

Par ces motifs,

LA COUR (première chambre)

déclare et arrête:

- 1) Le recours est rejeté comme irrecevable.
- 2) Les dépens sont compensés.

O'Keeffe

Bosco

Koopmans

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 28 octobre 1982.

Le greffier

par ordre

H. A. Rühl

administrateur principal

Le président de la première chambre

A. O'Keeffe

CONCLUSIONS DE M^{ME} L'AVOCAT GÉNÉRAL
SIMONE ROZÈS,
PRÉSENTÉES LE 4 MARS 1982

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

Vous êtes saisis, par le Groupement des Agences de voyages et, en tant que de besoin, par lesdites agences de voyages regroupées sous la forme d'une société à

responsabilité limitée en formation, la Société européenne de voyages, d'une demande d'annulation d'une décision non datée ni publiée, émanant de la Commission, confiant l'exploitation d'un bureau de voyages au siège à Luxembourg de la Commission des Commu-

nautés européennes à la société Hapag-Lloyd Travel.

Les faits sont les suivants:

I — Un bureau de voyages devant être installé dans les locaux de la Commission des Communautés européennes à Luxembourg, il a été procédé à un appel d'offres pour choisir l'exploitant.

Cet appel d'offres, publié au Journal officiel le 11 juin 1980, mentionnait, entre autres, les conditions suivantes:

- «l'attention est ... attirée sur l'obligation de se conformer à la loi luxembourgeoise» (troisième alinéa);
- «l'agence retenue ... devra disposer, à partir du 1^{er} juillet 1980, des autorisations nécessaires de l'IATA et des principales compagnies ferroviaires et maritimes pour l'émission, dans les locaux mis à sa disposition au siège de Luxembourg de la Commission, de tout titre de voyage» (quatrième alinéa);
- «outre l'indication du siège de la maison mère, l'offre doit comporter, de manière précise et détaillée, tous renseignements utiles sur la firme soumissionnaire, en particulier sur la forme et la date de sa constitution, ...» (avant-dernier alinéa).

La société à responsabilité limitée en formation «Société européenne de voyages» (SEV), requérante, a été écartée parce qu'elle ne remplissait pas la dernière condition citée. L'autre requérante, le «Groupement des Agences de voyages», association sans but lucratif qui réunit notamment diverses agences composant la société soumissionnaire, n'a pas été retenue. Ce groupement représente la branche spécialisée en matière

d'organisation de voyages de la Confédération du commerce luxembourgeois, également constituée sous la forme d'une association ayant pour objet l'ensemble des activités de commerce du Grand-Duché.

Le Groupement et la Société ont introduit leur recours, fondé sur l'article 173, alinéa 2, du traité CEE, au motif que la société choisie par la Commission ne remplissait pas deux des conditions précitées.

Ils font valoir:

- que la société de droit allemand «Hapag-Lloyd Reisebüro» ne se conformait pas à la loi luxembourgeoise au moment de la remise de son offre, puisque l'autorisation de faire le commerce, requise par la réglementation grand-ducale, ne lui a été délivrée que le 27 avril 1981;
- que la filiale luxembourgeoise de «Hapag-Lloyd Reisebüro», créée pour gérer le bureau litigieux, n'était pas titulaire de l'autorisation d'émettre des billets de chemin de fer à partir du 1^{er} juillet 1980, cette autorisation lui ayant été délivrée seulement le 4 mai 1981; qu'au surplus elle n'était toujours pas agréée par l'IATA à la date de l'introduction du recours.

A ces arguments, la Commission répond que l'obligation de se conformer à la loi luxembourgeoise doit s'apprécier seulement à la date de l'ouverture du bureau. Ainsi, si la société retenue n'avait pu, en fin de compte, satisfaire à cette condition, la décision l'agréant n'aurait pas produit ses effets. En d'autres termes, pour la Commission, la décision litigieuse était une décision sous condition suspensive. Elle retient implicitement le

même raisonnement pour la tardiveté de l'autorisation d'émettre les billets de chemin de fer et se borne à indiquer que la date du 1^{er} juillet 1980, bien que publiée au Journal officiel, résulte d'une simple erreur matérielle si évidente qu'il n'était pas besoin d'en opérer la rectification. Elle expose que la condition de l'agrément IATA ne pouvait être respectée par aucun des candidats et, de ce fait, devrait être écartée comme condition « impossible », puisque l'IATA n'accorde son agrément qu'après avoir visité les locaux de l'agence postulante, ce qui implique que celle-ci fonctionne déjà.

II — Il ressort à l'évidence de ce qui précède que la rédaction défectueuse de l'appel d'offres se trouve à la source du litige.

Il convient d'examiner la recevabilité du recours contestée par la Commission.

La Commission a soulevé trois exceptions d'irrecevabilité. Elle oppose la forclusion, le défaut de qualité pour agir et l'absence de fondement de la réclamation.

a) Le recours a été introduit le 4 juin 1981, soit plus de deux mois après le 17 décembre 1980, date à laquelle les requérants ont été avisés du refus de leur offre. Il convient d'observer à cet égard que le recours n'est pas dirigé contre la décision négative prise à l'égard de la Société européenne de voyages, mais bien contre la décision positive non datée d'agréer la société Hapag-Lloyd. Dès lors, la date du 17 décembre 1980 est sans effet en ce qui concerne le point de départ d'une éventuelle forclusion. Il appartient au juge de contrôler, même

d'office, les conditions de recevabilité d'un recours (conclusions de M. l'avocat général Capotorti du 13. 3. 1980 dans l'affaire 155/78 — M^{lle} M./Commission, Recueil p. 1813; arrêt du 17. 5. 1976, affaires 67-85/76, Lesieur Cotelle, attendu 12, Recueil p. 406).

L'alinéa 3 de l'article 173 précise:

« Les recours prévus au présent article doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, *du jour où celui-ci en a eu connaissance* ».

En l'espèce, faute pour la décision attaquée d'avoir été publiée ou notifiée aux requérants, il importe de rechercher le moment où ils en ont eu connaissance. Ils affirment avoir appris seulement le 4 mai 1981, date de l'ouverture du bureau de Hapag-Lloyd, que cette société avait été finalement retenue. Leur recours serait donc largement dans les délais.

Pour contester cette affirmation, la Commission s'appuie sur un document du 17 mars 1981, qui prouverait qu'à cette date les requérants étaient déjà informés de son choix en faveur de la société Hapag-Lloyd.

Il s'agit d'une lettre, produite en annexe de la duplique de la Commission, portant la signature du secrétaire général du Conseil du gouvernement luxembourgeois et adressée au directeur du personnel et de l'administration de la Commission à Luxembourg, contenant les passages suivants:

«(les agents de voyages de la place) prétendent avoir rempli toutes les conditions requises, notamment celle posée à l'alinéa 4 de l'appel d'offres (= l'agrément de l'IATA), alors que la société adjudicataire, en voie de formation seulement, n'y satisferait pas encore à l'heure actuelle»;

«... la demande en autorisation de faire le commerce de la société adjudicataire est en instance auprès du ministère compétent».

A l'audience de plaidoiries, les requérants n'ont pas nié que le contenu de cet écrit établissait que les autorités luxembourgeoises et les personnes qui les ont saisies connaissaient le choix fait par la Commission de retenir la société Hapag-Lloyd. Ils observent cependant que cette lettre n'a pas été écrite par eux ni à leur demande, mais à la suite de l'intervention du directeur de la Chambre de commerce luxembourgeoise; que, de plus, ce dernier a été saisi du refus adressé aux requérants, mais non de la décision attaquée, celle de choisir la société allemande.

Cette argumentation ne nous semble pas convaincante. On peut douter, pensons-nous, qu'une association sectorielle de la Confédération du commerce luxembourgeois soit restée étrangère à une démarche de la Chambre du commerce luxembourgeoise. Même si ces deux organismes poursuivent des buts différents, il est clair qu'ils entretiennent nécessairement des contacts étroits. D'autre part, il importe peu que l'intervention à l'origine de la lettre du 17 mars 1981 soit basée sur le refus adressé aux requérants plutôt que sur la décision de choisir la société Hapag-Lloyd; seul le

point de savoir si les requérants avaient ou non connaissance de cette décision dès avant le 17 mars 1981 est à considérer.

A notre avis, on peut sans risque inférer cette connaissance des extraits que nous avons cités. Mais, même si vous accordiez aux requérants le bénéfice du doute sur ce point, leur recours serait néanmoins, à notre sens, clairement irrecevable sur la base d'autres considérations.

b) Le présent recours a été introduit par deux requérants distincts: d'une part, l'association sans but lucratif Groupement des Agences de voyages, affiliée à la Fédération des commerçants du grand-duché de Luxembourg, devenue depuis l'introduction du recours la Confédération du commerce luxembourgeois, également constituée sous la forme d'une association; d'autre part, «et pour autant que de besoin, les dix agences de voyages regroupées sous la forme d'une Sarl en formation, la SEV (Société européenne de voyages)».

1) En ce qui concerne la SEV, il résulte des plaidoiries et plus particulièrement des explications fournies sur l'«Identité des requérants», qu'il s'agit non de chacun des dix fondateurs de la SEV pris ut singuli, mais de cette société même et d'elle seule. Or, il est constant que cette société est en formation et donc qu'en vertu du droit national applicable — auquel il faut se référer, faute de règle de droit communautaire sur ce point —, elle est dépourvue de la personnalité morale, ainsi qu'on peut le déduire de l'article 9, paragraphe 4, de la loi luxembourgeoise sur les sociétés du 10 août 1915 (dans la version résultant de la loi du 23. 11. 1972).

Dès lors, se pose la question de savoir si un groupement qui ne possède pas, ou pas encore, la personnalité morale a qualité pour introduire un recours en annulation devant vous, et même un recours quel qu'il soit. La réponse est évidente et résulte déjà des termes mêmes de l'article 173, alinéa 2, lesquels sont pourtant tout à fait larges: «Toute personne physique ou morale...». S'il en était besoin, nous pourrions aussi évoquer l'autorité de M. l'avocat général Lagrange qui, dès 1963, s'est exprimé dans les termes généraux suivants: «Ce que nous voulons seulement retenir de cette analyse des textes, c'est que le traité paraît bien exiger, pour toute action en justice, l'existence de la *personnalité juridique*. En parlant à plusieurs reprises des 'personnes morales', à côté des 'personnes physiques', le traité vise par là des entités aptes, comme peuvent l'être des personnes physiques, à être sujets de droits ou d'obligations et, par suite, à posséder une personnalité juridique. Il ne nous paraît pas douteux que, dans le système du traité, seule une telle 'personne' est capable d'agir en justice...» (conclusions du 5. 11. 1963 dans l'affaire 15/63, Recueil X, p. 108-109, que la Cour a faites siennes dans son ordonnance du 14. 11. 1963).

Ainsi, en tant qu'il est intenté — à titre subsidiaire il est vrai — par la SEV, société commerciale en formation du droit luxembourgeois, le recours nous paraît irrecevable.

Il aurait pu en être autrement si les fondateurs eux-mêmes avaient intenté le présent recours. Dans certains États membres, au nombre desquels le Luxembourg, il est en effet courant que plusieurs sociétés se groupent pour

répondre ensemble à une adjudication ou un appel d'offres; pour éviter les coûts entraînés par cette opération juridique, elles ne se constituent effectivement que si elles sont choisies. En pareil cas, il nous semble que refuser d'admettre la recevabilité de l'action qu'elles pourraient intenter ensemble en tant que fondateurs de la société future reviendrait à les priver de toute voie de recours, en violation du principe exprimé dans l'adage «ubi jus, ibi remedium» qu'il n'y a aucune raison de ne pas appliquer en droit communautaire.

2) En ce qui concerne le Groupement des Agences de voyages, la Commission a soulevé formellement une exception d'irrecevabilité tirée de sa nature d'association sans but lucratif. Une telle association, selon la Commission, ne peut, en vertu de l'article 1, alinéa 1, de la loi luxembourgeoise sur les associations du 21 avril 1928, se livrer à des opérations industrielles ou commerciales, ni chercher à procurer à ses membres un gain matériel. Elle n'a donc pas qualité pour requérir l'annulation de la décision par laquelle une société a été choisie pour gérer un bureau de voyages, activité à caractère commercial.

Le Groupement affirme, d'une part, qu'il a intenté son action pour assurer la défense des intérêts professionnels de ses membres, conformément à l'article 2 de ses statuts, et que, d'autre part, son recours a aussi un caractère objectif: assurer le respect de la procédure définie par la Commission dans son appel d'offres, procédure qui, à son sens, a été violée par son auteur en retenant l'offre de la société Hapag-Lloyd. Il ajoute que pareil recours serait recevable devant le Comité du Contentieux du Conseil

d'État luxembourgeois, comme le prouve l'arrêt de ce dernier en date du 9 juillet 1969 dans l'affaire Walter et Cons., Conzémus et Cons. et Ordre des Architectes/Ministre des Travaux publics (Pasicrisie luxembourgeoise, tome XXI, p. 113).

Le problème se trouve ainsi posé, par l'une et l'autre des parties, sur le terrain du droit national du requérant. Or, la recevabilité des recours en annulation intentés devant vous par des requérants ordinaires, au sens de l'article 173, alinéa 2, est soumise à des conditions *spécifiques*, plus restrictives que celles posées par des recours de même nature introduits devant des juridictions nationales.

L'article 173, alinéa 2, précise que:

«toute personne physique ou morale peut former... un recours... contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, *la concernent directement et individuellement*».

En l'espèce, peut-on affirmer que le requérant a été «directement concerné» par la décision de la Commission? Votre jurisprudence a essentiellement défini ces termes dans des matières où les institutions communautaires n'ont pas de pouvoirs de gestion directe, tel le domaine du contentieux agricole. Dans ces hypothèses, vous considérez cette condition comme remplie lorsque l'État membre intermédiaire — ou, plus précisément, l'organisme d'intervention qu'il a désigné — «se borne à exécuter sans intervention de sa propre volonté une mission qui lui est confiée par la Communauté», pour reprendre les termes, toujours actuels, de M. l'avocat

général Gand dans ses conclusions du 11 mars 1965 (affaire 38/64, Getreide Import Gesellschaft, Recueil 1965, p. 274).

En est-il de même lorsque les organes de la Communauté sont investis d'un pouvoir de gestion directe, par exemple en matière d'appels d'offres destinés à faciliter le fonctionnement de leurs services? Si cette condition reste évidemment exigible — puisque formulée dans le traité —, elle n'aura pas, en règle générale, de portée concrète ou, du moins, elle n'aura pas le sens que lui donne votre jurisprudence: la gestion étant directe, il n'y a évidemment pas d'organe national intermédiaire dont il faut se demander s'il dispose ou non d'une marge d'appréciation.

La présente affaire nous montre cependant que la condition «directement concernée» peut, dans certains cas — qui demeureront sans doute tout à fait exceptionnels — retrouver un sens concret. Peut-on en effet considérer qu'une association est directement concernée par une décision choisissant, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, une société concurrente de celle qui regroupe un certain nombre de ses membres? Poser la question, c'est y répondre. Seuls étaient *directement* concernés — et sans doute aussi *individuellement* — les groupements qui auraient pu être eux-mêmes bénéficiaires de la décision, autrement dit, les sociétés candidates évincées.

Tel ne pouvait être le cas d'une association même ayant des liens avec l'une d'elles; on retrouve ici l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission, mais placée dans son cadre véritable, celui de la procédure devant cette Cour: le Groupement des Agences de voyages

du Grand-Duché n'est pas directement concerné par la décision d'adjuger l'appel d'offres à la société Hapag-Lloyd parce que, du fait de sa nature d'association, il n'était pas et ne pouvait être candidat à cet appel d'offres.

En définitive, l'irrecevabilité du recours du Groupement n'est pas fondée sur le manque d'intérêt de ce dernier, mais sur le caractère indirect de cet intérêt. Contrairement à ce que le Groupement soutient, en l'espèce son action vise à défendre *indirectement* les intérêts collectifs dont il a la garde, ceux des agences de voyages du Luxembourg. En effet, bien plus que comme une action syndicale ou corporative, son recours s'analyse en réalité comme une action individuelle puisqu'elle tend à obtenir un avantage déterminé au profit d'*une partie de ses membres nominativement désignés*, ceux d'entre eux groupés au sein de la SEV en formation. Dès lors, c'est sur la base du principe «nul ne plaide par procureur» que son recours doit être déclaré irrecevable; entre la décision qu'attaque le Groupement et lui se situe l'écran de la Société européenne de voyages.

c) Il nous paraît superflu dès lors d'examiner la troisième exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission.

III — Au vu des propos qui précèdent et conduisent à voir déclarer irrecevable le recours qui vous est soumis, ce n'est que de façon très subsidiaire et succincte que nous examinons le fond de l'affaire.

Celui-ci a déjà été nécessairement abordé à l'occasion des problèmes soulevés par la question d'irrecevabilité, qu'il s'agisse des circonstances de dates, des autorisations nécessaires et de leur date d'effet.

Si nous demeurons très critique à l'égard de la rédaction défectueuse de l'appel d'offres qui eût exigé une attention soutenue avant d'être publié au Journal officiel, il n'en reste pas moins qu'en vertu des dispositions de l'article 51 (2) du Règlement financier, la Commission conservait le droit de choisir librement l'offre jugée la plus intéressante et disposait à cet effet d'une marge d'appréciation étendue pour fixer son choix entre les soumissionnaires.

En conséquence, nous concluons à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son mal-fondé et, en application de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, à la condamnation des requérants aux dépens.