CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO LA PERGOLA

présentées le 11 juillet 1996 *

I — Introduction

1. Par le présent pourvoi, la Cour est appelée à établir si les particuliers sont ou non recevables à former un recours en annulation, tel que prévu à l'article 173 du traité, à l'encontre des décisions que la Commission a prises en vue de classer des plaintes tendant à lui faire exercer les pouvoirs dont elle est investie en vertu des articles 169 et 90, paragraphe 3, du traité.

II — Les antécédents du litige et les arguments des parties

2. L'association de droit allemand Bundesverband der Bilanzbuchhalter eV, partie requérante en l'espèce, attaque devant la Cour l'ordonnance d'irrecevabilité que le Tribunal de première instance des Communautés européennes a rendue le 23 janvier 1995 [1].

3. Les antécédents du litige sont exposés dans l'ordonnance précitée du Tribunal de première instance. L'association requérante avait déposé auprès de la Commission une plainte mettant en cause le Steuerberatungsgesetz (loi allemande relative à la profession de conseiller fiscal), pour atteinte présumée au droit communautaire, en ce que cette loi réserve le droit d'exercer des activités de conseiller en matière fiscale et dans des domaines voisins à certaines catégories professionnelles déterminées. De l'avis de la requérante, cette législation est contraire aux articles 59 et 86 du traité CE. En la maintenant en vigueur, la République fédérale d'Allemagne aurait par conséquent manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité, telles que définies aux articles 5, premier alinéa, et 90, paragraphes 1 et 2. La Commission aurait dû mettre tout en œuvre pour remédier à une telle situation et veiller à l'application des dispositions du traité.

La requérante avait conclu à ce qu'il plaise au Tribunal annuler, en application de l'article 173 du traité, la décision par laquelle la Commission avait décidé de ne pas donner suite à la plainte de la requérante. La décision entreprise en première instance motivait ce refus en se fondant sur le fait que, en l'espèce, il n'y avait pas violation du droit communautaire.

* Langue originale: l'italien.

1 — Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission (T-84/94, Rec. p. II-101).

4. Le Tribunal a déclaré le recours irrecevable. Il a estimé, en se référant sur ce point à la jurisprudence de la Cour [2], que la requérante n'est pas recevable à attaquer le refus de la Commission d'engager la procédure en manquement à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne. La Commission disposerait d'« un pouvoir d'appréciation discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger qu'elle prenne position dans un sens déterminé ». « Dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 169 du traité », poursuit le Tribunal, « les personnes ayant déposé une plainte ne bénéficient pas de la possibilité de saisir le juge communautaire d'un recours contre la décision de la Commission de classer leur plainte ».

5. Le Tribunal a jugé le recours irrecevable également en ce qui concerne la violation alléguée de l'article 90, paragraphe 3, du traité, là encore eu égard au large pouvoir discrétionnaire que cet article conférerait à la Commission. L'exercice d'un tel pouvoir, aux termes de l'ordonnance entreprise, n'est pas assorti d'une obligation d'intervention de la part de la Commission. Les premiers juges sont parvenus à la conclusion que « les personnes physiques ou morales qui demandent à la Commission d'intervenir au titre de l'article 90, paragraphe 3, ne bénéficient pas du droit d'introduire un recours contre la décision de la Commission de ne pas faire usage des prérogatives qu'elle détient au titre de l'article 90, paragraphe 3 ». En l'espèce, la requérante n'a par conséquent pas été jugée recevable à attaquer le refus en question de la Commission.

6. La requérante fait valoir à présent la violation présumée du droit communautaire par le Tribunal en ce que les premiers juges n'auraient pas pris en considération le détournement de pouvoir que la Commission aurait commis. Cette dernière, toujours selon la requérante, aurait donné une interprétation erronée des faits tels qu'exposés dans la requête en première instance et avancés à l'appui de la plainte que la requérante a déposée afin que soit engagée l'action prévue à l'article 169 du traité. Le Bundesverband soutient à cet égard que, en cas d'appréciation erronée des faits, un détournement de pouvoir existe lorsque la marge d'appréciation de la Commission est nulle. Or, tel serait le cas en l'espèce. La violation de l'article 59 du traité, dont la plainte déposée par la requérante faisait état, serait manifeste. De l'avis de la demanderesse, il existe par conséquent une obligation d'intervention de la Commission qui, en l'espèce, aurait dû nécessairement donner lieu à la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 169, nonobstant la jurisprudence de la Cour qui, d'une part, reconnaît un large pouvoir à la Commission en ce qui concerne l'introduction d'une procédure en manquement et, d'autre part, refuse aux particuliers la possibilité de former une action en justice qui permette de contrôler l'éventuel refus d'entamer cette procédure. En outre, le Tribunal aurait, quant à lui, violé le droit communautaire en ce qu'il n'a ni reconnu l'absence objective d'un pouvoir discrétionnaire de la Commission ni apprécié correctement les faits à l'origine du recours.

2 — Voir, notamment, arrêt du 14 février 1989, Star Fruit/Commission (247/87, Rec. p. 291).

7. Quant à l'article 90, paragraphe 3, la requérante fait valoir que, si la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire, il faut cependant considérer que la décision de ne pas intervenir au titre de cet article constitue un acte soumis à un contrôle juridictionnel, d'autant plus que, en l'espèce, l'incompatibilité de la législation nationale allemande avec les dispositions communautaires serait manifeste et n'aurait en aucun cas pu être niée par la Commission.

8. La Commission conclut au rejet du pourvoi, en faisant valoir que la jurisprudence constante de la Cour en matière de recours dirigés contre le refus d'engager une procédure en manquement ne connaît pas de telles exceptions. Le pouvoir discrétionnaire dont la Commission dispose en la matière serait de nature à exclure que les particuliers puissent intervenir dans son exercice ou le contester en justice. Il s'agirait d'une faculté d'agir se situant dans le cadre de relations entre entités de droit public et s'inspirant non pas du *principe de légalité*, mais du *principe de l'opportunité*.

Les pouvoirs de la Commission au titre de l'article 169 du traité, poursuit la défenderesse, correspondraient à la faculté qui est reconnue aux États membres en vertu de l'article 170 du traité. De même que la Commission, ces derniers auraient la faculté mais assurément pas l'obligation, au titre de l'article 170, d'agir en vue de faire sanctionner les éventuelles infractions au droit communautaire commises par d'autres États membres.

9. La Commission soutient, en outre, que l'article 90, paragraphe 3, du traité, de même que l'article 169, ne permet pas aux particuliers d'attaquer l'éventuel refus de prendre les mesures qu'ils ont sollicitées. La Commission disposerait, aussi bien au titre de l'article 169 qu'au titre de l'article 90, paragraphe 3, d'un large pouvoir discrétionnaire et, dans l'un et l'autre cas, elle ne serait pas tenue de prendre des mesures spécifiques.

III — Analyse du litige

A — *Quant au moyen tiré de l'article 169*

10. Le pourvoi ne nous paraît pas fondé en ce qui concerne la possibilité d'attaquer le refus que la Commission a opposé à la demande de la requérante d'ouvrir la procédure en manquement prévue à l'article 169.

Nous faisons abstraction de la considération selon laquelle la Cour [3] a, dans de précédents arrêts, exclu que les particuliers aient le droit de saisir le juge communautaire en pareilles circonstances, eu égard à la large latitude dont la Commission jouit pour engager et accomplir la procédure visée en l'espèce.

3 — Voir arrêts Star Fruit/Commission, précité, et du 17 mai 1990, Sonito e. a./Commission (C-87/89, Rec. p. I-1981).

Cette jurisprudence est constante, mais nécessiterait quelques précisions. A vrai dire, la prévision pure et simple d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, si large soit-il, ne dispense pas, en principe, la Commission d'agir conformément au principe de légalité et, partant, ne saurait suffire en l'espèce à exclure que l'activité de cette institution puisse être contestée en justice par des particuliers. C'est ce que confirme la jurisprudence désormais abondante de la Cour en matière d'aides d'État [4], qui concilie le large pouvoir administratif dont la Commission est investie dans ce domaine du droit communautaire avec la possibilité de soumettre l'activité qu'elle exerce à l'appréciation des juges communautaires.

11. En tout état de cause, une autre raison tenant à la nature même de la disposition en cause nous paraît s'opposer à ce que l'on reconnaisse le droit que la requérante revendique en avançant le moyen considéré. L'article 169 du traité relève, en définitive, des dispositions destinées à régir l'équilibre institutionnel de la Communauté et à assurer le bon fonctionnement de celle-ci. Il s'agit précisément de dispositions qui concernent exclusivement les relations entre les États membres et les institutions.

12. Bien que l'article 169, dès lors qu'il a été mis en œuvre, crée indirectement des situations juridiques dont les particuliers peuvent tirer profit, il ne confère à ces derniers aucun droit d'intervenir, aucune possibilité d'ingérence, dans la procédure prévue par cette disposition, et ne les autorise pas non plus à contester en justice l'exercice des compétences et facultés de choix réservées à la Commission. La procédure en constatation de manquement fonctionne par conséquent sur le plan des rapports interinstitutionnels, qui est inaccessible aux particuliers.

13. Certes, on pourrait dire que le système de la protection juridictionnelle présente une lacune en ce qu'il ne permet pas aux particuliers de déclencher un contrôle juridictionnel sur les décisions par lesquelles la Commission décide de ne pas ouvrir la procédure en constatation de manquement.

Toutefois, la solution consistant à combler cette lacune en ayant recours au pouvoir d'interprétation qui appartient à la Cour entraînerait, tout bien considéré, de profondes modifications sur le plan institutionnel, et ce précisément dans un cas où les auteurs du traité ont clairement voulu attribuer à la règle en question le sens exposé ci-dessus: l'article 169 s'insère dans le système du traité comme une disposition destinée à régir les rapports entre la Commission et les États membres. Tel est le résultat auquel conduit l'interprétation systématique de la règle: rappelons seulement que la faculté d'intervenir dans les procédures en manquement engagées par la Commission, telle que prévue à l'article 37 du statut de la Cour de justice, n'est reconnue qu'aux États membres et aux institutions de la Communauté. Dans le cadre d'une telle conception, il n'y a pas de place pour le particulier, notamment dans la phase initiale précontentieuse. C'est pour-

4 — Voir, parmi les nombreuses décisions, l'arrêt du 28 janvier 1986, Cofaz e. a./Commission (169/84, Rec. p. 391), et, plus récemment, l'arrêt du 15 juin 1993, Matra/Commission (C-225/91, Rec. p. I-3203, spécialement point 41).

quoi le particulier n'est pas recevable à attaquer le refus que la Commission opposerait à ses éventuelles demandes d'intervention.

Cela ne veut pas dire pour autant que le système juridique communautaire laisse, par ailleurs, le particulier complètement dépourvu de protection. Il n'en est rien. Le particulier pourra faire valoir devant les juridictions nationales l'illégalité des agissements de l'État membre qui lui paraissent contraires aux obligations communautaires, exposer, le cas échéant, au juge national les questions préjudicielles qu'il convient de soumettre à la Cour en application de la procédure prévue à l'article 177 du traité et bénéficier des voies de recours qui lui sont ouvertes si ses prétentions s'avèrent fondées, y compris l'action en dommages et intérêts. Ces considérations nous amènent donc à conclure que le premier moyen avancé par la requérante doit être rejeté.

B — *Quant au moyen tiré de l'article 90, paragraphe 3*

14. A propos du second moyen, relevons d'emblée que la Commission — et avec elle le Tribunal, eu égard au raisonnement qui sous-tend l'ordonnance entreprise — paraît considérer l'article 90, paragraphe 3, et l'article 169 comme des dispositions parallèles, pour ainsi dire. L'article 90, paragraphe 3, conférerait à la Commission des pouvoirs de contrôle et de surveillance à l'égard des États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et autres assimilées aux fins des dispositions considérées, qui présentent un caractère discrétionnaire à l'instar, en substance, des mesures que la Commission peut adopter en application de l'article 169. Par conséquent, ce serait là encore ce large pouvoir d'appréciation discrétionnaire qui s'opposerait, selon le Tribunal (qui se réfère sur ce point à un de ses précédents arrêts rendu dans l'affaire Ladbroke/Commission [5]), à ce que les particuliers puissent demander l'annulation des décisions *négatives*, telles que celle adoptée par la Commission en l'espèce. C'est le seul élément décisif des motifs de l'ordonnance entreprise en l'espèce. Il convient donc de l'examiner de plus près.

15. L'article 90, paragraphe 3, à la différence de l'article 169, s'insère dans le contexte des règles qui ont été expressément édictées pour assurer le libre jeu de la concurrence et pour régir le comportement des entreprises sur le marché. Il s'agit, certes, d'un type particulier d'entreprises. L'article 90 du traité vise en effet l'hypothèse dans laquelle l'État membre trouble le jeu normal de la concurrence du fait de l'influence qu'il exerce sur les entreprises qu'il contrôle ou auxquelles il a accordé des droits spéciaux. La règle vise par conséquent à prémunir les opérateurs économiques contre une éventuelle ingérence par laquelle l'État membre, en raison des rapports qu'il entretient avec les entreprises qui présentent les caractéristiques qui y sont prévues, est susceptible de mettre en échec les libertés économiques fondamentales consacrées par le traité. Cette disposition protège donc la concurrence, mais de manière compatible avec l'accomplissement en droit et en

5 — Arrêt du 27 octobre 1994 (T-32/93, Rec. p. II-1015).

fait de la mission spécifique qui est confiée aux entreprises dont il s'agit ici. Il ne saurait en être autrement.

16. Il convient cependant de souligner que les bénéficiaires des dispositions de l'article 90 sont les opérateurs économiques. Dans les limites de leur champ d'application, les règles visant à protéger le libre jeu de la concurrence ont à l'égard des catégories d'entreprises visées à l'article 90 une portée qui n'est ni moindre ni différente que pour toutes les autres entreprises. Le paragraphe 3 de la disposition en question précise en outre que « La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ».

17. Or, il ne nous semble pas que la lettre et l'esprit de l'article 90 excluent, ainsi que le Tribunal le considère au contraire, la possibilité de soumettre au contrôle juridictionnel les décisions de refus que la Commission prend en ce qui concerne les plaintes de particuliers qui ne lui paraissent pas mériter d'être accueillies.

L'article 90 figure parmi les autres règles de concurrence énoncées dans le titre V du traité. La sedes materiae est significative. La disposition s'inscrit dans le droit fil des autres qui concernent le comportement concurrentiel des entreprises, et principalement celles qui régissent les aides d'État. La place et la finalité de la disposition plaident donc en ce sens que le particulier ne saurait, en l'espèce, être privé de la protection juridictionnelle dont il bénéficie dans le domaine essentiel de la concurrence. Il est clair, en tout état de cause, que la disposition en question ne peut pas être valablement assimilée à l'article 169 et aux autres règles spécifiquement, voire exclusivement, destinées à régir les rapports institutionnels sur le plan communautaire. L'argument du parallélisme entre l'article 90, paragraphe 3, et l'article 169, tel que la Commission l'a avancé, ne résiste pas à l'analyse.

18. On ne saurait non plus, selon nous, partager le point de vue du Tribunal qui a constaté l'irrecevabilité du recours que l'intéressée a formé contre la décision de refus, en fondant cette conclusion là encore sur le pouvoir discrétionnaire de l'institution tel qu'évoqué ci-après.

Selon le Tribunal, le pouvoir discrétionnaire de la Commission est tellement large que cette institution n'a aucune obligation d'intervenir ni, par conséquent, de motiver l'éventuel refus d'intervention opposé aux demandes qui lui sont adressées par les entreprises concernées. Il s'ensuivrait que celles-ci n'auraient pas le droit d'introduire un recours contre les mesures par lesquelles la Commission refuse d'adresser des directives ou de prendre des décisions à l'égard des États membres dont le comportement illicite est dénoncé par le particulier. La Commission déciderait par conséquent de ne pas faire usage d'un pouvoir que le Tribunal définit comme étant une véritable *prérogative* qui lui est réservée par l'article 90, paragraphe 3.

19. Or, à notre avis, la Cour est appelée en l'espèce à réfléchir à la jurisprudence qui résulte de ses arrêts et de ceux du Tribunal, du moment que le pouvoir discrétionnaire, aussi large qu'il soit, est attribué à la Commission dans un domaine où les raisons d'intérêt public interfèrent dans le système du traité avec celles de la libre concurrence, mais pas au point de les couvrir. Nous pensons, par exemple, au cas des aides d'État [6]. La libre concurrence implique la protection du particulier, qui remonte aux fondements mêmes du marché commun. La reconnaissance du caractère incontestable du pouvoir discrétionnaire, dans l'hypothèse où c'est le particulier qui en sollicite le contrôle, se justifie pleinement dans la mesure où l'ordre juridique communautaire entend régler exclusivement des intérêts publics et des rapports interinstitutionnels. Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà relevé, le cas d'espèce se situe dans un domaine où les exigences de la concurrence s'agrègent à celles prises en considération par le traité, et avec lesquelles elles doivent être conciliées, afin de sauvegarder des intérêts supérieurs d'ordre général, notamment de l'État, pour autant qu'ils revêtent de l'importance pour le droit communautaire.

20. Le cas qui nous occupe doit par conséquent, selon nous, être envisagé autrement que le Tribunal ne l'a fait. Il s'apparente à l'hypothèse dans laquelle on aurait fait valoir en justice l'admissibilité du contrôle juridictionnel portant sur des décisions négatives en matière d'aides d'État; une décision de ce genre peut se présenter de la manière suivante: la Commission est invitée par une entreprise concurrente à contrôler si l'aide accordée à d'autres entreprises est compatible avec le traité et refuse d'agir en ce sens. Aussi bien dans ce dernier cas que dans celui soumis à l'examen de la Cour, il appartient à la Commission de prendre des mesures qui s'adressent aux États membres et leur imposent certaines obligations de comportement. L'État membre est, par conséquent, le destinataire normal des décisions et des autres actes pris par la Commission, soit au titre des articles 92 et 93, soit au titre de l'article 90 [7]. Cela n'empêche pas, nous semble-t-il, que le particulier puisse contester en justice les mesures prises par la Commission dans la mesure où l'article 90 lui reconnaît le droit à voir appliquer, en ce qui le concerne, la législation communautaire visant à assurer le libre exercice de l'activité économique et la liberté de concurrence.

21. La conclusion à laquelle nous sommes parvenu appelle une autre précision. Les conditions subjectives relatives au droit à agir contre les mesures que la Commission a adoptées sur la base des articles 92 et 93, telles qu'elles résultent de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal en la matière, s'appliquent, à notre sens, dans la perspective dans laquelle nous situons le présent litige, notamment en ce qui concerne la situation du particulier qui est protégée par l'article 90, paragraphe 3. Or, le Tribunal ne s'est pas occupé de cet aspect du cas d'espèce. Il a estimé suffisante, aux fins de sa décision, l'absence totale de capacité à agir du particulier eu égard au caractère prétendument incontestable de la mesure. Ce résultat est justifié dans l'ordonnance entreprise, ainsi que nous

6 — Voir, parmi les arrêts récents, les arrêts du 19 mai 1993, Cook/Commission (C-198/91, Rec. p. I-2487), et Matra/Commission, précité.

7 — Voir arrêt du 12 février 1992, Pays-Bas e. a./Commission (C-48/90 et C-66/90, Rec. p. I-565, spécialement points 31 et 32).

l'avons évoqué, par le seul motif tiré de l'ampleur du pouvoir attribué à la Commission. L'erreur consiste à ne pas avoir vu que, dans le domaine de l'article 90, paragraphe 3, ce pouvoir se heurte aux limites résultant de la reconnaissance au particulier de droits dont le non-respect peut être invoqué par l'intéressé devant le juge communautaire.

22. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous estimons par conséquent que l'ordonnance entreprise doit être annulée en ce qu'elle a jugé irrecevable le recours dirigé contre le refus de la Commission d'ouvrir la procédure prévue à l'article 90, paragraphe 3, du traité.

S'agissant, d'autre part, d'un examen qui porte pour une large part sur la constatation d'éléments de faits, et afin de garantir le droit au double degré de juridiction, nous estimons utile que le Tribunal de première instance apprécie si d'autres conditions de recevabilité du recours sont en l'espèce satisfaites et statue éventuellement sur le fond du litige.

IV — Sur les dépens

23. En vertu de l'article 122 du règlement de procédure, il appartient au Tribunal de première instance de statuer sur des dépens relatifs au pourvoi auquel la Cour a fait droit, lorsque l'affaire est renvoyée devant le Tribunal pour qu'il statue.

Étant donné que nous proposons d'annuler l'ordonnance entreprise et de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, il appartiendra à ce dernier de statuer sur les dépens.

V — Conclusions

24. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour:

— d'annuler l'ordonnance d'irrecevabilité rendue par le Tribunal de première instance des Communautés européennes le 23 janvier 1995, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission (T-84/94);

— de réserver au Tribunal la décision sur les dépens.