# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 19 septembre 1991 *

*Monsieur le Président,*
*Messieurs les Juges,*

1. Par le présent recours, la République française demande l'annulation, en vertu de l'article 173, premier alinéa, du traité instituant la Communauté économique européenne, d'un acte adopté par la Commission et intitulé « code de conduite sur les modalités d'application de l'article 23, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 4253/88 du Conseil concernant les irrégularités et l'organisation d'un système d'information sur les irrégularités » [1].

Selon le gouvernement français, le code de conduite en question modifierait la nature de l'obligation qui incombe aux États membres, en vertu de la réglementation applicable, d'informer la Commission en ce qui concerne les irrégularités commises au détriment du budget communautaire dans le secteur des actions financées par les fonds structurels. En outre, l'adoption d'un tel régime ne relèverait en aucun cas de la compétence de la Commission.

Les origines du litige doivent donc être situées dans le cadre de la législation communautaire concernant les fonds à finalité structurelle.

2. A cet égard, les dispositions importantes sont en premier lieu les règles du traité relatives à la cohésion économique et sociale (articles 130 A à 130 E), règles qui énoncent les principes généraux relatifs à l'action des fonds et des autres instruments financiers et chargent les institutions communautaires de la mise en œuvre de ces principes.

Le règlement (CEE) n° 2052/88 du Conseil, du 24 juin 1988, concernant les missions des fonds à finalité structurelle, leur efficacité ainsi que la coordination de leurs interventions entre elles et celles de la Banque européenne d'investissement et des autres instruments financiers existants [2], ainsi que le règlement (CEE) n° 4253/88 [3] portant dispositions d'application de ce règlement contiennent la réglementation essentielle de la matière.

En particulier, pour ce qui nous concerne ici, l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88, prévoit, en son premier alinéa, l'obligation pour les États membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour: a) vérifier régulièrement que les actions financées par la Communauté ont été menées correctement, b) prévenir et poursuivre les irrégularités, et c) récupérer les

* Langue originale: l'italien.

1 — JO 1990, C 200, p. 3.

2 — JO 1988, L 185, p. 9.

3 — Règlement du 19 décembre 1988 portant dispositions d'application du règlement (CEE) n° 2052/88 en ce qui concerne la coordination entre les interventions des différents fonds structurels, d'une part, et entre celles-ci et celles de la Banque européenne d'investissement et des autres instruments financiers existants, d'autre part (JO 1988, L 374, p. 1).

fonds perdus à la suite d'un abus ou d'une négligence. L'État membre est subsidiairement responsable du remboursement des sommes indûment versées, sauf si l'État membre et/ou l'intermédiaire et/ou le promoteur apportent la preuve que l'abus ou la négligence ne leur est pas imputable. Les États membres sont tenus, en vertu du deuxième alinéa de ce même paragraphe, d'informer la Commission des mesures prises à cet effet et, en particulier, de l'évolution des poursuites administratives et judiciaires.

3. C'est précisément sur la base des dispositions susmentionnées qu'est né le litige en question. La Commission, lors de l'adoption du règlement n° 4253/88, a fait inscrire au procès-verbal une déclaration selon laquelle elle prendrait les mesures nécessaires, *dans le cadre de ses compétences,* pour assurer l'application dans les différents États des modalités standardisées pour le contrôle des éventuelles irrégularités concernant les interventions communautaires. Quelques mois plus tard, la Commission a annoncé son intention d'élaborer un code de conduite; à cet effet, elle a créé un groupe de travail chargé précisément de déterminer les modalités d'application des dispositions prévues à l'article 23, paragraphe 1, du règlement précité.

Le 18 décembre 1989, la Commission a approuvé le projet ainsi élaboré et l'a soumis ensuite au comité communautaire de coordination de la lutte antifraude (ci-après « Cocolaf »). Les délégations des États membres ont débattu tant au sein de ce comité que dans le cadre du Conseil « économie-finances » de la forme juridique que le code en question aurait dû revêtir; malgré certaines divergences de vues quant à la légalité du code, les délégations sont convenues de ce que le code, tel qu'il était rédigé, se bornait à fixer les modalités d'application de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88. Toutefois, ainsi qu'il est apparu à l'audience, quelques États membres ont insisté pour que le code prenne la forme d'un règlement, et ce principalement dans le but de disposer d'une réglementation qui soit assurément obligatoire, étant donné l'extrême importance et difficulté de la matière, et contraignante de la même manière pour tous les États membres. La France, en particulier, tout en marquant son accord sur le contenu du projet de code, a exprimé ses réserves quant à la forme juridique du code, réserves qui ont été explicitées par un télex de la représentation permanente française. Enfin, le code a été officiellement notifié aux États membres par lettre du 30 juillet 1990 et publié ensuite au Journal officiel, dans la série C.

4. Cela étant, et tout en renvoyant pour d'autres éléments au rapport d'audience, on observera que la partie requérante soutient d'abord que l'acte qu'elle attaque est, en substance, un règlement portant modalités d'application de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88, acte que la Commission n'était pas compétente pour adopter, étant donné que la disposition en question n'attribue aucune compétence à la Commission et que, en vertu de l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 2052/88, les dispositions spécifiques régissant l'action de chaque fonds structurel, y compris les modalités de suivi, d'évaluation, de *gestion financière* et de *contrôle des actions,* sont définies par les décisions d'application arrêtées en vertu de l'article 130 E du traité; cette dernière disposition prévoit uniquement la compétence du Conseil.

5. Dans le mémoire en défense, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité, en faisant valoir que le code de conduite en cause ne constitue 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. L'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission se fonde sur le fait que le code de conduite en question serait un *acte non contraignant* et, partant, non susceptible de faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 173, premier alinéa, qui, comme on le sait, n'habilite la Cour à exercer un contrôle de légalité que sur les actes « autres que les recommandations ou avis ».

Or, en l'espèce, nous sommes en présence d'un acte qualifié de code de conduite, dépourvu de base juridique, ne portant la signature d'aucun membre de la Commission, mais qui a été adopté par celle-ci collégialement, publié dans la série C du Journal officiel et dont tous les États membres sont destinataires. A cela s'ajoute un élément très important, à savoir que cet acte a été notifié à chaque État membre par lettre du commissaire compétent, lettre dans laquelle il est précisé que le code *entre en vigueur à partir de la date de la notification* et que « les dispositions du code de conduite étant ... l'expression des obligations découlant de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88, *le respect de cet article exige*, de l'avis de la Commission, *le respect intégral desdites dispositions* ».

7. Cela dit, rappelons que, selon la jurisprudence en la matière, la forme sous laquelle l'acte se présente extérieurement paraît peu importante aux fins de l'admissibilité du contrôle juridictionnel, alors que ce sont les effets et le contenu de l'acte qu'il faut vérifier [4].

En particulier, s'agissant de la notion d'actes susceptibles de recours au sens de l'article 173, premier alinéa, la Cour a précisé, dès l'arrêt AETR [5], que le recours en annulation doit être ouvert à l'égard de « toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit ». Cette approche a été confirmée plus récemment par l'arrêt « instructions internes » du 9 octobre 1990 [6], dans lequel la Cour a considéré comme des actes susceptibles de recours les « instructions internes » adoptées par la Commission, et qui constituaient l'objet du litige dans cette affaire, dans la mesure où elles visent à produire des effets de droit.

8. Par ailleurs, précisément dans les conclusions présentées dans l'affaire « instructions internes », nous avons suggéré à la Cour de répondre en termes explicites à une question préliminaire, visant à savoir si *en l'absence d'un minimum de formes substantielles*, et

4 — C'est précisément en se plaçant à ce point de vue que la Cour a considéré comme des actes susceptibles de recours, par exemple, une résolution du Parlement européen dans la mesure où elle produit des effets juridiques à l'égard de tiers (arrêt du 10 avril 1984, Luxembourg/Parlement européen, 108/83, Rec. p. 1945), une délibération du Conseil dans la mesure où elle vise à produire des effets juridiques (arrêt du 31 mars 1971, Commission/Conseil, 22/70, Rec. p. 263) ou, encore, une décision orale prise à l'encontre d'un fonctionnaire (arrêt du 9 février 1984, Kohler/Cour des comptes, 316/82 et 40/83, Rec. p. 641).

5 — Arrêt du 31 mars 1971, 22/70, précité, points 38 à 43.

6 — France/Commission, point 8 (366/88, Rec. p. 3571). Nous nous permettons de renvoyer, pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence pertinente en la matière, aux conclusions que nous avons présentées dans cette affaire (Rec. p. 3579, points 7 à 9).

donc indépendamment de la circonstance que, à l'issue d'une vérification concrète du contenu de l'acte, on relève que l'acte vise à produire des effets juridiques, on peut considérer que *cet acte est apte à produire des effets juridiques* [7].

La Cour, tout en ne se prononçant pas expressément sur cette question, a confirmé que le critère formel est sans importance et, partant, qu'il convient de procéder à la qualification de l'acte seulement et exclusivement sur la base de son contenu.

9. Il est vrai que dans certaines circonstances, et même avec quelques caractéristiques de fond qui conduisent souvent à envisager différemment le problème de la recevabilité, la Cour semble avoir pris acte de l'absence des éléments indispensables pour considérer un acte comme attaquable et avoir, sur cette base, déclaré irrecevable le recours en question. Toutefois, une analyse plus approfondie montre clairement que dans de tels cas la Cour a tenu compte tant des éléments formels que du contenu de l'acte, en parvenant à la conclusion que, *manifestement,* il n'avait aucune aptitude (ni l'intention) à produire des effets juridiques [8]. Dans la même optique, la Cour a également pris en considération l'incompétence manifeste de la Commission à adopter l'acte attaqué, comme élément étayant la thèse de l'inaptitude de l'acte à produire des effets juridiques.

10. D'autre part, sur ce dernier point, il convient d'observer que l'autre argument qui a été avancé par la Commission à l'appui de la thèse de l'irrecevabilité du recours, à savoir l'incompétence à adopter des actes contraignants dans la matière en question (voir p. 3 et 4 du mémoire en duplique), ne saurait être accueilli. L'incompétence est en effet, en tant que telle, un vice qui concerne le fond et non pas la recevabilité.

11. Cela dit, rappelons que l'acte dont il s'agit ici a été notifié à chaque État membre et qu'il a donc été porté officiellement à la connaissance de ses destinataires. En outre, dans la lettre de notification, il est expressément affirmé que le respect de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88 exige le respect intégral des dispositions du code, ce qui indique donc clairement aux États membres qu'une violation du code se traduirait automatiquement, de l'avis de la Commission, par une violation de l'article en question.

En substance, nous sommes donc, en l'espèce, en présence d'un acte assorti de modalités de rédaction et de publicité qui sont de nature à rendre absolument non équivoque la volonté de lier les destinataires. Par conséquent, il s'avère indispensable d'examiner le contenu de l'acte afin de vérifier s'il contient des obligations juridiques nouvelles par rapport à l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88; dans

7 — La nécessité d'une réponse sur ce point était commandée par la conviction que, s'il est vrai que le choix de la forme ne saurait modifier la nature de l'acte, il est non moins vrai que l'absence d'un minimum de conditions de formes substantielles, c'est-à-dire celles-là mêmes qui permettent de déterminer qu'un acte est contraignant, aurait pour conséquence que, même si un examen du contenu de l'acte révélait son aptitude à créer des obligations juridiques, il serait inopposable aux tiers. Il s'agirait, en substance, d'actes qui sont, en tout cas, dépourvus d'effets juridiques à l'égard des administrés et des États membres, et ce indépendamment du fait que la Commission est habilitée, dans le secteur considéré, à arrêter des actes contraignants.

8 — Voir arrêts du 27 mars 1980, Sucrimex/Commission, point 16 (133/79, Rec. p. 1299); du 4 mars 1982, Gauff/Commission, points 16 à 18 (182/80, Rec. p. 799); ordonnance du 17 mai 1989, Italie/Commission, points 21 et 22 (151/88, Rec. p. 1255); et, en dernier lieu, ordonnance du 13 juin 1991, Sunzest/Commission, point 13 (C-50/90, Rec. p. I-2917).

cette optique, il y a lieu d'examiner les problèmes de la recevabilité en même temps que le fond.

**Sur le fond**

12. L'acte dont nous traitons porte sur les modalités d'application de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88: cela figure dans l'intitulé même de l'acte en question, la Commission et le gouvernement français l'ont soutenu d'un commun accord et itérativement tant dans les mémoires écrits qu'à l'audience, et un examen du contenu de l'acte — comme nous le verrons — le confirme.

Avant de passer à cette analyse, il convient de faire quelques remarques préliminaires concernant, sur un plan plus général, les modalités d'application d'une règle. La raison d'être des modalités d'application d'une règle réside, à notre sens, précisément dans le fait que celle-ci peut être exécutée de différentes manières; il s'ensuit, en principe, qu'un acte portant modalités d'application réduit *à tout le moins* le caractère discrétionnaire résultant du seul libellé de la règle en question. Il est vrai, par ailleurs, que les modalités d'application d'une disposition comportent *par définition* au moins la détermination des obligations qu'elle contient et, partant, une réglementation complète qui détermine nécessairement une série d'obligations spécifiques. En substance, un acte portant modalités d'application a donc pour but principal de spécifier et d'harmoniser les obligations imposées aux États membres, obligations qui, si la règle de base les implique, n'en découlent pourtant certainement pas de façon automatique, et en tout cas pas nécessairement. Les dispositions d'application seraient sinon superflues.

13. Cela dit, abordons l'analyse sommaire du contenu de l'acte en question, en rappelant que l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88 impose aux États membres de communiquer à la Commission toutes les mesures prises pour vérifier que les actions financées par la Communauté ont été menées correctement, pour récupérer les fonds perdus à la suite d'un abus ou d'une négligence et pour prévenir et poursuivre les irrégularités, ainsi que de l'informer de l'évolution des poursuites administratives et judiciaires en cours.

Le code de conduite définit, tout d'abord, son champ d'application, en disposant que l'obligation de communiquer ne concerne que les cas d'irrégularités supérieures à 4 000 écus (point 1); la notion d'irrégularité est ensuite définie comme « toute infraction à une disposition communautaire ou nationale commise par une personne physique ou morale au détriment du budget communautaire » (point 2).

Au point 3, il est prévu que les États membres communiquent, *dans un délai de trois mois, après notification de ce code de conduite,* non seulement les dispositions prises pour prévenir et poursuivre les irrégularités (obligation qui est prévue explicitement par l'article 23, paragraphe 1), mais également les services responsables de la prévention et de la poursuite des irrégularités, ainsi que les dispositions procédurales de leurs administrations.

Le point 4, ensuite, concerne plus spécialement la communication des cas d'irrégularités, communication qui doit avoir lieu tous les quatre mois et concerne tant les cas d'irrégularités constatés par une autorité administrative que ceux faisant l'objet de poursuites judiciaires. A cet effet, il est demandé aux États membres de communiquer toute une série d'informations: les données d'identification de l'action concernée, la période ou le moment pendant lesquels l'irrégularité a été commise, l'identité des bénéficiaires ainsi que des personnes physiques et morales impliquées dans l'irrégularité, les pratiques utilisées pour commettre l'irrégularité, la façon dont a été décelée l'irrégularité, les conséquences financières et les possibilités de récupération, etc.

D'autre part, il est prévu que les États membres communiquent sans délai les irrégularités révélant l'utilisation d'une nouvelle pratique frauduleuse et celles dont il y a lieu de craindre qu'elles puissent se répercuter rapidement en dehors de leur propre territoire (point 5). Toutes les informations transmises à la Commission font l'objet d'un examen conjoint de la Commission et des représentants des États membres, lors de réunions périodiques, en particulier pour en tirer les conclusions qui s'imposent en ce qui concerne les mesures de prévention (point 6); des informations sur le nombre d'affaires qui ont été notifiées et celles qui ont été classées ainsi que l'état des montants récupérés et à récupérer sont communiquées au Cocolaf et aux comités des fonds structurels concernés (point 8). Enfin, il est prévu que les États membres et la Commission prennent les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité des informations transmises (point 7).

14. Le contenu du code de conduite confirme qu'il s'agit bien de modalités d'application de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88. Un examen même superficiel des dispositions contenues dans le code montre, en effet, qu'il s'agit d'obligations spécifiques connexes à l'obligation d'information plus générale et générique qui est énoncée dans la règle de base. En substance, le code règle en détail l'obligation d'information, en déterminant, en particulier, quelles informations doivent être communiquées, et selon quelles fréquence et modalités.

Or, à moins de vouloir considérer que les modalités d'application sont toujours et en tout cas purement déclaratives et que, partant, elles ne nécessitent pas l'adoption d'un règlement dans la mesure où les obligations qu'elles énoncent trouvent leur source dans la règle de base, il convient d'établir si, dans le cas dont il s'agit ici, les obligations prévues par le code de conduite découlent automatiquement de l'article 23, paragraphe 1, ou s'il s'agit plutôt d'une interprétation qui ne se limite pas à expliciter les obligations qui sans doute sont déjà inhérentes à la règle de base (c'est-à-dire le minimum essentiel qui permet de ne pas en affecter le contenu), mais comporte une modification ou a, à tout le moins, pour effet d'augmenter pour les États membres le poids de l'obligation prévue par la règle de référence. C'est précisément dans cette perspective que s'inscrivent les observations suivantes.

15. Constatons, tout d'abord, que l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88 se borne, pour ce qui nous concerne, à demander aux États membres la communication des mesures prises pour prévenir et poursuivre les irrégularités, ainsi que des

informations sur l'évolution des poursuites administratives et judiciaires. Le code de conduite fixe en revanche les délais dans lesquels ces informations doivent être communiquées et exige une série d'informations supplémentaires ainsi que des précisions concernant lesdites irrégularités.

D'une part, en effet, l'obligation de communiquer les mesures prises pour prévenir et poursuivre les irrégularités n'implique pas également et nécessairement l'obligation de communiquer la liste des services chargés de l'application de ces mesures ni celle de communiquer les dispositions procédurales essentielles de leurs administrations. D'autre part, il est permis de se demander si la communication concernant l'évolution des poursuites administratives et judiciaires peut s'assimiler à — ou en tout cas comporter automatiquement — une série d'informations détaillées sur les cas d'irrégularités, c'est-à-dire en substance une description suffisamment articulée de chaque irrégularité constatée. Nous faisons référence en particulier aux informations telles que l'identification des bénéficiaires, la façon dont a été décelée l'irrégularité, les services ou organismes qui ont procédé à la constatation de l'irrégularité. Il ne nous semble pas, en effet, que les informations de ce type puissent être considérées comme étant déjà inhérentes à l'obligation d'information telle qu'elle est prévue par la règle de base.

Il est, certes, possible de soutenir que ces informations sont accessoires par rapport à l'obligation d'informer la Commission sur l'évolution des poursuites administratives et judiciaires en cours, mais il est également évident qu'elles ne peuvent pas être considérées comme une simple explicitation de l'obligation en question. En d'autres termes, nous estimons que l'on ne peut pas affirmer que l'obligation d'information telle qu'elle est prévue par la règle de base serait vidée de sa substance dans l'éventualité où l'identité des bénéficiaires ou la façon dont a été décelée l'irrégularité ne serait pas communiquée. Une telle conclusion est d'ailleurs confirmée par la Commission elle-même qui, à l'audience, a soutenu qu'un État membre peut enfreindre le code de conduite sans pour autant violer l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88. Cela équivaut, évidemment, à reconnaître que les « obligations » imposées par le code vont au-delà de ce qui est prévu par la règle en question et à contredire l'affirmation, contenue dans la lettre précitée de notification aux États membres, selon laquelle le respect de l'article 23, paragraphe 1, exige le respect intégral des dispositions du code en question.

16. Cela étant précisé, et afin de mettre en évidence certains problèmes que pose le code de conduite, nous croyons utile de nous arrêter brièvement sur des réglementations analogues à celle dont nous traitons ici. Nous nous référons en particulier au règlement (CEE) n° 595/91 [9], qui a récemment remplacé le règlement (CEE) n° 283/72 (plusieurs fois cité dans les mémoires des parties et à l'audience), règlement qui fixe les modalités d'application de l'article 8, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 729/70 [10], cette disposition étant d'ailleurs presque identique à l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88. Le règlement n° 595/91, concernant un système d'information, analogue à celui instauré par le code, dans le secteur des

9 — Règlement du 4 mars 1991 concernant les irrégularités et la récupération des sommes indûment versées dans le cadre du financement de la politique agricole commune ainsi que l'organisation d'un système d'information dans ce domaine, et abrogeant le règlement (CEE) n° 283/72 (JO L 67, p. 11).

10 — Règlement du 21 avril 1970 relatif au financement de la politique agricole commune (JO L 94, p. 13).

irrégularités commises au détriment du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA), section « garantie », après avoir énuméré les informations que les États membres sont tenus de communiquer à la Commission (informations qui coïncident avec celles prévues par le code), prévoit que ces dernières, lorsqu'elles sont couvertes par le secret de l'instruction en vertu du droit national, ne peuvent être communiquées que sur autorisation préalable de l'autorité judiciaire compétente [11]. Ce même règlement atténue, par ailleurs, l'obligation de communiquer l'identité des personnes impliquées dans l'irrégularité en prévoyant, à l'article 3, paragraphe 1, dernier tiret, que cette obligation n'existe pas dans les cas où l'indication en cause ne peut pas être utile dans le cadre de la lutte contre les irrégularités.

17. Un autre aspect mérite d'être souligné. Le point 7 du code prévoit que « les États membres et la Commission prennent toutes les mesures de sécurité nécessaires pour que les informations échangées entre eux soient gardées confidentielles »; une telle disposition se comprend aisément compte tenu de la nature des informations demandées, mais un examen même sommaire montre qu'elle est insuffisante pour garantir le but qu'elle se fixe. En effet, si, comme la Commission le prétend, il s'agit d'un acte non contraignant, qui peut de ce fait être enfreint sans qu'il y ait pour autant une infraction à l'article 23 (et ce serait sans doute le cas en présence d'une violation de la disposition susmentionnée du code), il s'ensuit que des informations de ce genre ne peuvent pas être gardées confidentielles, avec les conséquences importantes que cela comporte principalement pour les particuliers impliqués.

L'importance et la difficulté de ce problème sont en revanche toujours très présentes dans les législations analogues. Par exemple, l'article 10 du règlement n° 595/91, précité, ne se borne pas à énoncer le principe en vertu duquel il convient de garantir la confidentialité de ces informations (paragraphe 1), mais règle ce point en détail en prévoyant, notamment, que les informations communiquées « sont couvertes par le secret professionnel et bénéficient de la protection accordée aux informations analogues par la législation nationale de l'État membre qui les a reçues et par les dispositions correspondantes applicables aux institutions communautaires » (paragraphe 4). Sont en outre prévues, dans ce même article, une série de garanties pour les particuliers; ainsi, par exemple: les noms de personnes physiques ou morales impliquées dans des irrégularités ne peuvent être communiqués à un autre État membre ou à une autre institution communautaire que dans le cas où cette communication est nécessaire en vue de la prévention ou de la poursuite d'irrégularités constatées ou présumées (paragraphe 3); en outre, lorsque, après complément d'enquête, une personne, qui dans un premier temps a été considérée comme impliquée dans une fraude, s'avère au contraire étrangère à cette irrégularité, il y a lieu d'en informer sans délai tous ceux auxquels le nom avait été précédemment communiqué (paragraphe 6).

18. Par souci d'être complet, ajoutons que, sur la base des points 4 et 5 du code de conduite, un formulaire a été envoyé à tous

11 — L'importance d'une telle disposition est confirmée par la jurisprudence de la Cour qui, dans l'arrêt du 10 janvier 1980, Commission/Italie, point 22 (267/78, Rec. p. 31), a bien précisé que « les règles qui, dans les législations nationales de caractère pénal, empêchent la communication à certaines personnes d'actes de la procédure pénale, peuvent donc être invoquées à l'égard de la Commission dans la mesure où ces mêmes restrictions sont opposables à l'administration nationale », et a par conséquent jugé que, en ne communiquant pas à la Commission les éléments couverts par le secret de l'instruction, l'Italie n'avait pas manqué aux obligations qui lui incombaient.

les États membres, pour faciliter l'envoi des informations requises, qu'ils doivent rassembler et envoyer à la Commission dans les délais impartis. La requérante considère ce formulaire comme un élément supplémentaire apportant une nouvelle preuve de ce que l'acte attaqué n'est pas une simple recommandation. La Commission soutient par contre qu'il s'agirait d'un formulaire standard, en tous points identique à ceux déjà existants dans d'autres secteurs.

A cet égard, il suffit de constater que, pour ce qui est du formulaire concernant les irrégularités relatives au FEOGA, section « garantie », les informations qu'il demande sont celles très précises et spécifiques qui sont expressément prévues par le règlement n° 595/91, et déjà auparavant par le règlement n° 283/72.

Pour ce qui concerne ensuite le formulaire relatif aux irrégularités affectant les ressources propres, relevons que ce dernier est fondé sur l'article 6, paragraphe 3, du règlement (CEE, Euratom) n° 1552/89 [12], disposition qui prévoit expressément que les États membres communiquent à la Commission, à un rythme semestriel et pour les montants supérieurs à 10 000 écus, une description sommaire des fraudes et irrégularités, ainsi que des mesures prises ou à envisager afin d'éviter la répétition des cas détectés. Le formulaire impose l'obligation de communication uniquement pour ces informations; en effet, la demande de renseignements supplémentaires est assortie de l'explication qu'il ne s'agit pas d'informations obligatoires au sens de l'article 6, paragraphe 3, du règlement n° 1552/89: les États membres sont *invités* à fournir ces renseignements dans la mesure où ils sont utiles pour une lutte efficace contre les fraudes.

19. Les observations qui précèdent confirment que le code de conduite ne se borne pas à expliciter les obligations énoncées à l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88, mais les interprète, en étendant leur portée, sans toutefois les munir des garanties appropriées, en particulier pour ce qui concerne la protection des particuliers.

Il y a donc lieu d'examiner le problème de la compétence de la Commission pour édicter l'acte en question.

20. La position de la Commission est, à cet égard, très ambiguë. Si, d'un côté, elle prétend que le code n'a aucun effet contraignant, de l'autre, elle affirme toutefois avoir, tant sur la base de l'article 155 du traité que sur celle de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 2052/88, le pouvoir et, partant, la compétence, d'adopter des actes de ce genre.

Il ne paraît pas possible de partager ce point de vue. Rappelons, en effet, que l'adoption d'actes non contraignants est prévue par le traité à l'article 189 et que l'article 155 du traité confère à la Commission le pouvoir de formuler des recommandations ou des avis non seulement dans les cas expressément prévus par le traité, mais également chaque fois qu'elle l'estime nécessaire; la Commission ne doit donc pas absolument démontrer qu'elle est compétente pour recommander un certain comportement plutôt qu'un autre: cette compétence est incontestable.

12 — Règlement du 29 mai 1989 portant application de la décision 88/376/CEE, Euratom relative au système des ressources propres des Communautés (JO L 155, p. 1).

D'autre part, s'il est vrai, comme la Commission le fait valoir à plusieurs reprises dans les mémoires présentés pour sa défense, que l'acte en question n'est rien d'autre qu'une recommandation, un avis adressé aux États membres sur la façon dont il convient d'appliquer l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88, on saisit difficilement pourquoi la Commission ne lui a pas déjà donné cette qualification dans l'intitulé même, ou ne l'a pas présenté de façon à établir clairement, et ce au-delà du nomen iuris, qu'il s'agissait purement et simplement d'une recommandation aux États membres [13], en évitant de cette manière d'éventuelles confusions et incertitudes, ainsi qu'un contentieux artificiel.

D'un point de vue général, on ne peut que s'étonner de ce que la Commission, fût-ce dans le contexte des moyens de défense devant la Cour, persiste à soutenir qu'elle a créé, dans une matière aussi délicate que celle dont nous traitons ici, dans laquelle il faudrait même renforcer la sévérité et la rigueur des dispositions, un acte pas du tout contraignant pour les États membres, c'est-à-dire un acte qui, si tel devait être le cas, serait non seulement inutile, mais également et de ce fait même préjudiciable, dans la mesure où il serait susceptible d'entretenir des confusions et des divergences de comportements entre les États membres.

13 — Ajoutons à cela, aussi banale que cette considération puisse paraître, qu'en règle générale, comme cela est juste et évident, la Commission adopte, lorsqu'elle en a la compétence, des actes formels en application de l'article 189 du traité. Au contraire, des actes avec un *nomen* atypique sont, à notre avis, le signe d'une certaine ambiguïté, et cela surtout lorsque la matière à réglementer est tellement typique qu'elle ne nécessite pas un acte atypique. A cet égard, nous rappelons l'arrêt du 13 décembre 1989, Grimaldi, 322/88, dans lequel la Cour a souligné que les recommandations « sont généralement adoptées par les institutions de la Communauté lorsqu'elles ne détiennent pas, en vertu du traité, le pouvoir d'adopter des actes obligatoires ou lorsqu'elles estiment qu'il n'y a pas lieu d'édicter des règles plus contraignantes » (Rec. p. 4407, point 13). Cette affirmation nous paraît également valable, en principe, pour les innombrables actes atypiques existant dans la pratique

21. La référence de la Commission à l'article 5 du traité ne nous paraît pas non plus de nature à modifier les termes du problème. A cet égard, on observera, en effet, que l'obligation des États membres résultant de cet article, « de faciliter l'accomplissement de la mission de la Communauté », est une obligation générale qui ne saurait être invoquée, comme la Cour l'a elle-même précisé, « en l'absence d'une disposition ponctuelle figurant dans le traité ou dans des actes de nature obligatoire pris par les institutions » [14]; cela en ce sens qu'une telle obligation des États membres ne saurait en tout cas être invoquée pour prendre des actes de nature réglementaire. En définitive, la Commission peut, certes, demander aux États membres, en se fondant sur l'article 5 du traité, des informations ponctuelles sur un cas déterminé et engager une procédure d'infraction devant un refus de fournir ces renseignements, mais elle ne peut assurément pas utiliser une telle base juridique pour harmoniser, en les spécifiant et en les étendant, les obligations imposées par une règle, en l'occurrence l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88.

22. Quant à la compétence que la Commission tire de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 2052/88, il est à peine nécessaire de souligner qu'une telle disposition se réfère à ce qu'il est convenu d'appeler le partenariat, que le règlement précité définit comme une « concertation étroite entre la Commission, l'État membre concerné et les autorités compétentes désignées par celui-ci au niveau national, régional, local ou autre, toutes les parties étant des partenaires poursuivant un but commun ». Toujours selon le même règlement, « le partenariat porte sur la préparation, le financement, le suivi et l'évaluation des actions ».

14 — Ordonnance du 30 septembre 1987, Brother Industries/Commission (229/86, Rec. p. 3757, 3763).

En définitive, partant de l'idée que l'action structurelle menée par la Commission est complémentaire des actions nationales correspondantes ou y contribue, une sorte de dialogue permanent s'est instauré entre la Commission et l'État membre concerné aux fins de répartir, en vue d'une efficacité accrue, les missions et mettre en commun les ressources humaines impliquées dans l'action structurelle communautaire. La notion de partenariat n'implique donc pas du tout que les partenaires puissent prendre d'un commun accord des actes contraignants ou même des interprétations contraignantes d'actes et de dispositions existantes. En outre, le partenariat concerne non pas le contrôle des actions mais, ainsi qu'il a été exposé, seulement la préparation, le financement, le suivi et l'évaluation des actions. Il s'ensuit que la base juridique en question ne permet pas l'adoption d'actes contraignants, mais se borne à prévoir une concertation étroite entre toutes les parties concernées afin de contribuer au succès de chaque action particulière qui a été entreprise.

23. Reste à examiner un dernier point: la Commission a soutenu à plusieurs reprises, tant dans les mémoires présentés pour sa défense qu'à l'audience, que l'acte attaqué a été adopté par consensus; il s'agirait donc d'un nouveau type d'acte que la Commission a défini comme une sorte de « gentlemen's agreement ». Ce raisonnement ne nous paraît pas acceptable ni, en tout cas, de nature à modifier la situation juridique, et ce sans qu'il soit nécessaire d'examiner si, effectivement, l'acte dont il s'agit est un acte négocié. En effet, en ne respectant pas les éventuelles dispositions figurant dans cet acte, non seulement les États membres peuvent au maximum en assumer la responsabilité politique, sans pour autant être considérés comme ayant manqué aux obligations qui leur incombent en vertu de la réglementation communautaire dans le secteur concerné, mais également et surtout il s'agirait d'un acte qui en tant que tel est étranger au système garanti par le traité, étant donné que l'adoption d'*actes normatifs convenus* entre la Commission et les États membres ou, en tout cas, d'accords passés, quoique sous forme très simplifiée, entre les parties concernées est tout à fait étrangère à ce système. Cette position singulière et contradictoire de la Commission ne nous paraît pas mériter d'autres commentaires.

24. Eu égard aux considérations qui précèdent, l'affirmation de la Commission selon laquelle elle n'intentera jamais une procédure d'infraction en se fondant sur le non-respect du code de conduite est absolument insignifiante, et en contradiction flagrante avec le contenu de la lettre de notification dans laquelle, rappelons-le, il est dit expressément que le respect de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88 exige le respect intégral du code de conduite. De toute façon, il n'est pas nécessaire de s'arrêter davantage sur cet aspect étant donné que, comme nous l'avons vu, l'analyse du contenu de l'acte a révélé qu'il s'agit de modalités d'application qui créent pour les États membres des obligations qui ne sont pas prévues en tant que telles dans la disposition de base.

25. L'élément important, pour ce qui nous concerne, réside en revanche dans le fait que l'acte attaqué, portant modalités d'application de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 4253/88, rend plus strictes pour les États membres les obligations imposées par la disposition en question, dans la mesure où il les étend et les spécifie.

Or, l'article 23 se borne à indiquer les obligations des États, mais n'attribue aucun pouvoir à la Commission, que ce soit celui de préciser, d'interpréter ou d'augmenter les obligations en question. Aucune autre disposition pertinente ne confère une compétence analogue à la Commission. Par contre, l'article 3, paragraphes 4 et 5, du règlement n° 2052/88 dispose que les modalités de contrôle des actions sont définies dans les décisions d'application arrêtées en vertu de l'article 130 E du traité. D'autre part, l'article 7, paragraphe 2, du même règlement, confirme que les règles harmonisées et visant à renforcer le contrôle des interventions structurelles sont précisées sur la base des dispositions visées à l'article 3, paragraphes 4 et 5, précité. En conséquence, il y a lieu d'annuler le code de conduite en question pour incompétence de la Commission, dans la mesure où il vise à produire des effets juridiques.

## Conclusions

A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour d'accueillir le recours et de condamner la Commission aux dépens.