ARRÊT DE LA COUR
20 mars 1997 *

Dans l'affaire C-57/95,

République française, représentée par M^me^ Edwige Belliard, directeur adjoint à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, et M. Claude Chavance, secrétaire à la même direction, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade de France, 9, boulevard du Prince Henri,

partie requérante,

soutenue par

Royaume d'Espagne, représenté par M. Alberto José Navarro González, directeur général de la coordination juridique et institutionnelle communautaire, et M^me^ Rosario Silva de Lapuerta, abogado del Estado, du service du contentieux communautaire, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade d'Espagne, 4-6, boulevard E. Servais,

partie intervenante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par M. Dimitrios Gouloussis, conseiller juridique, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Carlos Gómez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: le français.

ayant pour objet l'annulation de la communication 94/C 360/08 de la Commission, relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite (JO 1994, C 360, p. 7),

LA COUR,

composée de MM. G. C. Rodríguez Iglesias, président, J. C. Moitinho de Almeida, J. L. Murray et L. Sevón, présidents de chambre, C. N. Kakouris, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), C. Gulmann, G. Hirsch, P. Jann, H. Ragnemalm et M. Wathelet, juges,

avocat général: M. G. Tesauro,
greffier: M^me^ L. Hewlett, administrateur,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 5 novembre 1996, au cours de laquelle la République française a été représentée par M. Claude Chavance, le royaume d'Espagne par M^me^ Gloria Calvo Díaz, abogado del Estado, en qualité d'agent, et la Commission par M. Dimitrios Gouloussis,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 16 janvier 1997,

rend le présent

Arrêt

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 4 mars 1995, la République française a, en vertu de l'article 173, premier alinéa, du traité CE, demandé l'annulation d'un acte adopté par la Commission et intitulé « Communication de la Commission relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite » (94/C 360/08) (JO 1994, C 360, p. 7, ci-après la « communication »).

2 Par ordonnance du président de la Cour du 20 septembre 1995, le royaume d'Espagne a été admis à intervenir au soutien des conclusions de la requérante.

3 Le 21 octobre 1991, la Commission a présenté au Conseil une proposition de directive concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite (JO 1991, C 312, p. 3, ci-après la « proposition de directive »), qui était fondée sur les articles 57, paragraphe 2, et 66 du traité CEE. Le 6 décembre 1994, en l'absence d'un accord au sein du Conseil, la Commission a retiré cette proposition. Le 17 décembre suivant, la Commission a publié la communication au *Journal officiel.*

4 La communication contient une première partie intitulée « Introduction et considérations générales » dans laquelle la Commission souligne l'importance économique et sociale des fonds de retraite dans la perspective du marché intérieur, mentionne les restrictions que les États membres peuvent imposer pour des raisons prudentielles et énonce certains principes en matière de placement prudentiel que toutes les institutions de retraite devraient appliquer. La deuxième partie de la communication, intitulée « Interprétation », contient d'abord la définition des termes « institution de retraite », « prestations de retraite », « entreprise participante », « organisme participant », « entreprises filiales » et « entreprises associées » (point 2.1), et précise ensuite le champ d'application de la communication (point 2.2).

5 Les points 2.3 et 2.4 de la communication sont libellés ainsi:

« 2.3. *Services de gestion financière et de dépôt des actifs*

2.3.1. L'exercice effectif de la libre prestation de services établie par le traité, en l'occurrence de services de gestion financière, suppose non seulement que les prestataires soient libres de proposer leurs services partout dans la Communauté,

mais aussi que les clients soient libres de choisir un prestataire établi dans un autre État membre. Alors que d'autres textes législatifs communautaires régissent l'agrément et l'activité des prestataires de services de gestion financière, il est nécessaire d'affirmer la liberté des institutions de retraite de s'adresser, parmi les prestataires agréés, au prestataire de leur choix.

Par conséquent, les institutions de retraite qui sont autorisées à utiliser les services d'un gestionnaire externe pour la gestion de leurs placements ne doivent pas être empêchées de choisir, pour gérer tout ou partie de leurs actifs, un gestionnaire établi dans un autre État membre et dûment agréé pour cette activité, conformément à la directive 89/646/CEE, à la directive 92/96/CEE ou à la directive 93/22/CEE du Conseil.

2.3.2. De la même façon, les institutions de retraite qui sont autorisées à utiliser les services d'un organisme externe pour la conservation et l'administration des actifs visées au point 12 de l'annexe de la directive 89/646/CEE et au point C.1 de l'annexe de la directive 93/22/CEE ne doivent pas être empêchées de choisir, pour la prestation de ces services, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement établi dans un autre État membre et dûment agréé conformément aux directives susmentionnées.

2.3.3. Il est nécessaire que l'autorité de surveillance de l'institution de retraite soit en mesure d'accomplir effectivement ses tâches de surveillance lorsque l'institution elle-même ne peut ou ne veut pas fournir des informations qu'il est raisonnable de demander, ou de prendre des mesures en ce qui concerne les actifs qui ne relèvent pas de la compétence immédiate de l'autorité de surveillance.

Par conséquent, sans préjudice des autres dispositions contenues dans la présente communication et aux fins de la surveillance prudentielle de l'institution, il est souhaitable que les États membres exigent que tout contrat conclu entre une institution de retraite et les prestataires des services visés aux titres 1 et 2 contienne des dispositions imposant à ces prestataires l'obligation de fournir à l'autorité de surveillance de l'institution de retraite toute l'information nécessaire pour que cette autorité ait pleine connaissance des actifs de l'institution, ou de faire droit à toute

demande de cette autorité d'interdire la libre disposition de ces actifs, au cas où ces objectifs n'auraient pas été atteints par une intervention directe de cette autorité auprès de l'institution de retraite, lorsque cette information ou cette interdiction sont nécessaires à l'accomplissement des tâches de surveillance prudentielle par cette autorité.

2.3.4. Pour atteindre les objectifs énoncés au point 2.3.3, il est souhaitable que chaque État membre désigne une seule autorité compétente pour la coopération avec ses homologues des autres États membres.

La Commission adressera aux États membres la liste des autorités désignées par les États membres en application du présent point.

2.4. *Liberté de placement des actifs*

2.4.1. Il est souhaitable que les institutions de retraite établies dans un État membre placent tous les actifs qu'elles détiennent pour couvrir leurs versements futurs prévus de prestations de retraite conformément aux principes suivants:

a) les actifs sont placés dans l'intérêt des affiliés et des bénéficiaires selon des modalités adaptées à la nature et à la durée des engagements correspondants et au niveau de leur couverture, compte tenu des exigences de sécurité, de qualité, de liquidité et de rendement du portefeuille de l'institution de retraite dans son ensemble;

b) les actifs sont suffisamment diversifiés pour éviter toute accumulation excessive de risques dans l'ensemble du portefeuille;

c) les placements dans l'entreprise ou dans les entreprises participantes ou dans les entreprises filiales ou associées ou dans l'organisme ou les organismes participants sont limités à un niveau prudent.

Pour l'application de ces principes, l'existence d'une assurance couvrant le risque d'insolvabilité ou d'une garantie de l'État peut être prise en considération.

2.4.2. Les États membres peuvent exclure du champ d'application des dispositions du point 2.4.1 les actifs placés dans la ou les entreprises participantes ou dans une ou plusieurs entreprises associées, lorsque:

a) tous les membres qui versent ou ont versé des cotisations ou pour lesquels des cotisations sont versées ou ont été versées à l'institution, sont ou ont été:

— des dirigeants, des administrateurs ou des actionnaires, dont le nombre ne dépasse pas onze, qui ont individuellement marqué leur accord sur un tel placement

ou

— des personnes gérant l'entreprise ou les entreprises en qualité d'associés non salariés

ou que

b) le placement a été effectué avant l'adoption de la présente communication.

Les États membres examinent périodiquement les éléments exclus au titre du présent point afin de vérifier s'il est justifié de maintenir les exclusions concernées.

2.4.3. Une diversification appropriée des actifs, y compris une diversification des actifs libellés en devises autres que celle dans laquelle les engagements de l'institution de retraite sont établis, est un élément important pour permettre que la gestion des institutions de retraite obtienne les meilleurs résultats de ces actifs dans le cadre d'un niveau approprié des risques. Conformément aux dispositions du traité, les États membres n'imposent pas aux institutions de retraite l'obligation d'effectuer ou de ne pas effectuer leurs placements dans des catégories particulières d'actifs ni de localiser leurs actifs dans un État membre déterminé, si ce n'est pour des raisons prudentielles dûment justifiées. En particulier, ils ne fixent pas un niveau minimal ou maximal de placement dans certaines catégories d'actifs, si de telles exigences ne sont pas justifiées sur le plan prudentiel, et n'imposent pas des règles en matière de localisation d'actifs ou de congruence monétaire qui pourraient avoir pour effet de limiter les possibilités de placement transfrontalier. Toutes les restrictions imposées pour des raisons prudentielles doivent aussi être proportionnées aux objectifs qu'elles peuvent légitimement poursuivre.

Dans un premier temps, les États membres n'imposent en aucun cas aux institutions de retraite l'obligation de détenir plus de 60 % de leurs actifs dans des monnaies congruentes, compte tenu de l'effet des instruments de couverture du risque de change détenus par l'institution étant donné que, en général, ceci ne peut être justifié pour des raisons prudentielles.

Les actifs libellés en écus sont considérés comme congruents par rapport à n'importe quelle monnaie de la Communauté.

2.4.4. Les États membres ne soumettent les décisions d'une institution de retraite ou de son gestionnaire à aucune obligation d'approbation préalable ou de notification systématique. »

Sur la recevabilité du recours

6 La Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité au motif que la communication ne constitue pas un acte attaquable au sens de l'article 173 du traité. Elle soutient que la communication n'est pas destinée à produire des effets juridiques et qu'elle n'a pas eu l'intention d'imposer, par le biais de cette communication, des obligations aux États membres. La Commission précise que, pour des raisons de cohérence avec sa proposition de directive, elle a dû reprendre dans la communication les principales lignes de sa proposition de directive qu'elle a été obligée de retirer, afin de ne pas donner l'impression que le retrait de la proposition de directive équivalait à un abandon des principes y contenus.

7 Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le recours en annulation est 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 (voir arrêts du 31 mars 1971, Commission/Conseil, 22/70, Rec. p. 263, point 42, et du 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91, Rec. p. I-3283, point 9).

8 En l'espèce, il s'agit d'une communication, qui a été adoptée par la Commission et qui a été intégralement publiée dans la série C du *Journal officiel*. Comme il ressort du dossier, cet acte a pour but de faire connaître l'approche générale de la Commission quant à l'application des principes fondamentaux du traité aux institutions de retraite.

9 Pour apprécier si la communication vise à produire des effets juridiques nouveaux par rapport à ceux que comporte l'application des principes fondamentaux du traité, il convient d'examiner son contenu.

10 Il s'ensuit que l'appréciation du bien-fondé de l'exception d'irrecevabilité doit être effectuée avec les questions de fond posées par le litige.

Sur le fond

11 A l'appui de son recours, la République française, soutenue par le royaume d'Espagne, invoque d'abord des moyens tirés de l'incompétence de la Commission, de la violation de l'article 190 du traité CE et du principe de la sécurité juridique. Elle fait ensuite valoir que la communication est invalide en raison de l'inégalité de traitement qui en résulterait entre les titulaires de fonds de pension et ceux de polices d'assurances sur la vie.

12 En ce qui concerne l'incompétence de la Commission, la République française soutient, en substance, que la communication est un acte contraignant, puisqu'il ressort de la précision de son libellé qu'elle impose des obligations nouvelles aux États membres et, dès lors, qu'elle aurait dû être fondée sur une base juridique précise afin de permettre le contrôle de sa légalité. La comparaison entre le texte de la proposition de directive et celui de la communication démontre un parallélisme, notamment en ce qui concerne les définitions, le champ d'application et le contenu de ces textes. La publication de la communication, après le retrait de la proposition de directive, indiquerait que la Commission tenterait au moyen de celle-ci d'obtenir l'application de règles identiques à celles de la proposition de directive ou similaires.

13 Il convient donc d'examiner si la communication se contente d'expliciter les dispositions relatives à la libre prestation des services, à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux applicables aux institutions de retraite, ou si elle établit des obligations spécifiques par rapport à ces dispositions.

14 A cet égard, la Commission soutient d'abord que la communication n'a pas de caractère contraignant puisque les mots « doit » ou « doivent » sont chaque fois précédés d'un verbe qui exprime seulement un avis. Ensuite, elle fait valoir que

l'analyse du contenu de la communication démontre qu'il s'agit d'une communication interprétative qui se limite à rappeler les conséquences de l'application directe des principes du traité aux institutions de retraite et qui n'ajoute pas de nouvelles obligations à celles qui découlent directement des dispositions du traité. Enfin, la communication ne serait pas officiellement adressée aux États membres et ne leur aurait pas été notifiée.

15 En renvoyant pour une analyse plus détaillée des dispositions pertinentes de la communication aux points 17 à 19 des conclusions de M. l'avocat général, il y a lieu de constater d'abord que, selon le premier paragraphe du point 2.4.2 de la communication, « Les États membres peuvent exclure du champ d'application des dispositions du point 2.4.1 les actifs placés dans la ou les entreprises participantes ou dans une ou plusieurs entreprises associées », lorsque les conditions y énumérées ont été remplies.

16 Ensuite, aux termes du paragraphe 2 du point 2.4.3 de la communication, les États membres, dans un premier temps, « n'imposent en aucun cas aux institutions de retraite l'obligation de détenir plus de 60 % de leurs actifs dans des monnaies congruentes, compte tenu de l'effet des instruments de couverture du risque de change détenus par l'institution étant donné que, en général, ceci ne peut être justifié pour des raisons prudentielles ».

17 Enfin, le point 2.4.4 de la communication prévoit que « Les États membres ne soumettent les décisions d'une institution de retraite ou de son gestionnaire à aucune obligation d'approbation préalable ou de notification systématique. »

18 Dans ces conditions, il convient, en premier lieu, d'observer que ces dispositions de la communication se caractérisent par leur formulation en termes impératifs.

19 Il convient, en second lieu, de constater que le contenu même des dispositions des points 2.4.2, 2.4.3 et 2.4.4 de la communication démontre qu'elles ne peuvent pas être considérées comme étant déjà inhérentes aux dispositions du traité CE relatives à la libre prestation des services, à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux et comme ne visant qu'à clarifier leur application correcte.

20 A cet égard, il y a lieu de rappeler que ces dispositions, en consacrant, avec effet direct, l'interdiction d'imposer des restrictions injustifiées aux libertés concernées, ne suffisent pas, en tant que telles, à assurer l'élimination de tous les obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux et que les directives prévues par le traité en cette matière conservent un champ d'application important dans le domaine des mesures destinées à favoriser l'exercice effectif des droits qui découlent de ces dispositions (voir, en ce qui concerne le droit de libre établissement, arrêt du 21 juin 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, points 29 à 31).

21 Or, ce sont précisément de telles mesures qui sont visées par la communication et qui ont fait, par ailleurs, l'objet de la proposition de directive qui a été retirée par la Commission, étant donné que « les négociations avec les États membres au sein du Conseil étaient dans l'impasse » (point 1.4 de la communication).

22 Quant à l'argument de la Commission selon lequel la communication n'a pas été notifiée aux États membres, il suffit d'observer qu'une telle circonstance ne saurait modifier la nature contraignante de la communication.

23 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la communication constitue un acte destiné à produire des effets juridiques propres, distincts de ceux déjà prévus par les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services, à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux, en sorte qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation.

24 En ce qui concerne la compétence de la Commission pour adopter un acte imposant aux États membres des obligations non prévues aux dispositions susmentionnées du traité, il y a lieu de souligner qu'un tel pouvoir n'est aucunement prévu par le traité et que, en tout état de cause, seul le Conseil est habilité, en vertu des articles 57, paragraphe 2, et 66 du traité, à arrêter des directives visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et l'exercice de celles-ci.

25 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens invoqués par la République française, que la communication constitue un acte pris par une autorité incompétente.

26 Il convient par conséquent de constater que le recours introduit par la République française aux fins de l'annulation de la communication est tout à la fois recevable et fondé.

Sur les dépens

27 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. La Commission ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1) La communication de la Commission relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite (94/C 360/08) est annulée.

2) La Commission est condamnée aux dépens.

Rodríguez Iglesias Moitinho de Almeida Murray

Sevón Kakouris Kapteyn Gulmann

Hirsch Jann Ragnemalm Wathelet

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 20 mars 1997.

Le greffier Le président

R. Grass G. C. Rodríguez Iglesias