CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 12 juillet 1990 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Par le présent recours, la République française demande l'annulation, au sens de l'article 173, premier alinéa, du traité CEE, d'un acte adopté par la Commission et intitulé « Instructions internes de service concernant certaines modalités administratives et techniques à appliquer par les agents mandatés par la Commission en matière de prise d'échantillons et d'analyse des produits prélevés dans le cadre de la gestion et du contrôle du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole » [1].

Selon le gouvernement français, les instructions internes en question habiliteraient les agents de la Commission à effectuer des contrôles (prise d'échantillons et analyse des produits) qui ne sont pas prévus par la réglementation communautaire en vigueur et dont la réglementation ne relèverait en aucun cas des compétences de la Commission.

Les origines du litige doivent donc être situées dans le cadre de la législation communautaire en matière de contrôle des dépenses financées par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (ci-après « FEOGA »).

2. Le règlement (CEE) n° 729/70 du Conseil, du 21 avril 1970, relatif au financement de la politique agricole commune [2], a mis en vigueur, parallèlement à l'introduction du régime des ressources propres, un système de financement direct par la Communauté. La Commission met à la disposition des États membres les crédits nécessaires pour que les organismes nationaux procèdent aux paiements. Il est évident que la gestion des paiements dont il s'agit, par les États membres et pour le compte de la Communauté, peut donner lieu à des irrégularités et à des fraudes. C'est de cette hypothèse que traitent les articles 8 et 9 du règlement précité, qui prévoient un système de contrôle et de surveillance.

L'article 8 impose aux États membres l'obligation générale de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer de la régularité des opérations financées par le FEOGA, prévenir et poursuivre les irrégularités, ainsi que récupérer les sommes perdues à la suite d'irrégularités, ou de négligences. Les États membres ont donc l'obligation d'organiser un système de contrôles efficaces des opérateurs et des organismes nationaux chargés des paiements.

Par ailleurs, l'article 9 réglemente le pouvoir de la Commission d'effectuer, en plus des contrôles opérés par les États membres, des vérifications sur place ainsi que la faculté de collaborer avec ces mêmes États en deman-

* Langue originale: l'italien.

1 — JO C 264 du 11.10.1988, p. 3.

2 — JO L 94 du 28.4.1970, p. 13.

dant des contrôles supplémentaires (voir, à cet égard, le huitième considérant).

L'article 9, paragraphe 1, en particulier, prévoit pour les États membres l'obligation de mettre à la disposition de la Commission *toutes les informations nécessaires au bon fonctionnement du Fonds* et de prendre *toutes mesures susceptibles de faciliter les contrôles que la Commission estimerait utile d'entreprendre* dans le cadre de la gestion du financement communautaire, y compris des *vérifications sur place.*

Et c'est le paragraphe 2 du même article qui régit ces vérifications en prévoyant que les agents mandatés par la Commission ont *accès aux livres et à tous les autres documents ayant trait aux dépenses financées par le Fonds.* Ils peuvent notamment vérifier:

a) la conformité des pratiques administratives avec les règles communautaires;

b) l'existence des pièces justificatives nécessaires et leur concordance avec les opérations financées par le Fonds;

c) les conditions dans lesquelles sont réalisées et *vérifiées* les opérations financées par le Fonds.

Enfin, en vertu du paragraphe 3 dudit article, il est prévu que *le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, arrête, en tant que de besoin, les règles générales d'application du même article.*

3. C'est précisément à partir de cet article qu'a surgi la question dont nous traitons dans la présente affaire. Estimant, en effet, que les paragraphes 1 et 2 de l'article 9 du règlement n° 729/70 confèrent à ses agents le *pouvoir de procéder d'une manière autonome à la prise d'échantillons* sur les produits financés par le FEOGA et aux analyses correspondantes, et à la suite de différends apparus à cet égard avec certains États membres (notamment avec la France), la Commission a instauré, le 7 janvier 1987, un groupe de travail interservices qui a élaboré les instructions internes en cause. Le comité FEOGA en a été informé le 15 septembre 1988, et ces instructions ont été publiées environ un mois plus tard dans la série C du Journal officiel.

4. Cela étant, et tout en renvoyant pour d'autres éléments au rapport d'audience, il faut relever que la partie requérante soutient, d'abord, que l'acte qu'elle attaque constitue le déguisement d'un véritable règlement d'application de l'article 9 du règlement précité, acte que la Commission n'était pas compétente pour adopter, étant donné que le paragraphe 3 attribue explicitement au Conseil, et uniquement au Conseil, la compétence pour arrêter les règles générales d'application. Selon l'État requérant, la Commission aurait donc, par l'adoption des instructions internes en question, exercé des pouvoirs dont elle ne dispose pas sur la base de la réglementation communautaire applicable, d'où le vice d'incompétence qui emporterait la nullité de l'acte.

5. Dans son mémoire en défense, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité en faisant valoir que les instructions internes en question ne constituent pas un acte susceptible de recours au

sens de l'article 173 du traité. A titre subsidiaire, elle conclut au rejet du recours.

Sur la recevabilité

6. La place la plus large est consacrée dans le présent litige précisément à l'examen de la recevabilité du recours. Le problème consiste évidemment à établir s'il est possible de discerner dans les instructions internes litigieuses les éléments d'un acte susceptible d'être attaqué au titre de l'article 173.

Comme on le sait, selon l'article 173, premier alinéa, le recours en annulation peut être formé contre les actes du Conseil et de la Commission autres que les recommandations ou avis. Un tel libellé laisserait supposer que le terme « actes » se réfère aux seuls actes obligatoires visés à l'article 189. Les articles 173 et 189 forment, en effet, un tout cohérent, de sorte que le terme « actes » qui figure dans l'article 173 ne peut pas étendre la compétence du juge communautaire à la connaissance de manifestations de volonté qui ne se concrétisent pas par des règlements, des directives ou des décisions.

Toutefois, la qualification de l'acte relève, en principe, du juge, indépendamment même du *nomen iuris* qui a été attribué à l'acte. Il s'agit d'un principe bien établi dans le droit de la plupart des États et qui a été confirmé en de nombreuses occasions par la Cour, surtout au regard de l'exigence de garantir aux justiciables une protection juridictionnelle adéquate. En somme, l'appréciation juridique d'une manifestation de volonté est mesurée à l'aune de la substance de l'acte, de son contenu et des effets qu'il produit. En revanche, la forme préalablement choisie revêt moins d'importance dans cette optique.

7. La Cour a été amenée à se pencher en diverses occasions sur la portée du terme « actes » figurant dans l'article 173. A cet égard, il ne nous semble pas inutile de relever que cette jurisprudence s'est développée surtout en ce qui concerne le *deuxième* alinéa de l'article 173 (ainsi que l'article 33, deuxième alinéa, du traité CECA), et elle a donc eu l'occasion de préciser les éléments qui permettent de qualifier de « décision » au sens du traité un acte déterminé adopté par les institutions.

Par exemple, dans l'affaire 54/65 [3], qui s'inscrit dans le cadre CECA, la Cour a affirmé que, « en effet, une décision doit apparaître comme un acte émanant de l'organe compétent, destiné à produire des effets juridiques, constituant le terme ultime de la procédure interne audit organe et par lequel celui-ci statue définitivement, dans une forme permettant d'en identifier la nature ».

Il résulte à l'évidence d'une telle déclaration que tout en tenant compte de la substance de l'acte, la Cour a spécifié les éléments formels nécessaires ou, en tout cas, suffisants pour que l'acte en question soit considéré comme un acte décisionnel susceptible de recours.

8. La jurisprudence pertinente en la matière dans le contexte du traité CEE apparaît, en revanche, comme moins attentive aux critères formels et plus préoccupée d'assurer aux justiciables une protection aussi large

3 — Arrêt du 16 juin 1966, Forges de Châtillon/Haute Autorité (Rec. p. 265, en particulier p. 280 et 281); dans un sens analogue, voir arrêt du 5 décembre 1963, Usines Henricot/Haute Autorité (23/63, 24/63 et 52/63, Rec. p. 439, 450).

que possible. Dès les affaires jointes 8/66 à 11/66 [4], dans lesquelles elle s'est occupée pour la première fois dans le cadre CEE du problème dont nous discutons ici, la Cour a, en effet, affirmé qu'il suffit, aux fins du recours, qu'il s'agisse d'actes qui affectent les intérêts des administrés « en apportant à leur situation juridique une modification caractérisée ». Dans cette optique, la circonstance que l'acte attaqué n'ait pas été dénommé « décision » et qu'il ait eu le caractère d'un acte provisoire n'a pas été considérée comme pertinente dans la mesure où il s'agissait, en substance, d'une décision qui représentait la conclusion d'une procédure spéciale et était donc de nature à produire des effets juridiques définitifs. En outre, la Cour a estimé que le fait de considérer un acte de procédure comme susceptible de recours, bien que cela rende la procédure plus lourde, « est, de toute manière, sans portée à l'encontre des garanties individuelles prévues par le traité et qui prévalent sur tous textes réglementaires ».

Dans l'affaire 60/81 [5], la Cour a ensuite précisé, plus généralement, que « ... constituent des actes ... susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation ... les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci. Par contre, la forme dans laquelle des actes ou décisions sont pris est, en principe, indifférente en ce qui concerne la possibilité de les attaquer par un recours en annulation » (point 9).

9. Plus rares sont, en revanche, les occasions dans lesquelles la Cour a été appelée à se prononcer sur le terme « actes » au sens du *premier* alinéa de l'article 173 [6], disposition qui ne se limite donc pas aux seules décisions, en particulier lorsque l'acte attaqué a une portée non pas individuelle, mais générale et abstraite. En ce sens, rappelons surtout l'arrêt AETR [7], bien connu, dans lequel la Cour a relevé que le « recours tend à assurer, conformément aux prescriptions de l'article 164, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité; qu'il serait contraire à cet objectif d'interpréter restrictivement les conditions de recevabilité du recours en limitant sa portée aux seules catégories d'actes visées par l'article 189; que le recours en annulation doit donc être ouvert à l'égard de toute disposition prise par les institutions, quelle qu'en soit la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit » (points 38 à 43).

A cet égard, l'expression « visent à produire des effets de droit » nous semble particulièrement significative, expression qui apparaît peut-être comme plus nuancée dans l'arrêt 114/86 [8], où la Cour a précisé qu'un « acte ne peut faire l'objet d'un recours en annulation s'il n'est pas destiné à produire des effets juridiques », mais qui explique bien, à notre avis, la différence entre les effets qu'il faut attribuer à un acte de portée individuelle et ceux inhérents, en revanche, à un acte de portée générale et abstraite.

4 — Arrêt du 15 mars 1967, Cimenteries/Commission (Rec. p. 93, en particulier p. 118 et 119).

5 — Arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission (Rec. p. 2639).

6 — Dans ce contexte, une importance particulière revient aux arrêts qui ont reconnu la légitimation passive du Parlement européen: arrêt du 10 février 1983, Luxembourg/Parlement européen (230/81, Rec. p. 255); arrêt du 10 avril 1984, Luxembourg/Parlement européen (108/83, Rec. p. 1945); arrêt du 23 avril 1986, « Les Verts »/Parlement européen (294/83, Rec. p. 1339); arrêt du 25 février 1988, « Les Verts »/Parlement européen (190/84, Rec. p. 1017). Dans toutes ces affaires, la Cour a estimé que même un acte du Parlement européen (comme une résolution) est susceptible de recours dès lors qu'il est destiné à produire des effets juridiques à l'égard des tiers.

7 — Arrêt du 31 mars 1971, Commission/Conseil (22/70, Rec. p. 276).

8 — Arrêt du 27 septembre 1988, Royaume-Uni/Commission (Rec. p. 5289).

En définitive, et compte tenu du fait que les termes précis utilisés dans un contexte donné ne doivent pas nécessairement avoir une valeur identique pour une situation de fait différente, en ce sens qu'il n'est pas possible d'en tirer des conclusions applicables en général, il ressort de la jurisprudence précitée que la forme sous laquelle l'acte se présente extérieurement paraît peu importante aux fins du contrôle juridictionnel: ce sont surtout le contenu et les effets de l'acte qui importent. Plus précisément, les conditions que l'acte doit remplir pour qu'il puisse faire l'objet d'un recours en annulation sont au nombre de deux:

a) il doit produire des effets de droit modifiant la situation juridique des destinataires [9],

b) et il doit s'agir d'une mesure définitive, notamment en ce sens que le recours ne peut pas être formé contre des actes procéduraux adoptés au cours de la procédure qui aboutit à la décision finale ou, en tout cas, contre un acte préparatoire [10].

10. Pourtant, la jurisprudence précitée de la Cour, tout en privilégiant sans aucun doute la substance par rapport à la forme de l'acte pour protéger les justiciables, ne nous paraît pas avoir donné une réponse sûre à une question en un certain sens préliminaire quant à l'*aptitude même de l'acte à produire des effets juridiques* en présence ou en l'absence d'un minimum de formes substantielles, indépendamment de la circonstance que, à l'issue d'une vérification concrète du contenu de l'acte, on relève l'existence d'effets juridiques et, en particulier, d'effets préjudiciables.

Ajoutons à cela que, dans certains cas, la Cour non seulement s'est posé la question que nous venons de mettre en évidence, mais a, à cette fin, également pris en considération un élément, la compétence de l'institution, qui, à la rigueur, concerne moins le caractère attaquable de l'acte que sa légalité.

Sous ce dernier aspect, une valeur significative semble en tout cas devoir être attachée, outre à l'arrêt précité rendu dans l'affaire 54/65, à une récente prise de position de la Cour qui, par ordonnance du 17 mai 1989 [11], a vu déjà dans l'inaptitude de l'acte à produire des effets juridiques un motif d'irrecevabilité du recours. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un télex de la Commission, interprétant des dispositions communautaires relatives à l'aide à la production de graines de soja et attaqué par le gouvernement italien, télex dont la Cour a affirmé qu'il n'était pas « de nature à produire des effets de droit », dès lors « qu'aucune des dispositions des règlements précités pris en cette matière ne confère à la Commission une compétence pour prendre des décisions sur leur interprétation, celle-ci n'ayant que la possibilité ... d'exprimer son opinion, qui ne lie en aucun cas les autorités nationales ».

11. A la lumière de ce qui précède, nous estimons nécessaire de vérifier, en premier lieu — et si l'on veut, dans l'abstrait —, l'aptitude des « instructions internes » attaquées à produire des effets juridiques à

9 — Voir l'arrêt précité du 15 mars 1967, Cimenteries/Commission (8/66 à 11/66, Rec. p. 116); arrêt du 24 juin 1986, AKZO/Commission (53/85, Rec. p. 1965); arrêt du 27 septembre 1988, Royaume-Uni/Commission, précité, point 12.

10 — Voir arrêt précité du 16 juin 1966, Forges de Châtillon/Haute Autorité (54/65, Rec. p. 280); arrêt du 11 novembre 1981, IBM, précité, point 9.

11 — Ordonnance du 17 mai 1989, République italienne/Commission (151/88, Rec. p. 1255).

l'égard des États membres, avant même d'en analyser le contenu et de vérifier si elles produisent ou « visent » à produire des effets, et lesquels.

a) *Sur la forme de l'acte attaqué*

12. L'acte dont nous traitons est intitulé « Instructions internes »; l'institution qui l'a pris le qualifie comme tel également dans ses mémoires écrits; il n'a pas de base juridique, il ne porte la signature d'aucun membre de la Commission, il a été publié dans la série C du Journal officiel, il a pour destinataires apparents et exclusifs les fonctionnaires de l'institution.

On pourrait, certes, observer que, pour un acte interne, il s'est accompagné de modalités d'information trop, et de façon insolite, formelles et solennelles. Il est cependant évident que la Commission est libre de choisir les formes qu'elle préfère pour diffuser un acte purement interne. D'autre part, la publication au Journal officiel n'est pas décisive pour fixer les termes du problème: même s'il n'avait pas été publié, nous nous trouverions confrontés aux mêmes questions quant à la nature de l'acte, comme déjà en d'autres occasions (par exemple, dans l'affaire 114/86 [12]).

13. Cela dit, il convient, d'abord, de rappeler que sont désignés comme actes internes les actes qui épuisent leurs effets dans le cadre de l'organe qui les a adoptés, soit parce qu'ils concernent les rapports entre supérieur hiérarchique et services subordonnés, soit parce qu'il s'agit de directives à suivre à l'intérieur de l'institution pour l'adoption de la décision définitive, soit, enfin, parce que ce sont des actes d'auto-organisation de l'organe. Il s'agit donc d'actes qui ne revêtent aucune importance externe, en particulier vis-à-vis des administrés et des États membres.

Compte tenu de ces éléments, nous nous posons la question suivante: un acte qualifié par l'institution qui l'a adopté d'acte interne et qui ne remplit aucune des conditions de forme substantielles d'un acte contraignant est-il, néanmoins, contraignant pour les tiers ou, en tout cas, opposable à ceux-ci dans le cas où il leur impose le respect de certaines obligations? Et encore: un acte comme celui qui est contesté dans l'espèce présente, qui est indubitablement interne du point de vue de la forme, requiert-il un examen quant à sa substance, à l'objet, au contenu, pour pouvoir statuer sur son caractère attaquable?

La réponse que nous sommes enclin à donner à cette question est négative. En effet, nous n'exclurions pas qu'un acte du type de celui dont nous traitons soit, en tout cas, inapte à produire des effets contraignants pour les tiers, indépendamment de la circonstance que l'on puisse en relever la vocation à créer des obligations également pour les non-destinataires apparents ou, en tout cas, à affecter leur domaine d'intérêts. Tout ce que l'on peut dire c'est que la Commission peut concevoir à son gré la prise d'échantillons des produits: qu'elle soit erronée ou juste, elle reste, comme dans l'affaire Italie/Commission, une interprétation de l'article 9 du règlement n° 729/70, explicitée à ses fonctionnaires et non contraignante pour les autorités nationales et pour les opérateurs.

Le fait est, en vérité, que les instructions internes litigieuses ne comportent aucun

12 — Arrêt précité du 27 septembre 1988, Royaume-Uni/Commission (Rec. p. 5289).

élément extérieur de forme qui, indépendamment du contenu, puisse laisser penser au tiers qu'il se trouve en présence d'un acte susceptible d'affecter de quelque manière sa sphère juridique.

14. A cela s'ajoute un autre élément que la Cour n'a pas manqué de prendre en considération dans l'ordonnance précitée rendue dans l'affaire Italie/Commission. Il est incontestable que l'article 9 du règlement n° 729/70 ne confère à la Commission aucune compétence pour adopter des actes qui réglementent la matière dont nous traitons et, en particulier, les procédures de contrôle, moins encore des actes contraignants pour les États membres ni même des décisions sur l'interprétation du règlement visé, contraignantes pour les tiers, comme dans l'affaire que nous venons d'évoquer. Et, en effet, on a beaucoup débattu, de façon emblématique, entre les parties du pouvoir de la Commission de procéder à la prise d'échantillons, mais pas également du pouvoir d'adopter un acte réglementaire à cet égard, pouvoir dont personne n'a jamais envisagé, ni ne pouvait raisonnablement envisager, qu'il soit attribué à la Commission.

Cela a pour conséquence que l'acte attaqué, même si son contenu en révélait une quelconque vocation à lier les tiers, serait, en tout cas, inapte à réaliser cette vocation et à affecter la position juridique des États membres ou des opérateurs du secteur.

En d'autres termes, aucune obligation ni aucun effet de droit ne peut résulter pour un État membre d'un acte qui, comme celui qui fait l'objet de la présente procédure, ne satisfait à aucune des conditions de forme substantielles d'un acte contraignant et émane, de surcroît, d'une institution qui n'a aucune compétence pour adopter des actes contraignants en la matière. Cela vaut sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la prise d'échantillons autonome par la Commission relève ou non des pouvoirs qu'elle tire déjà de l'article 9 du règlement n° 729/70, dès lors qu'il n'appartient pas, en tout état de cause, à la Commission d'adopter des actes contraignants qui, d'une manière générale, régissent les modalités des opérations de contrôle, mais, tout au plus, des « instructions internes », précisément, purement interprétatives (sans qu'il importe de savoir si elles sont justes ou non) et, en tout cas, non contraignantes, ni pour les autorités nationales ni pour les administrés.

Si l'on se place dans la perspective que nous venons de décrire, il apparaît que l'acte attaqué, en ce qu'il est inapte à produire des effets juridiques à l'égard des tiers non destinataires apparents, à défaut des formes substantielles et pour incompétence absolue de l'institution qui l'a adopté, ne constitue pas un acte susceptible de recours au sens de l'article 173 du traité et, partant, que le recours du gouvernement français doit être déclaré irrecevable.

15. D'éventuels doutes à cet égard, auxquels nous ne prétendons pas échapper, pourraient être levés.

En particulier, nous ne pensons pas qu'une telle solution soit contraire à l'exigence de garantir aux justiciables (et aux États membres) une protection juridictionnelle adéquate. Le problème se résout à la source dans la mesure où la Commission ne pourrait en aucun cas et sous aucun aspect exiger l'exécution d'obligations qui, dans la mesure où on les fait découler de l'acte en question, seraient inexistantes pour les tiers. D'ailleurs, un éventuel refus de l'État

membre d'accepter la prise d'échantillons « autonome » par les fonctionnaires de la Commission pourrait conduire celle-ci à engager une action au titre de l'article 169 pour violation non pas des « instructions internes », mais de l'article 9 du règlement n° 729/70: et là, peu importe de savoir si elle serait fondée ou non.

En revanche, la solution proposée est pourtant la plus apte, sans doute, à garantir la sécurité du droit en ce qu'elle évite de contraindre les administrés et les États membres à une recherche diabolique de toutes les notes et mesures internes qui peuvent d'une manière quelconque dissimuler un règlement, avec ce résultat que même la moindre incertitude les amènerait à en saisir la Cour (dans le cas d'espèce, la recherche a été facilitée par la publication au Journal officiel). Et on ne saurait oublier ce principe fondamental selon lequel « l'application uniforme du droit communautaire n'est garantie que si elle fait l'objet d'actes formels pris dans le cadre du traité » [13], principe dont il n'est pas exclu qu'il puisse trouver application dès la vérification du caractère attaquable de l'acte.

16. Un précédent spécifique dans le sens dont nous discutons ici ne manque pas non plus dans ... l'histoire de la jurisprudence de la Cour: nous renvoyons à l'arrêt rendu dans l'affaire 20/58 [14], en matière d'instructions de service, en particulier une lettre adressée par la Haute Autorité à un organisme auxiliaire et publiée au Journal officiel. A cette occasion, après avoir souligné que la Haute Autorité avait entendu non pas prendre une décision, mais bien « simplement réaffirmer des principes dont elle estimait, *à tort ou à raison*, qu'ils se dégageaient logiquement de la décision de base », la Cour a déclaré que l'acte attaqué « se présente comme étant une directive d'ordre interne adressée par un supérieur hiérarchique à des services qui relèvent de sa compétence et destinée à orienter l'activité de ces derniers; que si donc cette lettre a pu faire naître des obligations immédiates, ce ne peut être que dans le chef de l'organisme destinataire, et non pas dans celui des entreprises consommatrices de ferraille ».

17. D'autre part, une telle solution ne devrait pas, en définitive, rencontrer d'obstacle décisif dans la jurisprudence de la Cour qui tend à privilégier la possibilité d'attaquer des actes à portée individuelle, c'est-à-dire ayant des destinataires bien identifiés et immédiatement reconnaissables. En vérité, une telle tendance s'est manifestée, surtout, dans des cas où l'on avait excipé de l'irrecevabilité du recours au motif que certaines conditions de forme n'avaient pas été respectées, mais où le caractère de décision de l'acte en cause n'avait pourtant pas été contesté dans l'absolu [15].

Dans notre cas d'espèce, en revanche, l'absence des conditions de forme minimales d'un acte contraignant, à laquelle s'ajoute l'incompétence absolue de l'institution dont il émane pour réglementer la matière au moyen d'un acte de type réglementaire, exclut a priori l'aptitude de cet acte à produire des effets juridiques à l'égard des tiers, au point que son contenu, dont procèdent prétendument des obligations pour les

13 — Arrêt du 18 juin 1970, Krohn, point 9 (74/69, Rec. p. 451).

14 — Arrêt du 17 juillet 1959, Phoenix-Rheinrohr/Haute Autorité (Rec. 1958-1959, p. 163); à la même date et dans un sens analogue, voir les affaires jointes 32/58 et 33/58 (Rec. 1958-1959, p. 253).

15 — Arrêt du 15 mars 1967, Cimenteries, 8/66 à 11/66, précité. Encore plus significatif en ce sens, et quoiqu'il ait été rendu dans le cadre du contentieux concernant le statut des fonctionnaires, est l'arrêt rendu le 9 février 1984, Nelly Kohler/Cour des comptes (316/82 et 40/83, Rec. p. 641), où la Cour a considéré comme recevable le recours dirigé contre une décision verbale.

tiers, se trouve juridiquement privé de pertinence.

18. Il reste, certes, que l'incompétence de la Commission constitue, à la rigueur, un vice de l'acte dont l'importance se mesure lors de l'appréciation de la légalité et non du caractère attaquable de l'acte en question; en termes procéduraux, l'incompétence concerne le fond et non pas la recevabilité.

Toutefois, bien que nous ne puissions pas négliger la position que la Cour a adoptée dans l'ordonnance précitée Italie/Commission et dès son arrêt rendu dans l'affaire 54/65, nous estimons que, dans un cas d'espèce aussi caractérisé que celui que nous examinons ici, l'incompétence peut revêtir une certaine importance dès l'examen de la recevabilité, dans une perspective que l'on retrouve également dans une certaine jurisprudence administrative française et italienne. D'autre part, en l'espèce, il faut avant tout relever que l'incompétence n'est pas le seul aspect important, mais s'ajoute à l'absence totale des formes substantielles d'un acte comportant des effets externes. En d'autres termes, l'incompétence n'est pas un élément décisif, et la vérification de l'aptitude de l'acte à produire des effets juridiques à l'égard des tiers pourrait bien faire abstraction de cet élément. A cet égard, une importance particulière est revêtue par la circonstance que l'acte n'a pas d'autres destinataires apparents que les fonctionnaires de la Commission, alors que ce n'est que du contenu matériel de l'acte que l'on peut déduire une implication des États et des opérateurs du secteur.

En second lieu, nous nous trouvons en présence d'une hypothèse de défaut absolu et non pas seulement relatif de compétence, de sorte que l'on peut même envisager comme hypothèse l'inexistence (ou la nullité absolue, si l'on préfère) de l'acte quant aux tiers non destinataires apparents et, en tout cas, l'inopposabilité à ceux-ci de toute obligation qui, de quelque manière que ce soit, peut résulter pour eux uniquement et exclusivement de l'acte.

b) *Sur le contenu de l'acte attaqué*

19. Cela dit, dans l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas la solution que nous venons d'exposer et où elle estimerait devoir procéder à la qualification de l'acte de quo uniquement et exclusivement sur la base de son contenu et en faisant tout à fait abstraction de l'ensemble des éléments qui le font clairement apparaître comme un acte interne, il nous paraît opportun d'entreprendre également l'examen du contenu de l'acte attaqué aux fins de vérifier s'il a effectivement pour but, comme le soutient le gouvernement requérant, de produire des effets juridiques à l'égard des tiers et s'il est donc, en tant que tel, susceptible de recours.

20. La Commission soutient d'abord que, même du point de vue du fond, les instructions litigieuses sont un simple acte interne en ce qu'elles sont privées de tout effet juridique ou financier, tant pour les États membres que pour les opérateurs économiques. A l'appui de cette thèse, la Commission précise que, sur la base des instructions internes, les frais occasionnés par la prise d'échantillons sont à sa charge, les quantités prélevées se limitent au strict nécessaire et les échantillons non utilisés sont restitués au propriétaire (p. 3 et 4 du mémoire en défense). Il s'agirait, en vérité, d'un acte purement déclaratoire, adopté à l'usage de ses agents pour éviter des pratiques divergentes dans les opérations matérielles dont il s'agit. En tant que tel, l'acte en question se

bornerait à expliciter des obligations qui résultent déjà de l'article 9 du règlement n° 729/70. Plus précisément, les instructions *présupposeraient* des obligations qui sont, de l'avis de la Commission, celles qui résultent déjà de l'article 9, mais *elles n'en introduiraient pas de nouvelles.*

21. En ce qui concerne le contenu et la substance de l'acte, il y a lieu d'observer que la motivation comporte quatre considérants dans lesquels il est fait référence au règlement n° 729/70, et notamment à l'article 9, paragraphe 1 (deuxième considérant). On y affirme, en outre, que la prise d'échantillons et les analyses correspondantes des produits financés par le FEOGA sont devenues de plus en plus nécessaires à l'exercice des contrôles visés à l'article 9 (troisième considérant), d'où l'adoption d'une série d'« instructions » destinées aux agents de la Commission et aptes à garantir que les opérations dont il s'agit s'effectuent « dans les meilleures conditions ».

Ces instructions, qui ont pour objet des « modalités administratives et techniques *à appliquer* par les agents mandatés par la Commission », attribuent d'abord à ces agents un *droit d'accès* à une série d'établissements dont une liste non exhaustive est fournie, en vue de « prélever ou de faire prélever » des échantillons (point 1). Les services de la Commission sont tenus d'informer l'État membre concerné au moins 48 heures avant la prise effective d'échantillons, mais sans devoir fournir la liste des établissements qui seront contrôlés (point 3).

En outre, ces agents « demandent » toutes les *informations* qu'ils jugent nécessaires *en ce qui concerne le procédé d'obtention* et les recettes des produits faisant l'objet du contrôle (point 8).

Pour ce qui est des conséquences financières qui résultent des instructions en question, il faut observer que la Commission prend à sa charge toute une série de frais (point 2, deuxième alinéa). Néanmoins, certaines *charges financières supplémentaires devront être supportées par les opérateurs.* Il est, en effet, prévu que « le transport et la manutention des marchandises sur les lieux du prélèvement d'échantillons, les opérations de déballage et de reconditionnement sont effectués sous la responsabilité de leur propriétaire ou de son représentant » (point 2, troisième alinéa). En outre, *toute indemnisation est exclue* pour les produits ayant perdu, du fait de l'examen effectué, tout ou partie de leur valeur marchande (point 7, deuxième alinéa).

Il nous paraît suffisant, dans l'immédiat, de nous limiter à un examen de ces points pour établir si ces instructions sont destinées à produire des effets juridiques.

22. Nous commencerons par observer que nous ne nous trouvons certainement pas en présence d'instructions internes « classiques » (comme la Commission les a, au contraire, définies au cours de l'audience) dans la mesure où l'on identifie habituellement par ce terme un acte purement interne qui épuise ses effets dans le cadre de l'organe qui l'a adopté, parce qu'il concerne les rapports entre le supérieur hiérarchique et ses subordonnés et qu'il ne joue donc aucun rôle externe à l'égard des administrés.

Il faut admettre, à notre avis, que les instructions internes en question ont, à tout le moins, vocation à produire des effets juridiques vers l'extérieur. La circonstance même que les agents de la Commission *doivent appliquer* ces instructions nous paraît pouvoir difficilement conduire à une conclu-

sion différente. Nous nous expliquons: l'*obligation de prélever* d'une manière autonome les échantillons ainsi que l'*obligation d'accéder* aux établissements supposent nécessairement le devoir correspondant à la charge des États membres et des opérateurs économiques d'assurer l'accès (de surcroît à l'improviste) à ces établissements et, en second lieu, de permettre aux agents de la Commission de procéder d'une manière autonome à la prise des échantillons. S'il n'en était pas ainsi, l'acte serait en tout cas dénué de sens, même dans sa dimension interne.

Dans cette perspective, la publication (fût-ce dans la série C) apparaît aussi comme un indice important, encore que non décisif, de la vocation de l'acte en question à revêtir une importance externe.

Il est évident, en outre, qu'un acte purement interne ne peut pas comporter pour les opérateurs économiques, et nous nous référons ici au point 8 des instructions, des conséquences relatives au secret des procédés de fabrication des produits, dès lors que, comme en l'espèce, il n'existe pas de disposition qui garantisse aux opérateurs le traitement confidentiel des informations communiquées.

En ce qui concerne par ailleurs les « dispositions » précitées énoncées aux points 2 et 7, nous devons avouer la difficulté que nous éprouvons à les interpréter comme de simples instructions de service de la Commission à ses fonctionnaires. En effet, la question de savoir dans quelle perspective plus logique que juridique une mesure excluant l'indemnisation des dommages peut, d'une manière plausible, être considérée comme étant destinée non pas aussi à celui qui subit les dommages, mais uniquement à celui qui les cause constitue un mystère. Le représentant de la Commission a précisé au cours de l'audience qu'il s'agissait de frais (à la charge des opérateurs) tellement insignifiants qu'on pouvait estimer qu'un éventuel recours devant la Cour serait sans issue pour le requérant. A cet égard, nous ne nous aventurerons pas à faire des prévisions, ni sur l'importance des frais ni sur autre chose. Mais nous nous bornerons à constater qu'aucune charge financière du type en question n'est prévue à l'article 9 du règlement n° 729/70.

23. Compte tenu des observations qui précèdent, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de nous pencher davantage sur la question de savoir si l'acte contesté vise « à produire des effets juridiques » [16].

Il se révèle, en revanche, indispensable, à ce stade, de vérifier si les obligations résultant de l'application de cet acte découlent de l'article 9 du règlement n° 729/70 (comme le soutient la Commission) ou bien s'il s'agit d'obligations nouvelles modifiant la situation juridique des États membres et/ou des opérateurs, donc de voir si l'acte litigieux est purement interprétatif de l'article 9 ou bien s'il ajoute de nouvelles obligations à celles que prévoit la réglementation applicable.

On déduit, certes, de la teneur littérale de l'article 9 un pouvoir de la Commission d'effectuer elle-même, par l'intermédiaire de ses agents, des contrôles, mais le texte est muet en ce qui concerne la prise d'échantil-

16 — Arrêt du 31 mars 1971, Commission/Conseil, précité, p. 276. Il est utile de rappeler que le recours qui a été à l'origine de cette affaire avait lui aussi été introduit, comme dans l'espèce présente, sur la base de l'article 173, premier alinéa. A cette occasion, la Cour a inclus dans la notion d'« actes » une délibération du Conseil sur la négociation et la conclusion d'un accord (la délibération en question fixait des règles de comportement et prévoyait des dispositions procédurales).

lons et les analyses correspondantes des produits. De plus, les contrôles de la Commission ont explicitement pour but de vérifier l'exactitude des contrôles effectués par les États membres, ce qui est confirmé par la philosophie générale qui préside au système des contrôles et que l'on peut relever, par exemple, dans le huitième considérant du règlement précité qui motive l'article 9 de celui-ci.

Il est vrai que les États membres sont tenus de prendre toutes mesures susceptibles de faciliter les contrôles que la Commission estime utile d'entreprendre, y compris les vérifications sur place (article 9, paragraphe 1). Mais les contrôles qui peuvent être effectués au cours de ces vérifications sur place ne comprennent pas l'hypothèse du prélèvement d'échantillons par la Commission (paragraphe 2, premier alinéa). Vice versa, au sens du paragraphe 2, deuxième alinéa, de l'article précité, *la Commission peut demander aux États membres d'effectuer des contrôles supplémentaires auxquels ses agents peuvent participer.* Et, comme cela est apparu clairement au cours de l'audience, c'est à cette disposition que doivent être rattachées les prises d'échantillons effectuées jusqu'à présent, au demeurant en de rares occasions, par les États membres à la demande de la Commission, donc en application des procédures nationales de contrôle.

A cet égard, la Commission fait valoir que « les États membres mettent à la disposition de la Commission toutes les informations nécessaires au bon fonctionnement du Fonds » (article 9, paragraphe 1) et que ses agents peuvent contrôler, entre autres, « les conditions dans lesquelles sont réalisées et vérifiées les opérations financées par le Fonds » [article 9, paragraphe 2, sous c)]. Cette dernière disposition, lue à la lumière de la première, permettrait, selon la Commission, le prélèvement autonome d'échantillons. Selon une telle interprétation, évidemment, les « informations » comprendraient également les échantillons. Mais puisque ce sont néanmoins les États membres qui « mettent à la disposition » les informations, on a la confirmation que les contrôles, les informations et, avec elles, les prises d'échantillons font l'objet d'un pouvoir-devoir des États membres et que la Commission, loin de détenir un pouvoir autonome à cet égard, doit se limiter à contrôler le respect précis des obligations imposées aux États membres.

24. D'autre part, il ne nous semble pas que quoi que ce soit puisse être prouvé par la considération de la Commission selon laquelle, pour être efficaces, les contrôles doivent sortir d'un cadre purement comptable et qu'il serait donc « inconcevable » que le Conseil ait entendu lui attribuer uniquement des contrôles de ce genre.

Il serait, au contraire, à tout le moins singulier d'admettre que le pouvoir en question soit établi implicitement là où non seulement il n'est pas explicitement prévu, mais où il est visiblement contredit tant par l'attribution uniquement d'un pouvoir de contrôle sur ... des contrôles (également par prélèvement d'échantillons) des États membres que par la compétence exclusive du Conseil pour arrêter des règles générales d'application, ainsi que par le critère dont s'inspire le système dans son ensemble.

En vérité, tout en reconnaissant que la technique du contrôle par prise d'échantillons constitue un instrument utile pour vérifier le fonctionnement du système et pour porter un jugement sur sa gestion par les États membres, on ne saurait raisonnablement

admettre que l'utilisation de la prise d'échantillons, bien qu'elle contribue à fixer des sanctions financières, ne soit pas expressément prévue et réglementée dans le respect des formes et des compétences spécifiquement et valablement attribuées.

Les méthodes appliquées (tant pour la prise d'échantillons que pour les analyses correspondantes) devraient être connues a priori des opérateurs assujettis au contrôle, ainsi que, évidemment, des États membres mêmes, notamment parce que l'existence de procédures de contrôle nationales en la matière (imposée par la même législation communautaire dans l'article 8 du règlement n° 729/79) peut être en contradiction avec les procédures utilisées au niveau communautaire. Surtout, une réglementation ad hoc serait de nature à exclure ou, en tout cas, à limiter une source de contentieux résultant des inévitables contestations des résultats par les États membres.

25. Pour confirmer le fait que la Commission ne dispose pas d'un pouvoir autonome pour prélever des échantillons, il est utile, en outre, de rappeler la proposition de règlement relatif aux contrôles et aux sanctions applicables dans les politiques communes de l'agriculture et de la pêche [17], présentée par la Commission au Conseil le 21 mai 1990. Cette proposition, qui est fondée sur l'article 43 du traité et couvre tous les produits agricoles, comprend explicitement, dans les contrôles que les agents de la Commission peuvent effectuer, « la prise et la vérification d'échantillons représentatifs » (article 3, paragraphe 2); mais elle prévoit, de manière significative, la faculté pour la Commission d'arrêter des dispositions visant le contrôle *uniquement lorsque la réglementation spécifique des secteurs lui confère le pouvoir de fixer des modalités d'application* selon l'une des procédures prévues par la décision « comitologie » (article 2, paragraphe 1).

26. Bien qu'elle se situe dans un secteur spécifique et donc dans un contexte partiellement différent, une autre confirmation de ce que nous venons d'exposer peut être trouvée dans une comparaison du règlement (CEE) n° 2048/89 du Conseil, du 19 juin 1989, portant règles générales relatives aux contrôles dans le secteur vitivinicole [18], avec la proposition correspondante de la Commission [19]. Celle-ci avait prévu pour les agents de la Commission le pouvoir d'effectuer eux-mêmes le prélèvement des échantillons (article 6, paragraphe 3) ainsi que la compétence de la Commission pour arrêter les modalités d'application correspondantes (article 16). Dans le règlement n° 2048/89, les deux dispositions ont disparu. En revanche, il est prévu qu'il incombe aux États membres de procéder, à la demande de la Commission, aux prélèvements d'échantillons (article 12).

27. Les instructions internes en cause, en réglementant unilatéralement les modalités de la prise d'échantillons par un acte qui constitue, en substance, un règlement d'application de l'article 9 du règlement n° 729/70, visent donc à ajouter subrepticement de nouvelles dispositions à celles qui existent déjà. Elles sont, en tant que telles, susceptibles de recours.

28. A partir de ces constatations, il y a lieu de vérifier ici si les instructions en question constituent une manifestation définitive de volonté. Une telle vérification importe

17 — JO C 137 du 6.6.1990, p. 10.

18 — JO L 202 du 14.7.1989, p. 32.
19 — JO C 24 du 29.1.1988, p. 8.

d'autant plus en l'espèce que la Commission a soutenu, à l'appui de la thèse de l'irrecevabilité, que, conformément et par analogie à ce que la Cour a affirmé dans les affaires 60/81 [20] et 114/86 [21], les instructions auraient la nature d'un acte préparatoire et n'entreraient donc pas dans la catégorie des actes susceptibles de recours.

29. En substance, la thèse de la Commission est que le recours de la France est prématuré: ce sont non pas les instructions internes en cause, mais les décisions individuelles ultérieures de prélèvement et d'analyse des échantillons qui pourraient, le cas échéant, faire l'objet d'un recours en annulation.

Dans ces conditions, il y a d'abord lieu d'exclure que l'acte attaqué puisse se présenter comme un acte préparatoire au sens strict, c'est-à-dire dans l'acception courante de la phase d'une procédure qui aboutit à l'adoption d'un acte comportant des effets externes. Ce n'est pas le cas en l'espèce, comme la Commission l'a précisé au cours de l'audience. Il n'est donc pas pertinent de renvoyer à l'arrêt rendu dans l'affaire 60/81, dans lequel une communication des griefs en matière de concurrence avait été attaquée et où la Cour a été, à juste titre, amenée à relever que « ... lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne, il résulte de cette même jurisprudence qu'en principe ne constituent un acte attaquable que les mesures qui fixent définitivement la position de la Commission ou du Conseil au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédaires dont l'objectif est de préparer la décision finale » [22].

30. Il s'agirait, au contraire, selon l'approche de la Commission, d'un acte qui, dans la mesure où il *précède* l'adoption de décisions individuelles ou des comportements matériels, n'affecterait pas des intérêts et ne serait donc pas attaquable en tant que tel. En outre, la base juridique des décisions individuelles ultérieures, qui seraient seules préjudiciables, consisterait dans l'article 9 du règlement n° 729/70, et non pas dans les instructions internes attaquées, d'où la référence à l'arrêt rendu dans l'affaire 114/86.

La thèse en question, pour être suggestive, est néanmoins tout à fait mal fondée, et il ne nous semble pas que la Cour puisse raisonnablement y souscrire. Dans l'affaire 114/86, la situation était complètement différente en ce qu'il s'agissait d'instructions qui indiquaient aux fonctionnaires les critères — même pas impératifs — permettant d'établir les listes « restreintes » des candidats pour l'attribution des marchés de services dans le domaine de la coopération instituée par la convention de Lomé. La Cour, sans même qualifier l'acte de « préparatoire », a affirmé que c'est « ... l'établissement des listes elles-mêmes qui est susceptible de produire des effets juridiques, en ce sens qu'il peut avoir pour conséquence d'écarter certaines entreprises de ces listes et de les priver ainsi de la possibilité de participer aux marchés en cause ». Et la Cour d'ajouter: « Cela est d'autant plus vrai que ... les listes en cause ne sont pas, en règle générale, arrêtées en parfaite conformité avec les critères retenus par la Commission » [23].

20 — Arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, précité, point 21.

21 — Arrêt du 27 septembre 1988, Royaume-Uni/Commission, précité, point 13.

22 — Arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, précité, point 10.

23 — Arrêt du 27 septembre 1988, Royaume-Uni/Commission, précité, points 13 et 14.

Plus que d'un acte préparatoire, il nous semble que l'on puisse parler, dans le cas en question, d'un acte *fondamentalement* interne. Selon une conception bien connue également du droit administratif, les directives données par un supérieur hiérarchique à ses subordonnés en vue d'orienter leur activité dans un secteur déterminé et qui laissent subsister un pouvoir discrétionnaire ne sont pas en mesure de causer un préjudice actuel à des intérêts: seul l'acte qui s'y conforme en les appliquant est attaquable.

31. Dans la présente procédure, nous nous trouvons, au contraire, en présence d'un acte de nature réglementaire dans la mesure où, en partant de la prémisse que la Commission détient indépendamment des États membres le pouvoir de prélever des échantillons, il régit les principales modalités d'exercice de celui-ci, modalités qui, comme nous l'avons souligné, imposent aux États membres, et davantage encore aux opérateurs, des obligations que le règlement n° 729/70 ne prévoit pas. Il s'agit donc non pas d'indications fournies aux fonctionnaires, mais de la modification de la situation juridique des tiers non destinataires apparents. En tant que tel, l'acte est déjà en soi préjudiciable aux intérêts des tiers.

Le fait d'admettre la thèse de la Commission reviendrait à affirmer que tout acte de nature réglementaire, dans la mesure où il précède des décisions individuelles ou des comportements matériels, ne serait pas attaquable et que seules le seraient les décisions ultérieures.

Pour notre part, et tant que les termes de l'article 173 du traité CEE demeureront ce qu'ils sont, nous ne pouvons pas souscrire à la thèse en question: en faisant abstraction du reste, elle ne nous paraît pas répondre aux exigences de l'économie de procédure, de la sécurité des rapports juridiques et de l'application uniforme du droit communautaire. En tout cas, elle équivaudrait à mettre en doute le caractère attaquable de tout règlement ou de tout acte de portée générale et non individuelle.

32. Pour les raisons précédemment mises en évidence, nous estimons donc que si la Cour entendait procéder à la qualification de l'acte exclusivement sur la base du contenu de ses dispositions, il y aurait lieu de conclure que les instructions internes attaquées visent à produire des effets juridiques à l'égard des États membres et des opérateurs du secteur et que, en conséquence, le recours du gouvernement français est recevable.

Sur le fond

33. Une fois considéré comme recevable, il ne nous semble pas que l'on puisse raisonnablement éviter d'accueillir le recours du gouvernement français. Les vices invoqués sont ceux de l'incompétence de la Commission pour adopter l'acte et le détournement de pouvoir.

La réponse est contenue dans les considérations qui précèdent. L'article 9 du règlement n° 729/70 attribue au Conseil, et seulement au Conseil, la compétence pour arrêter les « règles générales d'application du présent article ». Une compétence analogue n'est attribuée à la Commission par aucune autre disposition pertinente. De sorte que, sans que d'autres commentaires ne s'imposent, les « instructions internes » doivent être annulées pour incompétence absolue de la Commission.

Conclusions

En définitive, nous proposons à la Cour de déclarer le recours irrecevable en ce que l'acte attaqué ne satisfait pas aux conditions de forme substantielles d'un acte contraignant et de compenser les dépens entre les parties eu égard à l'incertitude que l'acte suscite objectivement quant au fait qu'il soit susceptible d'un recours de la part d'un État membre.

Si la Cour estimait devoir, en tout cas, apprécier le contenu de l'acte attaqué, nous proposons de déclarer le recours recevable et de l'accueillir sur le fond en annulant l'acte pour incompétence absolue de la Commission et en condamnant celle-ci aux dépens.