80/723, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, publiée dans la série C du Journal officiel et notifiée à chaque État membre.

En effet, cette communication qui impose aux États membres de communiquer à la Commission, annuellement et de façon générale et systématique, les données relatives aux relations financières d'une certaine catégorie d'entreprises réalisant un certain chiffre d'affaires, est un acte destiné à produire des effets juridiques propres, distincts de ceux de l'article 5, paragraphe 2, de la directive et ajoutant de nouvelles obligations à celles prévues par cette disposition.

2. Le principe de la sécurité juridique, qui fait partie de l'ordre juridique communautaire, exige que la législation communautaire soit claire et son application prévisible pour ceux qui sont concernés. Cet impératif requiert, à peine de nullité, que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-325/91 *

I — Faits et cadre juridique

1. Le 25 juillet 1980 la Commission a adopté la directive 80/273/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195, p. 35), ci-après « directive ». Cette directive spécifie en son article 1er que:

« Les États membres assurent dans les conditions prévues par la présente directive la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques en faisant ressortir:

a) les mises à disposition de ressources publiques effectuées directement par les pouvoirs publics aux entreprises publiques concernées;

b) les mises à disposition de ressources publiques effectuées par les pouvoirs publics par l'intermédiaire d'entreprises publiques ou d'institutions financières;

* Langue de procédure: le français.

c) l'utilisation effective de ces ressources publiques »

et, en son article 3, que:

« Les relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques dont la transparence est à assurer conformément à l'article 1er, sont notamment:

a) la compensation des pertes d'exploitation;

b) les apports en capital ou en dotation;

c) les apports à fonds perdus ou les prêts à des conditions privilégiées;

d) l'octroi d'avantages financiers sous forme de la non-perception de bénéfices ou du non-recouvrement de créances;

e) la renonciation à une rémunération normale des ressources publiques engagées;

f) la compensation de charges imposées par les pouvoirs publics. »

Son article 5 est libellé comme suit:

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les données relatives aux relations financières visées à l'article 1er restent à la disposition de la Commission pendant cinq ans à compter de la fin de l'exercice annuel au cours duquel les ressources publiques ont été mises à la disposition des entreprises publiques concernées.

Toutefois, lorsque les ressources publiques sont utilisées au cours d'un exercice ultérieur, le délai de cinq ans court à partir de la fin de ce même exercice.

2. A la demande de la Commission, et pour le cas où elle l'estime nécessaire, les États membres lui communiquent les données visées au paragraphe 1 ainsi que les éléments d'appréciation éventuellement nécessaires, et notamment les objectifs poursuivis. »

2. Par lettre du 8 octobre 1991, la Commission a notifié aux États membres une communication sur l'application aux entreprises publiques du secteur manufacturier des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE (C 273, p. 2), ci-après « communication ». Cette communication consiste en deux parties.

La première partie (points 1 à 44 inclus) concerne l'interprétation par la Commission de la jurisprudence de la Cour concernant les entreprises publiques et la manière dont elle entend appliquer les règles en matière d'aides d'Etat aux interventions publiques suivantes: apports en capital, garanties, prêts et rendement du capital investi.

La seconde partie (points 45 et suivants) invite les États membres à communiquer à la Commission annuellement des déclarations sur la base de l'article 5, paragraphe 2 de la directive 80/723/CEE. Ces déclarations visent les entreprises publiques du secteur manufacturier dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 250 millions d'Écus et, comme il est précisé au paragraphe 46, doivent contenir des détails concernant les comptes financiers annuels (bilan et compte de résultats) de chaque entreprise publique concernée.

Dans la mesure où les comptes financiers ne seraient pas complets, les informations suivantes devraient également être fournies pour chaque entreprise:

— apports en capital/prises de participation;

— subventions non remboursables ou remboursables uniquement sous certaines conditions;

— octroi de prêts à l'entreprise;

— sûretés constituées en faveur de l'entreprise pour garantir des prêts;

— dividendes déboursés et bénéfices non distribués;

— modifications apportées aux conditions d'interventions antérieures de l'État, et en particulier, la renonciation à des sommes dues à l'État par des entreprises publiques;

— conformément aux dispositions de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978, concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, les renseignements suivants:

— profits ou pertes sur les activités ordinaires avant impôts;

— intérêts dus;

— créanciers: dettes dont la durée résiduelle est supérieure à un an;

— capital et réserves.

3. En ce qui concerne la France, la demande d'informations prévue à l'article 5 de la directive a été limitée à 14 entreprises. Cette liste fait l'objet du fax du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget du 25 juin 1991 et comprend les entreprises suivantes: Bull, Thomson, Aérospatiale, Snecma, Rénault, Seita, Elf-Aquitaine, Rhone-Poulenc, entreprise Minière et Chimique, Société nationale des poudres et explosifs, Usinor-Sacilor, Pechiney, Société le Nickel, Framatome.

II — Procédure écrite et conclusions des parties

4. Le recours de la République française a été enregistré au greffe de la Cour le 16 décembre 1991.

5. La procédure écrite a suivi un cours régulier. Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans procéder à des mesures d'instruction préalables.

6. La *République française* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer nulle et non avenue la communication de la Commission 91/C 273/02 relative à « l'application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier »;

— condamner la défenderesse aux dépens de l'instance.

7. La *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours comme irrecevable ou non fondé

— condamner la requérante aux dépens.

III — Moyens et arguments des parties

Sur la recevabilité

8. Le gouvernement français estime que, malgré son intitulé, l'acte litigieux constitue un acte attaquable. En vertu d'une jurisprudence constante, le recours en annulation est ouvert à l'égard de toutes les dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soit la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit. Que l'acte litigieux revête la forme d'une communication et qu'il emploie le terme « inviter » est dès lors sans effet sur le caractère attaquable de celui-ci. Cette communication est fondée sur l'article 5 de la directive 80/723/CEE. Le lien établi par la Commission entre cette disposition et sa communication ne saurait être fortuit et traduit la portée que revêtirait celle-ci aux yeux de la Commission. Ce lien est particulièrement patent au paragraphe 46, qui détermine la nature et le contenu des informations que les États membres adresseront à la Commission. Ces nouvelles exigences se traduiraient par la production, au sein de certains groupes industriels publics, de très nombreux rapports puisque plusieurs dizaines d'entreprises publiques en faisant partie répondent aux critères définis. Le texte litigieux impose donc des obligations supplémentaires tant aux États membres qu'à leurs entreprises publiques.

9. Selon le gouvernement français, la communication, en tant qu'elle invite les États membres à fournir des déclarations annuelles systématiques à la Commission, outrepasse les obligations prévues à l'article 5 de la directive 80/723 et crée en réalité des obligations nouvelles à la charge des États. Cette disposition oblige les États membres à tenir disponibles, pendant cinq ans, les données relatives aux relations financières et à communiquer ces données à la Commission lorsque celle-ci le demande. Cette directive n'exige pas de rapport annuels. Comme la Commission l'a indiqué au cours des affaires 188/80 à 190/80 (arrêt du 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume Uni/Commission, Rec. p. 2545), celle-ci n'exige qu'une information *a posteriori* et

non pas une information automatique ni systématique. Bien que la Commission ait adressé par lettre du 17 septembre 1984 aux États membres une communication relative à l'application des articles 92 et 93 aux prises de participation publiques, celle-ci est dépourvue de force obligatoire et n'a qu'une valeur indicative. Si l'article 5 de la directive confère un large pouvoir discrétionnaire à la Commission quant à ses demandes, cette disposition ne saurait être interprétée, à la lumière notamment des indications de la Commission au moment de sa transmission et au cours des litiges qui ont suivi, comme habilitant cette institution à transformer une procédure d'information au cas par cas en une procédure de transmission systématique.

10. Le gouvernement français admet que la directive serait vidée de son effet utile si la Commission devait toujours limiter ses demandes à une entreprise, à une transaction ou bien encore à une année déterminée. Mais l'obligation, pour les 14 plus grands groupes publics français d'adresser désormais systématiquement et sans limitation de durée des rapports annuels à la Commission, dépasse la portée des termes mêmes de l'article 5 de la directive. Le gouvernement français ajoute que la Commission a défendu cette interprétation dans les affaires 188 à 190/80, précités, ainsi que dans ses huitième et neuvième rapports sur la politique de concurrence. La Commission ne saurait donc aujourd'hui revenir sur cette interprétation que par le biais d'une modification de sa directive. Contrairement à ce que prétend la Commission, la communication a un caractère général et systématique. Celle-ci ne saurait constituer un faisceau d'actes individuels au sens de la jurisprudence de la Cour visant de manière spécifique l'État membre concerné et chacune des 14 entreprises concernées. Vu son intitulé et son contenu, la communication s'applique bien à des catégories de personnes envisagées abstraitement et dans leur ensemble. Ensuite, le gouvernement français observe que l'interprétation et la validité d'un acte communautaire ne sauraient résulter de la seule conviction de l'institution auteur de l'acte ou d'un consensus entre elle-même et les destinataires de celui-ci sur l'application qu'il en sera donnée. Si la portée et la validité de la communication devaient s'évaluer à l'une de la liste des 14 entreprises publiques françaises, il faudrait en conclure que cette portée et cette validité sont susceptibles d'évoluer avec le contenu même de la liste que la Commission conserve la faculté de modifier unilatéralement. Dans une telle hypothèse, les États membres, une fois passé le délai de recours contentieux de deux mois, n'auraient plus la possibilité de former un recours en annulation à son encontre. La communication est destinée à produire des effets juridiques et qu'il est, dès lors, susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation.

11. Selon la Commission, il ressort de ses considérations sur le fond que la communication ne crée aucune obligation nouvelle par rapport à celles prévues à l'article 5. La condition de la création d'effets juridiques nouveaux et distincts n'étant pas remplie, le recours est à considérer comme irrecevable.

Sur le fond

12. Selon le gouvernement français, en tant qu'elle impose des obligations nouvelles, la communication aurait dû être fondée sur une base juridique précise. Cette absence alimente l'incertitude en ce qui concerne la portée même des obligations nouvelles posées par la communication. La Commission ne saurait cependant modifier une

directive par le biais d'une simple communication en violation de la règle élémentaire du parallélisme des formes. Une simple communication, pas plus que des instructions internes de service, ne saurait en effet créer des obligations juridiques nouvelles conformément à l'article 189 du traité. L'absence d'une base juridique constitue une violation de l'article 190 du traité. En outre, elle est contraire au principe de sécurité juridique selon lequel la législation communautaire doit être dépourvue d'ambiguïté.

13. La simple invocation de la complexité de relations financières entre les autorités publiques et les entreprises privées et la nature très diverse des formes que sont susceptibles de prendre les entreprises publiques dans les différents États membres ne saurait suffire pour justifier n'importe quelle obligation supplémentaire à des entreprises du seul fait de leur appartenance au secteur public. Le gouvernement français estime que l'obligation de produire désormais des rapports annuels systématiques tend à organiser un recensement exhaustif des opérations financières des entreprises publiques, disproportionné par rapport aux objectifs recherchés. La Commission a notamment justifié l'adoption de ce texte par le caractère insuffisant de la discipline en matière d'aides d'État. Ces explications apparaissent comme inexactes dans la mesure où la directive sur la transparence vise l'ensemble des entreprises publiques et des concours financiers qu'elles reçoivent. Le degré de détail de la communication paraît manifestement excessif au regard des impératifs des articles 92 et 93 qui prévoient déjà une obligation de notification préalable.

14. Les nouvelles obligations imposées par la communication entraînent une discrimination au détriment des entreprises publiques et manifestent de la part de la Commission une suspicion générale à l'égard de ces entreprises. A l'horizon du marché unique, on ne saurait imposer aux seules entreprises publiques d'avoir à élaborer et exploiter un outil comptable spécifique créé aux seules fins de satisfaire aux demandes d'information de la Commission. En demandant le détail des relations entre entreprises publiques appartenant à un même groupe, crée une discrimination. Elle laisse entendre qu'elle n'admettrait pas les transferts financiers interns au sein du même groupe entre secteurs rentables à un moment donné et ceux perdant de l'argent, ce qui est pourtant de pratique courante au sein du secteur privé.

15. La communication ne respecte pas les principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Comme aucun délai précis n'est imparti à la Commission pour statuer sur les documents visés, les entreprises publiques se voient exposées, sans aucune garantie, à des risques contentieux plusieurs années après l'intervention de faits éventuellement litigieux. Une incertitude pèse également sur le champ d'application de la communication, étant donné que la Commission se réserve la possibilité d'étendre au-delà de l'industrie manufacturière. La communication, déjà dépourvue de toute base juridique, dépasse de toute façon les limites du pouvoir d'appréciation réservé à la Commission par l'article 90, paragraphe 3 du traité CEE, compte tenu de son absence de nécessité, de la disproportion des exigences qu'elle impose, et de la discrimination des entreprises publiques par rapport aux entreprises privées qu'elle introduit.

16. La Commission observe que la lettre et l'esprit de l'article 5 ne s'opposent pas en

principe à l'introduction d'une obligation d'information générale et systématique. La directive sera vidée de son effet utile si la Commission devait toujours limiter des demandes à une compagnie ou à une transaction déterminée. Elle pourrait et devrait aujourd'hui interpréter et appliquer l'article 5 de manière différente par rapport à l'interprétation donnée dans le passé. Cependant, la communication n'introduit pas une obligation nouvelle d'information de caractère général et systématique. Les informations requises par celle-ci sont limitées aux entreprises du secteur manufacturier et uniquement à celles dont le chiffre d'affaires excède 250 Mio ECU.

17. En outre, suite aux négociations bilatérales conclues avant l'adoption de la communication, la demande d'informations prévue à l'article 5 a été limitée à 14 entreprises. Il s'agit d'une liste arrêtée d'un commun accord après les échanges de vues qui se sont déroulés entre la Commission et la France. La communication est à lire, à interpréter et à appliquer à la lumière de l'échange de correspondance intervenu avec les autorités françaises avant son adoption, qui en fait partie intégrante. En ce qui concerne la France, la finalité de la communication est et reste d'obtenir des informations *a posteriori* au sujet des 14 entreprises bien identifiées et nommément communiquées par les autorités françaises. De ce fait, la communication constitue une simple mesure d'application et d'exécution des obligations de l'article 5. Il s'agit, en dernière analyse, d'un acte complexe constitué d'un faisceau d'actes individuels visant de manière spécifique chaque État membre et chacune des entreprises ou chacun des groupes d'entreprises pour lesquels la Commission attend la transmission des données aux termes des articles 3 et 5 de la directive.

18. Sur la question de la nécessité, la Commission rappelle que de nombreuses aides ont été octroyées aux entreprises publiques en violation de l'article 93, paragraphe 3. Il résulte des chiffres concernées qu'il y a eu trois fois plus d'aides non notifiées en faveur des entreprises publiques qu'en faveur des entreprises privées.

19. Quant à la durée de l'obligation d'information, l'article 90, paragraphe 3 du traité et l'article 5 ne prévoient aucun délai, ni pour l'exercice des pouvoirs de vérification de la Commission ni pour l'obligation des États membres de fournir à la Commission les informations nécessaires.

20. Ensuite, la Commission fait valoir que la communication de 1991 ne reflète pas la position prise par elle en 1980. Le fait nouveau qui constitue un véritable tournant en matière d'aides d'État découle de la jurisprudence de la Cour sur les subventions accordées via des entreprises non publiques mais contrôlées par l'État. La communication se propose d'institutionnaliser la transmission et la prise en compte de la part de la Commission des données comptables et financières des groupes d'entreprises déjà utilisées et cela conformément à la jurisprudence de la Cour. L'inclusion des mouvements de capitaux au sein des groupes d'entreprises publiques dans le champ d'application de l'article 5 répond à l'exigence d'appliquer cette disposition de manière cohérente avec l'évolution de la vie économique et, surtout, de la jurisprudence pertinente de la Cour. Cette position, même si elle diffère de celle adoptée en 1980, ne se heurte pas à l'esprit et à la lettre de l'article 5 en cause, car son libellé ne distingue

pas entre les fonds publics selon qu'ils proviennent ou non de l'intérieur d'un groupe de compagnies publiques. La communication affirme clairement dans son point 29 que des subventions croisées à l'intérieur d'un groupe ne constituent pas par elles-mêmes une aide d'État. Selon la jurisprudence de la Cour, les transferts au sein d'un même groupe peuvent être constitutifs d'une aide d'État. Il n'y a aucune raison que ceux-ci puissent échapper à la fonction de surveillance qui incombe à la Commission.

21. La Commission rappelle que l'article 5 constitue la base juridique de la communication et, compte tenu de sa portée limitée d'acte administratif portant un faisceau d'actes individuels, il n'était nullement requis de faire recours à la forme d'une directive au sens de l'article 189 du traité. En ce qui concerne le principe de la sécurité juridique, il existe pour les États membres un moyen simple d'acquérir la sécurité dans leurs relations financières avec les entreprises publiques. Il leur suffit de procéder à une notification.

22. En ce qui concerne l'ensemble des informations requises, on peut difficilement soutenir que la transmission de celles-ci va créer des charges nouvelles pour les entreprises publiques, car celles-ci sont déjà soumises aux obligations comptables de la 4ième directive. Puisque les entreprises publiques et les entreprises privées ne se trouvent pas dans une situation comparable au regard des opérations financières qu'elles réalisent, le contrôle de la Commission aux fins du respect des dispositions de l'article 92 est tout à fait justifié, voire nécessaire.

P. J. G. Kapteyn

Juge rapporteur