

## A – Activité du Tribunal de première instance en 2008

Par M. le président Marc Jaeger

Après les nombreuses modifications connues en 2007 en raison tant du renouvellement partiel des Membres du Tribunal que des adhésions, la composition du Tribunal est restée plus stable en 2008. Cette année a néanmoins vu le départ de M. John D. Cooke, juge au Tribunal depuis près de treize ans, et son remplacement par M. Kevin O'Higgins.

En revanche, c'est dans ses méthodes et résultats que le Tribunal a connu des changements sensibles.

Face à l'accroissement constant du contentieux et, corrélativement, de l'arriéré judiciaire, le Tribunal a procédé à une rénovation de ses modalités de travail, de son organisation et de son fonctionnement. Les différentes étapes de la gestion des dossiers ainsi que le processus de préparation et d'élaboration des décisions ont ainsi fait l'objet d'une analyse approfondie, dans le souci d'améliorer l'efficacité du Tribunal, tout en veillant à ne pas porter atteinte à la qualité des décisions rendues. Une série d'outils statistiques ou de gestion ont également été développés. Par ailleurs, le règlement de procédure a été modifié en vue de permettre au Tribunal de statuer sur les recours en matière de propriété intellectuelle, sans phase orale de la procédure, sauf si une des parties présente une demande en indiquant les motifs pour lesquels elle souhaite être entendue.

L'ensemble des mesures adoptées et, de manière générale, la recherche permanente de l'efficacité ont permis de recueillir pleinement les fruits du travail considérable fourni par les Membres et le personnel du Tribunal. 605 affaires ont ainsi pu être réglées au cours de l'année écoulée, ce qui représente une augmentation de 52 % par rapport à l'année précédente, tandis que le nombre d'audiences tenues en 2008 a doublé (341 pour 172 en 2007). La durée moyenne d'instance a sensiblement diminué (24,5 mois pour 27,7 mois en 2007), même si des progrès restent encore à réaliser.

Le Tribunal devra poursuivre ses efforts dans cette direction au cours de l'année 2009 et compte tirer davantage profit du plein déploiement des réformes introduites. En effet, si le millésime a été exceptionnel en termes d'affaires réglées, il l'a aussi été en termes d'affaires introduites (432 en 2006, 522 en 2007 et 629 en 2008). Le stock des affaires pendantes a légèrement augmenté (1 178 contre 1 154 en 2007). Cela porte en germe un risque d'allongement de la durée des procédures. Au vu de l'évolution systémique du contentieux, il conviendra d'approfondir la réflexion sur les voies et moyens, notamment structurels, permettant au Tribunal de continuer à assurer, dans l'intérêt du justiciable, un traitement de qualité des affaires tout en réduisant la durée de la procédure.

Le contentieux porté devant le Tribunal témoigne, cette année encore, de la variété, sans cesse croissante, tant des questions juridiques soulevées que des matières traitées (concurrence, aides d'État, environnement, politique régionale, politique commerciale, politique étrangère et de sécurité commune, droit institutionnel, propriété intellectuelle, marchés publics, etc.). Il apparaît également que la tendance, déjà constatée l'année dernière, à l'augmentation du nombre de référés s'est largement confirmée, avec 58 demandes de mesures provisoires introduites en 2008 et 57 référés clôturés. Dans les pages

qui suivent sont exposées brièvement les principales orientations de la jurisprudence. Seront abordés successivement le contentieux de la légalité (I), celui de l'indemnité (II), les pourvois (III) et les référés (IV).

## I. Contentieux de la légalité

### *Recevabilité des recours formés au titre de l'article 230 CE*

#### 1. Auteur de l'acte

L'article 230 CE prévoit que les juridictions communautaires contrôlent la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne (BCE), et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. Les agences communautaires ne figurent ainsi pas formellement parmi les auteurs dont les actes peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge communautaire.

La question importante de la légitimation passive de ces organismes a été abordée par le Tribunal dans l'affaire *Sogelma/AER* (arrêt du 8 octobre 2008, T-411/06, non encore publié), laquelle avait pour objet une demande d'annulation de décisions de l'Agence européenne pour la reconstruction (ci-après l'«AER») en matière de marchés publics, prises en application d'un programme d'action communautaire. Le Tribunal estime que le fait que l'AER ne figure pas parmi les institutions énumérées à l'article 230 CE et que le règlement instituant cette agence ne prévoit pas que le juge communautaire est compétent pour statuer sur des recours en annulation contre les décisions autres que celles relatives à des demandes d'accès aux documents ne s'opposent pas à ce que, en vertu de l'article 230 CE, il contrôle la légalité des actes de cette agence.

En effet, se fondant sur l'arrêt de la Cour du 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*<sup>1</sup>, lequel a consacré la légitimation passive du Parlement, le Tribunal pose le principe général selon lequel tout acte émanant d'un organisme communautaire destiné à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers doit être susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Ainsi, la seule circonstance que la Commission délègue des compétences décisionnelles à l'AER ne saurait faire perdre la qualité d'acte attaquant aux décisions adoptées à ce titre, sous peine de créer un vide juridique. Le Tribunal souligne, enfin, que l'AER est dotée de la personnalité juridique ainsi que de la compétence pour mettre en œuvre elle-même les programmes d'assistance communautaire et que la Commission n'a pas participé au processus de prise de décision. En tant qu'auteur de la décision attaquée, l'AER peut donc être personnellement atraite devant le Tribunal en vue de défendre ladite décision.

<sup>1</sup> 294/83, Rec. p. 1339.

## 2. Actes susceptibles de faire l'objet d'un recours

Constituent des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 230 CE les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci<sup>2</sup>.

Dans l'affaire *Italie/Commission* (arrêt du Tribunal du 20 novembre 2008, T-185/05, non encore publié), la République italienne demandait l'annulation de la décision de la Commission selon laquelle les publications externes au *Journal officiel de l'Union européenne* des avis de vacance pour les postes d'encadrement supérieur se feraient, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2007, en allemand, en anglais et en français.

Le Tribunal rappelle qu'une mesure prise par une institution traduisant seulement l'intention de celle-ci de suivre, dans un domaine déterminé, une certaine ligne de conduite ne constitue pas un acte attaquant. Toutefois, dès lors qu'une institution ne saurait s'écarter des règles internes de recrutement qu'elle s'est elle-même fixées, et qui constituent une partie du cadre légal qu'elle doit rigoureusement respecter dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, de telles règles doivent être considérées comme produisant des effets juridiques obligatoires. Un requérant privilégié, tel qu'un État membre, peut donc immédiatement contester, par un recours en annulation, la légalité de ces règles sans devoir attendre leur mise en œuvre dans un cas concret. Constatant que la décision relative aux langues de publication est rédigée en termes clairs et non équivoques et fixe, de manière définitive, un aspect des procédures de recrutement à portée obligatoire, le Tribunal conclut que le recours est recevable.

Dans l'arrêt du 5 juin 2008, *Internationaler Hilfsfonds/Commission* (T-141/05, non publié, sous pourvoi), le Tribunal juge, dans le cadre d'un recours en annulation contre une lettre informant la requérante que la Commission n'a pas l'intention de mettre à sa disposition d'autres documents que ceux déjà transmis à l'occasion d'une décision antérieure, que, conformément à la jurisprudence<sup>3</sup>, les conclusions du Médiateur européen relatives à la plainte de la requérante introduite contre ladite décision ne constituent pas des éléments nouveaux susceptibles de distinguer l'acte attaqué de cette décision. La circonstance que le Médiateur a conclu que l'institution concernée a commis un acte de mauvaise administration ne permet pas de remettre en cause cette conclusion. En effet, un tel raisonnement reviendrait à admettre qu'un requérant qui n'a pas introduit dans les délais impartis un recours en annulation contre la décision initiale puisse, par la simple saisine du Médiateur, et pour autant que ce dernier constate un cas de mauvaise administration, parvenir à contourner lesdits délais.

<sup>2</sup> Arrêt de la Cour du 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, 60/81, Rec. p. 2639, point 9.

<sup>3</sup> Ordonnance du Tribunal du 15 octobre 2003, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, T-372/02, Rec. p. II-4389, point 40.

### 3. Qualité pour agir

#### a) Affectation individuelle

Selon une jurisprudence constante, les personnes physiques ou morales autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernées individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire<sup>4</sup>.

Le Tribunal apporte, à cet égard, des précisions, dans l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Região autónoma dos Açores/Conseil* (T-37/04, non publié, sous pourvoi), sur le locus standi des entités infra-étatiques. La requérante prétendait être individuellement concernée par le règlement (CE) n° 1954/2003<sup>5</sup>, au motif, d'une part, qu'elle bénéficierait, en tant qu'entité ultrapériphérique de l'Union, d'une protection spécifique, notamment environnementale et économique, au titre de l'article 299, paragraphe 2, CE, auquel le règlement attaqué porterait atteinte, et, d'autre part, que ledit règlement affecterait ses compétences législative et exécutive en matière de pêche.

Le Tribunal souligne, tout d'abord, que l'intérêt général qu'une région peut avoir à obtenir un résultat favorable pour sa prospérité ne saurait, à lui seul, suffire pour la considérer comme étant concernée, au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE. En effet, il ressort de la jurisprudence que le système établi par les traités réserve aux États membres et non aux autorités régionales le droit de défendre l'intérêt général sur leurs territoires. Ensuite, le Tribunal considère que, à supposer même que l'article 299, paragraphe 2, CE puisse être interprété non seulement comme permettant au Conseil d'adopter des mesures dérogatoires spécifiques aux régions ultrapériphériques, mais aussi comme lui interdisant d'adopter des mesures qui aggraveraient les désavantages subis par ces régions, la protection que cet article prévoit ne suffirait pas à lui conférer la qualité à agir, conformément à l'arrêt de la Cour du 22 novembre 2001, *Nederlandse Antillen/Conseil* (C-452/98, Rec. p. I-8973). Le Tribunal souligne en outre que, en tout état de cause, la requérante n'a pas avancé d'arguments permettant de considérer que les dispositions attaquées entraîneront des effets préjudiciables pour les stocks de poisson et pour l'environnement marin dans les Açores et, par conséquent, pour la survie du secteur de la pêche dans la région.

Par ailleurs, en réponse à l'argument de la requérante tiré de la préservation de ses compétences, le Tribunal relève que, si le juge communautaire a certes admis le droit des autorités régionales d'attaquer les actes communautaires qui soit les empêchent d'adopter des actes qu'elles pourraient légitimement adopter à défaut d'intervention communautaire soit

<sup>4</sup> Arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, 25/62, Rec. p. 197, 223.

<sup>5</sup> Règlement (CE) n° 1954/2003 du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant la gestion de l'effort de pêche concernant certaines zones et ressources de pêche communautaires, modifiant le règlement (CEE) n° 2847/93 et abrogeant les règlements (CE) n° 685/95 et (CE) n° 2027/95 (JO L 289, p. 1).

les obligent à retirer lesdits actes et à entamer certaines actions<sup>6</sup>, en l'espèce, les dispositions attaquées du règlement litigieux n'ont pas pour objet les actes législatifs ou réglementaires adoptés par la requérante et leur légalité n'est nullement mise en cause ou affectée.

Enfin, examinant un argument tiré de ce que la convention d'Aarhus prévoit que les parties à la convention veillent à ce que les membres du public puissent engager des procédures pour contester les actes d'autorités publiques contraires au droit national de l'environnement, le Tribunal souligne que le législateur communautaire a adopté, afin de faciliter l'accès au juge communautaire en matière d'environnement, le règlement (CE) n° 1367/2006<sup>7</sup>. Ce règlement prévoit dans son titre IV une procédure à l'issue de laquelle certaines organisations non gouvernementales peuvent saisir le juge communautaire d'un recours en annulation, conformément à l'article 230 CE. Toutefois, les conditions dudit titre IV n'étant manifestement pas réunies en l'espèce, il ne revient pas au Tribunal de se substituer au législateur et d'accepter, en se fondant sur la convention d'Aarhus, la recevabilité d'un recours ne remplissant pas les conditions prévues par l'article 230 CE.

Dans l'affaire *Denka International/Commission* (ordonnance du Tribunal du 27 juin 2008, T-30/07, non publiée), le Tribunal rappelle que le fait qu'une personne intervienne dans le processus menant à l'adoption d'un acte communautaire n'est de nature à l'individualiser par rapport à l'acte en question que lorsque la réglementation communautaire lui accorde certaines garanties procédurales. Dès lors que ni le processus d'élaboration des actes de portée générale, ni leur nature n'exigent la participation des personnes affectées, leurs intérêts étant censés être représentés par les instances politiques appelées à adopter ces actes, il serait contraire à l'esprit et aux termes de l'article 230 CE de permettre à tout particulier, dès lors qu'il a participé à la préparation d'un acte de nature réglementaire, d'introduire un recours contre cet acte. Or, ni la directive attaquée ni celle sur laquelle elle se fonde ne prévoient de garanties procédurales au bénéfice des entreprises productrices ou distributrices de substances actives. Par ailleurs, enfin, la requérante faisait valoir qu'elle était titulaire d'une marque enregistrée pour la substance active en cause dont l'usage était affecté par la directive attaquée, ce qui l'aurait individualisée par rapport à tout autre personne, en application de l'arrêt de la Cour du 18 mai 1994, *Codorníu/Conseil*<sup>8</sup>. Le Tribunal souligne toutefois que cette protection juridique liée à une marque n'est pas de nature à caractériser la requérante par rapport à tous les autres fabricants et distributeurs, lesquels peuvent tout autant invoquer l'existence d'une marque à leur profit. La directive n'a pas pour objet de réserver un droit intellectuel précis à certains opérateurs, de sorte que l'affectation éventuelle des droits de propriété intellectuelle de la requérante ne résulte que de la circonstance, qui ne lui est pas propre, qu'elle produit des substances actives.

L'affaire *Apple Computer International/Commission* (ordonnance du Tribunal du 19 février 2008, T-82/06, non encore publiée) a donné lieu à des précisions concernant la

<sup>6</sup> Arrêt du Tribunal du 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich et Autriche/Commission*, T-366/03 et T-235/04, Rec. p. II-4005, point 28.

<sup>7</sup> Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 6 septembre 2006, concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (JO L 264, p. 13).

<sup>8</sup> C-309/89, Rec. p. I-1853, points 21 et 22.

recevabilité des recours introduits contre les règlements de classement tarifaire. Selon la jurisprudence, de tels actes ont, en dépit de l'apparence concrète des descriptions qu'ils contiennent, une portée générale. Ils concernent, en effet, tous les produits répondant au type décrit et produisent leurs effets pour toutes les autorités douanières de la Communauté à l'égard de tous les importateurs<sup>9</sup>.

Le Tribunal considère que les circonstances que le classement déterminé au sein de la nomenclature combinée a été déclenché par une demande de renseignement tarifaire contraignant émanant de la partie requérante, qu'aucun autre produit similaire n'a fait l'objet d'une démonstration devant le comité de nomenclature et que, sur la base de la démonstration du fonctionnement du produit en cause, un projet de règlement de classement tarifaire se référant aux moniteurs en cause aurait été diffusé dans les États membres ne sont pas de nature à individualiser la requérante de manière à rendre le recours recevable. En effet, la participation d'un opérateur à la procédure d'adoption d'un acte n'est de nature à l'individualiser au regard de cet acte que lorsque la réglementation communautaire applicable lui accorde certaines garanties de procédure.

Si des circonstances similaires ont été prises en compte, dans l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, *Sony Computer Entertainment Europe/Commission*<sup>10</sup> (ci-après l'«arrêt Sony») pour déclarer un recours recevable, elles n'ont pas pu en être le facteur déterminant. Ce n'est qu'en égard aux circonstances exceptionnelles du cas d'espèce que, dans cette affaire, la requérante est reconnue comme individuellement concernée. De même, le Tribunal relève que, s'il ressort également de cet arrêt que le fait que la requérante soit le seul importateur autorisé du produit concerné constitue un élément pertinent, cela ne saurait suffire, en tant que tel, à démontrer son affectation individuelle. Enfin, dès lors que la description assez générale, dans le règlement attaqué, des marchandises concernées ainsi que l'absence de tout facteur visuel ou textuel faisant clairement référence à un opérateur économique concret excluaient toute atteinte individuelle, le Tribunal conclut qu'il n'y a pas lieu de considérer que sont réunies en l'espèce les circonstances exceptionnelles, au sens de l'arrêt Sony, donnant qualité pour agir à la requérante<sup>11</sup>.

## b) Affectation directe

Selon une jurisprudence constante, pour concerner directement un particulier, au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, l'acte communautaire entrepris doit produire directement des effets sur la situation juridique de l'intéressé et sa mise en œuvre doit

<sup>9</sup> Arrêt de la Cour du 14 février 1985, *Casteels/Commission*, 40/84, Rec. p. 667, point 11.

<sup>10</sup> T-243/01, Rec. p. II-4189.

<sup>11</sup> Il convient, à cet égard, de mentionner également l'ordonnance du 3 décembre 2008, *RSA Security Ireland/Commission* (T-227/06, non encore publiée, point 87), dans laquelle le Tribunal juge que la requérante n'a pas établi l'existence de circonstances exceptionnelles au sens de l'arrêt Sony, en relevant que l'existence d'une photographie du produit sur lequel le logo de la console de jeux de Sony était clairement visible avait joué une importance non négligeable dans l'appréciation de la recevabilité du recours.

revêtir un caractère purement automatique et découler de la seule réglementation communautaire, sans application d'autres règles intermédiaires<sup>12</sup>.

Le Tribunal juge, dans l'ordonnance du 14 mai 2008, *Icuna.com/Parlement* (T-383/06 et T-71/07, non encore publiée), qu'une décision du Parlement portant annulation d'une procédure d'appel d'offres pour la passation d'un marché public produit directement des effets sur la situation juridique d'une entreprise soumissionnaire dès lors que, s'agissant d'une annulation de l'ensemble de ladite procédure, ladite décision entraîne l'annulation d'une décision antérieure rejetant son offre, mais également celle d'une décision annulant une décision attribuant le marché à cette entreprise et d'une décision lui attribuant le marché.

### *Règles de concurrence applicables aux entreprises*

#### 1. Généralités

##### a) Autorité de la chose jugée

Dans l'arrêt du Tribunal du 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Compagnie maritime belge/Commission* (T-276/04, non encore publié), lorsque le juge communautaire, en raison d'un vice de forme, a annulé partiellement une décision de la Commission constatant une infraction aux règles de concurrence et infligeant une amende, la Commission peut, à bon droit, adopter une nouvelle décision visant à corriger les vices de forme sanctionnés par le juge et infliger une nouvelle amende sur le fondement des parties non annulées de la première décision. En outre, après épuisement des voies de recours ou expiration des délais prévus pour ces recours, les parties non annulées de la première décision de la Commission acquièrent l'autorité de la chose jugée de sorte que, dans le cadre d'un recours en annulation contre la nouvelle décision, l'entreprise sanctionnée ne saurait remettre en cause la matérialité de l'infraction, celle-ci ayant été constatée de manière définitive dans la première décision.

##### b) Délai raisonnable

Dans ce même arrêt, le Tribunal, rappelant que le règlement (CEE) n° 2988/74<sup>13</sup> a institué une réglementation complète régissant en détail les délais dans lesquels la Commission est en droit, sans porter atteinte à l'exigence fondamentale de sécurité juridique, d'infliger des amendes, juge que toute considération liée à l'obligation pour la Commission d'exercer son pouvoir d'infliger des amendes dans un délai raisonnable doit être écartée. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'invocation d'une prétendue violation des droits de la défense, car, aussi longtemps que la prescription prévue par ce règlement n'est

<sup>12</sup> Arrêt de la Cour du 5 mai 1998, *Dreyfus/Commission*, C-386/96 P, Rec. p. I-2309, point 43.

<sup>13</sup> Règlement (CEE) n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (JO L 319, p. 1).

pas acquise, toute entreprise faisant l'objet d'une enquête au titre du règlement n° 17<sup>14</sup> demeure dans l'incertitude quant à l'issue de cette procédure et l'infliction éventuelle de sanctions ou d'amendes. Ainsi, la prolongation de cette incertitude est inhérente aux procédures d'application du règlement n° 17 et ne constitue pas, en soi, une atteinte aux droits de la défense. S'agissant de l'application des règles de concurrence, le dépassement du délai raisonnable ne peut constituer un motif d'annulation que dans le cas d'une décision constatant des infractions, lorsqu'il est établi que cette violation a porté atteinte aux droits de la défense des entreprises concernées.

## 2. Apports dans le domaine de l'article 81 CE

### a) Application de l'article 81, paragraphe 1, CE

Dans l'arrêt du 8 juillet 2008, *AC-Treuhand/Commission* (T-99/04, non encore publié), le Tribunal juge que le fait qu'une entreprise ne soit pas active sur le marché sur lequel la restriction de concurrence se matérialise n'exclut pas sa responsabilité au titre de la participation à la mise en œuvre d'une entente. En l'espèce, la requérante, une entreprise de conseil, avait fourni divers services à trois producteurs de peroxydes organiques et avait joué un rôle essentiel dans le cadre de l'entente entre ces producteurs en organisant des réunions et en dissimulant des preuves de l'infraction.

### b) Droits de la défense et droit à un procès équitable

Dans ce même arrêt, le Tribunal juge que, lors de la prise de la première mesure d'instruction vis-à-vis d'une entreprise, telle qu'une demande de renseignements, la Commission est tenue d'informer celle-ci des présomptions d'infraction faisant l'objet de l'instruction menée et du fait qu'elle pourrait être amenée à retenir des griefs à l'égard de cette entreprise. En l'espèce, toutefois, le Tribunal estime que l'omission de la Commission à cet égard ne saurait entraîner l'annulation de la décision attaquée, dès lors que cette irrégularité n'a pas porté atteinte à l'efficacité de la défense de la requérante.

### c) Amendes

Le Tribunal fait application, dans l'arrêt du 18 juin 2008, *Hoechst/Commission* (T-410/03, non encore publié), de son pouvoir de pleine juridiction sur deux aspects. En premier lieu, il considère que la Commission a méconnu les principes de bonne administration et d'égalité de traitement. En effet, bien qu'elle ait affiché clairement son intention de ne pas divulguer aux entreprises coopérantes, en particulier à Hoechst, le fait que d'autres entreprises avaient entrepris des démarches pour obtenir une immunité d'amende, elle a assuré, dans le même temps, une autre entreprise qu'un «avertissement loyal» lui serait donné si une autre entreprise essayait de la devancer en matière de coopération.

<sup>14</sup> Règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81 CE] et [82 CE] (JO 1962, p. 204).

En l'espèce, eu égard à l'importance du respect par la Commission des principes de bonne administration et d'égalité de traitement, le Tribunal réduit le montant de l'amende infligée à Hoechst de 10 %.

En second lieu, le Tribunal considère que la Commission a commis une erreur en retenant la circonstance aggravante de meneur de l'entente à l'encontre de Hoechst, sans avoir toutefois qualifié de façon suffisamment claire et précise, dans la communication des griefs, les faits lui étant reprochés. Par ailleurs, certains éléments de fait retenus par la Commission ne permettent pas de conclure, de façon suffisamment précise, que le grief de meneur serait retenu à l'encontre de Hoechst. Le Tribunal en conclut que Hoechst n'a pas été en mesure de se défendre utilement.

Dans l'arrêt du 8 juillet 2008, *BPB/Commission* (T-53/03, non encore publié), le Tribunal considère que la réduction de l'amende octroyée par la Commission pour la coopération de BPB n'est pas suffisante dans la mesure où cette dernière a été le premier participant à la pratique anticoncurrentielle à communiquer, à la suite d'une demande de renseignements, mais en allant au-delà de ce que demandait la Commission, des informations complémentaires confirmant l'existence de l'entente. Par conséquent, ces éléments ont pu renforcer, de manière substantielle, l'argumentation de la Commission en ce qui concerne l'existence d'un plan global et ont ainsi permis d'augmenter substantiellement le montant des amendes au titre de la gravité de l'infraction. Le Tribunal accorde ainsi à BPB une réduction supplémentaire de 10 % du montant de l'amende.

Dans les arrêts du 8 octobre 2008, *Schunk et Schunk Kohlenstoff-Technik/Commission* (T-69/04, non encore publié) et *Carbone Lorraine/Commission* (T-73/04, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal rappelle que, s'agissant d'une entente sur les prix, il est légitime pour la Commission de déduire que l'infraction a eu des effets, du fait que les membres de l'entente ont pris des mesures pour appliquer les prix convenus. En effet, pour conclure à un impact sur le marché, il suffit que les prix convenus aient servi de base pour la fixation des prix de transaction individuels, limitant ainsi la marge de négociation des clients. En revanche, le Tribunal a jugé qu'il ne saurait être exigé de la Commission, lorsque la mise en œuvre d'une entente est établie, de démontrer systématiquement que les accords ont effectivement permis aux entreprises concernées d'atteindre un niveau de prix de transaction supérieur à celui qui aurait prévalu en l'absence d'entente. Une telle démonstration exigerait des ressources considérables, étant donné qu'elle nécessiterait le recours à des calculs hypothétiques, fondés sur des modèles économiques dont l'exactitude n'est que difficilement vérifiable par le juge et dont le caractère infaillible n'est nullement prouvé. En effet, pour apprécier la gravité de l'infraction, il est décisif de savoir que les membres de l'entente avaient fait tout ce qui était en leur pouvoir pour donner un effet concret à leurs intentions. Ce qui s'est passé ensuite, au niveau des prix de marché effectivement réalisés, était susceptible d'être influencé par d'autres facteurs, hors du contrôle des membres de l'entente. Ceux-ci ne sauraient porter à leur propre crédit, en en faisant des éléments justifiant une réduction de l'amende, des facteurs externes qui ont contrecarré leurs efforts.

En outre, le Tribunal estime que, même si, dans la requête, Schunk a contesté pour la première fois devant lui des faits qui lui étaient reprochés dans la communication des griefs et sur lesquels était fondé le constat d'une violation de l'article 81 CE, il n'y a pas

lieu de supprimer la réduction minimale de 10 % accordée à Schunk sur la base de la communication sur la coopération<sup>15</sup> comme le demandait la Commission. Le Tribunal relève, en effet, que les contestations en cause ont été rejetées en application de la jurisprudence selon laquelle sont considérés comme établis les faits qu'une entreprise a expressément reconnu dans le cadre de la procédure administrative, celle-ci n'étant plus libre de développer des moyens visant à les contester dans le cadre de la procédure contentieuse.

#### d) Notion de groupe et fixation du plafond de 10 % du montant de l'amende

Dans l'arrêt du 8 juillet 2008, *Knauf Gips/Commission* (T-52/03, non publié), le Tribunal souligne que, pour le calcul du plafond de 10 % du montant de l'amende, visé à l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, la Commission peut prendre en compte le chiffre d'affaires de toutes les entités qui constituent une unité économique au sens des dispositions du droit de la concurrence. En particulier, le Tribunal décide que, même s'il est vrai que la circonstance que le capital social de sociétés commerciales distinctes appartienne à une même personne ou à une même famille n'est pas suffisante, en tant que telle, pour établir l'existence, entre ces sociétés, d'une unité économique ayant pour conséquence que les agissements de l'une peuvent être imputés à l'autre et que l'une peut être tenue de payer une amende pour l'autre, il est possible de conclure à l'existence d'une unité économique au vu d'un ensemble d'éléments. Le Tribunal, en outre, rappelle notamment que la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales.

#### e) Imputabilité du comportement infractionnel

Durant l'année 2008, le Tribunal a notamment appliqué sa jurisprudence sur l'imputabilité du comportement infractionnel dans l'arrêt *Knauf Gips/Commission*, précité. Il rappelle à cet égard qu'il est possible d'imputer à une société l'ensemble des agissements d'un groupe, si cette société est identifiée comme étant la personne juridique qui, à la tête du groupe, est responsable de sa coordination.

### 3. Apports dans le domaine de l'article 82 CE

Dans l'arrêt du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission* (T-271/03, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal se prononce sur la légalité d'une décision de la Commission sanctionnant un abus par Deutsche Telekom de sa position dominante résidant dans la facturation de prix pour l'accès des concurrents au réseau («prestations intermédiaires») supérieurs aux prix de détail facturés aux abonnés de Deutsche Telekom. Cette tarification

<sup>15</sup> Communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JO 1996, C 207, p. 4).

sous la forme d'«effet de ciseaux» obligeait les concurrents à facturer à leurs abonnés des prix supérieurs à ceux que Deutsche Telekom facturait à ses propres abonnés. La Commission avait dès lors imposé une amende de 12,6 millions d'euros à Deutsche Telekom.

Le Tribunal relève que la Commission a pu constater à bon droit que Deutsche Telekom, tout en respectant le plafonnement des prix imposé par l'autorité de régulation des télécommunications et des postes allemande (ci-après la «RegTP»), disposait, du début de 1998 à la fin de 2001 ainsi qu'à compter de 2002 jusqu'à la date d'adoption de la décision, d'une marge de manœuvre suffisante pour éliminer ou réduire l'effet de ciseaux. Le Tribunal souligne, en outre, que le fait que les tarifs de Deutsche Telekom aient dû être approuvés par la RegTP n'élimine pas sa responsabilité au titre du droit de la concurrence. En tant qu'entreprise occupant une position dominante, Deutsche Telekom était tenue de présenter des demandes de modification de ses tarifs lorsque ceux-ci avaient pour effet de porter atteinte à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun.

S'agissant de la méthode utilisée par la Commission pour constater l'effet de ciseaux tarifaire, le Tribunal relève que le caractère abusif du comportement de Deutsche Telekom était lié à l'écart entre ses prix pour les prestations intermédiaires et ses prix de détail. La Commission n'était donc pas tenue de démontrer que les prix de détail auraient été abusifs en tant que tels.

C'est également à bon droit que la Commission a fondé son analyse relative au caractère abusif des pratiques tarifaires uniquement par référence aux tarifs et aux coûts de Deutsche Telekom en faisant abstraction de la position spécifique des concurrents sur le marché. À cet égard, le Tribunal relève que, si la légalité des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante dépendait de la situation spécifique des entreprises concurrentes, et notamment de la structure des coûts de celles-ci, qui sont des données qui ne sont généralement pas connues de l'entreprise dominante, cette dernière ne serait pas à même d'apprécier la légalité de ses propres comportements.

Enfin, le Tribunal rappelle que les prérogatives des autorités nationales au titre du droit communautaire des télécommunications n'affectent nullement la compétence de la Commission pour constater les infractions au droit de la concurrence. Il ne saurait donc être reproché à la décision de la Commission d'impliquer une double régulation des tarifs pratiqués par Deutsche Telekom en sanctionnant celle-ci pour ne pas avoir usé de sa marge de manœuvre afin d'éliminer l'effet de ciseaux.

## *Aides d'État*

### 1. Recevabilité

La jurisprudence de cette année apporte notamment des précisions quant aux notions, premièrement, de personne individuellement concernée par une décision de la Commission relative à un régime d'aides, deuxièmement, d'acte produisant des effets juridiques obligatoires et, troisièmement, d'intérêt à agir.

Dans son arrêt du 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani e.a./Commission* (T-254/00, T-270/00 et T-277/00, non encore publié), le Tribunal déclare recevables les recours, introduits par certains bénéficiaires de réductions et/ou exonérations de charges sociales accordées aux entreprises implantées sur le territoire insulaire de Venise et de Chioggia, contre une décision de la Commission ayant considéré ces mesures comme un régime d'aides incompatible avec le marché commun et exigé que la République italienne récupère auprès des bénéficiaires les aides versées. En effet, bien qu'une décision relative à un régime d'aides ait une portée générale, le fait d'appartenir au cercle fermé des bénéficiaires effectifs de ce régime d'aides, parfaitement identifiables et spécialement affectés par l'obligation de restituer les aides à l'État, suffit à caractériser chacun d'eux par rapport à tout autre sujet. Si, comme le soutenait la Commission, la qualité pour agir d'un bénéficiaire effectif d'un régime d'aides était subordonnée à l'examen de sa situation individuelle dans la décision de la Commission déclarant l'incompatibilité du régime en cause, cette qualité pour agir dépendrait du choix de ladite institution de procéder ou non à un tel examen individuel, sur la base des informations qui lui ont été transmises pendant la procédure administrative. Cette solution générerait une incertitude juridique, dans la mesure où la connaissance, par la Commission, des situations individuelles concrètes relève fréquemment de coïncidences.

En ce qui concerne la notion d'acte produisant des effets juridiques obligatoires, le Tribunal, dans l'arrêt du 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission* (T-233/04, non encore publié, sous pourvoi), portant sur une décision de la Commission ayant qualifié d'aide d'État compatible avec le marché commun le système d'échange de droits d'émission pour les oxydes d'azote notifié par le Royaume des Pays-Bas, juge que cet État membre, qui avait demandé à la Commission de déclarer que ledit système ne constituait pas une aide, est recevable à attaquer la décision en question. En tant que requérant privilégié, il doit justifier non pas d'un intérêt à agir, mais uniquement de ce que la décision attaquée produit des effets juridiques. Tel est le cas en l'espèce, dès lors que la qualification dudit système d'aide d'État, d'une part, a eu pour effet de permettre à la Commission d'examiner la compatibilité de la mesure en cause avec le marché commun et a par ailleurs entraîné l'application de la procédure prévue pour les régimes d'aides existants et, d'autre part, peut avoir une incidence sur l'octroi d'une nouvelle aide en vertu des règles relatives au cumul d'aides d'origines diverses, prévues notamment dans l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement<sup>16</sup>.

S'agissant de l'intérêt à agir, le Tribunal précise, dans l'arrêt du 9 juillet 2008, *Alitalia/Commission* (T-301/01, non encore publié), qu'Alitalia, entreprise ayant bénéficié d'une dotation en capital qualifiée par la Commission d'aide d'État compatible avec le marché commun sous réserve du respect de certaines conditions, conserve un intérêt personnel à l'annulation de celle-ci, et ce même après qu'elle a obtenu, à la suite d'une autre décision de la Commission, le versement de l'intégralité de cette aide. En effet, la décision attaquée servant de base légale à celle autorisant le versement de la dernière tranche de l'aide, la seconde décision aurait été privée de base juridique si le Tribunal avait annulé la décision attaquée en ce qu'elle qualifiait la mesure en cause d'aide d'État. Par ailleurs, dans ce même arrêt, le Tribunal juge que, bien que la décision attaquée ait été prise sous réserve du respect

<sup>16</sup> JO 2001, C 37, p. 3.

de certaines conditions que les autorités italiennes s'étaient engagées à respecter, Alitalia est recevable à soulever un moyen dirigé contre ces conditions, puisque ces dernières sont imputables à la Commission, qui possède une compétence exclusive en ce qui concerne la constatation de l'incompatibilité éventuelle d'une aide avec le marché commun.

Concernant l'intérêt à agir du bénéficiaire d'une aide déclarée par la Commission partiellement compatible avec le marché commun, le Tribunal juge, dans l'arrêt du 22 octobre 2008, *TV 2/Danmark e.a./Commission* (T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, non encore publié), que les conditions dans lesquelles la Commission a apprécié la compatibilité des aides en cause interdisent d'examiner la recevabilité du recours en scindant la décision attaquée en deux parties, l'une qualifiant les mesures litigieuses d'aides d'État partiellement incompatibles avec le marché commun, l'autre les qualifiant d'aides d'État partiellement compatibles. En effet, la Commission a vérifié si l'ensemble des mesures de financement étatique concernées représentait une somme dépassant les coûts nets d'un service d'intérêt économique général.

Par ailleurs, le Tribunal relève que l'intérêt à agir peut se déduire de l'existence d'un «risque» avéré que la situation juridique des requérantes soit affectée par des actions en justice, ou encore de ce que le «risque» d'actions en justice est né et actuel à la date d'introduction du recours devant le Tribunal. Or, TV 2 fait l'objet d'une action judiciaire au niveau national introduite par un concurrent et visant la réparation du préjudice que celui-ci aurait subi du fait que l'aide d'État perçue par TV 2 aurait permis à cette dernière de mener, pour la vente de ses espaces publicitaires, une stratégie de prix bas. Le Tribunal, tout en constatant que TV 2 l'a saisi avant l'engagement par le concurrent de cette action, considère que le caractère né et actuel du risque d'action en justice au jour de l'introduction du recours de TV 2 est démontré par sa matérialisation sous la forme de l'action judiciaire pendante devant le juge national.

## 2. Règles de fond

### a) Attribution d'un avantage économique

Dans l'affaire *SIC/Commission* (arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, T-442/03, non encore publié), ayant pour objet un recours contre une décision de la Commission déclarant notamment que certaines mesures adoptées par la République portugaise à l'égard de la Radiotelevisão Portuguesa (ci-après la «RTP»), société chargée du service public de la télévision portugaise, ne constituent pas des aides d'État et que les autres mesures sont compatibles avec le marché commun, la requérante faisait notamment valoir que, au moment d'une émission obligataire, la RTP avait bénéficié d'une garantie implicite de l'État, laquelle expliquait qu'elle ait pu placer cette émission sur le marché malgré sa situation financière dégradée. Après avoir constaté, d'une part, que la RTP était une société anonyme, pour les dettes de laquelle la République portugaise, actionnaire à 100 %, n'était pas soumise à une obligation de remboursement illimitée, et, d'autre part, que le prospectus de l'émission obligataire en cause ne stipulait aucune garantie de la part de l'État, le Tribunal juge que le fait que le marché ait accepté de souscrire à l'émission obligataire de 1994 parce qu'il aurait estimé que l'État en garantirait de facto

le remboursement ne permet pas de conclure à l'existence d'une aide d'État. Seules des constatations objectives menant à la conclusion que l'État serait juridiquement tenu de rembourser cette émission en cas de défaillance de la RTP permettraient de retenir l'existence d'une garantie d'État.

Dans l'arrêt *Hotel Cipriani e.a./Commission*, précité, les entreprises bénéficiaires d'exonérations de charges sociales soutenaient que ces exonérations ne leur conféraient aucun avantage économique du fait qu'elles compensaient les surcoûts engendrés par les désavantages structurels dans la zone lagunaire dans laquelle elles étaient implantées. Le Tribunal constate que les entreprises n'ont pas démontré l'existence d'un rapport direct entre les coûts supplémentaires effectivement supportés et le montant de l'aide reçue. Le seul fait que les entreprises implantées dans la lagune soient exposées à des coûts plus élevés que sur la terre ferme ne permet pas de déduire que le régime ne leur confère aucun avantage et n'introduit pas une discrimination à l'égard de leurs concurrents, en Italie ou dans d'autres États membres.

#### b) Caractère sélectif d'une aide

Dans l'arrêt *Pays-Bas/Commission*, précité, le Tribunal établit que le système d'échange de droits d'émission pour les oxydes d'azote (NO<sub>x</sub>) adopté par le Royaume des Pays-Bas ne constitue pas une aide d'État. En effet, d'une part, toutes les installations industrielles des Pays-Bas dont la capacité thermique totale installée dépasse un seuil donné, sans aucune considération géographique ou sectorielle, sont soumises au plafond d'émission de NO<sub>x</sub> fixé par la mesure en cause et peuvent bénéficier de l'avantage qu'offre la négociabilité des droits d'émission prévue par cette mesure. Visant les entreprises les plus polluantes, le système en cause utilise un critère objectif et conforme à la poursuite de l'objectif de protection de l'environnement. D'autre part, seules les entreprises relevant de ce régime se voient imposer, sous peine d'amende, une norme d'émission ou un taux de performance standard strict. Dès lors, la situation factuelle et juridique des entreprises soumises à ce plafond d'émission de NO<sub>x</sub> ne saurait être jugée comme étant comparable à celle des entreprises auxquelles ce plafond ne s'applique pas. En tout état de cause, à supposer même que la mesure en cause introduise une différenciation entre entreprises et soit, partant, a priori sélective, cette différenciation résulterait de la nature ou de l'économie du système dans lequel elle s'inscrit et ne remplirait donc pas la condition de sélectivité. En effet, des considérations d'ordre écologique justifient de distinguer les entreprises émettant de fortes quantités de NO<sub>x</sub> des autres entreprises.

En revanche, dans l'arrêt *SIC/Commission*, précité, le Tribunal juge que la Commission n'a pas établi à suffisance de droit que certains avantages dont la RTP a bénéficié (exonération des frais de notaire, des frais d'enregistrement ainsi que des coûts de publication relatifs à la transformation de cette entreprise en société anonyme par la voie législative) ne remplissent pas la condition de la sélectivité au motif qu'ils se justifient par la nature ou l'économie générale du système dans lequel ils s'inscrivent. En effet, d'une part, la Commission n'a pas examiné la question de savoir si le recours à l'instrument législatif, qui entraînait l'exonération des frais de notaire, n'avait pas été choisi dans le but de faire échapper les entreprises publiques à des charges, mais s'inscrivait simplement dans la

logique du système juridique portugais. D'autre part, la Commission aurait dû établir s'il était dans la logique du système juridique portugais que la transformation de la RTP en société anonyme intervienne non de la manière normalement prévue pour les sociétés privées, c'est-à-dire par un acte notarié (avec toutes les conséquences de droit commun qui en découlent, en termes de formalités d'enregistrement et de publicité), mais par une loi.

L'affaire *Government of Gibraltar et Royaume-Uni/Commission* (arrêt du 18 décembre 2008, T-211/04 et T-215/04, non encore publié) a permis au Tribunal de fournir de nouvelles précisions concernant la condition de la sélectivité.

En août 2002, le Royaume-Uni a notifié à la Commission la réforme envisagée par le gouvernement de Gibraltar concernant l'impôt sur les sociétés, laquelle comprenait l'instauration de trois impôts: une taxe d'enregistrement, un impôt sur le nombre de salariés et un impôt sur l'occupation de locaux professionnels (business property occupation tax, ci-après le «BPOT»), étant entendu que l'assujettissement à ces deux derniers serait plafonné à 15 % des bénéfices. La Commission a considéré que cette réforme était sélective sur le plan régional dans la mesure où elle prévoyait que les sociétés situées à Gibraltar soient imposées à un taux moindre que celles situées au Royaume-Uni. De plus, elle a considéré que trois aspects de la réforme fiscale étaient sélectifs sur le plan matériel: premièrement, la condition de dégager des bénéfices avant d'être assujetti à l'impôt sur le nombre de salariés et au BPOT, cette condition favorisant les entreprises qui n'en dégageraient aucun; deuxièmement, le plafond de 15 % des bénéfices appliqué à l'assujettissement à l'impôt sur le nombre de salariés et au BPOT, ce plafond favorisant les entreprises qui, pour l'exercice fiscal en cause, auraient des bénéfices peu élevés par rapport à leur nombre de salariés et à l'occupation de locaux professionnels; troisièmement, l'impôt sur le nombre de salariés et le BPOT, ces deux impôts favorisant, par nature, les entreprises qui n'auraient pas de réelle présence physique à Gibraltar.

Faisant application des conditions énoncées par la jurisprudence relative aux aides octroyées par les entités infra-étatiques<sup>17</sup>, le Tribunal juge que le cadre de référence pour apprécier la sélectivité régionale de la réforme fiscale en cause correspond exclusivement au territoire de Gibraltar et que, dès lors, aucune comparaison ne peut être effectuée avec le système applicable au Royaume-Uni.

Pour ce qui a trait à la sélectivité matérielle, le Tribunal note que la qualification d'une mesure fiscale sélective suppose une analyse en trois étapes. Dans un premier temps, la Commission doit identifier et examiner le régime «normal» du système fiscal applicable dans la zone géographique constituant le cadre de référence pertinent. C'est par rapport à ce régime fiscal «normal» que, dans un deuxième temps, la Commission est tenue d'établir l'éventuel caractère sélectif de l'avantage octroyé par la mesure fiscale en cause. Si la Commission démontre l'existence de dérogations au régime fiscal «normal» ayant pour conséquence une différenciation entre entreprises, l'État membre concerné peut apporter la preuve que cette différenciation est justifiée par la nature et par l'économie de son système fiscal. Dans cette éventualité, dans un troisième temps, la Commission doit vérifier que tel est effectivement le cas. À cet égard, le Tribunal ajoute que, dans l'hypothèse où

<sup>17</sup> Arrêt de la Cour du 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, C-88/03, Rec. p. I-7115, point 67.

la Commission omet d'effectuer les première et deuxième étapes précitées, elle ne peut entamer la troisième sous peine d'outrepasser les limites de son contrôle. En effet, une telle approche serait susceptible, d'une part, de permettre à la Commission de se substituer à l'État membre pour ce qui est de la détermination de son système fiscal et de son régime «normal» et, d'autre part, de mettre ainsi l'État membre dans l'impossibilité de justifier les différenciations en cause par la nature et par l'économie du système fiscal notifié.

Constatant que la Commission n'a ni identifié au préalable le régime «normal» du système fiscal notifié, ni remis en cause la qualification retenue à cet égard par les autorités de Gibraltar, le Tribunal considère qu'il était impossible pour cette institution d'établir que certains des éléments du système fiscal notifié revêtaient un caractère dérogatoire, et donc a priori sélectif, par rapport à son régime «normal». De même, le Tribunal estime qu'il était impossible pour la Commission d'apprécier correctement si d'éventuelles différenciations entre entreprises pouvaient être justifiées par la nature ou par l'économie du système fiscal notifié.

#### c) Critère de l'investisseur privé en économie de marché

Dans l'arrêt du 17 décembre 2008, *Ryanair/Commission* (T-196/04, non encore publié), le Tribunal annule la décision par laquelle la Commission a examiné séparément deux accords conclus par la compagnie aérienne Ryanair avec, respectivement, la Région wallonne, propriétaire de l'aéroport de Charleroi, et Brussels South Charleroi Airport (ci-après «BSCA»), entreprise publique contrôlée par la Région wallonne gérant et exploitant cet aéroport. Aux termes de la décision attaquée, ces deux accords comportaient des aides d'État incompatibles avec le marché commun. La Commission a, notamment, constaté que la Région wallonne avait conclu le premier accord avec Ryanair en tant que puissance publique, et que, dès lors, son rôle dans cet accord ne pouvait pas être examiné en application du principe de l'investisseur privé en économie de marché. Le Tribunal relève, d'abord, que, BSCA étant une entité économiquement dépendante de la Région wallonne, la Commission aurait dû les considérer comme une seule et même entité. Ensuite, il constate que, en concluant son accord avec Ryanair, la Région wallonne a exercé une activité de nature économique. En effet, le seul fait que cette activité soit exécutée sur le domaine public ne signifiait pas qu'elle relevait de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Par ailleurs, la seule circonstance que la Région wallonne dispose de pouvoirs de nature réglementaire en matière de fixation des redevances aéroportuaires n'exclut pas que l'examen d'un système de rabais desdites redevances doive s'effectuer à la lumière du principe de l'investisseur privé en économie de marché.

#### d) Application ratione temporis des dérogations à l'interdiction des aides d'État

Dans l'affaire *SIDE/Commission* (arrêt du Tribunal du 15 avril 2008, T-348/04, non encore publié), la Commission avait appliqué la dérogation relative aux mesures destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, prévue à l'article 87, paragraphe 3, sous d), CE, disposition entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993, à une aide accordée par la France avant cette date. Après avoir rappelé que les règles communautaires de droit matériel ne visent pas, en principe, les situations acquises antérieurement à leur entrée en

vigueur, et précisé que cette conclusion s'impose indépendamment des effets favorables ou défavorables que ces règles pourraient avoir pour les intéressés, le Tribunal juge, d'une part, que toute aide d'État nouvelle est nécessairement incompatible avec le marché commun si elle était susceptible de fausser la concurrence durant la période au cours de laquelle elle a été versée et si elle ne relevait d'aucune dérogation et, d'autre part, qu'une fois ses effets produits, le caractère compatible ou incompatible de l'aide en question avec le marché commun devient définitivement acquis. Dès lors, l'analyse de la compatibilité d'une aide avec le marché commun n'exigeant pas seulement d'apprécier si, au moment de l'adoption de la décision correspondante, l'intérêt communautaire commandait que l'aide soit restituée ou non, la Commission doit aussi vérifier si l'aide en question, durant la période au cours de laquelle elle a été versée, était susceptible de fausser la concurrence. Sur la base de ces considérations, le Tribunal conclut que la Commission, en appliquant la dérogation susmentionnée à la période antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 1993, a commis une erreur de droit.

#### e) Services d'intérêt économique général

L'affaire *BUPA e.a./Commission* (arrêt du Tribunal du 12 février 2008, T-289/03, non encore publié) a permis au Tribunal de développer sa jurisprudence relative à la question de savoir si les compensations qu'une entreprise reçoit en contrepartie d'un service d'intérêt économique général (ci-après «SIEG») qu'elle assure constituent ou non une aide d'État. Le litige portait sur l'organisation du système d'assurance maladie privée (ci-après «AMP») en Irlande, qui avait fait l'objet entre 1994 et 1996 d'une libéralisation, dans le contexte de laquelle le Voluntary Health Insurance Board (VHI) avait été mis en concurrence avec d'autres opérateurs, dont la requérante. Dans le cadre de cette libéralisation, l'établissement d'un système d'égalisation des risques (ci-après «RES») géré par la Health Insurance Authority (ci-après la «HIA») avait été prévu. En substance, le RES constitue un mécanisme prévoyant, d'une part, le paiement d'une redevance à la HIA par les assureurs AMP ayant un profil de risque moindre que le profil de risque moyen du marché et, d'autre part, le paiement correspondant par la HIA aux assureurs AMP ayant un profil de risque plus élevé que le profil moyen. Le mécanisme précise les différents seuils de déclenchement des paiements RES. La Commission, saisie d'une plainte de la part de BUPA ainsi que de la notification du RES de la part de l'Irlande, avait décidé que les paiements découlant du RES constituaient une indemnisation destinée à compenser des obligations de SIEG, à savoir des obligations visant à assurer à toute personne vivant en Irlande un niveau minimal de services AMP au même prix, indépendamment de leur état de santé, de leur âge ou de leur sexe (ci-après les «obligations AMP») <sup>18</sup>.

Le Tribunal juge que, même si, à l'époque de l'analyse de la Commission, l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg* <sup>19</sup> (ci-après l'«arrêt Altmark»), n'avait pas encore été rendu, c'était à l'aune des quatre conditions que la Cour y a énoncées (ci-après les «conditions Altmark») qu'il convenait d'examiner la légalité de la décision attaquée. En effet, d'une part, la Cour n'a pas limité dans le temps

<sup>18</sup> Décision C (2003) 1322 final, du 13 mai 2003 (aide d'État N 46/2003-Irlande).

<sup>19</sup> C-280/00, Rec. p. I-7747.

la portée des énonciations faites dans l'arrêt *Altmark*, et, d'autre part, l'interprétation par la Cour d'une disposition de droit communautaire se limite à éclairer et à préciser la signification et la portée de celle-ci, telle qu'elle aurait dû être comprise et appliquée, y compris par les institutions communautaires, depuis le moment de son entrée en vigueur. Le Tribunal précise que, en l'espèce, les conditions *Altmark*, qui par ailleurs ont une portée qui se recoupe dans une large mesure avec celle des critères de l'article 86, paragraphe 2, CE, doivent être appliquées conformément à l'esprit et à la finalité qui ont présidé à leur énoncé, mais de manière adaptée aux données particulières de la présente affaire.

Dans le cadre de la première condition *Altmark*, selon laquelle l'entreprise bénéficiaire de la compensation doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies, le Tribunal constate que le droit communautaire n'offre ni une définition réglementaire claire et précise de la notion de mission de SIEG, ni un concept juridique établi fixant, de manière définitive, les conditions devant être réunies pour qu'un État membre puisse valablement invoquer l'existence et la protection d'une mission de SIEG. Ainsi, les États membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG, et cette définition ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste. Ce large pouvoir d'appréciation n'implique cependant pas qu'un État membre est dispensé de l'obligation de veiller à ce que la mission de SIEG qu'il invoque satisfait certains critères minimaux (notamment la présence d'un acte de puissance publique investissant les opérateurs en cause de la mission et le caractère universel et obligatoire de celle-ci) communs à toute mission de SIEG au sens du traité CE, et de démontrer que ces critères sont bien satisfaits dans le cas d'espèce. L'absence de preuve par l'État membre du respect de ces critères peut constituer une erreur manifeste d'appréciation que la Commission est tenue de sanctionner. En outre, l'État membre doit indiquer les raisons pour lesquelles il estime que le service en cause mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG. En effet, sans une telle motivation, un contrôle, même marginal, de la part des institutions communautaires ne serait pas possible. Le Tribunal précise, par ailleurs, que l'attribution d'une mission de SIEG ne présuppose pas forcément l'octroi à l'opérateur qui en est chargé d'un droit exclusif ou spécial pour l'accomplir, et que cette attribution peut également consister en une obligation imposée à une multitude voire à l'ensemble des opérateurs actifs sur un même marché. En revanche, les conditions indispensables pour caractériser l'existence d'une mission de SIEG sont ses caractères obligatoire et universel: si le premier implique que le prestataire soit obligé de contracter, à des conditions constantes, sans pouvoir écarter l'autre partie contractante, le second n'implique pas que le service en cause doive forcément être fourni à l'intégralité de la population d'un État membre, pourvu qu'il soit offert à des tarifs uniformes et non discriminatoires et à des conditions de qualité similaires pour tous les clients. En appliquant ces critères au cas d'espèce, le Tribunal juge que le RES remplit la première condition *Altmark*.

S'agissant de la deuxième condition *Altmark*, prévoyant que les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation pour l'exercice de la mission de SIEG doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, le Tribunal constate qu'elle est aussi satisfaite en l'espèce. En effet, l'éventuel pouvoir des autorités irlandaises dans le calcul des paiements RES ne serait pas, en soi, incompatible avec l'existence de paramètres objectifs et transparents. Par ailleurs, la seule complexité des formules économiques et mathématiques qui régissent les calculs à effectuer n'affecte pas le caractère précis et clairement déterminé des paramètres pertinents.

Dans le cadre de l'examen de la troisième condition Altmark, selon laquelle la compensation doit être nécessaire et proportionnée par rapport aux coûts occasionnés par l'exécution de la mission de SIEG, le Tribunal observe que les paiements RES ne visent pas à compenser d'éventuels coûts ou surcoûts liés à une prestation précise de certains services AMP, mais uniquement à égaliser les charges supplémentaires qui sont réputées résulter d'un différentiel négatif de profil de risque d'un assureur AMP par rapport au profil de risque moyen du marché. Cela n'implique pourtant pas la violation de la condition en cause. En effet, dès lors que le système de compensation visé en l'espèce diffère radicalement, notamment, de celui examiné dans l'arrêt Altmark, il ne peut obéir strictement à la troisième condition Altmark, qui exige de pouvoir déterminer les coûts occasionnés par l'exécution d'une obligation de SIEG. Toutefois, la quantification des surcoûts au moyen d'une comparaison entre le profil de risque réel d'un assureur AMP et un profil de risque moyen du marché, au vu des montants remboursés par l'ensemble des assureurs AMP soumis au RES, est conforme à la finalité et à l'esprit de ladite condition, le calcul de la compensation étant fondé sur des éléments objectifs concrets, clairement identifiables et contrôlables.

Quant à la quatrième condition Altmark, exigeant que les coûts supportés pour l'exécution de la mission de SIEG correspondent à ceux d'une entreprise efficiente, le Tribunal juge que la Commission pouvait valablement considérer que, en l'espèce, une comparaison entre les bénéficiaires potentiels des paiements RES et un opérateur efficient n'était pas nécessaire. Il convient de tenir compte du fait que ladite condition n'est pas applicable, de manière stricte, au système RES, en raison des deux spécificités suivantes: la neutralité du système de compensation constitué par le RES par rapport aux recettes et aux bénéfices des assureurs AMP et la particularité des surcoûts liés à un profil de risque négatif desdits assureurs<sup>20</sup>.

D'autres arrêts ont permis au Tribunal de compléter en 2008 la grille d'analyse applicable aux compensations relatives à l'accomplissement d'un SIEG.

Dans l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Deutsche Post/Commission* (T-266/02, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal souligne, d'abord, que, lorsque des ressources d'État ont été octroyées en compensation de surcoûts liés à l'accomplissement d'un SIEG dans le respect des conditions Altmark, la Commission ne saurait, sous peine de priver l'article 86, paragraphe 2, CE de tout effet utile, qualifier d'aide d'État les ressources publiques octroyées si leur montant total reste inférieur aux surcoûts engendrés par l'accomplissement de ladite mission de SIEG. Ainsi, si la Commission omet de vérifier si le montant des compensations excède les surcoûts liés à un SIEG, elle ne démontre pas à suffisance de droit que cette compensation confère un avantage au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et est ainsi susceptible de constituer une aide d'État. Par ailleurs, lorsque la Commission n'a opéré aucun examen ni aucune appréciation à cet égard, il n'appartient pas au juge communautaire d'effectuer, à la place de ladite institution, un examen auquel elle n'a procédé à aucun moment, en supputant les conclusions auxquelles elle serait parvenue au terme de celui-ci.

<sup>20</sup> Dans l'arrêt *Hotel Cipriani e.a./Commission*, précité, le Tribunal confirme que, en ce qui concerne les décisions rendues par la Commission antérieurement à l'arrêt Altmark, il convient d'examiner si l'approche globale suivie est compatible avec la substance des conditions Altmark.

Dans l'arrêt *SIC/Commission*, précité, le Tribunal déclare que la République portugaise n'était pas tenue d'organiser une mise en concurrence préalablement à l'attribution du SIEG de la télévision à la RTP. En effet, la spécificité de la radiodiffusion de service public, en particulier son lien avec les besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société, explique et justifie qu'un État membre ne soit pas tenu de recourir à une mise en concurrence pour l'attribution du SIEG de la radiodiffusion, tout au moins lorsqu'il décide d'assurer lui-même ce service public par l'intermédiaire, comme en l'espèce, d'une société publique.

Le Tribunal relève que les États membres sont compétents pour définir le SIEG de la radiodiffusion de manière à comporter la diffusion d'un large éventail de programmes, tout en autorisant l'opérateur en charge du SIEG à exercer des activités commerciales telles que la vente d'espaces publicitaires. Si tel n'était pas le cas, la définition même du SIEG de la radiodiffusion dépendrait de son mode de financement, alors qu'un SIEG, par hypothèse, se définit par rapport à l'intérêt général qu'il vise à satisfaire et non par rapport aux moyens qui assureront sa fourniture.

S'agissant du contrôle du respect par la RTP de son mandat de service public, le Tribunal a précisé que seul l'État membre était à même d'apprécier le respect par le radiodiffuseur de service public des normes de qualité définies dans son mandat. La Commission doit se limiter à la constatation de l'existence, au niveau national, d'un mécanisme de contrôle indépendant, ce qui était le cas en l'espèce. En ce qui concerne la proportionnalité des financements aux coûts du service public, le Tribunal conclut que, en n'ayant pas demandé à la République portugaise la communication de certains rapports d'audit de la RTP, la Commission a violé son obligation d'examen. En effet, la Commission ne peut omettre de demander la communication d'éléments d'information dont il apparaît qu'ils sont de nature à confirmer ou à infirmer d'autres éléments d'information pertinents pour l'examen de la mesure en cause, mais dont la fiabilité ne peut être considérée comme suffisamment établie.

Le Tribunal précise, en outre, dans l'arrêt *TV 2/Danmark e.a./Commission*, précité, que le SIEG de la radiodiffusion ne doit pas nécessairement se limiter à la diffusion d'émissions non rentables. L'allégation selon laquelle l'entreprise TV 2 chargée du SIEG (TV 2) serait inévitablement amenée à subventionner son activité commerciale par le financement étatique du service public, est considérée par le Tribunal comme renvoyant tout au plus à un risque qu'il revenait aux États membres de prévenir et à la Commission, le cas échéant, de sanctionner. Par ailleurs, quant à la liberté laissée par les autorités danoises à TV 2 dans la définition concrète de sa programmation, le Tribunal constate qu'il n'est en rien anormal qu'un radiodiffuseur de service public jouisse, sous réserve de respecter les exigences qualitatives, d'une indépendance éditoriale par rapport au pouvoir politique dans le choix des programmes.

#### f) Aides visant à remédier aux dommages causés par des événements extraordinaires

Selon l'article 87, paragraphe 2, sous b), CE, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun les aides accordées pour remédier aux dommages causés par des événements extraordinaires.

À la suite des attentats du 11 septembre 2001, la Commission a adopté, le 10 octobre 2001, une communication<sup>21</sup> dans laquelle elle a estimé que cette disposition pouvait autoriser l'indemnisation, notamment, des coûts engendrés par la fermeture de l'espace aérien américain du 11 au 14 septembre 2001. Dans l'arrêt du 25 juin 2008, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission* (T-268/06, non encore publié), le Tribunal annule partiellement la décision de la Commission déclarant incompatible avec le marché commun la partie des aides accordées par la République hellénique pour remédier aux pertes dues à l'annulation de vols prévus en dehors de la période visée par ladite communication. Le Tribunal juge que, si l'article 87, paragraphe 2, sous b), CE, ne permet de compenser que les désavantages économiques causés directement par des événements extraordinaires, l'existence d'un lien direct peut être reconnue même si le dommage est, comme en l'espèce, né peu de temps après la période susmentionnée.

### 3. Règles procédurales

Enfin, la jurisprudence de 2008 permet de clarifier les obligations qui incombent à la Commission lorsqu'elle adopte une deuxième décision relative à une aide d'État ayant fait l'objet d'une décision annulée par le Tribunal. Dans l'arrêt *Alitalia/Commission*, précité, ce dernier juge qu'il n'existe, pour la Commission, aucune obligation de rouvrir dans un tel cas la procédure formelle d'examen, les illégalités sanctionnées par le Tribunal ne remontant à l'ouverture de la procédure. En outre, la Commission n'était pas tenue d'offrir à nouveau à des tiers intéressés, dont le droit de faire valoir leurs observations avait été assuré, dans le cadre de la première décision, par la publication d'une communication au Journal officiel de sa décision d'ouvrir une procédure formelle d'examen, cette même possibilité dans le cadre de l'adoption de la seconde décision.

#### *Marque communautaire*

Les décisions relatives à l'application du règlement (CE) n° 40/94<sup>22</sup> continuent à représenter en 2008 un nombre important (171) des affaires clôturées par le Tribunal, bien qu'elles en constituent un pourcentage moins élevé par rapport à celui enregistré en 2007.

### 1. Motifs absolus de refus d'enregistrement

Pour la première fois, dans l'arrêt du 12 novembre 2008, *Lego Juris/OHMI – Mega Brands (brique de Lego)* (T-270/06, non encore publié), concernant une procédure de nullité, le Tribunal se prononce sur la portée du motif absolu de refus prévu à l'article 7, paragraphe 1, sous e), point ii) du règlement n° 40/94, selon lequel sont refusés à l'enregistrement les signes constitués exclusivement par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique. Le Tribunal juge que ladite disposition s'oppose à l'enregistrement de toute forme constituée exclusivement, dans ses caractéristiques essentielles, de la forme

<sup>21</sup> COM (2001) 574 final.

<sup>22</sup> Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1).

du produit techniquement causale et suffisante à l'obtention du résultat technique visé, même si ce résultat peut être atteint par d'autres formes employant la même, ou une autre, solution technique. Ces caractéristiques sont à déterminer de manière objective, à partir de la représentation graphique de la forme concernée et des éventuelles descriptions déposées lors de la demande de marque, et non sur la base de la perception du consommateur ciblé.

À l'occasion d'une autre procédure de nullité, le Tribunal, dans l'arrêt du 15 octobre 2008, *Powerserv Personalservice/OHMI – Manpower (MANPOWER)* (T-405/05, non encore publié, sous pourvoi), précise sur quelle étendue géographique le public pertinent est susceptible de percevoir comme descriptif le signe constitué par le mot anglais «manpower». À cet égard, il juge que cela peut même être le cas dans les États membres non anglophones, pourvu que, premièrement, ce mot anglais soit entré dans la langue du pays en cause et puisse y être utilisé à la place du terme de cette langue signifiant «force de travail» ou «main-d'œuvre» ou que, deuxièmement, dans le contexte dont relèvent les produits et les services protégés par la marque MANPOWER, l'anglais soit utilisé, ne fût-ce qu'alternativement avec la langue nationale, pour s'adresser aux membres du public pertinent. En application de ces critères, le Tribunal conclut que la chambre de recours a, à juste titre, considéré que le signe en cause est descriptif en Allemagne et en Autriche, alors qu'elle a à tort estimé qu'il en est de même aux Pays-bas, en Suède et au Danemark. D'autres développements concernant le rôle de la connaissance des langues par le public pertinent figurent dans l'arrêt du 26 novembre 2008, *New Look/OHMI (NEW LOOK)* (T-435/07, non publié), dans lequel le Tribunal juge que, une compréhension de base de l'anglais par le grand public des pays scandinaves, des Pays-Bas et de la Finlande étant un fait notoire, la chambre de recours a pu, à bon droit, considérer que le signe NEW LOOK, expression banale qui relève de l'anglais courant et ne présente aucune difficulté linguistique, est dépourvu de tout caractère distinctif dans ces pays.

Un autre apport marquant de la jurisprudence de cette année en ce domaine concerne la portée du renvoi que l'article 7, paragraphe 1, sous h), du règlement n° 40/94 fait aux motifs absolus de refus visés à l'article 6 ter de la convention de Paris<sup>23</sup>. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 28 février 2008, *American Clothing Associates/OHMI* (Représentation d'une feuille d'érable) (T-215/06, non encore publié, sous pourvoi), née du recours introduit par une entreprise qui s'était vu refuser par l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (ci-après l'«OHMI») l'enregistrement d'un signe constitué notamment par une feuille d'érable, au motif que celle-ci figure sur le drapeau canadien, le Tribunal juge que, en raison de la distinction que ladite convention établit entre les «marques de fabrique ou de commerce» et les «marques de service», son article 6 ter, sous a), lequel impose de refuser l'enregistrement, notamment, des drapeaux et des autres emblèmes d'État, ne s'applique pas aux «marques de service». En effet, si le législateur communautaire avait eu l'intention d'étendre cette interdiction aux marques concernant les services, il ne se serait pas limité à renvoyer simplement à l'article 6 ter de la convention de Paris, mais aurait mentionné cette interdiction dans le texte même de l'article 7 du règlement n° 40/94. En outre, le Tribunal établit que, à la différence de ce qui est prévu pour l'appréciation du caractère distinctif d'une marque complexe, lors de l'application

<sup>23</sup> Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, du 20 mars 1883, telle que révisée et modifiée (Recueil des traités des Nations unies, vol. 828, n° 11847, p. 108).

de l'article 6 ter de la convention de Paris, il convient d'avoir égard à chacun des éléments de ladite marque, et il suffit que l'un d'entre eux constitue un emblème d'État ou son imitation pour empêcher l'enregistrement de la marque concernée, indépendamment de sa perception globale. Enfin, l'application de l'article 6 ter, paragraphe 1, sous a), de la convention de Paris n'est pas soumise à la condition de l'existence d'une possibilité d'erreur, par le public concerné, quant à l'origine des produits désignés par la marque demandée ou à l'existence d'un lien entre le titulaire de cette marque et l'État dont l'emblème figure dans ladite marque.

Dans l'arrêt du 9 juillet 2008, *Hartmann/OHMI* (E) (T-302/06, non publié), le Tribunal apporte une précision importante à la jurisprudence selon laquelle l'OHMI peut fonder son analyse sur des faits résultant de l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation de produits de large consommation sans être obligé de présenter des exemples d'une telle expérience. Le Tribunal juge que les produits visés par la marque demandée ayant été définis par les instances de l'OHMI comme n'étant pas destinés à une large consommation, mais à un public spécialisé, il ne saurait être admis que ces instances fondent leur analyse sur des faits concrets susceptibles d'être connus de toute personne.

Une série d'arrêts permet au Tribunal de préciser le lien qui doit exister entre une marque et les produits ou les services visés pour qu'elle puisse être considérée comme descriptive, notamment les arrêts du 2 avril 2008, *Eurocopter/OHMI (STEADYCONTROL)* (T-181/07, non publié), du 24 septembre 2008, *HUP Usługi Polska/OHMI – Manpower (I.T.@MANPOWER)* (T-248/05, non publié, sous pourvoi), du 15 octobre 2008, *REWE-Zentral/OHMI (Port Louis)* (T-230/06, non publié), du 25 novembre 2008, *CFCMCEE/OHMI (SURFCARD)* (T-325/07), non publié, et du 2 décembre 2008, *Ford Motor/OHMI (FUN)* (T-67/07, non encore publié). En particulier, dans ce dernier arrêt, le Tribunal constate que le rapport entre le sens du mot «fun», d'une part, et les véhicules terrestres à moteur ainsi que les pièces et parties constitutives de ceux-ci, d'autre part, n'est pas suffisamment direct et concret pour que la marque demandée puisse être refusée à l'enregistrement, contrairement à ce que la chambre de recours a décidé.

Enfin, dans l'arrêt du 12 mars 2008, *Compagnie générale de diététique/OHMI (GARUM)* (T-341/06, non publié), le Tribunal précise que l'analyse du caractère distinctif d'un signe doit se référer à une expérience de marché concrète et actuelle ou, à tout le moins, très probable et suffisamment rapprochée dans le temps. En revanche, une évolution supposée, voire hypothétique, sans aucun rapport avec des éléments concrets et vérifiables, ne saurait, en principe, suffire.

## 2. Motifs relatifs de refus d'enregistrement

Le contentieux entre la société tchèque Budějovický Budvar et la société américaine Anheuser-Busch a, comme en 2007, conduit le Tribunal, dans l'arrêt du 16 décembre 2008, *Budějovický Budvar/OHMI – Anheuser-Busch (BUD)* (T-225/06, T-255/06, T-257/06 et T-309/06, non encore publié), à interpréter l'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 40/94, qui permet de former une opposition contre l'enregistrement d'une marque communautaire en se prévalant d'un signe antérieur autre qu'une marque. Tout d'abord, le Tribunal relève que l'OHMI doit prendre en compte les droits antérieurs protégés dans les États membres,

sans pouvoir remettre en cause leur qualification. Ainsi, tant que la protection accordée en Autriche et en France à l'appellation d'origine «bud» est valide en vertu des droits nationaux de ces États, l'OHMI doit tenir compte des effets de cette protection. Ensuite, le Tribunal constate que l'OHMI, au lieu d'appliquer par analogie l'article 43 du règlement n° 40/94 et d'exiger de Budějovický Budvar la démonstration de l'usage «sérieux» des appellations «bud», aurait dû vérifier si les signes en cause étaient utilisés dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique, et non dans le domaine privé, et cela quel que soit le territoire concerné par cette utilisation. Le Tribunal considère que la société tchèque est parvenue à prouver que les appellations en cause sont utilisées dans la vie des affaires. De plus, le Tribunal constate que l'OHMI commet une erreur en ne tenant pas compte de tous les éléments factuels et juridiques pertinents pour déterminer si les droits nationaux concernés permettent à Budějovický Budvar d'interdire l'utilisation d'une marque plus récente.

L'un des autres principaux apports de la jurisprudence de 2008 en la matière concerne la question de la similitude des produits et/ou des services visés par la marque antérieure et la marque demandée aux fins de l'appréciation de l'existence d'un risque de confusion. Dans l'arrêt du 18 juin 2008, *Coca-Cola/OHMI – San Polo (MEZZOPANE)* (T-175/06, non encore publié), en premier lieu, le Tribunal constate qu'il n'existe qu'une faible similitude entre le vin et la bière. Bien que le vin et la bière puissent, en partie, satisfaire le même besoin de savourer une boisson lors d'un repas ou d'un apéritif, le consommateur pertinent les perçoit comme des produits distincts. Par ailleurs, il n'existe aucun élément qui permettrait de conclure que l'acheteur de l'un de ces produits serait amené à acheter l'autre, et qu'ils seraient ainsi complémentaires. En revanche, tout en tenant compte des différences de prix, le vin et la bière sont, dans une certaine mesure, concurrents.

Dans l'arrêt du 4 novembre 2008, *Group Lottuss/OHMI – Ugly (COYOTE UGLY)* (T-161/07, non publié), le Tribunal constate l'existence d'une grande complémentarité entre les «bières», d'une part, et les «services de bar à cocktail» ainsi que les «services de divertissements, services de discothèques, boîtes de nuit», d'autre part. En effet, les bières sont consommées pour étancher la soif ou pour le plaisir, alors que ces services couvrent l'activité consistant à préparer et à servir des boissons alcoolisées dans un endroit où l'on se rend pour s'amuser. Le Tribunal considère que l'OHMI peut donc à bon droit constater l'existence d'un faible degré de similitude entre ces produits et ces services. Il en va différemment pour la similitude entre les bières et les «activités culturelles», ces dernières présentant un rapport de complémentarité avec la bière bien moindre que les services visés ci-dessus.

La complémentarité entre produits et services fait également l'objet de deux autres arrêts, rendus à propos de procédures de nullité. Dans l'arrêt du 24 septembre 2008, *Oakley/OHMI – Venticinque (O STORE)* (T-116/06, non encore publié), le Tribunal établit que le rapport entre les services fournis dans le cadre du commerce de détail de certains articles vestimentaires et ces mêmes articles est caractérisé par un lien étroit, en ce sens que les produits sont importants voire indispensables pour le déploiement desdits services. En effet, ces derniers sont fournis à l'occasion de la vente desdits produits et le commerce de détail comprend toute l'activité déployée par l'opérateur en vue d'inciter à la conclusion d'un acte de vente. En revanche, ce lien n'existe pas lorsque les services de vente couverts par une marque concernent des accessoires et que l'autre marque vise des articles vestimentaires et des produits en cuir.

Dans l'arrêt du 12 novembre 2008, *Weiler/OHMI – IQNet Association – The International Certification Network (Q2WEB)* (T-242/07, non publié), pour motiver sa constatation selon laquelle les produits et les services en cause visés par la marque Q2WEB peuvent tous être utilisés et/ou fournis de manière associée ou consécutive afin de fournir aux consommateurs les services en cause visés par la marque QWEB Certified Site, le Tribunal relève que les prestataires de services de télécommunications, en particulier de services de télécommunications par le biais d'Internet, tels que ceux visés par la marque QWEB Certified Site, fournissent généralement un logiciel à leurs clients ainsi qu'un service de maintenance et de mise à jour de ce logiciel, lequel est donc, par hypothèse, important pour l'utilisation du service de télécommunications fourni, et que de tels logiciels et services font partie des produits et des services visés par la marque Q2WEB.

La jurisprudence de cette année contient, par ailleurs, des apports relatifs à la comparaison conceptuelle entre les signes en conflit dans le cadre des procédures inter partes. Ayant à se prononcer sur la similitude entre les signes verbaux EL TIEMPO et TELETIEMPO, le Tribunal juge, dans l'arrêt du 22 avril 2008, *Casa Editorial el Tiempo/OHMI – Instituto Nacional de Meteorología (EL TIEMPO)* (T-233/06, non publié), que rien dans le libellé de la description des produits et des services en cause ne permet de considérer que le mot «tiempo» sera nécessairement interprété dans son acception chronologique pour la marque demandée et dans son acception climatologique pour les marques antérieures.

Par ailleurs, il ressort de l'arrêt du 2 décembre 2008, *Harman International Industries/OHMI – Becker (Barbara Becker)* (T-212/07, non encore publié), dans lequel le Tribunal juge que, lorsqu'une marque verbale est composée de deux éléments dont l'un est commun au seul élément constituant une autre marque verbale, il n'est pas requis, pour constater un risque de confusion, que l'élément commun aux marques en conflit constitue l'élément dominant dans l'impression d'ensemble produite par la marque composée. En effet, si une telle condition était requise, alors même que l'élément commun a une position distinctive autonome dans la marque composée, le titulaire de la marque antérieure serait privé du droit exclusif conféré par cette marque.

Enfin, le Tribunal précise quel est le niveau d'attention du consommateur moyen lorsqu'il achète un élément d'ameublement peu coûteux. Ce consommateur agissant sur la base d'une série de considérations fonctionnelles et esthétiques, afin de créer une harmonie avec les autres éléments d'ameublement dont il dispose déjà, le Tribunal, dans l'arrêt du 16 janvier 2008, *Inter-IKEA/OHMI – Waibel (idea)* (T-112/06, non publié), juge que, si l'acte d'achat au sens strict peut être rapidement effectué dans le cas de certaines pièces de mobilier, le processus de comparaison et de réflexion précédant le choix requiert, par définition, un niveau élevé d'attention.

### 3. Questions de forme et de procédure

#### a) Preuve de l'usage sérieux de la marque antérieure

Dans l'arrêt du 10 septembre 2008, *Boston Scientific/OHMI – Terumo (CAPIO)* (T-325/06, non publié), le Tribunal juge que la valeur probante des chiffres contenus dans la liste des ventes des produits couverts par la marque antérieure, fournie devant l'OHMI par la titulaire de celle-ci, peut être établie par d'autres moyens que l'acte notarié ou la déclaration visés à l'article 76, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 et à la règle 22 du règlement (CE) n° 2868/95<sup>24</sup>. Le fait que certains éléments des factures correspondant à ces ventes figurent dans la liste témoigne de sa cohérence et de sa véracité. Par ailleurs, l'établissement d'une facture montre que la marque antérieure a été utilisée publiquement et vers l'extérieur, et pas seulement à l'intérieur de l'entreprise titulaire ou dans un réseau de distribution possédé ou contrôlé par celle-ci.

Dans l'arrêt du 26 novembre 2008, *Rajani/OHMI – Artoz-Papier (ATOZ)* (T-100/06, non publié), le Tribunal examine la question de la date à prendre en considération au titre du *dies a quo* pour le calcul de la période de cinq ans pendant laquelle une marque antérieure ne peut être soumise à la preuve de l'usage sérieux, lorsque cette marque a fait l'objet d'une demande d'enregistrement international auprès de l'Organisation internationale de la propriété intellectuelle (OMPI), déposée à une certaine date, mais qu'elle a été admise au bénéfice de la protection dans un État membre à une date postérieure. Après avoir constaté que la question relève du droit national concerné, le Tribunal juge que, si en application de ce droit, la protection est refusée provisoirement à une marque internationalement enregistrée, mais accordée ultérieurement, l'enregistrement est considéré comme ayant été effectué à la date de réception par l'OMPI de la notification finale relative à l'octroi de la protection.

#### b) Continuité fonctionnelle

Le Tribunal fait application des principes établis dans l'arrêt de la Cour du 13 mars 2007, *OHMI/Kaul*<sup>25</sup> en précisant, dans l'arrêt du 17 juin 2008, *El Corte Inglés/OHMI – Abril Sánchez et Ricote Saugar (BOOMERANGTV)* (T-420/03, non encore publié), que, si la chambre de recours n'est pas tenue de prendre en considération les éléments de fait et les preuves produits pour la première fois devant elle, il convient cependant de vérifier si, par son refus, elle n'a pas enfreint l'article 74, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, en s'estimant dépourvue de toute marge d'appréciation. Le Tribunal considère que la nature des faits et des preuves en cause n'est que l'un des éléments susceptibles d'être pris en compte dans le cadre de l'exercice, par l'OHMI, du pouvoir d'appréciation qu'il lui revient d'exercer. La chambre de recours s'étant fondée sur le fait que la requérante a eu la possibilité de produire les documents en cause devant la division d'opposition, elle a implicitement considéré que les circonstances de l'espèce s'opposaient à leur prise en compte. Ainsi,

<sup>24</sup> Règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995, portant modalités d'application du règlement n° 40/94 (JO L 303, p. 1).

<sup>25</sup> C-29/05 P, Rec. p. I-2213.

la chambre de recours n'a pas considéré par principe que les documents produits par la requérante pour la première fois devant elle étaient irrecevables, mais a motivé sa décision sur ce point.

#### c) Intérêt à agir et procédures de nullité

Dans l'arrêt du 8 juillet 2008, *Lancôme/OHMI – CMS Hasche Sigle (COLOR EDITION)* (T-160/07, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal juge qu'il ressort de l'économie de l'article 55, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 que le législateur a entendu permettre à toute personne physique ou morale et à tout groupement ayant la capacité d'ester en justice de former des demandes en nullité fondées sur des causes de nullité absolue, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un intérêt à agir, alors que, en ce qui concerne les demandes en nullité fondées sur des causes de nullité relative, il a explicitement restreint le cercle des demandeurs en nullité aux titulaires de marques ou de droits antérieurs ainsi qu'aux bénéficiaires d'une licence.

#### d) Obligations des chambres de recours

En se fondant sur la jurisprudence constante en matière d'obligation de motivation<sup>26</sup>, le Tribunal affirme, dans son arrêt du 9 juillet 2008, *Reber/OHMIChocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart)* (T-304/06, non encore publié), que la chambre de recours n'est pas, en règle générale, tenue de fournir, dans sa décision, une réponse spécifique à chaque argument tiré de l'existence, dans d'autres affaires similaires, des décisions de ses propres instances ou d'instances et juridictions nationales allant dans un sens déterminé, si la motivation de la décision qu'elle adopte dans une affaire concrète fait apparaître, à tout le moins implicitement mais de manière claire et non équivoque, les raisons pour lesquelles ces autres décisions ne sont pas pertinentes ou ne sont pas prises en considération pour son appréciation.

Dans l'arrêt *COYOTE UGLY*, précité, le Tribunal juge que, si la chambre de recours est en droit, lorsqu'elle décèle une similitude, ne serait-ce que partielle, entre les produits et les services en cause dans le cadre d'une procédure d'opposition, de scinder d'office les services couverts par la marque demandée en indiquant de façon précise les sous-entités compatibles avec la marque antérieure, elle n'y est pas tenue.

#### *Protection des obtentions végétales*

Le règlement (CE) n° 2100/94<sup>27</sup> a institué un régime de protection communautaire des obtentions végétales permettant l'octroi de droits de propriété industrielle pour des variétés

<sup>26</sup> Arrêts de la Cour du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, et du 8 février 2007, *Groupe Danone/Commission*, C-3/06 P, Rec. p. I-1331.

<sup>27</sup> Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (JO L 227, p. 1).

végétales, valables sur l'ensemble du territoire de la Communauté. La mise en œuvre et l'application de ce régime communautaire sont assurées par l'Office communautaire des variétés végétales (ci-après l'«OCVV»), une agence décentralisée de la Communauté, qui a son siège à Angers (France) et qui est opérationnelle depuis le 27 avril 1995. Au sein de l'OCVV, une chambre de recours, compétente pour statuer sur les recours formés contre certains types de décisions prises par celui-ci, a été instituée. Conformément à l'article 73 dudit règlement, les décisions de la chambre de recours de l'OCVV sont susceptibles d'un pourvoi devant le juge communautaire.

Au cours de l'année 2008, le Tribunal a rendu deux premiers arrêts relatifs aux décisions adoptées par la chambre de recours de l'OCVV. Après avoir pu se prononcer principalement sur la recevabilité, dans l'arrêt du 31 janvier 2008, *Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana/OCVV – Nador Cott Protection (Nadorcott)* (T-95/06, non encore publié), le Tribunal définit l'étendue du contrôle juridictionnel qu'il exerce en la matière dans l'arrêt du 19 novembre 2008, *Schröder/OCVV (SUMCOL 01)* (T-187/06, non encore publié). À cet égard, il rappelle que, lorsque le juge communautaire statue sur des décisions rendues par une autorité administrative communautaire sur la base d'appréciations techniques complexes, il exerce en principe un contrôle limité et ne substitue pas son appréciation des éléments de fait à celle de ladite autorité, sans pour autant s'abstenir de contrôler l'interprétation, par l'administration, des données techniques. Cette approche peut être transposée aux cas dans lesquels la décision administrative est le résultat d'appréciations complexes relevant de domaines scientifiques, tels que la botanique ou la génétique. En l'occurrence, l'appréciation du caractère distinct d'une variété végétale, au regard des critères énoncés à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 2100/94, présente une complexité scientifique et technique susceptible de justifier une limitation de l'étendue du contrôle juridictionnel. En effet, ces critères exigent qu'il soit vérifié si la variété candidate se distingue nettement, par référence à l'expression des caractères qui résultent d'un génotype ou d'une combinaison de génotypes donnés, de toute autre variété. En revanche, l'appréciation de l'existence d'une autre variété notoirement connue, au regard des critères énoncés à l'article 7, paragraphe 2, dudit règlement, n'exige pas d'expertise ou de connaissances techniques particulières et ne présente aucune complexité susceptible de justifier une limitation de l'étendue du contrôle juridictionnel. En effet, ces critères consistent seulement à exiger qu'il soit vérifié, par exemple, si, à la date de dépôt de la demande de protection de la variété candidate, une autre variété avait fait l'objet d'une protection ou était inscrite dans un registre officiel des variétés.

### [Accès aux documents](#)

Dans l'arrêt du 9 septembre 2008, *MyTravel/Commission* (T-403/05, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal précise l'étendue du droit d'accès, prévu par le règlement (CE) n° 1049/2001<sup>28</sup>, à certains documents figurant au dossier de la Commission, dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité d'une concentration avec le marché commun,

<sup>28</sup> Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43).

ainsi qu'à des documents rédigés par les services de la Commission à la suite de l'annulation d'une de ses décisions par le Tribunal.

Cet arrêt s'inscrit dans le contexte de l'opération de concentration entre les entreprises Airtours et First Choice, qui avait été déclarée incompatible avec le marché commun par la Commission. Cette décision ayant été annulée par le Tribunal, dans l'arrêt du 6 juin 2002, *Airtours/Commission* (T-342/99, Rec. p. II-2585), la Commission a mis en place un groupe de travail réunissant des fonctionnaires de sa direction générale (DG) «Concurrence» et de son service juridique afin d'examiner l'opportunité d'introduire un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal et d'apprécier les répercussions de ce dernier sur les procédures applicables au contrôle des concentrations ou à d'autres domaines. MyTravel, successeur en droit d'Airtours, s'est adressée à la Commission en vue d'obtenir l'accès à deux types de documents: les documents préparatoires et le rapport établis par le groupe de travail, d'une part, et les documents figurant au dossier de l'affaire *Airtours/First Choice* sur lesquels le rapport était fondé, d'autre part. La Commission a refusé l'accès à la plupart de ces documents sur le fondement de trois des exceptions prévues par le règlement n° 1049/2001.

S'agissant, en premier lieu, de l'exception relative à la protection du processus décisionnel, le Tribunal relève que le rapport établi par le groupe de travail s'inscrit dans le cadre de fonctions purement administratives, et non législatives, de la Commission. Or, l'intérêt du public à obtenir la communication d'un document au titre du principe de transparence n'a pas le même poids en ce qui concerne un document relevant d'une procédure administrative visant l'application des règles du droit de la concurrence qu'en ce qui concerne un document relatif à une procédure législative. Relevant que la divulgation au public du rapport risquerait d'exposer l'opinion, éventuellement critique, de fonctionnaires de la Commission, et de permettre la comparaison entre le contenu du rapport et la décision finalement prise par la Commission, le Tribunal conclut que c'est à bon droit que la Commission en a refusé l'accès en considérant que sa divulgation au public porterait gravement atteinte à la possibilité pour l'un de ses membres de disposer d'une opinion libre et complète de ses propres services. Par ailleurs, le Tribunal considère, en ce qui concerne les documents internes relatifs à l'opération de concentration *Airtours-First Choice*, que la Commission a estimé, à juste titre, que la divulgation de ces documents diminuerait la capacité de ses services à exprimer leurs points de vue et porterait gravement atteinte à son processus décisionnel dans le cadre du contrôle des concentrations, dès lors qu'ils sont susceptibles d'indiquer les opinions des services de la Commission, qui ne figureront peut-être plus dans la version finale de la décision. Une telle divulgation inciterait à l'autocensure et nuirait à la libre et complète communication interservices. En outre, ce risque est raisonnablement prévisible, dès lors qu'il est vraisemblable que de tels documents puissent être utilisés pour influencer la position des services de la Commission, laquelle doit rester libre et indépendante de toutes pressions extérieures.

S'agissant, en deuxième lieu, de l'exception relative à la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques, dont la requérante prétendait qu'elle ne s'appliquait pas aux notes en réponse rédigées par le service juridique à l'attention de la DG «Concurrence» dans le cadre de l'élaboration de la décision *Airtours*, le Tribunal indique que la divulgation desdites notes est susceptible de conduire le service juridique à faire preuve, à l'avenir, de retenue et de prudence afin de ne pas affecter la capacité de décision

de la Commission dans les matières où elle intervient en qualité d'administration. Il ajoute que la divulgation de ces avis risquerait de mettre la Commission dans la situation délicate où son service juridique pourrait se voir obligé de défendre devant le Tribunal une position qui n'était pas la sienne lors de la procédure interne. Une telle opposition est susceptible d'affecter considérablement la liberté d'opinion du service juridique et sa possibilité de défendre efficacement devant le juge communautaire, sur un pied d'égalité avec les autres représentants des parties, la position définitive de la Commission.

S'agissant toutefois, en troisième lieu, de l'exception relative à la protection des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, le Tribunal, après avoir constaté que, pour l'un des documents demandés, la décision de la Commission ne contenait que des considérations vagues et générales ne permettant pas de comprendre à quel titre les activités d'inspection, d'enquête et d'audit auraient pu être mises en péril, annule ladite décision pour autant qu'elle refuse l'accès à ce document.

L'arrêt du Tribunal du 18 décembre 2008, *Muñiz/Commission* (T-144/05, non publié), aborde également la question de l'application de l'exception relative à la protection du processus décisionnel, dans le cadre d'une demande d'accès à des documents préparatoires soumis par un groupe de travail au comité de la nomenclature, lequel intervient dans la procédure législative d'adoption des mesures de classement des marchandises prises par la Commission, lorsque le classement d'un produit particulier est susceptible de soulever des difficultés. Le Tribunal considère que, si la protection du processus décisionnel contre une pression extérieure peut être de nature à constituer un motif légitime pour restreindre l'accès à des documents, la réalité d'une telle pression doit néanmoins être acquise avec certitude et le caractère prévisible du risque que la décision de classement en soit substantiellement affectée doit être démontré. En outre, s'il y a lieu de prendre en considération le souci de la Commission de préserver la capacité du personnel et des experts à exprimer librement leurs opinions, il importe toutefois d'apprécier si ces inquiétudes sont objectivement justifiées. Le Tribunal estime que tel n'est pas le cas en l'espèce, la Commission n'ayant corroboré ses allégations par aucun élément de preuve, et annule la décision attaquée.

L'exception relative à la protection des intérêts commerciaux fait l'objet de développements dans l'arrêt du 30 janvier 2008, *Terezakis/Commission* (T-380/04, non publié). La Commission avait notamment refusé d'accorder au requérant l'accès à un contrat conclu entre Athens International Airport et le consortium Hochtief, relatif à la réalisation du nouvel aéroport d'Athènes à Spata, au motif que sa divulgation porterait gravement atteinte aux intérêts commerciaux des parties au contrat. Le Tribunal indique que, par nature, un tel document est susceptible de contenir des informations confidentielles concernant tant les sociétés en cause que leurs relations d'affaires et que, en principe, des éléments précis relatifs à la structure des coûts d'une entreprise constituent des secrets d'affaires dont la divulgation à des tiers est susceptible de porter atteinte aux intérêts commerciaux de celle-ci. S'il est vrai que certains passages du contrat contiennent des informations relatives aux parties contractantes et à leurs relations commerciales, l'examen effectué par la Commission ne permet pas d'apprécier concrètement si l'exception invoquée s'applique effectivement à l'ensemble des informations contenues dans le contrat. Dès lors qu'il ne paraissait pas impossible, pour la Commission, d'indiquer les raisons justifiant la confidentialité à l'égard de l'ensemble du contrat principal sans divulguer le contenu de ce dernier et, partant,

sans priver l'exception de sa finalité essentielle, et qu'il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation à celle de la Commission, celui-ci annule la décision attaquée en ce qu'elle refuse l'accès, à tout le moins partiel, au contrat.

Dans l'arrêt du Tribunal du 10 septembre 2008, *Williams/Commission* (T-42/05, non publié), se pose la question de savoir si la décision portant refus partiel d'accorder l'accès à certains documents qu'elle identifie peut être interprétée comme emportant un refus implicite d'accès à certains types d'autres documents, tels que des mémorandums et des courriers électroniques échangés à l'occasion des travaux préparatoires de la directive 2001/18/CE<sup>29</sup> sur les OGM, qui n'y sont pas identifiés, mais qui ont également fait l'objet de la demande d'accès. À cette fin, le Tribunal procède en trois étapes. Tout d'abord, il constate que la Commission détenait un nombre important des documents préparatoires autres que ceux mentionnés dans la décision attaquée et que, en l'absence de déclaration de la Commission en ce sens, il n'y a pas lieu de présumer que les documents en cause n'existaient pas. Ensuite, le Tribunal vérifie si la demande d'accès était suffisamment précise pour permettre à la Commission de comprendre qu'elle portait sur de tels documents. Examinant les circonstances de l'espèce, le Tribunal estime que tel est le cas et en déduit que le fait que la Commission n'a pas identifié, dans la décision attaquée, tous les documents internes relatifs au contexte de l'adoption de la directive 2001/18 équivaut, conformément à l'article 8 du règlement n° 1049/2001, à un refus implicite d'accès, susceptible de recours devant le Tribunal. Enfin, le Tribunal examine si le fait que la décision attaquée n'a pas envisagé la divulgation desdits documents peut être justifié en raison des circonstances particulières de l'espèce, notamment au motif que la demande d'accès est, le cas échéant, vaste et imprécise. Rappelant que la possibilité, pour l'institution, de mettre en balance l'intérêt de l'accès du public aux documents et la charge de travail qui en découlerait reste d'application exceptionnelle, limitée aux cas où l'examen concret et individuel des documents entraînerait pour elle une tâche administrative inappropriée, et constatant que la Commission n'invoque pas formellement une telle exception, le Tribunal considère que la Commission n'a pas justifié le refus implicite aux documents non identifiés dans la décision attaquée. Par définition, ce refus constitue un défaut absolu de motivation, auquel la Commission ne peut remédier au moyen de considérations présentées devant le juge communautaire, et justifie l'annulation de la décision attaquée sur ce point.

### *Politique étrangère et de sécurité commune – Lutte contre le terrorisme*

L'année 2008 a vu à nouveau le Tribunal se prononcer en matière de lutte contre le terrorisme, dans deux arrêts, l'arrêt du 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil* (T-256/07, non encore publié, sous pourvoi), et l'arrêt du 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil* (T-284/08, non encore publié), la même requérante ayant déjà obtenu partiellement gain de cause en 2006<sup>30</sup>. Dans le premier arrêt, le Tribunal précise que le Conseil, lorsqu'il lui revient d'apprécier si le gel

<sup>29</sup> Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil (JO L 106, p. 1).

<sup>30</sup> Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil*, T-228/02, Rec. p. II-4665 (voir Rapport annuel 2006).

des fonds d'une personne, d'un groupe ou d'une entité est ou reste justifié, doit avant tout évaluer le risque que, en l'absence d'une telle mesure, lesdits fonds puissent être utilisés pour le financement ou pour la préparation d'actes de terrorisme. Quant au rôle du Tribunal, le large pouvoir d'appréciation qui doit être reconnu au Conseil n'implique pas qu'il doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par cette institution, des données pertinentes. En effet, le juge communautaire doit, notamment, non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier la situation et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Toutefois, dans le cadre de ce contrôle, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation en opportunité à celle du Conseil. En outre, le Tribunal souligne que, dans les cas où une institution communautaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation, le contrôle du respect de certaines garanties procédurales revêt une importance fondamentale. Le Tribunal juge qu'un contrôle portant sur la question de savoir si le Conseil disposait de motifs raisonnables pour maintenir le gel des fonds de la requérante reste incontestablement dans les limites du contrôle juridictionnel que le juge communautaire peut exercer, dans la mesure où il correspond, en substance, au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Après avoir procédé à un tel contrôle, le Tribunal annule une des décisions attaquées au motif que le Conseil n'a pas motivé suffisamment les raisons pour lesquelles il n'a pas tenu compte de la décision rendue par une autorité judiciaire du Royaume-Uni, la Proscribed Organisations Appeals Commission (ci-après la «POAC»), ordonnant le retrait de la requérante de la liste des organisations terroristes dans ce pays. Le Tribunal rappelle qu'il est impératif, aux fins de l'adoption de mesures communautaires de gel des fonds, que le Conseil s'assure de l'existence d'une décision d'une autorité judiciaire nationale compétente, ainsi que des suites réservées à cette décision, au niveau national. Or, par sa décision, la POAC avait notamment qualifié de déraisonnable l'appréciation du Home Secretary (ministre de l'Intérieur) du Royaume-Uni selon laquelle la requérante était encore une organisation impliquée dans le terrorisme.

Dans le second desdits arrêts, rendu dans le cadre d'une procédure accélérée dès le lendemain de l'audience, le Tribunal, soulignant la nécessité d'assurer un juste équilibre entre les exigences de la lutte contre le terrorisme et la protection des droits fondamentaux, juge que les limitations apportées par le Conseil aux droits de la défense des intéressés devant être contrebalancées par un strict contrôle juridictionnel indépendant et impartial, le juge communautaire doit pouvoir contrôler la légalité et le bien-fondé des mesures de gel des fonds sans que puissent lui être opposés le secret ou la confidentialité des éléments de preuve et d'information utilisés par le Conseil. Le Tribunal annule la décision attaquée au motif, notamment, que le Conseil n'est pas en droit de fonder sa décision de gel des fonds sur des informations ou sur des éléments du dossier communiqués par un État membre, si cet État membre n'est pas disposé à en autoriser la communication à la juridiction communautaire.

### *Privilèges et immunités*

Dans l'arrêt du 15 octobre 2008, *Mote/Parlement* (T-345/05, non encore publié), le Tribunal se prononce sur une décision du Parlement portant levée de l'immunité de l'un de ses membres. En l'espèce, M. Mote, citoyen du Royaume-Uni, a fait l'objet de poursuites pénales au motif qu'il aurait perçu des aides publiques sur le fondement de déclarations mensongères. Après son élection au Parlement européen, M. Mote a demandé la suspension de la procédure pénale en cours en invoquant ses privilèges et immunités de parlementaire européen. La suspension a été prononcée par la juridiction nationale compétente, qui a considéré que le régime de liberté sous caution sous lequel M. Mote avait été placé constituait un obstacle à la liberté de déplacement des membres du Parlement et méconnaissait, par conséquent, l'article 8 du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes<sup>31</sup>. Saisie par le Royaume-Uni, l'assemblée plénière du Parlement a décidé de lever l'immunité de M. Mote, qui a dès lors demandé au Tribunal l'annulation de cette décision.

Dans son arrêt, le Tribunal juge qu'il résulte de l'article 10, dernier alinéa, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, aux termes duquel l'immunité ne peut faire obstacle au droit du Parlement de lever l'immunité d'un de ses membres, que le Parlement est compétent pour statuer sur une demande de levée de l'immunité d'un parlementaire européen. Il n'existe, en revanche, aucune règle instituant le Parlement comme autorité compétente pour constater l'existence du privilège prévu par l'article 8 du protocole. Les articles 8 et 10 du protocole n'ont d'ailleurs pas le même champ d'application, l'article 10 visant à assurer l'indépendance des membres du Parlement en empêchant que des pressions, consistant en des menaces d'arrestation ou de poursuites judiciaires, ne soient exercées sur eux pendant la durée des sessions parlementaires, et l'article 8 ayant pour fonction de protéger les membres du Parlement contre les restrictions, autres que judiciaires, à leur liberté de déplacement. Relevant que M. Mote n'invoque que des restrictions de nature judiciaire, le Tribunal conclut que le Parlement ne commet aucune erreur de droit lorsqu'il décide de lever l'immunité de M. Mote sans se prononcer sur le privilège qui lui était accordé en sa qualité de membre du Parlement.

## **II. Contentieux de l'indemnité**

Les principaux apports de la jurisprudence cette année en ce domaine ont trait aux conditions dans lesquelles la responsabilité de la Communauté est susceptible d'être engagée en raison, d'une part, de la diffusion par une institution ou un organe communautaire d'informations relatives à des particuliers et, d'autre part, d'erreurs commises par la Commission dans le cadre de l'analyse économique sous-jacente à une décision déclarant une concentration incompatible avec le marché commun.

<sup>31</sup> Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, du 8 avril 1965, annexé au traité instituant un Conseil et une Commission unique (JO 1967, 152, p. 13).

### *Rapport avec les procédures nationales*

Dans l'arrêt du 8 juillet 2008, *Franchet et Byk/Commission* (T-48/05, non encore publié), le Tribunal interprète le règlement (CE) n° 1073/1999<sup>32</sup>, qui régit les contrôles, vérifications et actions entrepris par les agents de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), organe chargé notamment d'effectuer, à l'intérieur des institutions, des enquêtes administratives destinées à rechercher les faits graves pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et agents des Communautés, susceptible de poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales. Ce règlement prévoit que lesdites enquêtes doivent être conduites conformément au traité, notamment dans le plein respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que dans celui du droit pour la personne impliquée de s'exprimer sur les faits qui la concernent. En l'espèce, plusieurs audits internes de l'Office statistique des Communautés européennes (Eurostat) ayant mis en évidence d'éventuelles irrégularités dans la gestion financière, l'OLAF avait ouvert des enquêtes concernant, notamment, les contrats conclus par Eurostat avec diverses sociétés. En 2002 et 2003, l'OLAF avait communiqué aux autorités judiciaires luxembourgeoises et françaises des dossiers relatifs à des enquêtes concernant ces irrégularités et impliquant MM. Franchet et Byk, respectivement ancien directeur général et ancien directeur d'Eurostat. Ces derniers ont introduit un recours en indemnité devant le Tribunal en faisant valoir l'existence de fautes commises à la fois par l'OLAF et par la Commission au cours desdites enquêtes.

Le Tribunal rejette l'argument de la Commission selon lequel le recours en indemnité est partiellement prématuré au motif que les procédures nationales sont toujours en cours. En effet, dans le cadre de la procédure devant le Tribunal, il n'est pas question de savoir si les faits reprochés sont établis ou non, mais d'évaluer la manière dont l'OLAF a conduit et conclu une enquête qui désigne nominativement MM. Franchet et Byk et leur impute la responsabilité des irrégularités constatées publiquement bien avant une décision finale, ainsi que la manière dont la Commission s'est comportée dans le contexte de cette enquête. Si les requérants devaient être considérés comme non coupables par les autorités judiciaires nationales, cela ne réparerait en effet pas nécessairement l'éventuel préjudice que ceux-ci auraient subi. Dès lors, étant donné que le prétendu préjudice invoqué devant le Tribunal est distinct de celui que serait susceptible de démontrer une déclaration de non-culpabilité des requérants par les autorités judiciaires nationales, les conclusions en indemnité des requérants ne peuvent être rejetées comme prématurées.

### *Violation suffisamment caractérisée d'une règle conférant des droits aux particuliers*

Quant au fond, dans l'arrêt *Franchet et Byk/Commission*, précité, premièrement, le Tribunal relève que l'OLAF aurait dû préalablement informer MM. Franchet et Byk de la transmission des dossiers les concernant aux autorités judiciaires luxembourgeoises et françaises et que la règle prévoyant pareille obligation confère des droits aux particuliers. Si l'OLAF dispose d'une marge d'appréciation dans des cas nécessitant le maintien d'un secret absolu aux fins de l'enquête, il en va différemment s'agissant des modalités de l'adoption de la décision de

<sup>32</sup> Règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF (JO L 136, p. 1).

différer l'information des fonctionnaires concernés. Ainsi, le non-respect de cette obligation d'information préalable constitue une violation suffisamment caractérisée.

Deuxièmement, le Tribunal constate que, en violation du règlement n° 1073/1999, le comité de surveillance de l'OLAF n'avait pas été consulté avant que les informations concernant les requérants n'aient été transmises aux autorités nationales. Ce comité devant protéger les droits des personnes faisant l'objet des enquêtes de l'OLAF et sa consultation étant une obligation inconditionnelle, l'OLAF a ainsi commis une violation suffisamment caractérisée d'une règle conférant des droits aux particuliers.

Troisièmement, le Tribunal juge que le fait que l'OLAF a désigné les requérants publiquement comme coupables d'infractions pénales – y compris en laissant filtrer des informations dans la presse – constitue une violation des principes de la présomption d'innocence, de la confidentialité des enquêtes et de bonne administration. Quant aux fuites, il considère que, en l'absence de tout élément de preuve apporté par la Commission et tendant à démontrer qu'elles ont pu avoir une autre origine, l'OLAF doit en être tenu responsable. Les principes susmentionnés confèrent des droits aux particuliers et leur violation par l'OLAF a été suffisamment caractérisée, étant donné qu'il lui appartient de veiller à ce que de telles fuites n'aient pas lieu et qu'il ne dispose d'aucune marge d'appréciation s'agissant du respect de cette obligation.

Enfin, le Tribunal examine si la Commission a eu un comportement illégal lorsqu'elle a divulgué différentes informations dans le cadre des enquêtes en question, notamment par un communiqué de presse associant clairement le nom des requérants aux allégations concernant l'affaire Eurostat. Tout en rappelant que les institutions ne sauraient être empêchées de renseigner le public sur des enquêtes en cours, le Tribunal estime que, en l'espèce, il ne saurait être considéré que la Commission a effectué cette démarche avec toute la discrétion et toute la réserve requise et en respectant le juste équilibre entre les intérêts de MM. Franchet et Byk et ceux de l'institution. La Commission ne disposant d'aucune marge de manœuvre dans le cadre de l'obligation de respecter le principe de la présomption d'innocence, elle a commis des violations suffisamment caractérisées de ce dernier.

La question de la désignation nominative d'un fonctionnaire dans des documents relatifs à un cas de mauvaise administration diffusés par une institution ou un organe communautaire est également examinée par le Tribunal dans l'arrêt du 24 septembre 2008, *M/Médiateur* (T-412/05, non publié). Le requérant, fonctionnaire de la Commission, demandait la réparation du préjudice qu'il soutenait avoir subi en raison de sa désignation nominative dans une décision du Médiateur relative à une plainte dénonçant un prétendu cas de mauvaise administration de la part du service de la Commission auquel il était affecté et concernant notamment la construction d'une station d'épuration ayant des incidences négatives sur l'environnement.

Le Tribunal juge que seuls les institutions et les organes communautaires, et non les particuliers, peuvent faire l'objet d'une enquête du Médiateur. En appliquant par analogie

la jurisprudence issue de l'arrêt du 15 juin 1999, *Ismeri Europa/Cour des comptes*<sup>33</sup>, il relève toutefois que le souci de s'acquitter efficacement de sa mission peut amener le Médiateur à dénoncer exceptionnellement les faits constatés d'une façon complète, et donc à désigner nommément les personnes impliquées. En effet, des circonstances particulières pouvant tenir à la gravité des faits ou au risque de confusion préjudiciables aux intérêts des tiers sont de nature à permettre au Médiateur de désigner nominativement, dans ses décisions, des personnes qui ne sont en principe pas soumises à son contrôle, sous réserve que ces personnes bénéficient du principe du contradictoire. En l'espèce, le Tribunal constate, d'une part, que la désignation du requérant n'était ni indispensable pour atteindre l'objectif que poursuit la dénonciation d'un cas de mauvaise administration, ni nécessaire afin d'éviter un risque de confusion avec d'autres fonctionnaires particuliers qui étaient exempts de toute responsabilité dans la situation dénoncée et, d'autre part, que le Médiateur n'avait pas entendu le requérant avant d'adopter sa décision.

Le Tribunal conclut que la violation commise par le Médiateur est suffisamment caractérisée pour engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté dès lors que, même si cet organe dispose d'une large marge d'appréciation quant au bien-fondé des plaintes et aux suites à leur donner, il n'en est pas de même pour ce qui concerne l'appréciation du point de savoir s'il y a lieu de se départir, dans un cas concret, de la règle de confidentialité.

L'autre question particulièrement importante que le Tribunal a examinée cette année dans ce domaine est la possibilité d'engager la responsabilité de la Communauté en raison des erreurs qui ont été commises par la Commission en déclarant une opération de concentration lui ayant été notifiée incompatible avec le marché commun. L'affaire *MyTravel/Commission* (arrêt du Tribunal du 9 septembre 2008, T-212/03, non encore publié) est née du recours introduit par le voyageur britannique MyTravel, autrefois connu sous le nom Airtours, qui s'était vu refuser par la Commission la possibilité d'acquérir la totalité du capital de l'un de ses concurrents au Royaume-Uni. Contestant l'analyse de la Commission, Airtours avait introduit un recours devant le Tribunal et obtenu de celui-ci, dans l'arrêt *Airtours/Commission*, précité, l'annulation de la décision attaquée au motif que la Commission n'avait pas suffisamment démontré les effets négatifs de la concentration.

À la suite de cet arrêt, MyTravel a introduit un recours en indemnité visant la réparation du dommage qu'il prétendait avoir subi en raison d'illégalités entachant la procédure de contrôle menée par la Commission.

En adoptant une approche semblable à celle retenue dans l'arrêt du 11 juillet 2007, *Schneider Electric/Commission*<sup>34</sup>, le Tribunal juge qu'il ne saurait être en principe exclu que des vices manifestes et graves affectant l'analyse économique de la Commission, sous-jacente à une décision déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun, puissent constituer des violations suffisamment caractérisées pour engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté. Il précise toutefois que,

<sup>33</sup> T-277/97, Rec. p. II-1825. Arrêt confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour du 10 juillet 2001, *Ismeri Europa/Cour des comptes* (G315/99 P, Rec. p. I-5281).

<sup>34</sup> T-351/03, Rec. p. II-2237, sous pourvoi.

dans le cadre de son analyse du recours en indemnité, il doit nécessairement prendre en considération les contingences et les difficultés propres au contrôle des concentrations en général et aux structures d'oligopoles complexes en particulier. Cet exercice est en soi plus exigeant que celui qui s'impose dans le cadre de l'examen d'un recours en annulation, dans le cadre duquel le Tribunal se contente, dans les limites des moyens présentés par la partie requérante, d'examiner la légalité de la décision attaquée pour s'assurer que la Commission a correctement apprécié les différents éléments lui permettant de déclarer l'opération notifiée incompatible avec le marché commun. Dès lors, de simples erreurs d'appréciation et l'absence de présentation de preuves pertinentes retenues dans le cadre de l'arrêt *Airtours/Commission*, précité, ne sauraient suffire en tant que telles pour constater une violation manifeste et grave des limites qui s'imposent au pouvoir d'appréciation de la Commission en matière de contrôle des concentrations et en présence d'une situation d'oligopole complexe. En effet, malgré ses erreurs, la Commission disposait en l'espèce d'éléments de preuve dans le dossier administratif qui pouvaient raisonnablement étayer ses constatations. Les illégalités constatées par le Tribunal dans l'arrêt *Airtours/Commission* ne signifient pas que la Commission a commis une violation manifeste et grave de son pouvoir d'appréciation en matière de contrôle des concentrations, à partir du moment où, comme en l'espèce, elle est capable d'expliquer les raisons pour lesquelles elle pouvait raisonnablement penser que son appréciation était fondée. Par ailleurs, bien que le raisonnement exposé par la Commission au sujet de la transparence du marché n'ait pas convaincu le Tribunal, dans la mesure où ce raisonnement n'était pas suffisamment étayé par des preuves ou a été mal expliqué, il n'en demeure pas moins que la Commission s'est prononcée à la suite d'un examen attentif des données fournies dans le cadre de la procédure administrative.

Enfin, le Tribunal constate que les engagements présentés par *Airtours* afin de remédier aux problèmes relatifs aux effets négatifs potentiels de la concentration sur la concurrence, identifiés par la Commission, ont bien été examinés par celle-ci et n'étaient pas de nature à répondre clairement à ses objections.

Sur la base de ces considérations, le Tribunal constate que la Commission n'a pas commis de violation suffisamment caractérisée d'une règle conférant des droits aux particuliers.

### III. Pourvois

Au cours de l'année 2008, le Tribunal a été saisi de 37 pourvois dirigés contre des décisions du Tribunal de la fonction publique. Au total, 21 de ces affaires ont été closes par la chambre des pourvois, composée de cinq juges, à savoir le président du Tribunal et quatre présidents de chambre selon un système de rotation. Par 6 arrêts, le Tribunal a partiellement annulé les décisions attaquées, 3 de ces affaires ayant été renvoyées devant le Tribunal de la fonction publique<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Arrêts du Tribunal du 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Commission/D*, T-262/06 P; du 19 septembre 2008, *Chassagne/Commission*, T-253/06 P, et du 13 octobre 2008, *Neophytou/Commission*, T-43/07 P, non encore publiés. En revanche, le Tribunal a définitivement statué dans les arrêts du 22 mai 2008, *Ott e.a./Commission*, T-250/06 P; du 8 juillet 2008, *Commission/Economidis*, T-56/07 P, ainsi que du 18 décembre 2008, *Belgique et Commission/Genette*, T-90/07 P et T-99/07 P, non encore publiés.

L'une des décisions rendues en la matière en 2008 (arrêt du Tribunal du 5 mars 2008, *Combescot/Commission*, T-414/06 P, non encore publié) a fait l'objet d'une proposition de réexamen par le premier avocat général de la Cour, sur le fondement de l'article 225, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE et de l'article 62 du statut de la Cour. Cette proposition n'a toutefois pas été suivie<sup>36</sup>.

Sur le plan organisationnel, le Tribunal a décidé que, pour les affaires introduites entre le 1<sup>er</sup> octobre 2008 et le 30 septembre 2009, la chambre des pourvois ne sera plus composée que de trois juges, à savoir le président du Tribunal et, selon un système de rotation, deux présidents de chambre, avec la possibilité de renvoyer l'affaire à une formation élargie de cinq juges (décision du 8 juillet 2008, JO C 197, p. 17).

#### IV. Demandes en référé

Le Tribunal a été saisi cette année de 58 demandes en référé, ce qui représente une augmentation considérable par rapport au nombre de demandes introduites en 2007 (34), lequel dépasse déjà largement celui de l'année précédente. En 2008, le juge des référés s'est prononcé sur 57 demandes de référé, contre 41 en 2007. Il a fait droit à une seule demande de sursis à exécution, dans l'ordonnance du président du Tribunal du 30 octobre 2008, *France/Commission* (T-257/07 RII, non publiée).

S'agissant de l'affaire ayant donné lieu à ladite ordonnance *France/Commission*, il convient de rappeler que le juge des référés avait déjà, par ordonnance du 28 septembre 2007, *France/Commission* (T-257/07 R, Rec. p. II-4153), suspendu, compte tenu du caractère sérieux du grief tiré de la violation du principe de précaution, l'application du régime assouplissant les mesures de police sanitaire applicables aux encéphalopathies spongiformes transmissibles que la Commission avait adopté en 2007 en se fondant sur l'évolution des connaissances scientifiques. Ladite ordonnance du 28 septembre 2007 n'a pas fait l'objet d'un pourvoi devant le président de la Cour. En revanche, la Commission a abrogé ce régime d'assouplissement et adopté une nouvelle réglementation dont le dispositif était quasiment identique au dispositif du régime abrogé. Seule la motivation de la nouvelle réglementation était différente, en ce qu'elle fournissait des explications scientifiques et techniques destinées à compléter les motifs de l'ancien régime. Dans ces circonstances, la République française a introduit une nouvelle demande visant le sursis à l'exécution de la nouvelle réglementation<sup>37</sup>.

Le président du Tribunal considère que, eu égard à la quasi-identité de la nouvelle réglementation avec l'ancien régime, dans le cadre de l'examen de la condition relative au *fumus boni juris*, il peut se limiter à vérifier si la nouvelle motivation comporte des éléments de nature à justifier une appréciation autre que celle qui avait été retenue dans cette même ordonnance du 28 septembre 2007, s'agissant de l'ancien régime. Cet examen sélectif amène le président à conclure à l'absence de tels éléments quant à l'évaluation et à

<sup>36</sup> Décision de la Cour du 16 avril 2008, C-216/08 RX, non publiée.

<sup>37</sup> Dans l'affaire au principal (T-257/07), la République française a été autorisée à étendre ses conclusions et moyens à la nouvelle réglementation.

la gestion du risque, telles qu'elles avaient été effectuées au titre de la nouvelle motivation. Le président juge donc que les allégations de la République française selon lesquelles la nouvelle réglementation était de nature à violer le principe de précaution ne semblent pas, à première vue, dépourvues de pertinence et justifient un examen approfondi à effectuer par le juge du fond. En ce qui concerne la condition de l'urgence, le président conclut à l'existence d'un risque sérieux de préjudice grave et irréparable pour la santé des personnes dans l'hypothèse où le sursis à exécution sollicité ne serait pas accordé. S'agissant de la balance des intérêts en présence, il souligne que les exigences liées à la protection de la santé publique doivent, en l'espèce, se voir reconnaître un caractère prépondérant par rapport aux considérations avancées pour justifier un assouplissement des mesures de police sanitaire applicables en la matière.

Les autres demandes en référé ont toutes été rejetées, la plupart d'entre elles pour défaut d'urgence, les requérantes n'étant pas parvenues à établir l'imminence d'un préjudice grave et irréparable. Il convient d'attirer l'attention, notamment, sur trois groupes d'affaires principaux<sup>38</sup>.

Le premier groupe concerne huit demandes en référé introduites par la République de Chypre visant à obtenir le sursis à l'exécution d'avis d'appels d'offres lancés par la Commission et destinés à encourager le développement économique dans la partie septentrionale de l'île de Chypre. La République de Chypre soutenait que, dans ces avis, la Commission traitait la communauté chypriote turque comme si elle était une entité étatique autonome et comme si l'existence de la «République turque de Chypre du Nord» était reconnue. Elle estimait que ces avis constituaient un grave danger pour sa souveraineté, son indépendance, son intégrité territoriale et son unité.

Dans trois ordonnances *Chypre/Commission*<sup>39</sup>, le président du Tribunal, après avoir rappelé que la République de Chypre est la seule entité étatique de l'île reconnue au niveau international et que la partie septentrionale de l'île fait partie de son territoire et relève de sa seule souveraineté, admet que l'argumentation de la République de Chypre peut apparaître suffisamment pertinente pour caractériser un *fumus boni juris*. Le président, cependant, conclut à l'absence d'une violation manifeste et grave du droit international et du droit communautaire, de sorte que le préjudice allégué ne peut être qualifié de grave. En effet, les avis en cause n'ont pas de vocation politique intrinsèque et n'ont, notamment, pas vocation à aborder la problématique de l'éventuelle réunification de l'île de Chypre. Il s'agit de textes de nature technique destinés à fournir aux soumissionnaires des informations

<sup>38</sup> Un quatrième groupe concerne 19 demandes en référé introduites par des entreprises italiennes établies dans la région de Venise ayant bénéficié d'aides d'État incompatibles avec le marché commun. Dans l'ordonnance du président du Tribunal du 8 juillet 2008, *Fondazione Opera S. Maria della Carità e.a./Commission* (T-234/00 R, T-235/00 R et T-283/00 R, non publiée), trois de ces demandes sont rejetées comme irrecevables, les requérantes s'étant limitées à faire état de leurs recours au principal et de la modification de la législation italienne en matière de référé, sans pour autant exposer les éléments de fait et de droit permettant au juge des référés l'examen des conditions d'un *fumus boni juris* et de l'urgence. Les seize autres demandes ont fait l'objet d'un désistement.

<sup>39</sup> Ordonnances du président du Tribunal du 8 avril 2008, *Chypre/Commission*, T-54/08 R, T-87/08 R, T-88/08 R et T-91/08 R à T-93/08 R; du 11 avril 2008, *Chypre/Commission*, T-119/08 R, et *Chypre/Commission*, T-122/08 R, non publiées. À la suite du rejet des huit demandes en référé, la République de Chypre s'est désistée de tous les recours dans les affaires au principal.

utiles leur permettant de décider de leur participation à la procédure de soumission et de préparer leurs dossiers d'offre. Selon le président, le préjudice allégué, de nature exclusivement morale, n'apparaît pas non plus irréparable, étant donné qu'une éventuelle annulation des avis attaqués au terme des procédures au principal en constituerait une réparation suffisante.

Le deuxième groupe d'affaires concerne les mesures de gel de fonds que le Conseil a prises à l'encontre de la banque iranienne Bank Melli Iran (ci-après «BMI») et de sa filiale londonienne, la Melli Bank, dans le cadre d'un régime de sanctions instauré en vue de faire pression sur la République islamique d'Iran afin que cette dernière mette fin à certains aspects de son programme nucléaire.

Cette demande a été rejetée par l'ordonnance du président du Tribunal du 27 août 2008, *Melli Bank/Conseil* (T-246/08 R, non publiée). S'agissant du prétendu préjudice financier, le président du Tribunal juge que, en l'absence d'informations concrètes dans la demande en référé sur la situation financière de la BMI, qui contrôlait la requérante à 100 %, il lui était impossible d'examiner si l'incapacité de la requérante d'effectuer des opérations bancaires, résultant de son appartenance au groupe BMI, lui causerait, eu égard au chiffre d'affaires total de ce groupe, une perte susceptible d'être qualifiée de préjudice financier grave. Il ajoute qu'il paraît plutôt réaliste de s'attendre à ce que la requérante dispose des fonds minimaux nécessaires pour assurer sa survie jusqu'au prononcé de l'arrêt au principal et à ce que le groupe BMI puisse supporter, pendant cette même période, le préjudice financier causé à sa filiale londonienne. En ce qui concerne la prétendue atteinte à la réputation de la requérante, le président considère que, à la supposer établie, elle aurait déjà été causée par la décision attaquée. Selon le président, la finalité de la procédure en référé n'est pas d'assurer la réparation d'un préjudice déjà subi, mais de garantir la pleine efficacité de l'arrêt au fond. En tout état de cause, une annulation de la décision attaquée au terme de la procédure au principal constituerait une réparation suffisante du préjudice moral allégué.

Le 17 septembre 2008, Melli Bank a introduit un second recours en annulation de la même décision<sup>40</sup>. La demande en référé, dont ce second recours était assorti, a été rejetée par l'ordonnance du président du Tribunal du 17 septembre 2008, *Melli Bank/Conseil* (T-332/08 R, non publiée), pour les mêmes raisons que celles ayant justifié le rejet de la première demande. Enfin, l'ordonnance du 15 octobre 2008, *Bank Melli Iran/Conseil* (T-390/08 R, non publiée), a rejeté pour les mêmes motifs la demande en référé assortissant le recours introduit par la BMI, la société mère de la requérante, et visant à l'annulation de la même décision.

Le troisième groupe d'affaires est lié à la décision par laquelle la Commission, sans infliger des amendes, a ordonné à 24 sociétés de gestion de droits d'auteur établies dans l'Espace économique européen (EEE) et membres de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC), notamment, de revoir les accords de représentation réciproque qu'elles avaient toutes conclus de manière bilatérale en vue de la gestion des

<sup>40</sup> S'agissant de ces deux recours, les conditions de litispendance n'étaient pas réunies, le second ayant été introduit dans le délai de l'article 230, cinquième alinéa, CE et fondé sur des moyens autonomes par rapport à ceux soulevés dans le cadre du premier recours.

droits d'exécution publique que détiennent les auteurs (compositeurs et paroliers) sur leurs œuvres musicales<sup>41</sup>. Selon la Commission, ce réseau d'accords bilatéraux était fondé sur une pratique concertée interdite par les articles 81 CE et 53 de l'accord EEE. La CISAC et 20 sociétés de gestion ont formé des recours en annulation de cette décision. Neuf sociétés de gestion – à savoir les sociétés allemande, italienne, française, polonaise, finlandaise, hongroise, danoise, grecque et norvégienne – ont assorti leurs recours de demandes de sursis à l'exécution de la décision attaquée.

Le président du Tribunal, par les ordonnances du 14 novembre 2008, *Stowarzyszenie Autorów ZAiKS/Commission* (T-398/08 R, non publiée), *Säveltäjän Tekijänoikeustoimisto Teosto/Commission* (T-401/08 R, non publiée), *GEMA/Commission* (T-410/08 R, non publiée), *Artisjus/Commission* (T-411/08 R, non publiée), *Sacem/Commission* (T-422/08 R, non publiée), du 20 novembre 2008, *SIAE/Commission* (T-433/08 R, non publiée), et du 5 décembre 2008, *KODA/Commission* (T-425/08 R, non publiée), ainsi que le juge des référés (M. S. Papasavvas), par l'ordonnance du 19 novembre 2008, *AEPI/Commission* (T-392/08 R, non publiée), rejettent huit de ces demandes en référé pour défaut d'urgence, les requérantes n'ayant pas établi l'imminence d'un préjudice grave et irréparable en cas d'exécution immédiate de la décision attaquée. Dans ces ordonnances, il est notamment rappelé que la décision attaquée, loin de porter sur le domaine d'activités dit «off-line» des requérantes (concerts, radio, discothèques, bars, etc.), ne concerne que l'exploitation dite «on-line» des droits d'auteur (par Internet, le satellite et la retransmission par câble), dont aucune des requérantes n'a démontré qu'elle représente une partie considérable de ses revenus. De plus, selon les ordonnances précitées, dans la décision attaquée, la Commission n'interdit pas le système des accords de représentation réciproque en tant que tel ni n'empêche les requérantes de pratiquer certaines délimitations territoriales, mais se limite à critiquer le caractère coordonné de l'approche adoptée à cet effet par l'ensemble des sociétés de gestion. Enfin, dans la mesure où les requérantes craignent que la décision attaquée puisse, en raison de l'insécurité juridique dont elle serait à l'origine quant à la validité et au contenu des futurs accords de représentation réciproque, les exposer au risque d'être sanctionnées par la Commission pour violation de leur obligation de révision, il est considéré que le risque invoqué a une nature purement hypothétique et qu'il incomberait à la Commission de démontrer le caractère infractionnel du futur comportement des requérantes, si jamais elle avait l'intention de leur infliger une sanction, celles-ci n'étant nullement empêchées de saisir le juge communautaire pour dénoncer l'illégalité des sanctions infligées, en invoquant l'ambiguïté de l'obligation de révision imposée dans la décision attaquée.

Enfin, il convient de mentionner l'ordonnance du président du Tribunal du 18 mars 2008, *Aer Lingus Group/Commission* (T-411/07 R, non encore publiée), en raison de ses importantes précisions quant à la recevabilité de demandes en référé. Il y est exposé que le juge des référés ne saurait, en principe, adopter une mesure provisoire qui constituerait une ingérence dans l'exercice des compétences d'une autre institution. Doit par conséquent être rejetée comme irrecevable une demande de mesures provisoires visant à ce qu'il soit enjoint à la Commission d'appliquer d'une manière particulière l'article 8,

<sup>41</sup> Décision C (2008) 3435 final de la Commission, du 16 juillet 2008, relative à une procédure d'application de l'article 81 CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/C2/38.698 – CISAC).

paragraphe 4 et 5, du règlement (CE) n° 139/2004<sup>42</sup>, en adoptant certaines mesures à l'encontre de l'autre partie à une concentration interdite. En effet, si l'arrêt rendu dans l'affaire au principal indiquait que la Commission est compétente pour ordonner les mesures prévues à l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement, il appartiendrait à la Commission, si elle le jugeait nécessaire dans le contexte des pouvoirs de contrôle dont elle dispose dans le domaine des concentrations, d'adopter les mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt conformément à l'article 233 CE.

Par ailleurs, il est souligné que le libellé large de l'article 243 CE est manifestement destiné à garantir au juge des référés des compétences suffisantes pour ordonner toute mesure qu'il estime nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par la Cour. Il ne saurait donc être exclu que le juge des référés puisse adresser des injonctions directement à des tiers si nécessaire, en tenant toutefois dûment compte, d'une part, des droits procéduraux, et notamment des droits de la défense, du destinataire des mesures provisoires et des parties directement affectées par ces mesures et, d'autre part, de la force du *fumus boni juris* ainsi que de l'imminence d'un dommage grave et irréparable. Même lorsqu'un tiers n'a pas eu la possibilité d'être entendu dans le cadre d'une procédure en référé, on ne saurait exclure qu'il soit destinataire de mesures provisoires, dans des circonstances exceptionnelles et en tenant compte de la nature temporaire des mesures provisoires, s'il apparaît que, sans ces mesures, la requérante serait exposée à une situation mettant en péril son existence même. Le juge des référés procède à ces appréciations lorsqu'il met en balance les différents intérêts en cause.

<sup>42</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1).