CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME ELEANOR SHARPSTON
présentées le 12 juillet 2007 [1]

1. Dans ces procédures parallèles en vertu de l'article 226 CE, la Commission des Communautés européennes allègue que la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne ont manqué à leur obligation de garantir la libre circulation des services, en exigeant des organismes privés agréés dans un autre État membre pour fournir des services de contrôle dans le domaine de la production biologique de produits agricoles de posséder au moins une infrastructure permanente sur leur territoire respectif afin de pouvoir y fournir les mêmes services.

2. Ces affaires soulèvent des questions relatives au degré d'harmonisation communautaire dans le domaine de ces contrôles et à la justification possible de restrictions à la liberté de fournir des services de contrôle au motif que soit ces services impliquent l'exercice de l'autorité publique, soit les restrictions constituent des exigences impératives d'intérêt général liées à la protection des consommateurs.

1 — Langue originale: l'anglais.

Le droit communautaire

Le traité CE

3. L'article 49 CE interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

4. En vertu de l'article 55 CE, l'article 45 CE s'applique à la libre prestation des services garantie par l'article 49 CE. L'article 45, premier alinéa, CE dispose que:

«Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.»

Le règlement (CEE) nº 2092/91

5. Le règlement (CEE) nº 2092/91 [2] fixe les règles communautaires relatives à la production, à l'étiquetage et au contrôle des produits agricoles et des denrées alimentaires.

6. Le préambule explique, notamment, qu'un cadre de règles communautaires permettra de protéger l'agriculture biologique, garantira des conditions de concurrence loyale entre les producteurs, empêchera l'anonymat dans le marché des produits biologiques et conduira à une plus grande crédibilité de ces produits aux yeux des consommateurs [3]; que, dans l'intérêt des producteurs et des acheteurs, il convient d'établir les principes qui doivent au moins être mis en œuvre [4]; et que tous les opérateurs à tous les stades de production et de commercialisation doivent être soumis à un régime de contrôle régulier, répondant à des exigences communautaires minimales et appliqué par des instances de contrôle désignées et/ou des organismes agréés et supervisés [5].

7. Les articles 1^er, 2 et 4 du règlement énumèrent les produits concernés et les indications se référant au mode de production biologique, et définissent différentes notions. L'article 3 dispose que le règlement s'applique sans préjudice des autres dispositions communautaires ou dispositions nationales, en conformité avec la législation communautaire. L'article 5 fixe les conditions dans lesquelles l'étiquetage ou la publicité d'un produit peut faire référence au mode de production biologique, alors que l'article 6 expose les règles de production (définies plus en détail à l'annexe I) impliquées par la notion «méthode de production biologique».

8. Les articles 8 et 9 concernent le régime de contrôle. L'article 9 dispose notamment que:

«1. Les États membres établissent un système de contrôle opéré par une ou plusieurs autorités désignées de contrôle et/ou par des organismes privés agréés [...].

[...]

3. Le régime de contrôle comporte au moins la mise en œuvre des mesures de contrôle et de précaution figurant à l'annexe III.

2 — Règlement du Conseil, du 24 juin 1991, concernant le mode de production biologique de produits agricoles et sa présentation sur les produits agricoles et les denrées alimentaires (JO L 198, p. 1), tel que modifié (ci-après le «règlement»). La version consolidée applicable est disponible sous http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/consleg/1991/R/01991R2092-20020323-fr.pdf.

3 — Voir cinquième considérant.

4 — Voir huitième considérant.

5 — Voir douzième et treizième considérants.

4. Pour la mise en œuvre du régime de contrôle par des organismes privés, les États membres désignent une autorité chargée de l'agrément et de la supervision de ces organismes.

5. Pour l'agrément d'un organisme de contrôle privé, les éléments suivants sont pris en considération:

a) le plan type de contrôle de l'organisme qui contient une description détaillée des mesures de contrôle et des mesures de précaution que cet organisme s'engage à imposer aux opérateurs qu'il contrôle;

b) les sanctions que l'organisme envisage d'imposer en cas de constatation d'irrégularités et/ou infractions;

c) les ressources adéquates en personnel qualifié et en équipement administratif et technique, ainsi que l'expérience en matière de contrôle et la fiabilité;

d) l'objectivité de l'organisme de contrôle à l'égard des opérateurs soumis à son contrôle.

6. Après l'agrément d'un organisme de contrôle, l'autorité compétente:

a) assure l'objectivité du contrôle effectué par l'organisme de contrôle;

b) vérifie l'efficacité du contrôle;

c) prend connaissance des irrégularités et/ou infractions constatées et des sanctions infligées;

d) retire l'agrément d'un organisme de contrôle lorsque cet organisme ne satisfait pas aux exigences requises aux points a) et b) ou ne satisfait plus aux critères énoncés au paragraphe 5 ou ne satisfait pas aux exigences requises aux paragraphes 7, 8, 9 et 11.

[...]

7. L'autorité de contrôle et les organismes agréés de contrôle visés au paragraphe 1:

a) assurent qu'au moins les mesures de contrôle et de précaution figurant à l'annexe III sont mises en œuvre dans les exploitations soumises à leur contrôle;

[...]

8. Les organismes agréés de contrôle:

a) donnent accès à leurs bureaux et installations à leur autorité compétente, aux fins de l'inspection, et donnent toute information et toute aide estimée nécessaire par l'autorité compétente pour la mise en œuvre de ses obligations en vertu du présent règlement;

b) transmettent, au plus tard le 31 janvier de chaque année, à l'autorité compétente de l'État membre une liste des opérateurs soumis à leur contrôle à la date du 31 décembre de l'année précédente et lui présentent un rapport annuel succinct.

9. L'autorité de contrôle et les organismes de contrôle visés au paragraphe 1 doivent:

a) en cas de constatation d'une irrégularité en ce qui concerne la mise en œuvre des articles 5 et 6 ou la mise en œuvre des mesures figurant à l'annexe III, faire éliminer les indications prévues à l'article 2 se référant au mode de production biologique [...];

b) en cas de constatation d'une infraction manifeste ou avec un effet prolongé, interdire à l'opérateur en cause de commercialiser des produits avec des indications se référant au mode de production biologique pour une période à convenir avec l'autorité compétente de l'État membre.

[...]

11. À compter du 1^er janvier 1998, et sans préjudice des paragraphes 5 et 6, les organismes de contrôle agréés doivent satisfaire aux exigences fixées selon les conditions de la norme EN 45011[6].

6 — Qui couvre les conditions auxquelles sont soumis les organismes exploitant les systèmes de certification de produits.

[...]»

9. L'article 10 prévoit une indication et/ou un logo apposé sur l'étiquetage des produits soumis au régime de contrôle; à cet égard, l'article 10, paragraphe 3, impose aux organismes de contrôle des obligations d'exécution équivalentes à celles visées à l'article 9, paragraphe 9.

10. L'article 10 bis, qui couvre les mesures générales d'exécution, dispose que:

«1. Lorsqu'un État membre constate, sur un produit provenant d'un autre État membre et portant des indications prévues à l'article 2 et/ou à l'annexe V, des irrégularités ou des infractions relatives à l'application du présent règlement, il en informe l'État membre ayant désigné l'autorité de contrôle ou agréé l'organisme de contrôle et la Commission.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour éviter l'utilisation frauduleuse des indications prévues à l'article 2 et/ou à l'annexe V.»

11. L'annexe III présente en détail les conditions de contrôle minimales et les mesures de précaution en vertu du régime de contrôle établi aux articles 8 et 9. L'annexe V énumère les indications et les logos pouvant être utilisés pour l'étiquetage dans différentes langues.

12. Conformément à l'article 9, paragraphe 1, du règlement, la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne ont toutes deux opté pour un régime de contrôle mis en œuvre par des organismes privés.

Le droit autrichien

13. La législation actuelle ne prévoit aucune obligation pour les organismes de contrôle privés d'être établis en Autriche pour pouvoir y exercer leurs activités. Cependant, il est constant que, pour agréer ces organismes, les autorités autrichiennes exigent dans les faits la présence d'au moins une succursale disposant du personnel et des ressources administratives et techniques nécessaires [7].

14. Dans ses réponses aux questions écrites posées par la Cour, la République d'Autriche

7 — La Commission relève qu'un projet de loi actuel exige expressément que, aux fins de leur agrément, les organismes de contrôle s'établissent en Autriche.

a expliqué que les gouverneurs des différents Länder sont les autorités compétentes pour l'application de l'article 9 du règlement. Ils sont responsables de l'acceptation ou du rejet des demandes d'agrément émanant d'organismes de contrôle privés potentiels, ainsi que du respect des modalités relatives aux rapports et de la surveillance des activités des organismes de contrôle agréés. Ils ont également le pouvoir de retirer l'agrément.

15. Les organismes de contrôle privés agréés n'ont pas la compétence pour imposer eux-mêmes des sanctions ou pour procéder à leur exécution forcée. Ils peuvent seulement faire des recommandations aux gouverneurs des Länder. Ils peuvent cependant accorder certaines dérogations individuelles prévues par le règlement (là encore, sous la surveillance des gouverneurs des Länder).

Le droit allemand

16. En vertu du système fédéral qui prévaut en Allemagne, la mise en œuvre du règlement relève de la compétence des différents Länder. En 1994, un groupe de travail ad hoc («Arbeitsgemeinschaft») composé des Länder a rédigé un ensemble de lignes directrices pour promouvoir l'application uniforme du régime de contrôle. Bien que ces lignes directrices aient été conçues comme des recommandations, les Länder les ont partiellement transformées en dispositions administratives contraignantes [8].

17. Les points 1 et 2 de ces lignes directrices prévoient que les autorités compétentes des différents Länder sont responsables de l'agrément et de la surveillance des organismes privés chargés de mettre en œuvre la procédure de contrôle en vertu de l'article 9 du règlement.

18. Le point 2.1 indique [9]:

«[...] Un organisme de contrôle ne peut être agréé que s'il dispose d'un établissement dans l'UE. Un organisme de contrôle qui n'a pas d'établissement sur le territoire national ne peut solliciter un agrément que s'il a désigné un représentant résidant en [Allemagne] [...].

La délégation [de pouvoirs] aux organismes de contrôle est possible [...]»

8 — Voir *Schlussbericht* du 4 octobre 2002 du Forschungsinstitut für biologischen Landbau, Berlin, point 3.3.1.

9 — Je cite la version du 6 avril 2001. Dans sa lettre de notification, la Commission se réfère à une version antérieure numérotée différemment.

19. Le 10 juillet 2002, la République fédérale d'Allemagne a adopté la loi sur l'agriculture biologique (ci-après l'«ÖLG»)[10] pour, notamment, transposer le règlement. Conformément à l'article 15 de l'ÖLG, certaines dispositions sont entrées en vigueur le jour suivant la publication de la loi, à savoir le 16 juillet 2002, et les autres dispositions le 1er avril 2003.

20. Parmi les dispositions qui étaient donc en vigueur à la période pertinente dans la présente affaire[11], l'article 2, paragraphe 3, autorisait les Länder à déléguer à des organismes de contrôle, ou à d'autres personnes physiques ou morales de droit privé, tout ou partie de la surveillance du respect du règlement par les producteurs et les opérateurs, ou de leur attribuer un rôle de coopération (participatif) à ces tâches.

21. Concernant les autres dispositions, on peut relever que, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, lorsque les Länder n'ont pas délégué la surveillance, les organismes de contrôle doivent procéder aux contrôles prévus par le règlement «pour autant que l'exécution de ces tâches n'implique pas la mise en œuvre d'une procédure administrative», et que l'article 4, paragraphe 1, point 4, rend l'effet des lignes directrices antérieures plus explicite et plus rigoureux, en exigeant un établissement en Allemagne parmi les conditions d'agrément d'un organisme de contrôle.

L'affaire C-393/05

22. En 1999, la Commission a reçu une plainte émanant d'un organisme de contrôle privé établi et agréé en Allemagne. Il apparaît que cet organisme avait à l'origine été agréé pour fournir des services en Autriche, mais que son agrément lui avait été retiré parce qu'il n'y disposait pas d'un établissement.

23. À la suite de deux demandes d'information, la Commission a adressé à la République d'Autriche une lettre de mise en demeure datée du 8 novembre 2000, dans laquelle elle indiquait qu'elle considérait que la condition d'un établissement ou d'une infrastructure durable en Autriche, pour qu'un organisme de contrôle privé basé et agréé dans un autre État membre puisse y procéder à des contrôles, était contraire à l'article 49 CE. La République d'Autriche a répondu à cette lettre par un courrier du 25 avril 2001. Le 16 octobre 2002, la Commission lui a adressé un avis motivé.

10 — Gesetz zur Durchführung der Rechstakte der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des ökologischen Landbaus — ÖLG (Öko-Landbaugesetz) du 10 juillet 2002 (BGBl. 2002 I 47, p. 2558).

11 — Dans un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, la date pertinente pour apprécier la compatibilité des dispositions nationales avec les obligations qui incombent à un État membre en vertu du droit communautaire est le terme de la période fixée dans l'avis motivé de la Commission (voir, en dernier lieu, arrêt du 7 juin 2007, Commission/Pays-Bas, C-50/06, Rec. p. I-4383, point 48). Dans la présente affaire, cette période était de deux mois à compter de la communication de l'avis motivé du 16 octobre 2002.

24. Après avoir examiné la réponse de la République d'Autriche du 23 décembre 2002, la Commission a introduit le présent recours le 4 novembre 2005, et a demandé à ce qu'il plaise à la Cour déclarer que, «en exigeant des organismes de contrôle privés du secteur de l'agriculture biologique, établis et agréés dans un autre État membre, qu'ils exploitent un établissement ou une autre infrastructure durable en Autriche pour pouvoir y exercer leurs activités, la République d'Autriche a méconnu les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE» et condamner la République d'Autriche aux dépens.

25. Initialement, la République d'Autriche avait demandé la tenue d'une audience, mais elle a retiré sa demande par la suite. Par conséquent, aucune audience n'a été tenue.

L'affaire C-404/05

26. Par une lettre de mise en demeure du 8 novembre 2000, la Commission a informé la République fédérale d'Allemagne que, selon elle, la condition qu'un organisme de contrôle privé basé et agréé dans un autre État membre ait un établissement ou une infrastructure durable en Allemagne, pour pouvoir y procéder à des contrôles, était contraire à l'article 49 CE. La République fédérale d'Allemagne a répondu à cette lettre par un courrier du 19 février 2001. Le 16 octobre 2002, la Commission lui a adressé un avis motivé.

27. Après avoir examiné la réponse de la République fédérale d'Allemagne du 13 février 2003, la Commission a introduit le présent recours le 17 novembre 2005, et a demandé à ce qu'il plaise à la Cour constater le manquement de la République fédérale d'Allemagne dans les mêmes termes que celui de la République d'Autriche, et condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.

28. Aucune partie n'ayant souhaité être entendue en ses observations orales, aucune audience n'a été tenue.

Appréciation

29. Il est constant que les dispositions en vigueur en Autriche et en Allemagne constituent de facto un obstacle à la fourniture de services, en vertu du règlement, par les organismes de contrôle établis et agréés dans d'autres États membres, mais qui ne disposent pas d'un établissement fixe en Allemagne ou en Autriche, selon le cas. La Commission soutient que la condition qu'un tel organisme dispose d'un établissement dans l'État d'accueil réduit à néant sa liberté de fournir des services en vertu de l'article 49 CE.

30. Une question préalable concerne le degré d'harmonisation introduit par le règlement. La République fédérale d'Allemagne allègue que le règlement harmonise de manière exhaustive le régime de contrôle qu'il met en place, et que les libertés fondamentales garanties par le traité ne constituent plus, dès lors, le critère à l'aune duquel on apprécie la légalité d'une législation nationale d'un État membre. La République d'Autriche considère, au contraire, que le règlement n'harmonise pas tous les aspects de l'agrément et de la surveillance des organismes de contrôle privés et que tant les dispositions du traité sur la libre prestation des services que les justifications des dérogations à ces dispositions doivent s'appliquer à ceux des aspects non harmonisés.

31. Ensuite, la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne invoquent, pour l'essentiel, deux moyens.

32. Premièrement, elles soutiennent que l'activité des organismes de contrôle privés implique un exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE.

33. Deuxièmement (et à titre subsidiaire dans le cas de la République fédérale d'Allemagne), elles invoquent des raisons impérieuses d'intérêt général [12] pour justifier la condition que les organismes de contrôle, qui opèrent sur leur territoire, y disposent d'un établissement.

Le degré d'harmonisation résultant du règlement

34. Selon la jurisprudence de la Cour, lorsqu'une législation communautaire a procédé à une harmonisation exhaustive de certaines activités, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions pertinentes de cette législation et non pas de celles des articles du traité [13].

35. Ce principe est sous-tendu par la présomption (raisonnable) selon laquelle, en procédant à une harmonisation totale dans un domaine donné, le Conseil a agi d'une manière compatible avec les libertés fondamentales garanties par le traité. Pour cette raison, puisqu'une harmonisation totale a été réalisée, la compatibilité de la législation nationale doit, dans de tels cas, être appréciée par référence au règlement d'harmonisation, plutôt qu'au traité lui-même.

12 — Parmi les motifs de justification développés dans la jurisprudence de la Cour, voir, par exemple, arrêt du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37).

13 — Voir arrêt du 23 janvier 2003, Commission/Autriche (C-221/00, Rec. p. I-1007, point 42 et jurisprudence citée).

36. Inversement, en l'absence d'harmonisation d'un domaine, les États membres demeurent compétents pour le réglementer, mais doivent exercer leurs compétences dans ce domaine dans le respect des libertés fondamentales garanties par le traité [14]. La Cour a déjà appliqué ce principe à une situation dans laquelle la législation communautaire avait harmonisé certains aspects des procédures de contrôle, mais pas le lieu d'établissement des organismes de contrôle, et elle a jugé qu'il était contraire à l'article 49 CE qu'un État membre exige d'une entreprise qu'elle soit établie sur son territoire, pour y être agréée en tant qu'organisme de contrôle [15].

37. Dans le cas présent, il me paraît clair qu'il n'y a pas eu d'harmonisation complète des activités de contrôle [16].

38. L'utilisation dans le préambule du règlement des termes «au moins» et «cadre» indique déjà que ce texte ne va pas jusqu'à une harmonisation exhaustive. Dans la même veine, l'article 9, paragraphes 3 et 7, sous a), indique que le régime de contrôle comporte «au moins» la mise en œuvre des mesures de contrôle et de précaution figurant à l'annexe III.

39. L'indication la plus éloquente, cependant, est la disposition expresse de l'article 3, selon laquelle le règlement s'applique «sans préjudice des autres dispositions communautaires ou dispositions nationales, en conformité avec la législation communautaire», relatives à son objet.

40. Le règlement demeure muet quant à la fourniture de services dans un État membre par un organisme privé établi et agréé dans un autre État membre. Je considère que l'on peut difficilement comprendre l'article 3 comme excluant ces services du champ d'application de l'article 49 CE. La condition de posséder un établissement sur leur territoire respectif, imposée par la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne aux organismes de contrôle, doit donc être appréciée, selon moi, à la lumière de cet article et des motifs de justification permettant d'y déroger qui découlent du traité ou de la jurisprudence de la Cour.

14 — Voir arrêts du 1er février 2001, Mac Quen e.a. (C-108/96, Rec. p. I-837, point 24 et jurisprudence citée), et du 11 juillet 2002, Gräbner (C-294/00, Rec. p. I-6515, point 26).

15 — Arrêt du 14 décembre 2006, Commission/Autriche (C-257/05, Rec. p. I-134, point 18 et dispositif). La législation communautaire en question était la directive 97/23/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 mai 1997, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les équipements sous pression (JO L 181, p. 1).

16 — On peut ajouter que, comme l'a indiqué la Commission, le règlement n'est pas basé sur l'article 45, deuxième alinéa, CE, qui permet au Conseil d'excepter certaines activités de l'application des dispositions du chapitre sur la libre prestation des services.

Le problème soulevé par le règlement

41. Étant donné que le règlement ne couvre pas la fourniture transfrontalière de services, il peut être utile à ce stade de faire le point sur la situation juridique.

42. Le règlement fixe certaines conditions minimales pour les produits portant une indication ou un logo communautaire attestant de leur mode de production biologique. Il exige des États membres qu'ils instaurent un régime permettant de surveiller la production et l'étiquetage de ces produits. Ce régime peut être confié, au choix de l'État membre, à une ou plusieurs autorités de contrôle et/ou à des organismes de contrôle privés agréés par une autorité publique et placés sous sa surveillance. Le régime de contrôle doit lui-même garantir la mise en œuvre de certaines mesures minimales.

43. Lorsque les États membres ont choisi de confier le contrôle exclusivement à une ou plusieurs autorités publiques, la question de la fourniture transfrontalière de services ne se pose pas. En vertu de la décision prise, les organismes privés ne seront pas compétents pour procéder à des contrôles dans ces États membres, quels que soient leur nationalité et le ou les lieux de leur établissement. Les propres autorités d'un État ne seront, par nature même, pas compétentes pour procéder à des contrôles en dehors de leur territoire.

44. Le règlement ne prévoit aucune règle et ne fournit aucune indication pour le cas dans lequel des organismes de contrôle privés agréés dans un État membre souhaitent fournir leurs services dans un autre État membre, qui a choisi de confier la responsabilité des contrôles à de tels organismes. En principe, ces organismes doivent néanmoins avoir le droit de fournir leurs services en vertu de l'article 49 CE, et sous réserve de certaines restrictions à ce droit permises par le traité ou par la jurisprudence de la Cour.

45. Cependant, des difficultés pratiques surviennent et il est compréhensible que les États membres doivent chercher à les aborder.

46. Les organismes de contrôle agréés doivent, entre autres, donner accès à leurs bureaux et installations à l'autorité de surveillance (article 9, paragraphe 8). Les autorités de surveillance doivent, notamment, veiller à l'objectivité des contrôles effectués et vérifier leur efficacité (article 9, paragraphe 6).

47. Le respect de ces obligations soulève des questions si l'autorité de surveillance et l'organisme de contrôle se trouvent dans différents États membres. Une autorité de surveillance peut-elle vérifier sur son territoire les contrôles effectués par un organisme agréé par les autorités d'un autre État membre? Peut-elle exiger l'accès aux

bureaux et installations d'un organisme de contrôle dans un autre État membre, qu'elle ait elle-même agréé l'organisme ou que l'organisme ait été agréé dans l'autre État membre? Peut-elle vérifier les contrôles effectués dans un autre État membre par un organisme qu'elle a elle-même agréé? Existe-il un danger qu'un organisme de contrôle puisse échapper à la surveillance pour des services fournis dans un État membre autre que celui dans lequel il a été agréé?

48. La République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne, qui ont toutes deux choisi un régime de contrôle mis en œuvre par des organismes privés agréés, ont répondu à ces questions en exigeant un établissement permanent (ou dans le cas de la République fédérale d'Allemagne — du moins dans des lignes directrices — une représentation qui peut être assimilée à un établissement [17]) sur leur territoire comme préalable à l'autorisation d'y fournir des services de contrôle.

49. Cependant, il semblerait également possible (et proportionné) de résoudre les difficultés qui peuvent surgir par le biais de la coopération entre les autorités des États membres. Il n'appartient pas à la Cour de prescrire les moyens en question — c'est là le rôle du législateur communautaire — mais au cours de la phase précontentieuse des deux affaires présentes, la Commission a esquissé à cet effet une procédure d'autorisation abrégée possible [18].

50. Une condition générale du type de celle imposée par la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne apparaît donc contraire à l'article 49 CE, sauf si elle est justifiée par des motifs valables. La République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne avancent deux motifs de ce type.

L'exercice de l'autorité publique

51. En vertu de l'article 45 CE (combiné à l'article 55 CE), l'article 49 CE ne s'applique pas aux activités liées, même de manière occasionnelle, à l'exercice de l'autorité publique dans un État membre donné.

17 — Voir arrêt du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne (205/84, Rec. p. 3755, point 21). Voir également, dans un autre domaine, article 3 de la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil, du 22 juin 1988, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE (JO L 172, p. 1).

18 — La procédure proposée par la Commission tiendrait compte d'éléments déjà dûment vérifiés dans l'État membre d'origine, mais l'État membre d'accueil serait autorisé à s'assurer que l'organisme de contrôle 1) dispose des personnels qualifiés et des ressources administratives et techniques pour effectuer des contrôles sur son propre territoire et peut garantir son expérience, sa fiabilité et son objectivité, 2) procède à une surveillance appropriée conformément à l'article 9, paragraphe 6, et, en particulier, informe systématiquement, et de manière efficace, l'autorité compétente de toute irrégularité ou violation, et 3) applique les critères du régime de contrôle de manière correcte.

52. En tant que dérogation à une liberté fondamentale garantie par le traité, l'article 45 CE doit recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États membres de protéger [19]. Par conséquent, elle est limitée à celles des activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique [20]. Cela exclut les fonctions simplement auxiliaires et préparatoires vis-à-vis d'un organisme qui exerce l'autorité publique en prenant la décision finale [21]. Le contrôle exercé par la Cour pour déterminer si une activité implique l'exercice d'une autorité publique en vertu de l'article 45 CE consiste à vérifier si les décisions prises par une personne ou une entité dans le cadre de cette activité sont contraignantes [22].

53. Dans les présentes affaires, les organismes privés agréés sont soumis à la surveillance et au contrôle des autorités compétentes dans leur État membre d'origine. Les organismes privés procèdent eux-mêmes aux contrôles nécessaires en vertu du règlement. Ils peuvent appliquer des sanctions, y compris celles énumérées aux articles 9, paragraphe 9, et 10, paragraphe 3, en cas d'infraction par les opérateurs. Comme l'a souligné la République fédérale d'Allemagne, ils peuvent également accorder certaines dérogations.

54. Cela étant dit, dans le régime mis en place par le règlement, les organismes de contrôle appliquent, en substance, un régime de certification de produit sous la surveillance de l'autorité compétente [23]. Il me semble que les tâches effectuées par les commissaires en assurance dans l'arrêt Thijssen [24] offrent un parallèle utile dans le cadre de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 45 CE. Dans cette affaire, les commissaires étaient agréés et surveillés par l'Office belge de contrôle des assurances (OCA), un organisme public. Une société d'assurances était tenue de nommer un commissaire agréé qui devait fournir à l'OCA un rapport sur la société et l'informer des infractions ou de tout autre élément préjudiciable à la situation financière de l'entreprise. Le commissaire avait la compétence de suspendre jusqu'à huit jours l'exécution d'une décision de l'entreprise susceptible de constituer une infraction pénale [25].

55. La Cour a jugé que les tâches dévolues au commissaire agréé étaient auxiliaires et préparatoires vis-à-vis de l'OCA — qui, lui,

19 — Arrêts du 15 mars 1988, Commission/Grèce (147/86, Rec. p. 1637, point 7); du 29 octobre 1998, Commission/Espagne (C-114/97, Rec. p. I-6717, point 34), et du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941, point 45).

20 — Arrêts du 21 juin 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631, point 45), et Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (point 46 et jurisprudence citée).

21 — Arrêt du 13 juillet 1993, Thijssen (C-42/92, Rec. p. I-4047, point 22).

22 — Voir arrêts précités Reyners, points 52 à 53, et Thijssen, point 21, ainsi qu'arrêt du 10 décembre 1991, Commission/Grèce (C-306/89, Rec. p. I-5863, point 7).

23 — En effet, en vertu de l'article 9, paragraphe 11, du règlement, ils doivent se conformer à la norme EN 45011 qui couvre les conditions applicables aux organismes exploitant les systèmes de certification de produits.

24 — Précité note 21.

25 — Idem, points 11, et 16 à 19. Voir, également, le rapport d'audience.

exerce l'autorité publique en prenant la décision finale — et, partant, ne sauraient être considérées comme une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Cela s'applique également au pouvoir de veto suspensif, puisque la décision finale a été prise par l'OCA, qui n'était pas lié par le veto opposé par le commissaire [26].

56. Sur cette base, le règlement lui-même n'indique ni ne suggère nullement que les tâches effectuées par les organismes de contrôle agréés impliquent l'exercice de l'autorité publique telle que l'entend la Cour .

57. Qu'en est-il de la manière dont le règlement a, en pratique, été mis en œuvre en Allemagne et en Autriche?

58. Il apparaît que, en Allemagne, la pratique diffère selon les Länder. Certains d'entre eux ont choisi de déléguer des compétences à des organismes de contrôle privés ou de leur confier un rôle participatif. Dans d'autres, les organismes de contrôle privés opèrent exclusivement dans le cadre du droit privé. Dans tous les cas, les organismes de contrôle sont cependant subordonnés à l'autorité compétente.

59. La compétence des organismes de contrôle pour infliger des sanctions diffère considérablement d'un Land à l'autre. Certains d'entre eux peuvent imposer, soit par eux-mêmes, soit en coopération avec l'autorité compétente, certaines ou l'ensemble des mesures prévues aux articles 9, paragraphe 9, et 10, paragraphe 3, du règlement. Dans d'autres cas, ces mesures sont imposées par les autorités des Länder. Lorsque l'autorité a été déléguée, ces compétences sont administratives. Les mesures peuvent cependant être prévues dans le contrat conclu entre les organismes de contrôle et les producteurs, et relèvent ainsi du droit privé. La compétence pour appliquer des sanctions par coercition (ainsi que celle de sanctionner certaines infractions) est, à quelques exceptions près, réservée aux autorités compétentes.

60. La situation en Autriche est plus simple. Ce sont les gouverneurs des Länder qui surveillent les organismes de contrôle privés et qui, sur les conseils (non contraignants) de ces derniers, sanctionnent les infractions.

61. La délivrance de certificats constitue la tâche exercée par les organismes de contrôle privés qui se rapproche le plus d'un acte officiel. Selon moi, cette activité n'implique pas l'exercice de l'autorité publique aux fins de l'article 45 CE [27].

26 — Idem, points 21 et 22.

27 — Voir arrêt Thijssen, précité aux points 54 et 55 ci-dessus.

62. De plus, rien dans les présentes affaires ne suggère qu'une restriction totale à la liberté de fournir des services transfrontaliers de contrôle privé à un État membre d'accueil, qui a choisi d'autoriser les organismes de contrôle agréés établis sur son territoire à exercer de tels services de contrôle, soit «strictement nécessaire» pour sauvegarder les intérêts de l'État membre concerné [28].

63. Le règlement n'interdit pas aux États membres de déléguer des compétences administratives à des organismes de contrôle; et la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne demeurent bien sûr libres de le faire. Elles ne doivent pas cependant restreindre les libertés fondamentales à cette occasion.

64. La République d'Autriche considère l'arrêt Van Schaik [29] (qui concernait la délivrance de certificats de contrôle des voitures) particulièrement pertinent. L'avocat général Jacobs a considéré qu'une telle activité était sans lien avec l'exercice de l'autorité publique [30]. La Cour a jugé que «l'octroi par l'État néerlandais, à des garages établis dans d'autres États membres [...] concerne l'extension d'une prérogative de puissance publique en dehors du territoire national et ne tombe donc pas dans le champ d'application de l'article [49] du traité» [31].

65. Il n'est cependant pas clair si l'exercice d'une autorité publique à laquelle la Cour s'est référée dans cet arrêt était l'octroi par l'État néerlandais à des garages établis dans d'autres États membres, ou l'activité spécifique de certification de voitures. Dans le second cas, il est surprenant que la Cour n'ait pas motivé sa conclusion (elle n'a pas non plus mentionné l'actuel article 45 CE), compte tenu, premièrement, de sa propre jurisprudence qui restreint le champ de cette dérogation et, deuxièmement, de l'opinion contraire exprimée par l'avocat général. Selon moi, l'arrêt Van Schaik n'est d'aucun secours pour trancher les présentes affaires.

66. J'en conclus que les activités exercées par les organismes de contrôle privés n'impliquent pas l'exercice d'une autorité publique au sens de l'article 45 CE.

Les raisons impérieuses d'intérêt général

67. Alternativement à la dérogation de l'article 45 CE, les deux États membres invo-

28 — Voir point 52 ci-dessus.

29 — Arrêt du 5 octobre 1994 (C-55/93, Rec. p. I-4837).

30 — Voir point 17 des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Schaik.

31 — Point 16 de l'arrêt.

quent la protection des consommateurs comme un intérêt impératif. Ils estiment que la condition d'un établissement de l'organisme de contrôle privé sur le territoire national est proportionnée à la finalité de garantir l'objectivité et une surveillance de haut niveau. Les tâches d'une autorité de surveillance en vertu de l'article 9, paragraphe 6, du règlement sont continues. Elles ne peuvent être remplies efficacement que si les organismes de contrôle se trouvent dans le même pays que l'autorité compétente. La procédure visée à l'article 10 bis, selon laquelle les autres États membres et la Commission sont informés des irrégularités concernant les produits, ne peut être étendue par analogie aux organismes de contrôle. Ces derniers exécutent des tâches différentes en fonction des obligations que leur impose leur État membre d'origine. Par conséquent, le niveau de surveillance diffère également. Une procédure d'agrément simplifiée, telle que la préconise la Commission, serait donc inefficace.

68. Selon la jurisprudence de la Cour, des raisons impérieuses d'intérêt général peuvent justifier une restriction à la libre prestation des services prévue par une mesure nationale, lorsque les exigences que traduit cette législation ne sont pas déjà satisfaites par des mesures communautaires d'harmonisation [32] ou sauvegardées par des règles imposées à ces prestataires dans l'État membre où ils sont établis [33]. Cependant, une telle mesure restrictive doit s'appliquer à toutes les personnes ou entreprises qui exercent une activité dans l'État membre de destination et ne peut se justifier que si elle est nécessaire pour protéger les intérêts qu'elle vise à garantir et que cet objectif ne peut pas être protégé par des moyens moins restrictifs [34].

69. La protection des consommateurs peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général [35] et la condition d'établissement s'applique, en Allemagne comme en Autriche, à tous les organismes de contrôle privés qui souhaitent fournir leurs services.

70. Cependant, bien qu'il ne comporte pas une harmonisation exhaustive du domaine de l'agriculture biologique [36], le règlement fournit des critères harmonisés, sur la base desquels la surveillance se conforme aux mêmes conditions minimales dans toute la Communauté. Par conséquent, si un organisme de contrôle est établi dans un autre État membre, dans lequel ses bureaux et ses installations sont surveillés par l'autorité nationale compétente, cela suffit pour rendre superflue toute duplication de la même surveillance par la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne, selon le

32 — Arrêts du 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007, point 12), et du 14 décembre 2006, Commission/Autriche, précité note 15, point 23.

33 — Arrêts du 17 décembre 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305, point 17); Gebhard, précité note 12, point 38, et du 9 juillet 1997, Parodi (C-222/95, Rec. p. I-3899, point 21 et jurisprudence citée).

34 — Arrêts précités Collectieve Antennevoorziening Gouda, points 12 et 15, et jurisprudence citée, et Parodi, point 21.

35 — Arrêt Collectieve Antennevoorziening Gouda, point 14.

36 — Voir point 40 ci-dessus.

cas, et pour écarter toute justification d'une condition d'établissement dans l'État d'accueil [37].

71. Je suis donc d'avis que l'argument des États membres défendeurs fondé sur des raisons impérieuses d'intérêt général doit être rejeté.

La conclusion de la Commission

72. J'aborde finalement un point de détail qui n'est pas sans importance.

73. Dans les deux affaires, la Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour déclarer que les deux États membres n'ont pas respecté l'article 49 CE en exigeant des organismes privés situés et agréés dans un autre État membre de posséder au moins une infrastructure permanente sur leur territoire respectif *pour pouvoir y exercer leurs activités*.

74. Cependant, la pratique [38] en vigueur à la fois en Allemagne et en Autriche, telle qu'elle ressort des mémoires déposés par les parties, est que ces organismes doivent avoir au moins une infrastructure sur le territoire national *pour pouvoir y recevoir l'agrément*, et ils ne peuvent y procéder à des contrôles sans y être agréés par les autorités nationales.

75. Les pièces du dossier révèlent donc une situation plus complexe que la conclusion de la Commission. Puisque la situation décrite dans les mémoires déposés englobe celle décrite dans les demandes de la Commission, rien ne s'oppose à ce que l'on fasse droit à ces demandes dans les deux affaires. La différence a cependant une conséquence quant aux mesures que doivent prendre les États membres pour remédier à la situation.

76. En substance, si un organisme de contrôle agréé dans un État membre doit avoir le droit de fournir librement ses services, à condition d'être soumis à une surveillance adéquate, dans un autre État membre, le second État membre a alors deux

37 — Voir, par analogie, arrêt du 14 décembre 2006, Commission/Autriche, précité note 15, points 26 et 27, une affaire concernant la liberté pour les inspecteurs de chaudières de fournir des services. Le règlement est cependant très différent de la législation communautaire en cause dans l'arrêt du 20 mai 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), qu'évoque la République d'Autriche dans son mémoire en défense. Cette législation exige expressément des États membres de procéder aux évaluations pertinentes conformément au droit national. Voir arrêt Ramrath, point 34.

38 — Il est rappelé que, du moins à l'époque pertinente pour apprécier la compatibilité des règles nationales, celles-ci étaient plutôt consacrées par la pratique administrative que dans la législation.

options. Il peut soit agréer l'organisme lui-même, sur la base de l'agrément initial, et soumettre ensuite les activités exercées par l'organisme sur son territoire à sa propre surveillance, soit accepter l'organisme de contrôle sans agrément supplémentaire et surveiller ses activités en coopération avec l'autorité de surveillance de l'État membre d'origine. Bien qu'il n'appartienne pas à la Cour d'indiquer la voie à suivre, et qu'il soit regrettable que le législateur ne l'ait pas fait, les deux approches me semblent compatibles avec l'article 49 CE.

Les dépens

77. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Je considère qu'il convient de faire droit aux demandes dans les deux affaires et la Commission a conclu à la condamnation de la République d'Autriche et de la République fédérale d'Allemagne aux dépens.

Conclusion

78. Je recommande donc à la Cour:

dans l'affaire C-393/05:

— déclarer que, en exigeant des organismes de contrôle privés du secteur de l'agriculture biologique, établis et agréés dans un autre État membre, qu'ils exploitent un établissement ou une autre infrastructure durable en Autriche, pour pouvoir y exercer leurs activités, la République d'Autriche, a méconnu les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE;

— condamner la République d'Autriche aux dépens;

et, dans l'affaire C-404/05:

— déclarer que, en exigeant des organismes de contrôle privés du secteur de l'agriculture biologique, établis et agréés dans un autre État membre, qu'ils exploitent un établissement ou une autre infrastructure durable en Allemagne, pour pouvoir y exercer leurs activités, la République fédérale d'Allemagne a méconnu les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE;

— condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.