'avez fait à plus d'une occasion — interpréter extensivement un « pouvoir énoncé ».

Répétons des idées sur lesquelles nous nous sommes longuement penchés. L'article 118 ne pose pas un problème de compétence. La compétence de promouvoir une collaboration étroite entre les États est on ne peut plus clairement reconnue à la Commission. En outre, la collaboration — nous fait comprendre la disposition — est un devoir pour les États qui ne peuvent pas s'y opposer ni se soustraire aux actions de leur partie adverse, mais qui sont, au contraire, tenus de les faciliter. Ce qui manque dans la disposition et en fait — aurait dit Ulpien — une lex imperfecta est donc quelque chose de différent: la mention explicite d'un instrument qui permet concrètement d'exiger (en allant, disons-le clairement, jusqu'à la possibilité de sanctions) et d'articuler, en conduites ponctuelles, l'exécution de cette obligation.

Or, il nous semble que, sur la base de ce que nous avons exposé jusqu'à présent, le fait de combler cette lacune ne constitue pas un abus ni un choix particulièrement ardu ou risqué. Au contraire, celui qui convient de ce que l'on peut également « promouvoir » et « organiser » en légiférant, celui qui tient compte du fait que l'objectif principal, le primum et porro unum, de la décision attaquée est d'éviter des contradictions entre les politiques migratoires des États et l'une des quatre « grandes libertés », celui qui, en outre, garde à l'esprit la piètre réussite des

tentatives visant à atteindre cet objectif dans un cadre dépourvu de contraintes n'aura pas de difficultés à admettre que le fait de lire l'article 118 comme s'il contenait l'instrument dont nous avons parlé constitue, en quelque sorte, une opération nécessaire: la seule manière de débloquer la « paradoxical situation » à laquelle la disposition a donné lieu en lui permettant de déployer toute son efficacité potentielle ou, même avant cela, d'être appliquée raisonnablement.

17. A partir de cette conclusion, les arguments restants que les requérants ont avancés à l'appui du moyen principal, perdent en grande partie de leur intérêt. Toutefois, il nous paraît juste de leur consacrer également, fût-ce pêle-mêle, quelques brèves observations.

L'Allemagne et le Royaume-Uni, vous vous en souvenez, ont soutenu que l'énumération des moyens prévus par l'article 118 est limitative et qu'il est contraire à l'article 4 de revendiquer d'autres moyens ou des manières différentes de les utiliser. En réalité, une pratique jamais contestée de trente années démontre que cette énumération n'est pas « complète », mais fournit seulement des exemples: nous nous référons à la longue série de recommandations que la Commission a fondées sur notre disposition et, naturellement, aux deux décisions de 1974 (voir, également, Knolle, loc. cit.). D'autre part, il nous semble que, dans le contexte en question, la référence à l'article 4 n'est pas pertinente. En effet, la disposition mentionne les institutions de la Communauté et prescrit que chacune d'elles agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées; mais elle n'offre aucun élément susceptible de nous éclairer, alors que c'est précisément de cela dont nous aurions besoin, sur les moyens ou sur les pouvoirs qui correspondent auxdites attributions.

Non moins faibles nous paraissent les arguments tirés de l'arrêt Defrenne III et des mots « la Commission agit en contact étroit avec les États membres » par lesquels commence l'alinéa 2 de l'article 118. A propos du premier point, on peut observer que l'arrêt précité a trait à l'interprétation de l'article 119 et que les affirmations relatives à notre disposition sont contenues dans un bref obiter dictum. De plus, en déclarant que l'article 119 a « un caractère *essentiellement* programmatique », la Cour n'a pas totalement exclu qu'il contient des dispositions applicables dès à présent. Quant à la formulation du début de l'alinéa 2, nous dirons que la conclusion qu'en a tirée l'Allemagne — à savoir que l'exécutif ne peut pas accomplir des actes unilatéraux — est tout à fait mal fondée. La genèse du texte démontre même le contraire. Il résulte, en effet, d'un compromis qui a vu mettre à l'écart la proposition suivante des chefs de délégations: « La Commission peut demander au Conseil de procéder à des échanges de vues des différents gouvernements au sujet des problèmes sociaux... » (Neri et Sperl: *Traité instituant la Communauté économique européenne*, etc., Luxembourg, 1960, p. 297 et suiv.).

Deux mots encore sur les arguments qui ont reproché à l'acte d'avoir insuffisamment pris en considération les exigences de discrétion et d'urgence. La discrétion nous semble-t-il est déjà suffisamment protégée par l'article 214 qui oblige les fonctionnaires et les agents de la Communauté à ne pas divulguer des informations couvertes par le secret professionnel. En outre, les dispositions que l'Allemagne juge dangereuses se retrouvent sans changement appréciable dans toute autre réglementation instituant des procédures de consultation (voir article 4, paragraphe 2, décision 74/393 du Conseil, du 22 juillet 1974, JO L 208, p. 23). La deuxième exigence se présente rarement dans le cas des politiques migratoires et, en tout état de cause, l'acte attaqué en tient compte en

disposant que, à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la notification du projet de mesure, la concertation a lieu dès que le gouvernement intéressé en fait la demande. Il appartiendra donc à ce dernier de présenter le projet aussitôt que possible ou, en tout cas, en temps utile.

18. Passons au moyen avancé à titre subsidiaire. Comme on s'en souviendra, il s'articule en deux griefs et nous avons déjà traité en grande partie du deuxième — motivation insuffisante — au point 12. Il reste donc à examiner dans le cadre de ce grief la critique que les Pays-Bas tirent de la rédaction de l'acte litigieux. Celui-ci serait — dit-on — trop lacunaire, imprécis et contradictoire pour permettre à ses destinataires de déterminer avec certitude la portée des obligations auxquelles ils sont astreints.

L'observation est dénuée de fondement. Nous doutons fort, en premier lieu, que le défaut dont elle se plaint représente une véritable violation des formes substantielles. Ajoutons ensuite qu'à notre avis la décision pèche au contraire par un excès de minutie ou de pédanterie et que c'est précisément cette caractéristique qui a contribué à ce qu'elle soit perçue par les États comme une menace intolérable pour leur souveraineté (ci-dessus, point 7). Nous rappelons en tout cas à ceux qui ne partagent pas cette appréciation que la Cour, en se prononçant sur la validité d'un acte attaqué également pour violation de l'article 190, a affirmé: « A supposer même que les passages signalés n'aient pas été rédigés avec toute la précision souhaitable, cette circonstance n'a cependant empêché ni les requérantes ni la Cour de comprendre (sa) portée » (arrêt rendu le 16 décembre 1975 dans les affaires jointes 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114/73, Suiker Unie et autres/Commission, Rec. 1975, p. 1663, point 118).

Enfin, le grief qui se fonde sur le défaut de consultation du Comité économique et social. Tout en déplorant de voir une réglementation, que nous jugeons indispensable et, par ailleurs, correcte, trébucher sur la peau de banane classique, cette critique nous paraît fondée. L'Allemagne affirme assurément à juste titre que les raisons pour lesquelles la consultation a été prévue dans le cas des avis deviennent encore plus impératives lorsque l'exécutif recourt à un acte susceptible de déployer des effets obligatoires. Le fait de mettre l'accent sur le silence qu'observe à cet égard l'article 118 est, en d'autres termes, un argument dénué de valeur. Pour mieux l'exprimer: il n'est ni cohérent ni élégant d'interpréter les deux premiers alinéas de la disposition sur la base d'un principe encore audacieux comme l'est le principe de l'effectivité, puis, en analysant le troisième, de se retrancher derrière la plus surannée des exégèses littérales.

Le dossier de l'affaire ne nous révèle pas pourquoi la Commission a omis de consulter le CES. Le fait que, dans le passé, elle lui ait soumis toutes ses recommandations, ce que l'article 118 passe également sous silence (ci-dessus, point 4), conduit à imputer le manquement en question à la précipitation qui a marqué le parcours de l'acte dans ses phases finales. Mais cela ne le rend pas moins injustifiable. La formalité prévue par notre disposition et les autres, semblables, qui figurent dans le traité, sont tout sauf banales. Un juriste italien a fait observer qu'elles ont été prévues « pour assurer le respect de l'équilibre des pouvoirs réalisé par les traités en permettant la participation à la formation de l'acte des organes qui

expriment les divers intérêts » (Tizzano: *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Napoli, 1967, p. 334 et suiv.); et la Cour a ajouté qu'elles ont, entre autres, pour fin de garantir un maximum de « circonspection et de prudence » dans l'élaboration des décisions qui y sont soumises (arrêt rendu le 21 mars 1955, affaire 6/54, Pays-Bas/Haute Autorité, Rec. vol. I, p. 201).

Il nous semble que notre affaire confirme pleinement le bien-fondé de ces observations. Il est en effet probable que la consultation d'un organe composite tel que le CES aurait amené l'exécutif à corriger sa décision en atténuant ses angles les plus aigus ou même en modifiant son agencement en ce sens qu'elle aurait donné une plus grande importance à la protection de la priorité communautaire. Et il n'est pas à exclure — nous l'avons déjà dit — qu'un tel travail aurait évité les présents recours et le gel consécutif de la concertation prévue par l'acte.

19. A la lumière des considérations qui précèdent, nous vous proposons:

a) de déclarer irrecevables, en ce qu'ils sont tardifs, les recours introduits par le royaume des Pays-Bas (affaire 284/85), le royaume de Danemark (affaire 285/85) et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (affaire 287/85);

b) en accueillant les recours introduits par la République fédérale d'Allemagne (affaire 281/85) et par la République française (affaire 283/85), d'annuler la décision 85/381 de la Commission, du 8 juillet 1985, instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers, en ce qu'elle est entachée de violation des formes substantielles.

En ce qui concerne les dépens, il nous paraît équitable que chacune des parties, y compris les intervenants, supportent ses propres frais eu égard à la complexité et à la nouveauté des questions traitées.