CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GEORGES COSMAS

présentées le 5 juin 1997 *

I — Observations liminaires

Au sein des Communautés européennes, l'expression directe du pouvoir politique et étatique a été confiée dans une large mesure à la Commission, qui est tenue d'agir en se conformant aux règles de légalité, de transparence et de bonne administration. Dans le cadre de la présente affaire, la Cour est appelée à juger si, en décidant d'entamer la procédure de manquement à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne en vertu de l'article 169 du traité CE, la Commission s'est conformée aux obligations qui lui incombent.

II — Les faits

1. Dans sa requête du 16 juin 1995, la Commission demande à la Cour de constater que, en ne prévoyant pas de sanctions appropriées pour le cas où les sociétés de capitaux omettent de donner à leurs comptes annuels la publicité prescrite, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu, d'une part, du traité CE et, d'autre part, des première et quatrième directives en matière de droit des sociétés [1]; les dispositions de ces directives imposent la publication des comptes annuels. Tout d'abord, par sa lettre du 26 juin 1990 adressée au gouvernement allemand, la Commission lui a fait savoir que, selon les éléments dont elle disposait, 93 % des sociétés allemandes de capitaux ne s'étaient pas conformées à l'obligation de publicité des comptes annuels; parallèlement, la Commission a invité cet État à présenter ses observations dans un délai de deux mois, conformément à l'article 169 du traité. Ensuite, comme les réponses du gouvernement allemand n'étaient pas jugées satisfaisantes, la Commission a adressé à la République fédérale d'Allemagne un avis motivé, conformément à l'article 169, premier alinéa, du traité, signé par M. Bangemann, vice-président de la Commission, daté du 2 juin 1992. A la suite d'une longue série de contacts et de concertations, demeurés sans résultat, mais qui se sont poursuivis même après le 30 septembre 1992, date d'expiration du délai ultime qui avait été imparti à la République fédérale d'Allemagne pour se conformer aux considérations contenues dans l'avis motivé, le 16 juin 1995, la Commission a saisi la Cour de justice du présent recours.

* Langue originale: le grec.

1 — Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65, p. 8, ci-après la « première directive »), et quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JO L 222, p. 11, ci-après la « quatrième directive »).

III — Sur la recevabilité du recours

2. Avant de se pencher sur le bien-fondé des griefs formulés par la Commission à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne, il convient d'examiner l'exception d'irrecevabilité soulevée par la défenderesse, qui soutient que les décisions de la Commission à l'origine du présent recours sont entachées de vices de forme substantiels. Le gouvernement allemand a, en particulier, formulé des doutes quant au point de savoir si les actes de la Commission que constituent, d'une part, l'avis motivé et, d'autre part, la décision de saisir la Cour de justice du présent recours avaient été adoptés conformément au principe de collégialité qui, de manière générale, régit le fonctionnement de la Commission, et dans le respect des formes imposées par le règlement intérieur de la Commission. C'est la raison pour laquelle, par sa lettre du 4 septembre 1995, le gouvernement allemand a demandé que soit élucidé le point de savoir si l'avis motivé et la décision relative à la saisine de la Cour de justice avaient été pris par la Commission elle-même ou par son vice-président, en vertu d'une habilitation, et elle a demandé également de pouvoir disposer d'une copie de ces décisions. La Commission n'a pas répondu aux demandes du gouvernement allemand et celui-ci a dès lors demandé à la Cour d'inviter elle-même la requérante à produire les éléments pertinents qui avaient été réclamés.

3. Par son ordonnance du 23 octobre 1996, la Cour a invité la Commission à produire devant la Cour, dans un délai de trois semaines à compter de la notification de l'ordonnance, les décisions, adoptées en collège et authentifiées dans les conditions prévues par son règlement intérieur, en vertu desquelles elle a formulé l'avis motivé à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne et décidé d'introduire le présent recours.

4. Pour se conformer à ladite ordonnance, la Commission a produit devant la Cour une série d'éléments qui, toutefois, ne correspondent pas à ce qui lui avait été demandé par la Cour. Plus précisément, la Commission a présenté à la Cour des extraits de procès-verbaux de certaines de ses réunions ainsi que des documents dans lesquels il est fait mention desdits procès-verbaux. Ces éléments montrent qu'au cours de sa 1071e réunion, tenue le 31 juillet 1991, la Commission a approuvé les propositions de ses services responsables, reprises au document SEC(91) 1387. Ce dernier document comporte une liste sommaire, établie au départ de données informatiques, dont l'un des points mentionne la directive dont question en l'espèce, et propose (en deux mots) d'adresser un avis motivé à la République fédérale d'Allemagne. Parallèlement, le procès-verbal de la réunion de la Commission tenue le 18 décembre 1991 [COM(91) PV 1087)] mentionne que la Commission approuve la proposition reprise au document SEC(91) 2213; ce document propose l'exécution sans délai de la décision susmentionnée de la Commission, du 31 juillet 1991, relative à la notification d'un avis motivé à la République fédérale d'Allemagne. Enfin, sous une forme tout aussi succincte, selon les mentions du procès-verbal de la réunion de la Commission du 13 décembre 1994 [COM(95) PV 1227], celle-ci a approuvé la proposition d'introduire devant la Cour un recours, formé au titre de l'article 169 du traité, contre la République fédérale d'Allemagne; cette proposition figurait dans le document SEC(94) 1808.

5. Les éléments produits devant la Cour ne prouvent pas que, au moment où, collégialement, la Commission a décidé d'adresser un avis motivé à la République fédérale d'Allemagne et ensuite de saisir la Cour d'un recours contre cet État membre, elle avait devant elle le texte même des actes en cause (c'est-à-dire de l'avis motivé et du recours), fût-ce sous la forme d'un projet complet, rédigé par les services responsables de la Commission. Il en résulte logiquement que les documents produits devant la Cour ne permettent pas de se prononcer quant au respect des formes prévues par l'article 12 du règlement intérieur de la Commission [2], dans sa version en vigueur au moment où les faits pertinents se sont produits. Cet article prévoyait que « les actes adoptés par la Commission, en séance ou par la procédure écrite, sont authentifiés, dans la ou les langues où ils font foi, par les signatures du président et du secrétaire général » et il obligeait d'annexer les textes de ces actes au procès-verbal de la réunion de la Commission où il est fait mention de leur adoption.

6. Eu égard à ces éléments, le gouvernement allemand a maintenu son exception d'irrecevabilité du recours, en développant une argumentation appropriée, au cours de la procédure orale devant la Cour. En revanche, pour sa part, la Commission estime que l'on peut déduire des éléments produits que les règles de procédure applicables, au premier rang desquelles figure le principe de collégialité de la Commission, ont été respectées.

7. Nous examinerons tout d'abord si l'avis motivé qui a été adressé à la République fédérale d'Allemagne respectait les formes légales. Nous nous demanderons si le principe de collégialité a été respecté et ensuite, en cas de réponse négative à la première question que nous posons, nous examinerons le point de savoir si l'avis motivé pouvait être pris en vertu d'une habilitation ou, en tout cas, sans avoir égard à l'obligation de collégialité de la Commission.

A — *L'étendue et les limites du principe de collégialité de la Commission*

8. Selon la jurisprudence, le principe de collégialité de la Commission occupe une position primordiale dans l'ordre juridique communautaire; il s'inscrit en tant que principe d'organisation dans l'économie institutionnelle de la Communauté (et de l'Union). Ce principe est énoncé à l'article 17 du traité de fusion ainsi qu'à l'article 163 du traité CE: ce dernier article dispose formellement que « les délibérations de la Commission sont acquises à la majorité du nombre des membres... ». De la même façon, l'article 1er du règlement intérieur de la Commission dispose que « la Commission agit en collège, conformément aux dispositions du présent règlement ».

2 — Il s'agit du règlement intérieur de la Commission, dans sa version provisoire du règlement 63/41/CEE, du 9 janvier 1963 (JO 1963, 181, p. 63).

9. Les deux arrêts les plus importants de la Cour, qui donnent la définition et tracent le champ d'application et les limites du principe de collégialité sont les suivants:

10. Il y a tout d'abord l'arrêt AKZO/Commission [3]: il résulte tout d'abord des points 36 et suivants des motifs de cet arrêt que la collégialité régit le fonctionnement de la Commission et que, si certaines décisions peuvent être prises en vertu d'une habilitation [4], cette procédure demeure toutefois l'exception. Pour ne pas nuire au principe de collégialité, il conviendra, d'une part, d'éviter de transférer au bénéficiaire de l'habilitation un pouvoir autonome et, d'autre part, d'exclure systématiquement l'habilitation pour les décisions de principe. Conformément à ce que prévoit l'article 27 du règlement intérieur de la Commission, susmentionné, auquel renvoie l'arrêt précité de la Cour, l'habilitation ne peut concerner que certaines catégories d'actes de gestion ou d'administration. En toute hypothèse, dans ce même arrêt, la Cour a considéré que, dans le cadre des pouvoirs conférés à la Commission en vue de la sauvegarde de la libre concurrence, une décision ordonnant à une entreprise de se soumettre à une vérification au titre de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204), devait être considérée comme une simple décision de gestion et pouvait dès lors faire l'objet d'une habilitation [5]. En tout cas, le principe de la sécurité juridique et la nécessaire transparence des décisions administratives commandent que la Commission procède à la publication des décisions d'habilitation. Toutefois, les parties requérantes qui attaquent des décisions de la Commission ne sauraient invoquer la non-publication de la décision accordant une habilitation si celle-ci « n'a pas eu pour effet de priver les requérantes de la possibilité de contester la régularité ni de cette décision ni de la décision prise en vertu de l'habilitation accordée » [6].

11. En second lieu, il y a l'arrêt Commission/BASF e.a. [7], qui rappelle, tout d'abord, la règle générale [8] selon laquelle « ... le fonctionnement de la Commission est régi par le principe de collégialité... » [9]. La Cour énonce encore que « ... le respect de ce principe, et spécialement la nécessité que les décisions soient délibérées en commun par les membres de la Commission, intéresse nécessairement les sujets de droit concernés par les effets juridiques qu'elles produisent, en ce sens qu'ils doivent être assurés que ces décisions ont été effectivement prises par le collège et correspondent exactement à la volonté de ce dernier » [10]. S'agissant des décisions de la Commission qui doivent être obligatoirement motivées, la Cour reconnaît

3 — Arrêt du 23 septembre 1986 (5/85, Rec. p. 2585).

4 — Voir également l'arrêt du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission (43/82 et 63/82, Rec. p. 19).

5 — Voir, en ce sens, l'arrêt du 17 octobre 1989, Dow Chemical Ibérica e.a./Commission (97/87, 98/87 et 99/87, Rec. p. 3165).

6 — Arrêt AKZO/Commission, précité à la note 3, point 39.

7 — Arrêt du 15 juin 1994, dit « PVC » (C-137/92 P, Rec. p. I-2555, point 62).

8 — Dès lors que la collégialité de l'action de la Commission est la règle, la Cour évite de circonscrire d'une manière précise le champ d'application de ce principe. C'est pour cette raison d'ailleurs que, lorsqu'elle mentionne le principe de collégialité, la Cour précise que celui-ci s'applique « en particulier » aux actes administratifs de la Commission faisant grief, tels que ceux qui ont pour objet de constater une infraction aux règles de concurrence, d'émettre des injonctions à l'égard de ces entreprises concernées et de leur infliger des sanctions pécuniaires en vertu du règlement n° 17 (point 65). Il serait par conséquent erroné de soutenir que, lorsque la Commission n'agit pas par la voie d'actes administratifs exécutoires, le principe de collégialité ne doit pas nécessairement être respecté.

9 — Arrêt PVC, précité à la note 7, point 62.

10 — Arrêt PVC, précité à la note 7, point 64.

que « ... le dispositif d'une décision de ce genre ne peut se comprendre et sa portée être mesurée qu'à la lumière des motifs. Le dispositif et la motivation d'une décision constituant dès lors un tout indivisible, c'est uniquement au collège qu'il appartient, en vertu du principe de collégialité, d'adopter à la fois l'un et l'autre... » [11]. Enfin, l'arrêt PVC mentionne expressément que la procédure d'authentification des actes de la Commission prévue par l'article 12, premier alinéa, de son règlement intérieur « a pour but d'assurer la sécurité juridique en figeant, dans les langues faisant foi, le texte adopté par le collège » [12]; dès lors, tous les titulaires d'un intérêt légitime peuvent invoquer le défaut de respect de ladite forme pour empêcher l'acte adopté par la Commission en violation des formes prescrites de produire des effets juridiques.

12. Cette jurisprudence montre que le principe de l'adoption collégiale des décisions constitue la règle générale qui régit le fonctionnement de la Commission. S'agissant en particulier des actes requérant une motivation, soit en vertu d'une disposition donnée, soit en raison de leur nature, le principe de collégialité impose l'adoption simultanée par la Commission, en tant qu'organe collégial, du dispositif et des motifs de l'acte. La procédure d'authentification des décisions adoptées par la Commission, consacrée par son règlement intérieur, garantit le respect dudit principe. La Commission peut toutefois, à titre d'exception, habiliter ses membres à agir en son nom; bien entendu, le respect de la formalité de l'authentification, prévue par le règlement intérieur, ne s'impose pas en ce qui concerne les actes adoptés en vertu d'une habilitation; cependant, une telle habilitation est exclue lorsqu'il s'agit de décisions de principe, elle ne peut concerner que des actes de gestion ou d'administration; en outre, l'habilitation doit être formelle, manifeste, et avoir fait l'objet d'une publicité [13].

B — *L'application de la collégialité en l'espèce*

13. Se pose désormais la question de savoir si, dans le cadre du litige que nous exa-

11 — Arrêt PVC, précité à la note 7, point 67.

12 — Arrêt PVC, précité à la note 7, point 75.

13 — Nous pensons qu'il suffit, sur ce point, de rappeler la jurisprudence récente du Tribunal de première instance, afin de montrer la façon dont celui-ci applique les principes directeurs décrits ci-dessus, énoncés par la Cour à propos de l'étendue du principe de collégialité.
L'arrêt du Tribunal du 27 avril 1995, AAC e.a./Commission (T-442/93, Rec. p. II-1329, points 78 et suiv.), concernait, dans le cadre de l'application de l'article 92 du traité, une décision d'approbation d'aides d'État qui s'inscrivaient dans le cadre d'un régime général d'aides qui avait précédemment été approuvé par la Commission dans une décision appropriée, qui avait été adoptée collégialement. Le Tribunal a ainsi considéré que « ... le fait que, en l'espèce, la décision attaquée a été, à juste titre, arrêtée sur la seule base d'un examen limité au contrôle du respect des conditions fixées dans la décision d'approbation du régime général ne suffit pas, en lui-même, pour permettre de la qualifier de mesure de gestion ou d'administration... » (point 87). Dès lors, la décision en cause ne pouvait pas être arrêtée en vertu d'une habilitation. (Voir également l'arrêt du Tribunal du 27 avril 1995, ASPEC e.a./Commission, T-435/93, Rec. p. II-1281). Dans son arrêt du 6 avril 1995, BASF e.a./Commission dit « PEBD » (T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, Rec. p. II-729, points 99 et suiv.), le Tribunal a considéré que, même lorsqu'un acte avait été adopté par le collège des commissaires, mais uniquement dans certaines des langues faisant foi, l'octroi d'une habilitation en vue de l'adoption de ce texte dans les autres langues faisant foi n'était pas possible, car l'établissement du texte de l'acte dans l'une de ces langues ne saurait être regardé comme un acte d'administration ou de gestion. Le critère décisif de l'examen de la question de savoir si un acte relève ou non de la catégorie de ceux qui peuvent faire l'objet d'une habilitation réside dans l'examen de ses effets juridiques. Nous observerons que, si la question de l'habilitation est abordée de manière particulièrement stricte, c'est bien parce que la collégialité demeure la règle de l'action de la Commission, tandis que l'habilitation constitue l'exception. Cette règle ne saurait être remise en cause par les arguments de la Commission relatifs à la nécessité de recourir à des procédures plus souples et d'éviter la paralysie institutionnelle qu'entraînerait, de son point de vue, le respect strict du principe de collégialité. Il est également manifeste que l'existence d'une volonté politique formelle des membres de la Commission (laquelle, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, était patente dans les affaires précitées) n'était pas suffisante, selon le Tribunal, pour garantir la légalité des actes adoptés en vertu d'une habilitation.

minons, la Commission a émis l'avis motivé en cause en se conformant aux exigences du principe de collégialité. Dans un premier stade, nous examinerons la question de savoir si ledit acte a été adopté collégialement par la Commission. Nous nous demanderons ensuite si l'avis motivé pouvait faire l'objet d'une habilitation et si l'habilitation éventuellement accordée était régulière.

a) La question de savoir si l'avis motivé en cause a été adopté en vertu d'une décision collégiale de la Commission

14. L'avis motivé, tel qu'il a été notifié à la République fédérale d'Allemagne, porte la date du 2 juin 1992 et la signature de M. Bangemann, vice-président de la Commission à cette époque. Toutefois, ainsi que nous l'avons exposé précédemment, ce texte n'a pas été établi, arrêté ou même présenté pour approbation à la Commission. La Commission s'est bornée à approuver la proposition, émanant des services compétents, visant à adresser un avis motivé à la République fédérale d'Allemagne, ainsi que cela ressort des procès-verbaux de ses réunions des 31 juillet 1991 et 18 décembre 1991. Les procès-verbaux de ces réunions ne comportent pas non plus en annexe le texte de l'avis motivé authentifié conformément à l'article 12 du règlement intérieur de la Commission dans sa version en vigueur au moment de l'adoption de la décision de notification de l'avis motivé [14]. La Commission n'a dès lors pas respecté la forme substantielle prévue par cet article. Or, indépendamment des prescriptions du règlement intérieur de la Commission, celle-ci n'a pas produit devant la Cour des éléments probants suffisants pour en déduire qu'elle avait respecté le principe de collégialité [15]. Pour que ledit principe fût respecté, il eût fallu, selon la jurisprudence de la Cour [16], que, le jour de l'adoption de la décision, soit le 31 juillet 1991 ou, au plus tard, le 18 décembre 1991, non seulement la Commission ait décidé de notifier l'avis motivé, mais encore qu'elle ait adopté les différents motifs sur lesquels se fonde cette décision. Il ne suffit pas, par conséquent, que la Commission exprime sa volonté politique d'émettre un avis motivé pour que le principe de collégialité soit respecté. Cet acte pris au titre de l'article 169 du traité doit, par nature, être motivé [17]; il en résulte que la collégialité impose que tant le dispositif que les motifs de la décision soient adoptés simultanément par la Commission agissant à chaque fois collégialement [18].

15. Finalement, le principe de collégialité requérait que c'eût été le corps de l'acte, tel

14 — Nous renvoyons à la note 2.

15 — Il est fait exception, dans ce cas, à la règle selon laquelle chaque partie supporte le fardeau de la preuve des éléments de fait qu'elle avance. Comme la jurisprudence l'a admis, cette présomption est renversée chaque fois que les éléments probants sont en possession exclusivement de la partie adverse (voir l'arrêt du 1er décembre 1965, Commission/Italie, 45/64, Rec. p. 1057) ou lorsque, par son comportement, cette dernière a rendu impossible l'accès à ces éléments (arrêt du 28 avril 1966, Ferriere e Acciaierie Napoletane/Haute Autorité de la CECA, 49/65, Rec. p. 103). C'est pour ces motifs qu'il appartient à la Commission de prouver qu'elle a respecté le principe de collégialité ainsi que les formes procédurales liées à ce principe.

16 — Voir l'arrêt PVC, précité à la note 7.

17 — Sur la nature et l'étendue de la motivation que cet acte doit comporter, voir, à titre indicatif, les arrêts du 19 décembre 1961, Commission/Italie (7/61, Rec. p. 633); du 14 février 1984, Commission/Allemagne (325/82, Rec. p. 777); du 13 décembre 1990, Commission/Grèce (C-347/88, Rec. p. I-4747), et du 17 septembre 1996, Commission/Italie (C-289/94, Rec. p. I-4405).

18 — Il résulte d'ailleurs d'une jurisprudence constante que l'exigence d'une motivation complète est directement liée au respect des droits de la défense de l'État membre impliqué. La notification de l'avis motivé a en effet pour but de donner à l'État membre la possibilité de présenter ses arguments en vue de permettre, éventuellement, que le litige né entre cet État membre et la Commission puisse se résoudre sans l'intervention de la Cour (arrêts du 8 février 1983, Commission/Royaume-Uni, 124/81, Rec. p. 203, et du 25 avril 1996, Commission/Luxembourg, C-274/93, Rec. p. I-2019).

qu'il a été notifié au gouvernement allemand, qui fût porté à la connaissance des commissaires, sous la forme d'un projet, le jour de l'adoption de la décision. Ce texte n'aurait désormais pu faire l'objet, a posteriori, que de rectifications de nature orthographique ou grammaticale, conformément aux considérations émises par la Cour dans l'arrêt Royaume-Uni/Conseil [19].

16. Nous en concluons dès lors que, en l'espèce, il n'est pas établi que l'avis motivé a été adopté collégialement par la Commission. Il nous reste toutefois à examiner la question de savoir si le commissaire responsable pouvait être habilité à adopter ledit acte. C'est de cette condition que dépend la régularité formelle de l'avis motivé notifié le 2 juin 1992 à la République fédérale d'Allemagne.

b) La question de savoir si l'avis motivé pouvait être adopté en vertu d'une habilitation

17. Cette question pourrait être formulée de la manière suivante: l'avis motivé prévu à l'article 169 du traité constitue-t-il un « acte d'administration ou de gestion? » [20].

18. Tout d'abord, on peut soutenir que, ainsi que le laisse entendre le choix du terme concerné opéré par le législateur communautaire, l'avis motivé n'est pas un « acte » et que, dans cette hypothèse, a fortiori, il peut être émis en vertu d'une habilitation. D'ailleurs, conformément à l'article 189, dernier alinéa, du traité CE, « les recommandations et les avis ne lient pas »; dès lors, si l'on admettait que l'« avis motivé » au titre de l'article 169 est un « avis » au sens de l'article 189, il serait possible, le cas échéant, d'avancer l'argument selon lequel un texte dénué de caractère contraignant ne saurait, par définition, relever de ceux faisant l'objet d'une compétence exclusive, conférée à la Commission en sa qualité d'organe collégial.

19. Nous observons cependant que le juge communautaire ne saurait se satisfaire de ce critère littéral ni lui attribuer un rôle décisif. Ce point peut être tout particulièrement éclairé par la jurisprudence que la Cour a développée en la matière pour déterminer les

19 — Arrêt du 23 février 1988, dit « poules pondeuses » (131/86, Rec. p. 905).

20 — On pourrait évidemment soutenir que, de toute façon, il ne ressort pas des éléments du dossier que la Commission a habilité, par une décision, le commissaire qui a signé l'avis motivé. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'habilitation doit être expresse et répondre aux exigences de clarté et de publicité, à l'opposé de la situation qui semble se présenter en l'espèce. Il convient de relever, en tout cas, que la Cour a considéré que des imperfections de ce type ne rendaient pas caduque l'habilitation, pour autant qu'elles n'affectent pas la protection juridique des personnes concernées par l'acte adopté en vertu d'une habilitation (voir l'arrêt AKZO/Commission, précité à la note 3). Il est dès lors opportun, tout d'abord, d'élucider la question de savoir si une compétence déterminée relève ou non de celles pour lesquelles une habilitation peut être conférée.

actes des institutions communautaires susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation au titre de l'article 173: la Cour concentre son examen non pas tellement sur la forme extérieure revêtue par l'acte attaqué, mais bien plutôt sur son contenu et ses effets en droit [21].

20. S'agissant de ce dernier critère, il conviendra de souligner, tout d'abord, que, selon les enseignements de la jurisprudence, l'avis motivé au titre de l'article 169 du traité ne constitue pas un acte administratif faisant grief et que le recours fondé sur l'article 173 du traité ne saurait constituer une voie de droit susceptible d'être utilisée à son encontre [22]. Cela ne signifie pas toutefois que l'avis motivé soit sans conséquences juridiques ni que ces conséquences juridiques soient sans importance ou ne revêtent qu'une importance secondaire.

21. Cette question peut être utilement éclairée par l'arrêt Essevi et Salengo [23]. Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit que « les avis émis par la Commission en vertu de l'article 169 du traité CE n'ont un effet juridique que par rapport à la saisine de la Cour, dans le cadre des recours en manquement d'État, et que la Commission ne saurait, par des prises de position dans le cadre de cette procédure, délier un État membre de ses obligations ou porter atteinte aux droits que les particuliers tiennent du traité » [24]. Parallèlement, la Cour qualifie l'avis motivé de « procédure préliminaire » qui, pour le cas où l'État membre intéressé ne s'y conforme pas, « ... a pour fonction de définir l'objet du litige » [25]. En tout cas, la Cour a évité de qualifier formellement l'avis motivé de mesure interne non contraignante ou de considérer que cet acte relevait des « avis » et des « recommandations » prévus par l'article 189 du traité, même si les parties avaient soulevé un argument en ce sens [26]. Il est préférable, pensons-nous, de ne pas assimiler l'avis motivé formulé au titre de l'article 169 aux recommandations ou avis non contraignants mentionnés à l'article 189 du traité; il vaut mieux considérer qu'il s'agit en l'occurrence d'un acte sui generis, occupant une position particulière et ayant un mode de fonctionnement spécifique dans l'ordre juridique communautaire.

22. De toute façon, il est constant que, si l'avis motivé ne constitue pas un acte administratif exécutoire, cela n'implique pas qu'il relève automatiquement de la catégorie des actes d'administration ou de gestion pour lesquels une habilitation est autorisée. A notre avis, l'assimilation de ces deux catégories juridiques n'est pas opportune.

21 — C'est en se fondant sur ce motif que la Cour a, à maintes reprises, jugé irrecevables des recours dirigés contre des « instructions internes » ou contre des « communications ». Voir, par exemple, les arrêts du 9 octobre 1990, France/Commission (C-366/88, Rec. p. I-3571); du 13 novembre 1991, France/Commission (C-303/90, Rec. p. I-5315); du 16 juin 1993, France/Commission (C-325/91, Rec. p. I-3283), ainsi que les conclusions prononcées le 16 janvier 1997 par l'avocat général M. Tesauro, sous l'arrêt du 20 mars 1997, France/Commission (C-57/95, Rec. p. I-1627, points 8 à 11 des conclusions).

22 — Arrêt du 27 mai 1981, Essevi et Salengo (142/80 et 143/80, Rec. p. 1413). C'est pour la même raison, d'ailleurs, que la Cour a déclaré irrecevable un recours dirigé contre le refus, émanant de la Commission, d'entamer contre un État membre la procédure prévue à l'article 169 du traité (arrêt du 1er mars 1966, Lütticke e.a./Commission, 48/65, Rec. p. 27) et, plus récemment, voir l'ordonnance du Tribunal du 12 novembre 1996, SDDDA/Commission (T-47/96, Rec. p. II-1559): la Commission ne saurait être tenue d'adopter un acte qui n'est pas un acte faisant grief.

23 — Arrêt précité à la note 22.

24 — Ibidem, point 18.

25 — Ibidem, point 15.

26 — Ibidem, p. 1420.

Comme d'ailleurs le règlement intérieur le prévoit et la jurisprudence actuelle le reconnaît, il convient d'opérer une distinction entre de simples actes d'administration ou de gestion et des « décisions de principe », que la Commission est obligée d'adopter collégialement. Nous nous trouvons en présence de décisions d'une telle nature lorsque la Commission formule une appréciation finale sur un point de droit sensible et que cette appréciation engendre des effets juridiques. De toute façon, dans le doute, il existe une présomption jouant contre la possibilité d'accorder une habilitation.

23. Dans cette perspective, il convient d'admettre que, lorsque la Cour est saisie d'un recours formé en vertu de l'article 169, l'avis motivé constitue une « décision de principe », en ce sens que, à tout le moins pour certaines questions, l'avis motivé exprime l'appréciation finale de la Commission et produit des effets juridiques définitifs dans le cadre de cette procédure. Plus particulièrement, l'avis motivé définit les matières auxquelles se rapporte le manquement aux obligations incombant à l'État membre auquel il est adressé ainsi que les motifs sur lesquels s'appuient les griefs de la Commission et circonscrit de la sorte l'objet du litige porté devant la Cour. La Commission ne saurait modifier cet objet: elle peut seulement soit ne pas introduire de recours devant la Cour, soit se désister de la voie de droit exercée, comme elle peut également retirer l'acte administratif faisant grief.

24. En d'autres termes, l'importance juridique de l'avis motivé, qui en fait une « décision de principe » et qui l'écarte de la catégorie des actes qui peuvent être adoptés en vertu d'une habilitation, ne résulte pas des effets directs que sa notification engendre au détriment de son destinataire [27], mais des conséquences légales qu'il produit dans le cadre de la procédure de l'article 169, en ce qu'il lie la Commission quant au contenu et à la portée des griefs qu'elle peut soulever en justice et limite parallèlement l'étendue du contrôle judiciaire [28]. Soulignons par ailleurs l'importance et la position particulières de la procédure de l'article 169 au sein de l'ordre juridique communautaire, tant du point de vue juridique que du point de vue politique. Il serait, pensons-nous, contraire à l'économie du traité de sous-estimer le rôle tenu par la Commission dans le cadre de cette procédure, en qualifiant l'avis motivé d'acte d'administration ou de gestion.

25. Nous croyons que la thèse que nous venons de soutenir se trouve renforcée par les enseignements de la jurisprudence quant aux effets de l'avis motivé. Ainsi que nous

27 — Comme nous l'avons mentionné précédemment, cela ne signifie pas qu'il y ait manquement aux obligations d'un État membre du seul fait de la notification, par la Commission, d'un avis motivé comportant un tel contenu. Toutefois, cet élément n'est pas dénué de conséquences, car, dans la pratique, l'État membre ne peut pas l'ignorer. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour se montre particulièrement exigeante lorsqu'elle soulève la question du respect des droits de la défense de l'État membre face aux griefs que la Commission lui a adressés par la voie de l'avis motivé. Voir ci-dessus, à la note 18.

28 — Voir directement ci-après, au point 25.

l'avons précédemment mentionné, l'avis motivé circonscrit l'objet du litige porté devant la Cour, dans la mesure où le recours et l'avis motivé doivent être fondés sur les mêmes motifs et moyens [29]. La formulation de nouveaux griefs par la Commission ou même l'élargissement de son argumentation par l'appel à de nouveaux éléments dans le cadre des mêmes griefs ne sauraient être admis [30]. Parallèlement, lorsque la Cour statue sur un recours au titre de l'article 169, ses pouvoirs sont clairement circonscrits; ils se limitent au contrôle de la légalité des éléments contenus dans l'avis motivé et réitérés dans la requête introduisant le recours [31]. Pour comprendre le rôle joué par l'avis motivé dans le cadre de la procédure de l'article 169, il importe de se référer à la jurisprudence selon laquelle, même si l'État membre a pris des mesures pour s'y conformer postérieurement au délai fixé par l'avis motivé, le manquement s'est déjà produit et, partant, la procédure entamée conserve son objet [32]. Enfin, la distinction opérée par la Cour entre la lettre de mise en demeure et l'avis motivé est significative: alors que la première ne se caractérise pas par un formalisme strict, le second doit être parfait en la forme et du point de vue de la procédure, car l'avis motivé « conclut la procédure précontentieuse prévue à l'article 169 » du traité [33]. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que la Cour exerce un contrôle plus sévère sur l'avis motivé que sur la lettre de mise en demeure [34].

26. Pour conclure, la formulation de l'avis motivé constitue la contribution la plus importante, du point de vue de son poids politique et de ses effets juridiques, apportée par la Commission dans le cadre de la procédure de l'article 169. Il n'est pas possible de concevoir, à notre sens, que cet acte, dont le contenu est notifié à l'État membre intéressé, ne soit pas adopté directement par la Commission agissant en tant qu'organe collégial. Le caractère particulier que lui reconnaît la jurisprudence de la Cour ne s'accorde pas à l'assimilation de l'avis motivé à un simple acte d'administration ou de gestion pouvant être pris en vertu d'une habilitation. Dès lors, dans le présent litige, l'avis motivé sur lequel se fonde le recours n'a pas été émis dans les formes légales par la Commission agissant collégialement et il en résulte que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la République fédérale d'Allemagne est justifiée.

29 — Voir par exemple les arrêts du 7 février 1984, Commission/Italie (166/82, Rec. p. 459, point 16); du 1er décembre 1993, Commission/Danemark (C-234/91, Rec. p. I-6273, point 16), et du 12 janvier 1994, Commission/Italie (C-296/92, Rec. p. I-1, point 11).

30 — Voir l'arrêt du 7 février 1984, Commission/Italie, précité à la note 29.

31 — Ainsi, le juge communautaire ne peut pas substituer un autre délai à celui fixé dans l'avis motivé. Voir les arrêts du 10 novembre 1981, Commission/Italie (28/81 et 29/81, Rec. p. 2577 et 2585).

32 — Voir les arrêts du 7 février 1973, Commission/Italie (39/72, Rec. p. 101); du 5 juin 1986, Commission/Italie (103/84, Rec. p. 1759); du 21 juin 1988, Commission/Belgique (283/86, Rec. p. 3271), et du 12 décembre 1990, Commission/France (C-263/88, Rec. p. I-4611).

33 — Voir l'arrêt du 31 janvier 1984, Commission/Irlande (74/82, Rec. p. 317, point 13).

34 — Voir, par exemple, l'arrêt du 28 mars 1985, Commission/Italie (274/83, Rec. p. 1077, points 20 et 21): « Ainsi que la Cour l'a déclaré dans son arrêt du 11 juillet 1984 (Commission/Italie, 51/83, Rec. 1984, p. 2793), la possibilité pour l'État membre concerné de présenter ses observations constituant — même s'il estime ne pas devoir en faire usage — une garantie essentielle voulue par le traité, le respect de cette garantie est une condition de la régularité de la procédure en manquement d'État. S'il en résulte que l'avis motivé visé à l'article 169 du traité CEE doit contenir un exposé cohérent et détaillé des raisons ayant amené la Commission à la conviction que l'État intéressé a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du traité, la Cour ne saurait poser des exigences de précision aussi strictes à l'égard de la mise en demeure, laquelle ne peut nécessairement consister qu'en un premier résumé succinct des griefs... ». Voir également l'arrêt du 17 septembre 1996, Commission/Italie, précité à la note 17.

IV — Sur le bien-fondé du recours

Bien que ce ne soit pas indispensable, nous exposerons notre position quant au bien-fondé du recours introduit par la Commission. Cette position est la suivante:

27. Il convient de relever tout d'abord que, selon le droit communautaire, la nécessité de protéger « ... les intérêts tant des associés que des tiers » [35] impose la publication des statuts et des comptes annuels de certaines catégories de sociétés; l'adoption des mesures propres à assurer cette garantie incombe aux États membres. Plus particulièrement, l'article 3 de la première directive prescrit la transcription de tous les actes et de toutes les indications des sociétés qui sont soumis à publicité dans le registre national désigné par l'État membre. En outre, l'article 6 de la première directive dispose que « Les États membres prévoient des sanctions appropriées en cas de défaut de publicité du bilan et du compte de profits et pertes telle qu'elle est prescrite à l'article 2, paragraphe 1, sous f) ». La disposition de l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive dispose: « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la publicité obligatoire relative aux sociétés porte au moins sur les actes et indications suivants: ... le bilan et le compte de profits et pertes de chaque exercice. Le document qui contient le bilan doit indiquer l'identité des personnes qui, en vertu de la loi, sont appelées à certifier celui-ci. Toutefois, pour les sociétés à responsabilité limitée de droit allemand... mentionnées à l'article 1er, ... l'application obligatoire de cette disposition est reportée jusqu'à la date de mise en œuvre d'une directive portant sur la coordination du contenu des bilans et des comptes de profits et pertes ... Le Conseil arrêtera cette directive dans les deux ans suivant l'adoption de la présente directive. » Enfin, l'article 47 de la quatrième directive mentionne que « Les comptes annuels régulièrement approuvés et le rapport de gestion ainsi que le rapport établi par la personne chargée du contrôle des comptes font l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE. »

28. La Commission considère que la République fédérale d'Allemagne a manqué à l'obligation décrite ci-dessus, imposée par les dispositions susmentionnées, au motif qu'elle n'a pas prévu de sanctions appropriées en cas de non-respect de l'obligation de publication. Plus précisément, les dispositions relatives à la publication des comptes annuels des sociétés de capitaux en République fédérale d'Allemagne figurent aux articles 325 et suivants du Handelsgesetzbuch (code de commerce allemand, ci-après le « HGB »). L'article 335 dudit code prévoit une astreinte pouvant atteindre 10 000 DM en cas de défaut de publication du compte annuel de profits et pertes; toutefois, cette astreinte n'est pas prononcée d'office par le Registergericht, mais uniquement sur demande introduite à cet effet par un associé, par un créancier ou par le comité central d'entreprise ou, à défaut, par le comité d'entreprise de la société de capitaux. Pour la Commission, cette sanction n'est pas du tout efficace et il n'est pas possible de considérer que cette sanction réponde aux exigences de la législation communautaire; une écrasante

35 — Nécessité reconnue formellement par l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité.

majorité des sociétés soumises à l'obligation de publier leurs comptes ne respectent pas cette obligation.

29. Nous estimons que ce raisonnement de la Commission est fondé et qu'aucun des arguments avancés par la République fédérale d'Allemagne en réponse aux griefs de la Commission ne saurait être retenu.

30. Tout d'abord, l'allégation du gouvernement allemand selon laquelle l'article 6 de la première directive n'oblige pas les États membres, dans le cadre de la transposition de la quatrième directive, à prévoir des sanctions appropriées en cas d'absence de publication des comptes annuels est erronée. La quatrième directive est celle à laquelle se réfère l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive, soit celle dont l'entrée en vigueur conditionne la mise en application de l'obligation de publier le bilan et les comptes de pertes et profits des entreprises. Ainsi, dès lors que la quatrième directive a introduit dans l'ordre juridique communautaire le texte légal « ... portant sur la coordination du contenu des bilans et des comptes de profits et pertes... » [36], l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive devient tout à fait contraignant. Il en résulte logiquement que les États membres sont tenus par une obligation de prendre des sanctions appropriées visant le défaut de publication du compte des pertes et profits, imposée par l'article 6 de la première directive.

36 — Article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive.

31. Le gouvernement allemand soutient encore que la sanction prévue par l'article 335 du HGB, précédemment décrite, répond à l'obligation imposée par les dispositions communautaires, et en particulier par l'article 6 de la première directive. A l'appui de cette allégation, le gouvernement allemand développe le point de vue selon lequel les dispositions communautaires concernées ne visent pas la protection de tout tiers à la société de capitaux, personne physique ou morale, mais uniquement la protection de ses créanciers, ceux-ci incluant les travailleurs. C'est pourquoi, à juste titre aux yeux de la défenderesse, l'astreinte prévue par l'article 335 du HGB n'est pas appliquée d'office mais uniquement à la demande d'un associé, d'un créancier, du comité d'entreprise ou du comité de la société.

32. Nous pensons que ce type d'interprétation est erroné. D'une part, l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité, sur la base duquel ont été adoptées les première et quatrième directives, évoque la protection des « ... intérêts tant des associés que des tiers » en général, sans opérer de distinction entre tiers créanciers et tiers non créanciers. Ainsi, les tiers comprennent aussi les créanciers futurs, les partenaires commerciaux, de même que ceux qu'intéresse l'acquisition de parts de la société. D'autre part, le préambule de la première directive mentionne que « ... la publicité doit permettre aux tiers de connaître les actes essentiels de la société et certaines indications la concernant... ». Il découle de cette formulation que l'obligation de publication dont il est question ci-dessus vise l'information des personnes qui ne connaissent pas suffisamment la situation de la société ni ce qui s'y trame, pour précisément pouvoir apprécier l'opportunité de tisser avec elle toute espèce de lien juridique. D'une manière plus générale, tant la première

que la quatrième directives visent à assurer la plus grande transparence possible dans le fonctionnement des sociétés et instituent à cet effet la publicité erga omnes d'une série d'indications qui permettront à tout un chacun de tirer ses conclusions quant à leur situation tant juridique que financière. Il serait dès lors contraire à la lettre et à l'esprit de ces dispositions de limiter le cercle des personnes pouvant bénéficier de cette transparence; c'est précisément en raison de l'impossibilité d'établir une énumération exhaustive des personnes concernées — l'activité contractuelle et commerciale dépasse l'imagination du législateur — que la directive a préféré imposer une obligation erga omnes, seule à pouvoir garantir une protection juridique complète. Il convient d'en conclure que la limitation, en droit allemand, du cercle des personnes susceptibles de réclamer l'application d'une astreinte en cas de défaut de publication de comptes annuels n'est pas conforme aux dispositions communautaires pertinentes.

33. Eu égard aux éléments qui précèdent, nous estimons que la législation allemande actuellement en vigueur ne répond pas aux exigences de l'article 6 de la première directive; partant, cet article n'a pas été correctement mis en œuvre dans l'ordre juridique interne. On ne saurait considérer comme une « sanction appropriée » de l'imposition d'une obligation erga omnes, au sens des dispositions de l'article 6 de la première directive, une sanction dont l'application requiert comme condition nécessaire l'introduction d'une demande à cet effet, qui n'est possible que pour un nombre limité de justiciables, alors que, en particulier, ces derniers ne possèdent pas toujours un intérêt à l'ouverture d'une telle procédure. Il n'est pas possible, par conséquent, de considérer que cette procédure qui, en pratique, dans la majorité des cas de non-respect de l'obligation de publication, ne peut pas être mise en œuvre répondrait à l'exigence de sanction appropriée énoncée par l'article 6 de la première directive. A la lumière de ces considérations, nous croyons que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette disposition communautaire. Enfin, ce manquement ne saurait être justifié ou couvert par le fait que l'application de sanctions à la totalité des sociétés qui ne publient pas leurs comptes, en raison de leur grand nombre, créerait des difficultés sensibles pour l'administration allemande hors de proportion, selon le gouvernement allemand, avec l'objectif poursuivi par le législateur communautaire. Selon une jurisprudence constante de la Cour, « ... un État membre ne saurait exciper de situations internes pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des normes du droit communautaire... » [37].

34. Nous en concluons que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu tant du droit communautaire primaire que du droit communautaire dérivé; si l'obstacle de l'irrecevabilité n'existait pas, le recours de la Commission serait tout à fait fondé.

37 — Arrêts du 19 février 1991, Commission/Belgique (C-374/89, Rec. p. I-367, point 10); du 7 avril 1992, Commission/Grèce (C-45/91, Rec. p. I-2509, point 21), et du 29 juin 1995, Commission/Grèce (C-109/94, C-207/94 et C-225/94, Rec. p. I-1791, point 11).

V — Conclusion

35. Eu égard aux développements qui précèdent, nous suggérons à la Cour:

1) de rejeter le recours introduit par la Commission;

2) de condamner la Commission aux dépens.