A – Activité du Tribunal de première instance en 2003

par M. le président Bo Vesterdorf

Les données statistiques relatives à l'activité judiciaire du Tribunal de première instance en 2003 confirment l'augmentation régulière du nombre d'affaires nouvelles (466, contre 411 en 2002), la stagnation du nombre d'affaires réglées (339, contre 331 en 2002) et, mécaniquement, l'accroissement du nombre d'affaires pendantes.

L'augmentation du nombre d'affaires enregistrées peut être observée dans tous les domaines de contentieux. Proportionnellement, les affaires relevant de deux matières spécifiques, à savoir le contentieux de la fonction publique communautaire et de la propriété intellectuelle, représentent (hors procédures particulières) plus de 50 % du contentieux porté devant le Tribunal de première instance. Avec 100 affaires nouvelles en 2003, contre 83 en 2002, l'enregistrement des marques communautaires nourrit un contentieux toujours croissant¹. Mais c'est le contentieux de la fonction publique qui, avec 124 affaires nouvelles cette année, vient au premier rang de l'activité du Tribunal de première instance.

À ces données s'ajoute une réalité non quantifiable mais pourtant désormais évidente: les affaires portées devant le Tribunal de première instance sont de plus en plus compliquées et requièrent du juge saisi une analyse toujours plus approfondie de dossiers élaborés par des avocats spécialisés.

La combinaison de ces éléments, dont il résulte un alourdissement du nombre d'affaires pendantes – lequel frôle le seuil des 1 000 affaires –, justifie pleinement que soient engagées certaines des réformes du système judiciaire rendues possibles par le traité de Nice, notamment la possibilité de créer des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques (article 225 A CE).

Un premier pas dans ce sens a déjà été réalisé par la Commission qui, en novembre 2003, a déposé une proposition de décision du Conseil instituant le tribunal de la fonction publique européenne. La procédure législative est en cours.

La durée moyenne d'instance des affaires réglées en 2003 (hors contentieux de la fonction publique et de la propriété intellectuelle) est comparable à celle de l'année passée, en dépit du traitement accéléré dont certaines affaires de concurrence ont bénéficié.

Enfin, il peut être observé que le nombre de demandes visant à obtenir un traitement accéléré a sensiblement diminué, passant de 25 en 2002 à 13 en 2003. Si l'on considère globalement les demandes de procédure accélérée et les demandes en référé

¹ Il doit être relevé qu'aucun recours n'a encore été formé contre une décision d'une chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) prise dans le domaine des dessins ou modèles communautaires.

(39 demandes en référé déposées en 2003), la situation ressemble alors de très près à celle de l'année 2001 au cours de laquelle 12 demandes de procédure accélérée² et 37 demandes en référé avaient été enregistrées. L'existence d'un contentieux de l'urgence est donc désormais une donnée constante.

Les orientations de la jurisprudence sont contenues dans les développements qui suivent. Structurés en trois parties distinctes, ils abordent successivement, sans prétention d'exhaustivité et en tenant nécessairement compte de l'importance quantitative de chacun des contentieux en cause, le contentieux de la légalité (I), celui de l'indemnité (II) et celui du référé (III).

I. **Contentieux de la légalité**

L'examen du fond d'un recours suppose que ce dernier soit recevable. La présentation des affaires ayant abordé la question de la recevabilité des recours en annulation (B) précédera donc celle des aspects essentiels de droit matériel (C à J). Ces derniers sont exposés dans le cadre de la matière dont ils relèvent. Tous les domaines de contentieux qui ressortissent au Tribunal ne sont pas repris dans les développements qui suivent, lesquels ne revêtent donc pas un caractère d'exhaustivité.

Certaines questions d'ordre procédural seront, pour la première fois, reprises sous une rubrique spécifique (A), les précisions qu'apportent certaines décisions méritant d'être mises en exergue.

A. **Aspects de procédure**

1. **Sur le relevé d'office d'un moyen de droit**

Par l'arrêt du 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier/Commission* (T-147/00, Rec. p. II-85; sous pourvoi, affaire C-156/03 P), le Tribunal a annulé une décision de la Commission portant retrait des autorisations de mise sur le marché de certains médicaments en se fondant sur un moyen d'ordre public qu'il a relevé d'office. Dans ce contexte, le Tribunal rappelle que l'incompétence de l'institution qui a adopté l'acte attaqué est un moyen d'annulation d'ordre public, qui doit être relevé d'office par le juge communautaire. La relation existant entre le pouvoir du juge communautaire de relever d'office un moyen et le caractère d'ordre public du moyen de droit a été confirmée dans les arrêts du 25 février 2003, *Strabag Benelux/Conseil* (T-183/00, Rec. p. II-135, point 37; sous pourvoi, affaire C-186/03 P), et du 23 septembre 2003, *Henkel/OHMI – LHS (UK) (KLEENCARE)* (T-308/01, non encore publié au Recueil, point 34).

² La possibilité de statuer sur le fond du litige selon une procédure accélérée est prévue par le règlement de procédure du Tribunal de première instance depuis le 1^{er} février 2001.

2. Sur l'étendue des droits reconnus aux intervenants

Le statut de la Cour de justice prévoit que les conclusions de la requête en intervention ne peuvent avoir d'autre objet que le soutien des conclusions de l'une des parties et le règlement de procédure du Tribunal indique que l'intervenant accepte le litige dans l'état où il se trouve lors de son intervention (article 116, paragraphe 3). La question s'est posée de savoir si une partie admise à intervenir peut soulever un moyen qui ne l'a pas été par la partie dont elle soutient les conclusions. Dans les arrêts du 3 avril 2003, *BaByliss/Commission* (T-114/02, Rec. p. II-1288, ci-après l'«arrêt *BaByliss*») et *Royal Philips Electronics/Commission* (T-119/02, Rec. p. II-1442, ci-après l'«arrêt *Philips*»), le Tribunal répond clairement par la négative en jugeant que, s'il est permis qu'un intervenant présente des arguments nouveaux ou différents de ceux de la partie qu'il soutient, sous peine de voir son intervention limitée à répéter les arguments avancés dans la requête, il ne saurait être admis que ces dispositions lui permettent de modifier ou de déformer le cadre du litige défini par la requête en soulevant des moyens nouveaux.

3. Sur les dépens

La mention d'une question relative aux dépens dans un rapport annuel est exceptionnelle. Toutefois, l'importance du message livré par le Tribunal dans l'arrêt du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commission* (T-191/98, T-212/98 à T-214/98, non encore publié au Recueil, ci-après l'«arrêt *TACA*»), mérite d'être soulignée en l'absence de disposition juridique contraignante limitant le volume des écrits et des documents déposés à l'appui d'un recours en annulation.

En effet, bien qu'ayant partiellement accueilli dans cette affaire le recours en annulation, le Tribunal a condamné chacune des parties à supporter ses propres dépens au motif que la longueur des écritures des requérantes a contribué à majorer de manière inutile les dépens de la Commission. Il a été relevé que les quatre requêtes déposées par les requérantes, ainsi que les annexes qui y étaient jointes, revêtaient un caractère inhabituellement volumineux, chacune des requêtes totalisant près de 500 pages et les annexes représentant une centaine de classeurs, et qu'elles soulevaient un nombre abusivement élevé de moyens qui étaient pour la plupart dépourvus de fondement.

B. Recevabilité des recours formés au titre de l'article 230 CE

Aux termes de l'article 230, quatrième alinéa, CE, «[t]oute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement».

1. Actes susceptibles de faire l'objet d'un recours

Pour déterminer si un acte est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, il y a lieu, d'une part, de s'attacher non à sa forme mais à sa substance et, d'autre part, de vérifier s'il produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique.

C'est en considération de ces deux règles que le Tribunal a été conduit, à plusieurs reprises, à dénier un caractère attaquant à certains actes.

En premier lieu, le Tribunal a jugé que les décisions de la Commission d'engager une action judiciaire à l'encontre de certains fabricants américains de cigarettes devant une juridiction fédérale des États-Unis d'Amérique ne constituaient pas des actes attaquant. Par son arrêt du 15 janvier 2003, *Philip Morris International e.a./Commission* (T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, Rec. p. II-1; sous pourvois, affaires C-131/03 P et C-146/03 P), le Tribunal a en effet considéré que la décision de saisir un tribunal ne modifiait pas, en tant que telle, la situation juridique en cause, mais avait seulement pour effet d'ouvrir une procédure ayant pour but d'obtenir une modification de cette situation par une décision juridictionnelle. Tout en relevant que l'introduction d'un recours juridictionnel peut produire de plein droit certaines conséquences, il considère que la saisine ne détermine pas, en tant que telle, de manière définitive les obligations des parties au litige et que la détermination définitive de ces obligations ne résulte que de la décision du juge saisi. Il est précisé que cette appréciation vaut aussi bien pour la saisine du juge communautaire que pour celle des juridictions des États membres et même d'États tiers, comme les États-Unis.

En deuxième lieu, une affaire a eu trait à la question de savoir si la déclaration de la présidente du Parlement européen, faite lors de la séance plénière du 23 octobre 2000, selon laquelle, conformément à l'article 12, paragraphe 2, de l'acte portant élection des représentants à l'assemblée au suffrage universel direct³, annexé à la décision du Conseil du 20 septembre 1976, «le Parlement [...] prend acte de la notification du gouvernement français constatant la déchéance du mandat de M. Le Pen», constituait un acte attaquant. La réponse à cette question est négative. Dans son arrêt du 10 avril 2003, *Le Pen/Parlement* (T-353/00, Rec. p. II-1731; sous pourvoi, affaire C-208/03 P), le Tribunal considère que l'intervention du Parlement européen au titre de l'article 12, paragraphe 2, premier alinéa, de l'acte susvisé se limite à prendre acte de la constatation, déjà faite par les autorités nationales, de la vacance du siège du requérant. Il est en conséquence jugé que la déclaration de la présidente du Parlement européen n'était pas destinée à produire des effets de droit propres, distincts de ceux du décret du 31 mars 2000 pris par le Premier ministre français constatant que l'inéligibilité du requérant met fin à son mandat de représentant au Parlement européen.

En troisième lieu, il ressort de l'arrêt du 17 juin 2003, *Coe Clerici Logistics/Commission* (T-52/00, non encore publié au Recueil), qu'une lettre de la Commission portant refus de donner suite à une plainte d'une entreprise fondée sur les articles 82 CE et 86 CE

³ JO 1976, L 278, p. 5.

n'est, en principe, pas un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. Rappelant que l'exercice du pouvoir d'appréciation de la Commission en ce qui concerne la compatibilité des mesures étatiques avec les règles du traité, conféré par l'article 86, paragraphe 3, CE, n'est pas assorti d'une obligation d'intervention de la part de cette institution, le Tribunal juge que les personnes physiques ou morales qui demandent à la Commission d'intervenir au titre de cette disposition du traité ne bénéficient pas, en principe, du droit d'introduire un recours contre la décision de la Commission de ne pas faire usage des prérogatives qu'elle détient au titre de cet article. Il conclut, en l'espèce, que la requérante n'est pas recevable à introduire le recours en annulation contre l'acte par lequel la Commission a décidé de ne pas faire usage des pouvoirs que lui confère l'article 86, paragraphe 3, CE. Toutefois, la requérante s'étant prévalu, lors de l'audience, de l'arrêt du Tribunal du 30 janvier 2002, *max.mobil/Commission* (T-54/99, Rec. p. II-313; sous pourvoi, affaire C-141/02 P) (commenté dans le *Rapport annuel 2002*), le Tribunal a ajouté que, «à supposer que l'acte attaqué, en ce qu'il porte sur la violation des articles 82 CE et 86 CE, doive être qualifié de décision de rejet de plainte» au sens de l'arrêt précité, la requérante devrait être considérée, en tant que plaignante et destinataire de cette décision, recevable à introduire son recours. En l'espèce, le caractère recevable du recours a été sans incidence sur l'issue du litige, puisque le Tribunal l'a rejeté sur le fond.

En quatrième lieu, les ordonnances du Tribunal du 9 juillet 2003 (*Commerzbank/Commission*, T-219/01, non encore publiée au Recueil; *Dresdner Bank/Commission*, T-250/01, et *Reisebank/Commission*, T-216/01, non publiées au Recueil) trouvent leur origine dans la contestation de décisions du conseiller-auditeur, prises au titre de l'article 8 de la décision 2001/462/CE, CECA de la Commission, du 23 mai 2001, relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence⁴, refusant à plusieurs banques faisant l'objet d'enquêtes administratives – visant à établir leur participation à une entente contraire à l'article 81 CE – de leur donner accès aux informations relatives aux circonstances ayant mené à la clôture de certaines des procédures administratives engagées contre d'autres banques, également mises en cause par la Commission. Dans chacune des trois affaires, le Tribunal juge que la décision du conseiller-auditeur ne produit, par elle-même, que des effets limités propres à une mesure intermédiaire s'insérant dans le cadre de la procédure administrative engagée par la Commission et n'est donc pas de nature à justifier, dès avant l'achèvement de cette procédure, la recevabilité du recours. Il s'ensuit que l'éventuelle violation des droits de la défense constituée par ce refus, susceptible d'entacher d'illégalité la procédure administrative, ne peut être utilement invoquée que dans le cadre du recours formé contre la décision finale qui constate l'infraction à l'article 81 CE.

En dernier lieu, dans le domaine des aides d'État, le Tribunal a eu l'occasion de préciser la jurisprudence sur le caractère attaquable des décisions d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE. En effet, à la différence des décisions d'ouverture de la procédure formelle d'examen à l'égard de mesures qualifiées provisoirement d'aides nouvelles qui emportent des effets juridiques autonomes par rapport à la décision finale qu'elles préparent (arrêts du Tribunal du 30 avril 2002, *Government of Gibraltar/Commission*, T-195/01 et T-207/01, Rec. p. II-2309, et

⁴ JO L 162, p. 21.

du 23 octobre 2002, *Territorio Histórico de Guipúzcoa e.a./Commission*, T-269/99, T-271/99 et T-272/99, Rec. p. II-4217, et *Territorio Histórico de Álava e.a./Commission*, T-346/99 à T-348/99, Rec. p. II-4259; commentés dans le *Rapport annuel 2002*), la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen à l'origine de l'ordonnance du 2 juin 2003, *Forum 187/Commission* (T-276/02, non encore publiée au Recueil), qualifiait le régime belge litigieux – le régime des centres de coordination – de régime d'aides existant. Constatant qu'une telle décision n'emporte pas les effets juridiques autonomes liés à l'effet suspensif prévu par l'article 88, paragraphe 3, CE à l'égard des aides nouvelles et constatant le caractère provisoire de la qualification du régime en cause, le Tribunal conclut que la décision attaquée, faute de produire un quelconque effet juridique, ne constitue pas un acte attaqué.

2. Intérêt à agir

Un recours en annulation intenté par une personne physique ou morale n'est recevable que dans la mesure où le requérant a un intérêt à voir annuler l'acte attaqué. Bien que l'intérêt à agir ne soit pas expressément prévu à l'article 230 CE, il est de jurisprudence constante que le requérant doit apporter la preuve de son intérêt à agir, le Tribunal précisant qu'il s'agit d'une condition essentielle et première de tout recours en justice (ordonnance du Tribunal du 30 avril 2003, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Commission*, T-167/01, Rec. p. II-1875) et que, en l'absence d'intérêt à agir, il n'y a pas lieu d'examiner si le requérant est directement et individuellement concerné par l'acte attaqué au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE (arrêt du 18 décembre 2003, *Olivieri/Commission et Agence européenne pour l'évaluation des médicaments*, T-326/99, non encore publié au Recueil).

Cet intérêt doit être né et actuel et s'apprécie au jour où le recours est formé. Si l'intérêt dont se prévaut le requérant concerne une situation juridique future, celui-ci doit établir que l'atteinte à cette situation se révèle, d'ores et déjà, certaine. Ne démontre pas un tel intérêt le requérant qui demande l'annulation d'une décision adressée à un État membre et ordonnant à cet État de récupérer une aide étatique auprès de diverses sociétés dès lors que, contrairement aux allégations du requérant, cette décision ne retient contre lui aucune obligation solidaire de remboursement de l'aide litigieuse (ordonnance *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Commission*, précitée).

Ne démontre pas non plus un intérêt à agir le requérant qui demande l'annulation d'une décision de la Commission autorisant la mise sur le marché d'un médicament, dès lors qu'il est avéré que les informations scientifiques qu'il a transmises à l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments ont, d'une part, justifié la réouverture de la procédure d'évaluation et, d'autre part, été examinées et prises en compte dans le cadre de cette procédure (arrêt *Olivieri/Commission*, précité).

3. Qualité pour agir

La qualité pour agir est reconnue à un requérant s'il démontre qu'il est directement et individuellement concerné par l'acte attaqué dont il n'est pas le destinataire.

Il est maintenant bien établi qu'un acte communautaire concerne directement un particulier s'il produit directement des effets sur la situation juridique de l'intéressé et si sa mise en œuvre revêt un caractère purement automatique et découle de la seule réglementation communautaire, sans application d'autres règles intermédiaires. Plusieurs décisions rendues en 2003 constituent des cas d'application de cette interprétation constante (ordonnance du 6 mai 2003, *DOW AgroSciences/Parlement et Conseil*, T-45/02, non encore publiée au Recueil; arrêt *Philips*, et arrêts du 30 septembre 2003, *Sony Computer Entertainment Europe/Commission*, T-243/01, et *Cableuropa e.a./Commission*, T-346/02 et T-347/02, non encore publiés au Recueil).

L'accent sera donc essentiellement porté sur l'affectation individuelle des requérants. On se souvient que, à la suite de l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil* (C-50/00 P, Rec. p. I-6677), par lequel la Cour a confirmé son interprétation de la notion de personne individuellement concernée, le Tribunal a examiné le caractère recevable des recours en annulation en tenant compte de l'interprétation de la Cour et a donc renoncé à suivre l'interprétation différente qu'il avait retenue dans l'arrêt du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission* (T-177/01, Rec. p. II-2365; sous pourvoi, affaire C-263/02 P) (voir le *Rapport annuel 2002*).

C'est en conséquence par référence à la formule consacrée dans l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission* (25/62, Rec. p. 197), que le Tribunal a apprécié la notion de personne individuellement concernée. Ainsi, une personne physique ou morale ne saurait prétendre être considérée comme individuellement concernée par un acte dont elle n'est pas le destinataire que si l'acte en cause l'atteint en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, l'individualise d'une manière analogue à celle dont le serait le destinataire.

Aux fins de la clarté de l'exposé, une distinction sera établie selon que les actes attaqués étaient de véritables décisions ou des actes de portée générale.

a) *Décisions*

a.1) Décisions d'approbation dans le domaine des concentrations d'entreprises

À plusieurs reprises, le Tribunal a déclaré recevables des recours en annulation de décisions d'approbation d'opérations de concentration formés par des personnes morales qui n'étaient pas des parties à la concentration (arrêts *BaByliss*, du 8 juillet 2003, *Verband der freien Rohrwerke e.a./Commission*, T-374/00, non encore publié au Recueil, et du 30 septembre 2003, *ARD/Commission*, T-158/00, non encore publié au Recueil).

En janvier 2002, la Commission a approuvé, sans ouvrir la seconde phase d'examen, la reprise de certains actifs de Moulinex par SEB sous certaines conditions. *BaByliss* et *Philips* ont contesté cette décision devant le Tribunal. Dans l'arrêt *BaByliss*, le Tribunal a examiné la recevabilité du recours et a estimé que *BaByliss*, qui n'était pas destinataire de la décision, était néanmoins directement et individuellement concernée par cet acte. À cet égard, le Tribunal a retenu: i) la participation active de *BaByliss* à la procédure,

concrétisée par des contributions écrites et orales transmises à la Commission; ii) le statut de concurrent potentiel de BabyliSS sur des marchés oligopolistiques caractérisés, notamment par des barrières à l'entrée élevées résultant de la grande fidélité à la marque ainsi que par la difficulté d'accès au commerce de détail, et iii) l'intérêt de BaByliSS au rachat de Moulinex ou, à tout le moins, de certains de ses actifs, concrétisé par plusieurs offres de reprise. Il est donc admis qu'un concurrent potentiel des parties à la concentration est recevable, dans certaines circonstances, à demander l'annulation d'une décision d'approbation dans le cas de marchés oligopolistiques.

La décision de la Commission du 21 mars 2000, approuvant sous conditions, mais sans ouverture de la phase II, l'opération de concentration par laquelle BSKyB a acquis avec KVV le contrôle commun de la société KirchPay TV – active sur le marché de la télévision payante en Allemagne – avait été contestée par ARD, une société active sur le marché de la télévision gratuite. Par l'arrêt *ARD/Commission*, précité, le Tribunal juge que ARD, outre qu'elle est directement concernée par la décision litigieuse, est également individuellement concernée par cet acte. À cet égard, le Tribunal retient, d'une part, la participation active de ARD à la procédure administrative, l'entreprise ayant été invitée par la Commission à déposer des observations et les observations qu'elle a déposées ayant déterminé en partie le contenu de la décision attaquée ainsi que la nature des engagements, et, d'autre part, l'affectation spécifique de la position de ARD, qui n'est pas présente sur les marchés sur lesquels l'entreprise en situation de monopole voit sa position renforcée par la concentration mais uniquement sur des marchés voisins en amont ou en aval.

a.2) Décision de renvoi devant une autorité nationale dans le domaine des concentrations d'entreprises

L'article 9 du règlement n° 4064/89⁵ permet, dans certaines conditions, le renvoi aux autorités compétentes d'un État membre de l'examen d'un cas de concentration notifiée. Dans deux arrêts, des recours en annulation d'une décision de renvoi devant les autorités nationales au titre de cette disposition ont été déclarés recevables. La première affaire trouve son origine dans la décision de la Commission de renvoyer devant les autorités françaises de la concurrence l'opération de concentration entre SEB et Moulinex, pour ce qui concerne les marchés français des appareils du petit électroménager, en vue de l'application de la législation nationale (arrêt *Philips*). Dans la seconde affaire, l'examen de la concentration consistant en une intégration de Vía Digital et de Sogecable a été renvoyé aux autorités espagnoles (arrêt *Cableuropa e.a./Commission*, précité).

Il ressort de ces arrêts que l'individualisation des requérantes peut notamment résulter de deux catégories de circonstances.

Premièrement, la requérante est considérée comme individuellement concernée par la décision de renvoi lorsqu'elle l'aurait été par une décision d'approbation que la

⁵ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1).

Commission aurait prise en l'absence de renvoi. Il est donc ainsi vérifié si, en l'absence de renvoi aux autorités nationales, la requérante aurait été recevable à contester les appréciations que la Commission aurait effectuées au sujet des effets de la concentration sur les marchés concernés dans l'État membre concerné. La qualité de concurrent (potentiel dans l'arrêt *Babyliss* et actuel dans l'arrêt *Cableuropa e.a./Commission*) et l'intervention active de la requérante au cours de la procédure ayant précédé le renvoi constituent des éléments d'appréciation pertinents.

Deuxièmement, elle est considérée comme individuellement concernée par la décision de renvoi, dès lors que cette décision la prive du bénéfice des garanties procédurales reconnues par le règlement n° 4064/89 (article 18, paragraphe 4) aux tiers disposant d'un intérêt suffisant (arrêt *Cableuropa/Commission*).

b) *Actes de portée générale*

b.1) Règlement

Par son arrêt *Sony Computer Entertainment Europe/Commission*, précité, le Tribunal a déclaré recevable le recours en annulation d'un règlement de la Commission relatif au classement de certaines marchandises dans la nomenclature combinée. En l'occurrence, le Tribunal reconnaît, comme cela avait déjà été jugé, que les règlements de la Commission visant au classement des marchandises particulières dans la nomenclature combinée ont une portée générale. Se fondant sur un faisceau d'éléments, il juge néanmoins que la société Sony Computer Entertainment Europe est individuellement concernée par un tel règlement dès lors qu'elle a été à l'origine de la procédure administrative ayant abouti à l'adoption du règlement portant classement tarifaire du produit qu'elle importe dans la Communauté – la console PlayStation®2 –, que cette entreprise est la seule qui, par suite de l'adoption du règlement, a été affectée dans sa position juridique, que le règlement attaqué concerne spécifiquement le classement de la console PlayStation®2 qu'elle importe, qu'il n'existait pas, au moment de l'entrée en vigueur de ce règlement, d'autres produits présentant des caractéristiques identiques et que la requérante est la seule importatrice autorisée de ce produit dans la Communauté.

b.2) Directive

La directive 2002/2⁶ instaure un nouveau régime d'étiquetage pour les aliments composés pour animaux destiné à fournir des informations plus détaillées sur la composition de ces aliments. Une entreprise de nutrition animale, Établissement Toulorge, a demandé l'annulation de cette directive et la réparation du préjudice qu'elle a prétendument subi. Par ordonnance du 21 mars 2003, *Établissements Toulorge/Parlement et Conseil* (T-167/02, Rec. p. II-1114), le Tribunal a rejeté comme irrecevable le recours en annulation au motif que la requérante n'était pas individuellement concernée par la directive.

⁶ Directive 2002/2/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2002, modifiant la directive 79/373/CEE du Conseil concernant la circulation des aliments composés pour animaux et abrogeant la directive 91/357/CEE de la Commission (JO L 63, p. 23).

Considérant que le caractère normatif de la directive n'exclut pas qu'un opérateur économique intéressé puisse se voir reconnaître qualité pour en contester la légalité, le Tribunal estime néanmoins que, en l'occurrence, la requérante n'a pas démontré qu'elle était individuellement concernée par la directive attaquée. En effet, la divulgation des formules de composition des aliments ne constitue pas une atteinte à la situation spécifique de la requérante, mais constitue une obligation qui s'impose identiquement à tous les fabricants d'aliments composés. Dès lors, sans examiner la question de savoir si la requérante était directement concernée par la directive, il a rejeté le recours comme irrecevable.

C'est en adoptant le même raisonnement que le Tribunal a conclu que le fondateur d'un site Internet n'est pas individuellement concerné par la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ⁷ (ordonnance du 6 mai 2003, *Vannieuwenhuyze-Morin/Parlement et Conseil*, T-321/02, non encore publiée au Recueil).

b.3) Décision

En dépit de son libellé, une «décision» peut être considérée comme un acte de portée générale. Ainsi qu'il a été jugé par l'ordonnance *DOW AgroSciences/Parlement et Conseil*, précitée, la décision n° 2455/2001/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 2001, établissant la liste des substances prioritaires dans le domaine de l'eau et modifiant la directive 2000/60/CE ⁸, ne peut, malgré son intitulé, être considérée comme constitutive d'une décision au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, dans la mesure où, adoptée par le Parlement et le Conseil à l'issue de la procédure de codécision (article 251 CE), elle participe du caractère général de cette directive et en modifie la teneur en la complétant par une annexe.

Cette même ordonnance rejette comme irrecevable le recours formé par plusieurs sociétés opérant dans le domaine de la fabrication et de la commercialisation de deux substances visées par cette décision. En effet, le Tribunal considère que ne peuvent pas être considérés comme individuellement concernés par une telle décision les requérants qui ne font pas valoir la violation d'un droit exclusif de propriété intellectuelle relatif aux substances identifiées par l'acte attaqué ou d'un droit spécifique, qui ne démontrent pas que cette décision leur causerait un préjudice exceptionnel et dont la situation particulière ne devait pas être prise en compte par les auteurs de l'acte au moment de son adoption.

⁷ JO L 201, p. 37.

⁸ JO L 331, p. 1.

C. Règles de concurrence applicables aux entreprises

La concurrence a, une nouvelle fois, nourri un contentieux riche d'enseignements, d'une part, dans le domaine d'application des articles 81 CE et 82 CE et, d'autre part, dans celui des concentrations d'entreprises.

Il faut, avant tout, relever que le volumineux arrêt *TACA* clôture, après le prononcé des arrêts du 28 février 2002, *Atlantic Container Line e.a./Commission* [T-395/94, Rec. p. II-875, relatif à l'accord Trans-Atlantic Agreement (ci-après le «TAA»); voir le *Rapport annuel 2002*], *Compagnie générale maritime e.a./Commission* (T-86/95, Rec. p. II-1011, relatif à l'accord FEFC; voir le *Rapport annuel 2002*), et du 19 mars 2003, *CMA CGM e.a./Commission*, T-213/00, Rec. p. II-927, relatif à l'accord FETTCSA; sous pourvoi, affaire C-236/03 P), ainsi que l'ordonnance du 4 juin 2003, *European Council of Transport Users e.a./Commission* (T-224/99, non encore publiée au Recueil), la série des affaires concernant la légalité des pratiques des conférences maritimes au regard des dispositions du règlement n° 4056/86 du Conseil déterminant les modalités d'application des articles 81 CE et 82 CE aux transports maritimes⁹. Par l'arrêt *TACA* (acronyme de Trans-Atlantic Conference Agreement, un accord conclu en juillet 1994 entre les quinze compagnies maritimes qui étaient parties au TAA, dont plusieurs dispositions avaient été interdites par la Commission dans sa décision du 19 octobre 1994¹⁰), le Tribunal rejette l'ensemble des moyens soulevés par les requérantes en ce qui concerne les infractions à l'article 81 CE et fait partiellement droit à ceux concernant les infractions à l'article 82 CE. Les apports de cet arrêt seront, en raison de leur multiplicité, repris sous la plupart des rubriques qui suivent.

1. Apports de la jurisprudence dans le domaine des articles 81 CE et 82 CE

a) *Champ d'application personnel*

Les accords et pratiques visés par les articles 81 CE et 82 CE ne sont interdits qu'à la condition qu'ils aient été conclus ou mis en œuvre par une ou plusieurs «entreprises». Dans l'arrêt du 4 mars 2003, *FENIN/Commission* (T-319/99, Rec. p. II-360; sous pourvoi, affaire C-205/03 P), le Tribunal a précisé que la notion d'«entreprise» ne recouvrait pas les activités d'achat de produits réalisés en vue d'un usage dans le cadre d'une activité non économique.

La FENIN (Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental) est une association qui regroupe la majorité des entreprises commercialisant des produits sanitaires en Espagne et auprès de laquelle les organismes

⁹ Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, déterminant les modalités d'application des articles [81] et [82] du traité aux transports maritimes (JO L 378, p. 4), dont l'article 1^{er} définit la conférence maritime comme un groupe de transporteurs maritimes exploitant des navires qui assure des services internationaux réguliers pour le transport de marchandises sur une ou plusieurs lignes particulières et qui opère en appliquant des taux de fret uniformes ou communs.

¹⁰ Décision 94/980/CE de la Commission, du 19 octobre 1994, relative à une procédure d'application de l'article [81] du traité (IV/34.446 – Trans-Atlantique Agreement) (JO L 376, p. 1).

gérant le système national de santé publique (SNS) achètent des produits sanitaires employés ensuite dans les hôpitaux espagnols. Le 26 août 1999, la Commission a rejeté une plainte de la FENIN visant à dénoncer l'abus de position dominante qui résultait, selon cette dernière, du retard moyen de 300 jours avec lequel les organismes gérant le SNS s'acquittaient de leurs dettes.

Dans l'arrêt rendu sur le recours en annulation formé par la FENIN contre cette décision, le Tribunal commence par rappeler que, dans le contexte du droit communautaire de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. Or, précise le Tribunal, cette notion d'activité économique est caractérisée par l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné et non par l'activité d'achat en tant que telle. Par conséquent, afin d'apprécier la nature d'une activité d'achat, il n'y a pas lieu de la dissocier de l'utilisation ultérieure du produit acheté, le caractère de l'activité d'achat étant déterminé par le caractère économique ou non de cette utilisation ultérieure.

Le Tribunal rappelle ensuite que, selon la jurisprudence de la Cour, des entités qui remplissent une fonction exclusivement sociale, fondée sur le principe de la solidarité et dépourvue de tout but lucratif, ne sont pas des entreprises (arrêt de la Cour du 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637).

Appliquant ces principes aux circonstances de l'espèce, le Tribunal constate que le SNS est financé par des cotisations sociales et qu'il offre une prestation gratuite de services à ses affiliés dans le cadre d'une couverture universelle, de sorte qu'il fonctionne conformément au principe de solidarité. Le Tribunal juge par conséquent que les organismes du SNS ne pouvaient pas être considérés comme des entreprises, au sens des articles 81 CE et 82 CE, ni dans leur activité de gestion du SNS ni, par voie de conséquence, dans leur activité d'achat relative à cette activité de gestion. Le Tribunal rejette par conséquent le recours.

b) *Procédure de concurrence et délai raisonnable*

À la suite d'une plainte déposée en 1991, la Commission a, par décision du 26 octobre 1999¹¹, imposé à la Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie (ci-après «FEG et TU») des amendes de 4,4 et 2,15 millions d'euros, respectivement, pour diverses violations de l'article 81 CE. Entre la saisine de la Commission et la décision attaquée, plus de huit années se sont écoulées. Au cours de la procédure administrative, FEG et TU se sont plaintes du caractère excessif de la durée de l'enquête. La Commission, se référant à l'obligation d'adopter dans un délai raisonnable ses décisions en matière de concurrence (arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*/

¹¹ Décision 2000/117/CE de la Commission, du 26 octobre 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE – Affaire IV/33.884 – Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie (FEG et TU) (JO 2000 L 39, p. 1).

Commission, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, et arrêt du Tribunal du 22 octobre 1997, *SCK et FNK/Commission*, T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739), a reconnu, dans la décision attaquée, la durée «considérable» de la procédure administrative et réduit le montant des amendes infligées de 100 000 euros.

FEG et TU ont fait valoir devant le Tribunal que la violation du principe du délai raisonnable par la Commission devait entraîner l'annulation de la décision attaquée ou, à tout le moins, une réduction complémentaire du montant des amendes. Les requérantes se plaignaient en effet de la difficulté à se défendre liée à l'écoulement du temps et de la prolongation de l'incertitude liée à leur sort.

Par son arrêt du 16 décembre 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie/Commission* (T-5/00 et T-6/00, non encore publié au Recueil), le Tribunal rejette ces demandes, estimant que, si la Commission est tenue de statuer dans un délai raisonnable, le dépassement d'un tel délai ne justifie pas nécessairement l'annulation de la décision mettant fin à la procédure. Confirmant ainsi la jurisprudence «PVC II» (arrêt du Tribunal du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec. p. II-931; commenté dans le *Rapport annuel 1999*), le Tribunal considère que le dépassement du délai raisonnable par la Commission ne peut constituer un motif d'annulation que lorsque celui-ci a porté atteinte à l'exercice des droits de la défense des entreprises concernées. Le caractère excessif de la procédure étant reconnu par la Commission, le Tribunal examine si, en l'espèce, il a été porté atteinte aux droits de la défense. Pour ce faire, le Tribunal précise qu'il convient de distinguer la phase d'instruction antérieure à la communication des griefs et la suite de la procédure administrative. Aucune accusation n'étant portée à l'encontre des intéressées dans le cadre de la première phase, la prolongation de celle-ci ne peut porter atteinte aux droits de la défense. S'agissant de la seconde phase, le Tribunal juge que le délai de 23 mois entre l'audition des parties et la décision attaquée est considérable et imputable à l'inaction de la Commission.

Toutefois, poursuit le Tribunal, les droits de la défense n'ont pas été affectés par la durée de cette phase de la procédure. Dans ce contexte, il relève notamment que, aussi longtemps que la prescription prévue par le règlement n° 2988/74 ¹² n'est pas acquise, la prolongation de l'incertitude alléguée par les requérantes quant à leur sort et quant aux atteintes portées à leur réputation est inhérente aux procédures d'application du règlement n° 17 et ne constitue pas, en soi, une atteinte aux droits de la défense.

Le Tribunal rejette également les demandes de réduction des amendes liées à la durée de la procédure administrative, estimant, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, que les requérantes n'avaient apporté aucun élément justifiant une réduction supplémentaire à celle déjà accordée par la Commission.

¹² 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).

c) *Article 81 CE*

c.1) Ententes prohibées

– Ententes horizontales

Les ententes horizontales prévoyant la fixation des prix sont explicitement interdites par l'article 81, paragraphe 1, CE. Les décisions de la Commission constatant et sanctionnant de telles ententes ont été très largement confirmées.

Tout d'abord, l'arrêt *CMA CGM e.a./Commission*, précité, confirme la décision de la Commission du 16 mai 2000¹³ pour autant qu'elle constate que l'accord entre compagnies maritimes desservant les routes maritimes entre l'Europe du Nord et l'Extrême-Orient, le Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement, prévoyant de ne pas accorder de rabais sur les taux publiés de taxes et surtaxes concernant certains services constitue une infraction à l'article 81, paragraphe 1, CE et à l'article 2 du règlement n° 1017/68¹⁴ et que les conditions d'exemption de cet accord, au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article 5 du règlement n° 1017/68, ne sont pas remplies. Seul l'article du dispositif relatif aux amendes a été annulé.

Dans ce contexte, il suffit de relever que le Tribunal, comme la Commission avant lui, considère qu'un accord interdisant l'octroi de rabais sur les taxes et les surtaxes conclu entre les membres d'une conférence maritime et des compagnies indépendantes doit être considéré comme un accord horizontal de fixation collective des prix interdit non seulement par la lettre de l'article 81, paragraphe 1, sous a), CE et de l'article 2, sous a), du règlement n° 1017/68, mais aussi par l'esprit du règlement n° 4056/86.

Ensuite, les cinq arrêts du 11 décembre 2003, *Marlines/Commission* (T-56/99), *Ventouris/Commission* (T-59/99), *Adriatica di Navigazione/Commission* (T-61/99), *Strintzis Lines Shipping/Commission* (T-65/99), et *Minoan Lines/Commission* (T-66/99), non encore publiés au Recueil, confirment, en substance, la décision de la Commission de 1998 constatant une entente contraire à l'article 81 CE dans le secteur du transport maritime entre la Grèce et l'Italie¹⁵. Dans cette décision, la Commission avait constaté l'existence d'une série d'accords et de pratiques fixant les prix relatifs aux services de transbordeurs rouliers entre les ports de Patras (Grèce) et Ancône (Italie) et au transport de véhicules utilitaires sur les lignes de Patras à Bari (Italie) et de Patras à Brindisi (Italie). Les sept sociétés ayant participé aux infractions se sont vu infliger des amendes pour un montant total d'environ 9 millions d'euros. Cinq des sept sociétés sanctionnées par la Commission ont demandé l'annulation de la décision et la réduction du montant des amendes. Sauf en ce qui concerne des amendes infligées à Ventouris et à Adriatica,

¹³ Décision 2000/627/CE de la Commission, du 16 mai 2000, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE [affaire IV/34.018 – Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA)] (JO L 268, p. 1).

¹⁴ Règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil, du 19 juillet 1968, portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 175, p. 1).

¹⁵ Décision 1999/271/CE de la Commission, du 9 décembre 1998, relative à une procédure d'application de l'article [81] du traité CE (IV/34.466 – Transbordeurs grecs) (JO 1999 L 109, p. 24).

qui ont été réduites en raison d'une appréciation incorrecte de la gravité et de la portée de leurs infractions respectives de la part de la Commission, les recours ont tous été rejetés.

Le Tribunal juge que les faits sur lesquels la Commission s'est fondée sont dûment établis. Contrairement aux allégations présentées par les requérants, le Tribunal estime que les comportements anticoncurrentiels en cause ne leur ont pas été imposés par les autorités grecques et que, partant, les requérants n'ont pas été privés d'autonomie lors de la définition de leurs politiques tarifaires. Le Tribunal confirme aussi que ces accords faussent la concurrence dans le marché commun.

Par ailleurs, on relèvera que le Tribunal considère que la Commission n'a pas outrepassé ses pouvoirs en procédant à une vérification dans des locaux appartenant à une société autre que la société destinataire de la décision de vérification. Le Tribunal prend en considération le fait que ces locaux étaient utilisés par cette dernière pour développer ses activités commerciales et qu'ils pouvaient être assimilés aux locaux commerciaux de l'entreprise destinataire de la décision.

En outre, il déclare que la Commission a correctement imputé des actions et initiatives d'une société à une autre, ayant une personnalité juridique distincte de la première, dès lors que ces deux sociétés étaient respectivement le commettant et son représentant de commerce et formaient une seule et même unité économique.

– Restrictions verticales

En ce qui concerne les restrictions verticales, le Tribunal a annulé deux décisions de la Commission en faisant application de la jurisprudence constante selon laquelle un comportement unilatéral, sans la participation expresse ou tacite d'une autre entreprise, ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1, CE.

En premier lieu, dans son arrêt du 3 décembre 2003, *Volkswagen/Commission* (T-208/01, non encore publié au Recueil), le Tribunal a annulé la décision de la Commission ¹⁶ par laquelle cette dernière avait considéré que Volkswagen avait, en violation de l'article 81 CE, fixé les prix de vente du nouveau modèle Volkswagen Passat en exigeant de ses concessionnaires allemands de ne pas vendre celui-ci en dessous du prix de vente recommandé et de limiter, voire de supprimer, les remises accordées aux clients.

Le Tribunal rappelle tout d'abord la jurisprudence selon laquelle la Commission ne peut estimer qu'un comportement unilatéral d'un fabricant, adopté dans le cadre de ses relations contractuelles avec ses revendeurs, est en réalité à l'origine d'un accord anticoncurrentiel si elle n'établit pas l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, des revendeurs à l'attitude adoptée par le fabricant.

Le Tribunal relève, ensuite, que, en l'espèce, la Commission n'a pas prouvé un acquiescement effectif des concessionnaires aux invitations de Volkswagen lorsqu'ils

¹⁶ Décision 2001/711/CE de la Commission, du 29 juin 2001, dans une procédure prévue par l'article 81 du traité CE (affaire COMP/F-2/36.693 – Volkswagen) (JO L 262, p. 14).

en ont eu connaissance. La Commission avait en effet considéré qu'une telle preuve n'était pas nécessaire, dès lors que les concessionnaires auraient, en signant le contrat de concession, tacitement et par avance acquiescé à ces invitations.

Le Tribunal constate enfin que la conformité au droit communautaire de la concurrence du contrat de concession signé par les concessionnaires n'est pas contestée. Le Tribunal juge donc que la position de la Commission revient à prétendre qu'un concessionnaire qui a signé un contrat de concession conforme au droit de la concurrence est censé avoir, lors de et par cette signature, accepté d'avance une évolution ultérieure illégale de ce contrat, alors même que, en raison précisément de sa conformité au droit de la concurrence, ledit contrat ne pouvait permettre au concessionnaire de prévoir une telle évolution. Le concours de volontés entre Volkswagen et ses concessionnaires n'étant pas prouvé, le Tribunal annule la décision de la Commission infligeant une amende de 30,96 millions d'euros à Volkswagen.

Les mêmes principes ont été appliqués, en second lieu, dans l'arrêt du 21 octobre 2003, *General Motors Nederland et Opel Nederland/Commission* (T-368/00, non encore publié au Recueil; sous pourvoi, affaire C-551/03 P), mais n'ont entraîné dans cette affaire qu'une diminution de l'amende infligée par la Commission.

Opel Nederland, qui assure la vente, l'importation, l'exportation et le commerce de gros de véhicules automobiles et de pièces de rechange de la marque Opel aux Pays-Bas, avait conclu des contrats de concession avec approximativement 150 concessionnaires agréés. La réglementation communautaire en matière de distribution automobile¹⁷ n'autorise pas un constructeur ou son importateur à interdire aux concessionnaires de livrer des produits aux consommateurs finals, à leurs intermédiaires mandatés ou à d'autres concessionnaires appartenant au réseau de distribution de ce constructeur ou de cet importateur. Faisant application de ces principes, la Commission avait, par une décision du 20 septembre 2000¹⁸, condamné la société Opel Nederland à payer une amende de 43 millions d'euros pour avoir mis en œuvre une stratégie générale visant à restreindre ou empêcher toute vente à l'exportation à partir des Pays-Bas, cette stratégie comprenant trois volets, à savoir, premièrement, une politique d'approvisionnement restrictive, deuxièmement, une politique restrictive en matière de primes et, troisièmement, une interdiction directe des exportations.

Dans son arrêt, le Tribunal a confirmé en substance la décision de la Commission. Le Tribunal estime cependant que la Commission n'a pas prouvé à suffisance de droit qu'Opel Nederland avait bien communiqué à ses concessionnaires la mesure de restriction des approvisionnements préalablement adoptée par sa direction, de sorte que, a fortiori, il n'était pas non plus démontré que cette mesure était entrée dans le champ des relations contractuelles liant Opel Nederland à ses concessionnaires.

¹⁷ Voir, en particulier, le règlement (CEE) n° 123/85 de la Commission, du 12 décembre 1984, concernant l'application de l'article [81], paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (JO 1985, L 15, p. 16), remplacé, à partir du 1^{er} octobre 1995, par le règlement (CE) n° 1475/95 de la Commission, du 28 juin 1995 (JO L 145, p. 25).

¹⁸ Décision 2001/146/CE de la Commission, du 20 septembre 2000, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (affaire COMP/36.653 – Opel) (JO L 59, p. 1).

En revanche, le Tribunal estime que c'est à suffisance de droit que la Commission a prouvé, d'une part, que la politique restrictive d'Opel Nederland en matière de primes s'était insérée dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli et constituait, par conséquent, un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE et, d'autre part, qu'à la suite d'incitations d'Opel Nederland les concessionnaires en cause s'étaient engagés à ne plus effectuer de ventes à l'exportation.

Bien que l'infraction a été à juste titre qualifiée de «très grave», le Tribunal juge que le montant de base de 40 millions d'euros doit être réduit, eu égard au fait que l'existence de la mesure d'approvisionnement restrictive n'a pas été établie, ce qui porte le montant final de l'amende à 35 475 000 euros.

Dans l'arrêt du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods/Commission* (T-65/98, non encore publié au Recueil; sous pourvoi, affaire C-552/03 P), le Tribunal s'est prononcé sur la compatibilité avec les articles 81 CE et 82 CE d'accords par lesquels Van den Bergh Foods (ci-après «HB»), le principal fabricant de glaces alimentaires en Irlande, fournit aux détaillants de glaces irlandais des congélateurs pour les glaces destinées à la consommation immédiate, à condition qu'ils soient utilisés exclusivement pour stocker les glaces de HB. Dans une décision du 11 mars 1998¹⁹, la Commission avait considéré que ces accords violaient les articles 81 CE et 82 CE.

Statuant sur un moyen tiré d'erreurs manifestes d'appréciation et d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE, le Tribunal constate que la clause d'exclusivité en cause ne constitue pas formellement une obligation d'achat exclusive, dans la mesure où elle n'empêche pas les détaillants de vendre des produits concurrents de ceux de HB, sous réserve que ses congélateurs soient utilisés exclusivement pour ces produits. Le Tribunal juge qu'il lui incombe donc de vérifier, tout d'abord, si cette clause opère de fait comme une exclusivité imposée à certains points de vente, ensuite, si la Commission a correctement quantifié le degré de cloisonnement en résultant et, enfin, si ce degré de cloisonnement est suffisamment élevé pour constituer une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE.

S'appuyant sur une jurisprudence constante, le Tribunal rappelle en outre que, afin d'évaluer ce degré de cloisonnement, il convient d'examiner, d'une part, si l'ensemble des accords similaires conclus sur le marché de référence et des autres éléments du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrivent les accords en cause font apparaître qu'ils ont pour effet cumulatif de fermer l'accès à ce marché à de nouveaux concurrents et, d'autre part, en cas de réponse positive, si les accords litigieux contribuent à l'effet cumulatif produit (arrêt de la Cour du 28 février 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935, points 23 et 24, et arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, *Langnese-Iglo/Commission*, T-7/93, Rec. p. II-1533, point 99).

Le Tribunal applique ensuite ces principes en menant une analyse détaillée des effets de la clause litigieuse. Parmi d'autres éléments, il constate que la mise à disposition d'un congélateur à titre gracieux, la popularité des glaces HB, l'étendue de sa gamme

¹⁹ Décision 98/531/CE de la Commission, du 11 mars 1998, relative à une procédure d'application des articles [81] et [82] du traité (affaires n° IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436 – Van den Bergh Foods Limited) (JO L 246, p. 1).

de produits et les bénéfiques associés à la vente de celles-ci sont des considérations très importantes aux yeux des détaillants lorsqu'ils examinent la possibilité d'installer un congélateur supplémentaire pour vendre une deuxième gamme de produits ou la possibilité de résilier leur contrat avec HB.

Le Tribunal juge également qu'une proportion significative des détaillants serait disposée à entreposer une plus grande gamme de produits en l'absence de clause d'exclusivité dans les accords de distribution des fournisseurs de glaces.

Enfin, le Tribunal constate que, même si les accords conclus par HB ne concernent que 40 % environ de l'ensemble des points de vente du marché, la Commission a pris en considération les effets sur la concurrence de l'ensemble des accords concernés qui, tous fabricants confondus, sont applicables dans 83 % des points de vente du marché de référence, de sorte que les fournisseurs désireux d'entrer sur le marché pourraient en être dissuadés par la nécessité d'acquiescer au préalable un parc de congélateurs.

Le Tribunal en conclut que les accords conclus par HB sont susceptibles d'affecter de manière sensible le jeu de la concurrence et contribuent de manière significative à un cloisonnement du marché.

c.2) Exemptions

Les conditions d'exemption de l'interdiction d'un accord anticoncurrentiel, telles qu'appréciées par la Commission, ont été examinées par le Tribunal dans l'arrêt *CMA CGM e.a./Commission*, précité, et dans l'arrêt *TACA*.

Au soutien de leurs conclusions en annulation, *CMA CGM e.a.* soulevaient plusieurs moyens tirés d'une absence ou d'une erreur de définition des marchés.

Le Tribunal rappelle que la délimitation précise de tous les marchés en cause n'est pas nécessairement indispensable pour déterminer si un accord remplit les quatre conditions d'octroi d'une exemption individuelle édictées par l'article 81, paragraphe 3, CE et par l'article 5 du règlement n° 1017/68. Certes, la vérification du respect de la quatrième condition prévue par l'article 81, paragraphe 3, sous b), CE et par l'article 5, sous b), du règlement précité requiert que la Commission examine si l'accord en cause est susceptible d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ou du marché de transport en cause. Toutefois, les quatre conditions d'octroi d'une exemption sont cumulatives et il suffit dès lors qu'une seule de ces conditions ne soit pas remplie pour que l'exemption doive être refusée. En conséquence, juge-t-il, dès lors que la Commission constate que les trois premières conditions d'octroi d'une exemption individuelle ne sont pas remplies et qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la quatrième condition, il y a lieu d'admettre qu'elle n'a pas l'obligation de définir préalablement tous les marchés en cause en vue de vérifier si l'accord est susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle. En effet, en vue de déterminer si les trois premières conditions sont remplies, il convient d'avoir égard aux avantages qui découlent de l'accord non spécifiquement sur le marché en cause, mais pour tout marché sur lequel l'accord en cause pourrait produire des effets bénéfiques.

À l'origine de l'arrêt *TACA* est la conclusion du Trans-Atlantic Conference Agreement (ci-après le «TACA») par lequel les quinze compagnies maritimes qui étaient parties au TAA visaient à répondre aux objections soulevées par la Commission à l'encontre de ce dernier accord. Deux compagnies maritimes, qui n'étaient pas présentes sur le trafic transatlantique (Hanjin et Hyundai), ont ultérieurement adhéré au TACA.

Comme le TAA, le TACA couvre les lignes maritimes transatlantiques dans le sens ouest-est et est-ouest entre l'Europe du Nord et les États-Unis. Le TACA contient des dispositions relatives à la fixation du prix des services de transport maritime proprement dit, à la fixation du prix des services de transport terrestre fournis dans un cadre multimodal, à la détermination des conditions dans lesquelles des contrats de services peuvent être conclus avec les chargeurs ainsi que du contenu desdits contrats [les contrats de services sont des contrats par lesquels un chargeur s'engage à faire transporter, soit par la conférence (contrat de service de la conférence), soit par un ou plusieurs transporteurs individuels (contrats de services individuels), une quantité minimale de fret au cours d'une période donnée en échange d'un taux et de la fourniture de services déterminés], à la fixation de la rémunération des transitaires lorsqu'ils interviennent en tant qu'agents des chargeurs en organisant le transport des marchandises, en négociant les conditions auxquelles le transport sera effectué et en accomplissant certaines formalités administratives.

Le TACA a été notifié à la Commission en vue de l'octroi d'une exemption individuelle en vertu de l'article 81, paragraphe 3, CE.

Par décision du 16 septembre 1998 ²⁰ (ci-après la «décision TACA»), la Commission a, premièrement, refusé l'octroi d'une exemption aux dispositions précitées de l'accord en cause, sauf en ce qui concerne la fixation du prix du transport maritime, qui relève de l'exemption par catégorie prévue par l'article 3 du règlement n° 4056/86, deuxièmement, estimé que les parties au TACA détenaient une position dominante collective sur le marché en cause et qu'elles ont abusé de cette position dominante et, troisièmement, infligé des amendes à chacune des parties au TACA du fait des deux infractions constatées à l'article 82 CE.

Devant le Tribunal, les requérantes ont notamment soutenu que le refus d'exempter les dispositions du TACA, à l'exception de la fixation du prix du transport maritime couverte par l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 4056/86, était illégal.

S'agissant, d'abord, de l'accord prévoyant la fixation du prix des services de transport terrestre, le Tribunal avait déjà jugé, dans son arrêt *Compagnie générale maritime e.a./Commission*, précité, qu'un tel accord ne relève pas de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 4056/86, cette exemption ne visant que le segment maritime du transport, et n'est pas susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle, d'autres accords moins restrictifs tels qu'un accord appliquant la «no below cost rule» (règle en vertu de laquelle le prix du transport terrestre ne peut être inférieur aux coûts de celui-ci) étant envisageables. Compte tenu de ces éléments, les requérantes ont renoncé à leur moyen lors de l'audience.

²⁰ Décision 1999/243/CE de la Commission, du 16 septembre 1998, relative à une procédure d'application des articles [81] et [82] du traité CE (affaire IV/35.134 – Trans-Atlantic Conference Agreement) (JO 1999 L 95, p. 1).

S'agissant, ensuite, de l'accord portant sur les conditions dans lesquelles les contrats de services peuvent être conclus et sur leur contenu, le Tribunal a constaté que, contrairement à ce que soutenaient les requérantes, la décision TACA n'interdisait pas aux conférences maritimes, au regard de l'article 81 CE, de conclure des contrats de services de la conférence et d'en déterminer librement le contenu. Dès lors que la plupart des moyens des requérantes visaient à contester l'existence d'une telle interdiction dans la décision TACA, ils ont été rejetés pour défaut d'objet.

S'agissant, enfin, de l'accord sur la rémunération des transitaires, le Tribunal a confirmé qu'un tel accord horizontal de fixation des prix ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 4056/86 en faveur des accords instituant un taux de fret uniforme ou commun. À cet égard, le Tribunal a observé, en particulier, que l'objet de l'accord en cause était de rémunérer non pas des prestations de transport maritime, mais des services distincts qui ne sauraient être assimilés à celles-ci.

c.3) Amendes pour violation de l'article 81 CE

Le montant des amendes infligées par la Commission pour violation de l'article 81 CE est généralement contesté par les entreprises sanctionnées, les griefs avancés concernant, inter alia, la méthodologie utilisée ou les appréciations relatives à la gravité de l'infraction, à la durée de celle-ci, aux circonstances atténuantes ou aggravantes, ou encore à la coopération avec la Commission. De telles contestations ont permis au Tribunal de se prononcer sur les critères pris en compte aux fins de déterminer le montant des amendes.

Ces clarifications sont principalement contenues dans les affaires «Lysine» [arrêts du 9 juillet 2003, *Cheil Jedang/Commission*, T-220/00; *Kyowa Hakko Kogyo et Kyowa Hakko Europe/Commission*, T-223/00; *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, T-224/00 (sous pourvoi, affaire C-397/03 P), et *Daesang et Sewon Europe/Commission*, T-230/00, non encore publiés au Recueil]. Certaines des entreprises sanctionnées pour avoir participé à une entente sur le marché de la lysine ont concentré leurs recours en annulation de la décision de la Commission du 7 juin 2000²¹ sur les aspects relatifs à la détermination du montant des amendes. Il faut rappeler que, par cette décision, la Commission a constaté l'existence d'une série d'accords entre entreprises couvrant l'ensemble de l'Espace économique européen (EEE) sur les prix, les volumes de vente et l'échange d'informations individuelles sur les volumes de ventes de lysine synthétique – acide aminé utilisé comme additif dans certains aliments pour animaux – pour la période allant de juillet 1990 à juin 1995 et leur a infligé des amendes à ce titre pour un montant total d'environ 110 millions d'euros. À cet effet, la Commission a fait application de la méthodologie exposée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes²² ainsi que de la communication sur la coopération de 1996²³.

²¹ Décision 2001/418/CE de la Commission, du 7 juin 2000, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/36.545/F3 – Acides aminés) (JO 2001, L 152, p. 24).

²² Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA (JO 1998, C 9, p. 3).

²³ 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). Il y a toutefois lieu de souligner que cette communication de 1996 a été remplacée en 2002 par la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JO 2002, C 45, p. 3).

Si certaines des appréciations du Tribunal ne sont que des confirmations de principes déjà établis (notamment dans les affaires dites «du chauffage urbain»; voir le *Rapport annuel 2002*), d'autres contribuent à clarifier les modalités d'application des critères contenus dans les lignes directrices et confirment le contrôle juridictionnel exercé sur les appréciations que porte la Commission sur le degré de coopération des entreprises durant la procédure administrative. Elles ont, en outre, permis au Tribunal de préciser la portée du principe non bis in idem, selon lequel une personne déjà jugée ne peut plus être poursuivie ou sanctionnée pour le même fait. Relevons que le montant des amendes infligées aux entreprises requérantes qui s'élevait à un peu plus de 81 millions d'euros a été ramené à environ 74 millions d'euros.

D'un point de vue général, on retiendra de ces affaires «Lysine» que les éléments de fait sur lesquels la Commission a pu se fonder pour déterminer le montant de l'amende ne peuvent plus être remis en cause devant le Tribunal si le requérant les a expressément reconnus durant la procédure administrative (arrêt *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*). Il est, à cet égard, indifférent que la reconnaissance expresse ait été récompensée, ou non, par une réduction du montant de l'amende au titre de sa coopération avec la Commission.

Certains apports de l'arrêt *General Motors Nederland et Opel Nederland/Commission*, précité, annulant partiellement la décision attaquée et réduisant en conséquence le montant de l'amende infligée, seront également mis en relief.

Enfin, on relèvera que le montant des amendes infligées par la Commission dans sa décision ayant donné lieu aux arrêts précités du 11 décembre 2003, *Marlines/Commission*, *Ventouris/Commission*, *Adriatica di Navigazione/Commission*, *Strintzis Lines Shipping/Commission*, et *Minoan Lines/Commission*, n'a été revu à la baisse qu'en ce qui concerne les compagnies maritimes Ventouris et Adriatica dont la gravité et la portée des infractions ont été incorrectement appréciées par la Commission lors de la détermination du montant des amendes. Le Tribunal estime en substance que, étant donné que la Commission a sanctionné dans sa décision deux infractions distinctes – en fonction des différentes lignes maritimes affectées –, elle ne pouvait pas, pour des raisons d'équité et de proportionnalité, condamner avec la même sévérité les entreprises qui ne s'étaient vu imputer qu'une infraction (Ventouris et Adriatica, pour la ligne Patras-Bari et Patras-Brindisi) et les entreprises qui avaient participé aux deux ententes. Le Tribunal a tenu compte de la taille de ces entreprises et de l'importance relative du trafic sur chacune des lignes maritimes affectées.

– Sur les lignes directrices

Rappelant, tout d'abord, que la Commission dispose, dans le cadre du règlement n° 17²⁴, d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes afin d'orienter le comportement des entreprises dans le sens du respect des règles de concurrence, que la Commission peut à tout moment adapter le niveau des amendes aux besoins

²⁴ Règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204).

de la politique de concurrence (notamment, arrêt *Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, précité) et qu'il lui revient de décider du niveau des amendes en vue de renforcer leur effet dissuasif, le Tribunal constate néanmoins que cette institution ne peut pas se départir des règles indicatives qu'elle s'est imposées et qui sont destinées à préciser, dans le respect du traité, les critères qu'elle compte appliquer dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation de la gravité d'une infraction (même arrêt). Elle ne pourrait s'écarter des lignes directrices sur un point précis, relève le Tribunal dans l'arrêt *CMA CGM e.a./Commission*, précité²⁵, qu'en explicitant spécifiquement les motifs justifiant de ne pas les suivre, ce qu'elle n'avait précisément pas fait à l'égard d'une des sociétés sanctionnées.

Ainsi que cela ressort des lignes directrices, le montant de départ de l'amende est établi en fonction du degré de gravité de l'infraction et de la durée de celle-ci. Pour évaluer la gravité de l'infraction²⁶, la Commission prend en considération la nature propre de l'infraction, son impact concret sur le marché lorsqu'il est mesurable et l'étendue du marché géographique concerné.

Quant à la nature de l'infraction, le Tribunal confirme, dans l'arrêt *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, le caractère «très grave» d'une fixation, entre opérateurs concurrents, d'objectifs de prix d'un produit dans l'EEE et de quotas de vente pour ce marché, car de tels comportements portent atteinte à l'autonomie des entreprises²⁷. De même confirme-t-il le caractère «très grave» d'une infraction ayant pour objet le cloisonnement du marché intérieur, dans la mesure où elle contrarie les objectifs les plus fondamentaux de la Communauté (arrêt *General Motors Nederland et Opel Nederland/Commission*, précité).

L'arrêt *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission* confirme également l'appréciation par la Commission de l'impact concret de l'entente sur le marché concerné, à savoir, en l'espèce, une hausse des prix à un niveau supérieur à celui qu'ils auraient atteint autrement et une restriction des volumes de ventes. Dans ce contexte, le Tribunal indique que la Commission doit, aux fins d'établir l'effet d'une entente sur les prix, d'une part, constater 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 et, d'autre part, prendre en compte toutes les conditions objectives du marché concerné, eu égard au contexte économique et réglementaire.

Une autre problématique avancée par les requérantes portait sur la question de savoir si la Commission pouvait, sans violer le principe de proportionnalité et les lignes directrices, se fonder sur le chiffre d'affaires mondial plutôt que sur le chiffre d'affaires provenant

²⁵ Dans cet arrêt, le Tribunal admet que la Commission puisse se fonder par analogie sur les lignes directrices aux fins de calculer des amendes dans le cadre de l'application des règlements n° 4056/86 et n° 1017/68.

²⁶ Selon les lignes directrices, les infractions sont classées en trois catégories, à savoir les «infractions peu graves», «les infractions graves» et «les infractions très graves».

²⁷ Dans l'arrêt *CMA CGM e.a./Commission*, le Tribunal estime que la qualification d'«infraction grave» d'un accord en matière de prix est une qualification atténuée, dont l'explication était fournie en l'espèce par l'absence de preuve quant à l'effet sur le niveau des prix et la courte durée probable des effets nuisibles éventuels de l'infraction.

des ventes du produit en cause dans l'EEE. Le Tribunal était donc invité à contrôler si la Commission avait correctement apprécié l'un des critères énoncés dans les lignes directrices (point 1 A, quatrième alinéa), à savoir la capacité économique effective des auteurs de l'infraction à créer un dommage important aux autres opérateurs. Or, s'agissant d'une analyse qui implique une appréciation de l'influence des entreprises concernées sur le marché affecté, le Tribunal considère que le chiffre d'affaires global ne permet pas, à la différence des parts de marché, de déterminer l'influence qu'elles ont pu exercer sur ce marché. Il constate, en outre, qu'il ne ressort pas de la décision que la Commission a, alors qu'elle en avait l'obligation, déterminé l'ampleur de l'infraction commise par chaque entreprise dont une juste indication est constituée par la partie du chiffre d'affaires provenant des ventes de marchandises sur le marché géographique affecté. Cette méconnaissance des lignes directrices ne conduit cependant pas le Tribunal à constater, dans l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, une quelconque violation par la Commission du principe de proportionnalité. À cet égard, le Tribunal, qui fonde son appréciation sur des données ne figurant pas dans la décision de la Commission, considère que la prise en compte du chiffre d'affaires réalisé par les requérantes sur le marché mondial de la lysine ne constitue pas une violation du principe de proportionnalité dans la mesure où la part du chiffre d'affaires réalisé par les ventes de lysine dans l'EEE est jugée «significative» ou «importante» selon qu'elle s'élève respectivement à environ 20 % (arrêts *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*; *Kyowa Hakko Kogyo et Kyowa Hakko Europe/Commission*, et *Daesang et Sewon Europe/Commission*, précités) ou entre 30 et 40 % (arrêt *Cheil Jedang/Commission*, précité) du chiffre d'affaires mondial en cause.

Quant à la prise en considération de la durée de l'infraction, le Tribunal relève que si la Commission indique dans sa décision qu'elle a majoré le montant de base de l'amende de 10 % par an, elle ne saurait majorer le montant de base de 30 % pour une entreprise dont la durée de participation à l'entente est inférieure à trois ans. Il a, eu égard au critère retenu par la Commission, réduit à proportion la majoration du montant de l'amende infligée à Cheil Jedang dans le cadre de son pouvoir de pleine juridiction (arrêt *Cheil Jedang/Commission*, précité).

Le Tribunal a néanmoins souligné que, comme il a été jugé dans l'arrêt *General Motors Nederland et Opel Nederland/Commission*, «les lignes directrices ne préjugent pas de l'appréciation de l'amende par le juge communautaire» qui dispose, à cet égard, d'une compétence de pleine juridiction.

– Circonstances aggravantes ou atténuantes

Les lignes directrices indiquent que des circonstances aggravantes (comme le rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction) ou atténuantes [comme le rôle passif d'une entreprise (voir sur ce point l'arrêt *Cheil Jedang/Commission*, précité)], propres à chaque entreprise, peuvent être prises en considération pour augmenter ou diminuer le montant de base.

Tout d'abord, il faut relever que la portée d'un point des lignes directrices se référant à la «non-application effective d'un accord», mentionnée au titre des circonstances

atténuantes, a été précisée en ce sens qu'il vise non pas l'hypothèse dans laquelle une entente dans son ensemble n'est pas mise en œuvre, mais le comportement individuel de chaque entreprise (arrêts *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission* et *Cheil Jedang/Commission*, précités).

Ensuite, le Tribunal a jugé que, eu égard au libellé des lignes directrices, les pourcentages correspondant aux augmentations ou aux réductions, retenus au titre des circonstances aggravantes ou atténuantes, devaient être appliqués au montant de base de l'amende, déterminé en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction, et non au montant d'une majoration précédemment appliquée au titre de la durée de l'infraction ou au résultat de la mise en œuvre d'une première majoration ou réduction au titre d'une circonstance aggravante ou atténuante. La Commission n'ayant pas suivi cette méthode, le Tribunal a modifié, en appliquant cette méthode, le montant des amendes dans les affaires *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission* et *Daesang et Sewon Europe/Commission*.

– Sur la communication sur la coopération

Les conditions dans lesquelles des entreprises coopérant avec la Commission au cours de son enquête sur une entente peuvent être exemptées de l'amende ou bénéficier d'une réduction du montant de l'amende qu'elles auraient autrement dû acquitter sont définies dans sa communication sur la coopération de 1996²⁸.

L'ampleur de la réduction du montant de l'amende que la Commission accorde au titre de la communication sur la coopération a été une source de contestations, plusieurs entreprises ayant soutenu que leur assistance justifiait une réduction plus importante du montant de l'amende.

Ainsi, considérant que la Commission avait injustement refusé d'accorder une réduction à Daesang, dans la mesure où aucune des raisons avancées ne justifiait légalement ce refus, le Tribunal a réduit le montant de son amende. Il a, à cette occasion, précisé que si une coopération à l'enquête ouverte par la Commission sur une éventuelle violation des règles communautaires de concurrence, qui ne dépasse pas ce qui résulte des obligations qui incombent aux entreprises en vertu de l'article 11, paragraphes 4 et 5, du règlement n° 17, ne justifie pas une réduction de l'amende, une réduction d'amende est en revanche justifiée lorsque l'entreprise a fourni des renseignements allant bien au-delà de ceux dont la production peut être exigée par la Commission en vertu de l'article 11 du règlement n° 17. Quant à la circonstance selon laquelle une demande de renseignements a été adressée à l'entreprise ayant coopéré, au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, elle ne saurait être déterminante pour exclure le bénéfice d'une réduction importante, comprise entre 50 et 75 % du montant de l'amende, au titre du point C de la communication sur la coopération, d'autant moins qu'une telle demande est un acte moins contraignant qu'une vérification effectuée sur la base d'une décision (arrêt *Daesang et Sewon Europe/Commission*, précité).

²⁸ Déjà mentionnée à la note de bas de page 21. Cette communication de 1996 a été ultérieurement remplacée par la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JO 2002, C 45, p. 3).

L'arrêt *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission* retiendra également l'attention, car le Tribunal, bien qu'ayant constaté que la requérante ne satisfaisait pas les conditions prévues par la communication sur la coopération pour bénéficier d'une réduction supplémentaire du montant de l'amende, a toutefois considéré que la fourniture de certaines informations à la Commission devait être récompensée, car elle constituait une circonstance atténuante figurant dans les lignes directrices. Il a en conséquence accordé une réduction supplémentaire de 10 % du montant de l'amende.

– Sur le principe non bis in idem

En réponse au grief de plusieurs requérantes selon lequel la Commission a violé un principe d'interdiction du cumul de sanctions pour une même infraction en refusant de déduire des amendes qu'elle a imposées le montant des amendes qui leur avaient déjà été infligées aux États-Unis et au Canada, le Tribunal a jugé que la Commission ne viole pas le principe non bis in idem en infligeant une amende à des entreprises pour la participation à une entente déjà sanctionnée par les autorités américaines et canadiennes (arrêts *Kyowa Hakko Kogyo Co. et Kyowa Hakko Europe/Commission*, et *Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, précités).

Le Tribunal rappelle que ce principe général du droit communautaire interdit, dans le domaine de la concurrence, qu'une entreprise soit condamnée ou poursuivie une nouvelle fois par la Commission du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure de la Commission qui n'est plus susceptible de recours.

Il précise, en outre, que, en l'état du droit communautaire, ce principe n'empêche cependant pas le cumul de sanctions communautaire et nationale dès lors que celles-ci sont infligées au terme de deux procédures parallèles poursuivant des fins distinctes. Cependant, une exigence générale d'équité implique que, en fixant le montant de l'amende, la Commission est obligée de tenir compte de sanctions qui auraient déjà été supportées par la même entreprise pour le même fait, lorsqu'il s'agit de sanctions infligées pour infractions au droit des ententes d'un État membre et, par conséquent, commises sur le territoire communautaire.

Eu égard aux règles ainsi énoncées, il juge que le principe non bis in idem ne peut trouver à s'appliquer dans l'hypothèse où les procédures diligentées et les sanctions infligées par la Commission, d'une part, et par les autorités ou les juridictions d'un État tiers, d'autre part, ne poursuivent pas, à l'évidence, les mêmes objectifs. Cette analyse est confortée par le fait que, selon l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la portée de ce principe est limitée au territoire d'un seul État et qu'il n'existe, actuellement, aucun principe de droit international public interdisant à des autorités ou à des juridictions d'États différents de poursuivre et de condamner une personne en raison des mêmes faits.

Par ailleurs, si la Commission est obligée, conformément à une exigence d'équité, de tenir compte, en fixant le montant d'une amende, de sanctions déjà infligées à la

même entreprise pour des infractions au droit des ententes d'un État membre et, par conséquent, commises sur le territoire communautaire, c'est en raison de la situation particulière qui résulte, d'une part, de l'étroite interdépendance des marchés nationaux des États membres et du marché commun et, d'autre part, du système particulier de répartition des compétences entre la Communauté et les États membres en matière d'ententes sur un même territoire, celui du marché commun. Cette justification fait, à l'évidence, défaut dans l'hypothèse où les premières décisions répressives ont été adoptées à l'encontre d'une entreprise par les autorités ou les juridictions d'un État tiers pour violation de leurs règles de concurrence et la Commission n'a, dès lors, aucune obligation, lors de la fixation du montant d'une amende infligée à ladite entreprise pour infraction au droit communautaire de la concurrence, de tenir compte des décisions susvisées.

– Délai raisonnable et prescription

Comme il est rappelé dans l'arrêt *CMA CGM e.a./Commission*, précité, le respect par la Commission d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions à l'issue des procédures administratives en matière de politique de la concurrence constitue un principe général du droit communautaire qui se rattache au principe de bonne administration. Ainsi, la Commission ne peut pas repousser sine die sa prise de position et, pour garantir la sécurité juridique et une protection juridictionnelle adéquate, elle est tenue de prendre une décision ou d'adresser une lettre administrative, dans le cas où une telle lettre a été sollicitée, dans un délai raisonnable. Le Tribunal rappelle également, dans cet arrêt, que le dépassement d'un délai raisonnable, en particulier lorsqu'il entraîne la violation des droits de la défense des intéressés, justifie l'annulation d'une décision constatant une infraction aux règles de concurrence. En revanche, précise le Tribunal pour la première fois, il ne saurait en être de même lorsqu'est contesté le montant des amendes infligées par cette décision dès lors que le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes est régi par le règlement n° 2988/74²⁹, lequel a institué à cet égard un délai de prescription. Ce dernier règlement a en effet institué une réglementation complète régissant en détail les délais dans lesquels la Commission est en droit, sans porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique, d'infliger des amendes aux entreprises faisant l'objet de procédures d'application des règles communautaires de la concurrence. Son article 2, paragraphe 3, prévoit que la prescription est, en tout état de cause, acquise après dix ans lorsque la prescription est interrompue conformément à l'article 2, paragraphe 1, de ce règlement, de sorte que la Commission ne saurait, sous peine que la prescription ne soit acquise, retarder indéfiniment sa décision quant aux amendes. En présence de cette réglementation, 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 institution n'est cependant pas empêchée, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, de réduire pour des motifs d'équité le montant des amendes si elle considère excessive, bien que dans le délai de prescription, la durée de la procédure administrative.

²⁹ 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).

Il ressort de ce même arrêt qu'une cause d'interruption de la prescription quinquennale prévue par le règlement n° 2988/74 peut tenir en une demande de renseignements au sens de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, pour autant que cette demande est nécessaire à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction. N'ayant pas démontré la nécessité de certaines demandes, le Tribunal a dû constater que la Commission a infligé des amendes le 16 mai 2000 alors que le délai de prescription de cinq ans prévu par la réglementation, qui courait depuis le 24 mars 1995, était expiré. Il a en conséquence annulé la décision en ce qu'elle a infligé des amendes.

d) *Article 82 CE*

d.1) Position dominante et abus

Durant l'année 2003, le Tribunal s'est prononcé dans quatre arrêts sur les conditions de fond de l'application de l'article 82 CE.

En premier lieu, dans l'arrêt *Van den Bergh Foods/Commission*, précité, le Tribunal a considéré que les accords mentionnés ci-dessus et constitutifs d'une violation de l'article 81 CE violaient également l'article 82 CE, en raison de la position dominante de HB sur le marché irlandais des glaces destinées à la consommation immédiate et vendues en conditionnement individuel.

En deuxième lieu, dans l'arrêt du 17 décembre 2003, *British Airways/Commission* (T-219/99, non encore publié au Recueil), le Tribunal a apporté plusieurs précisions concernant les conditions générales d'application de l'article 82 CE.

Le Tribunal a, tout d'abord, souligné que l'article 82 CE s'applique tant aux entreprises dont la position dominante est constatée par rapport à leurs fournisseurs qu'aux entreprises qui sont susceptibles d'être en situation de position dominante vis-à-vis de leurs clients.

Le Tribunal a ensuite précisé qu'un abus de position dominante commis sur le marché sectoriel dominé, mais dont les effets se font sentir sur un marché distinct où l'entreprise concernée ne détient pas de position dominante, peut relever de l'article 82 CE, pour autant que ce marché distinct est suffisamment connexe au premier.

En troisième lieu, dans l'arrêt du 30 septembre 2003, *Michelin/Commission* (T-203/01, non encore publié au Recueil), et, ultérieurement, dans l'arrêt *British Airways/Commission*, précité, le Tribunal a apporté plusieurs précisions sur les conditions dans lesquelles une pratique commerciale comportant des rabais et mise en œuvre par une entreprise en situation de position dominante peut être qualifiée d'abus.

L'arrêt *Michelin/Commission* concerne une décision du 20 juin 2001³⁰, dans laquelle la Commission a sanctionné Michelin pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché français du pneumatique neuf de remplacement et sur le marché du pneumatique

³⁰ Décision 2002/405/CE de la Commission, du 20 juin 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/E-2/36.041/PO – Michelin) (JO 2002, L 143, p. 1).

rechapé. La Commission avait sanctionné la politique commerciale et de prix de Michelin à l'égard de ses revendeurs, laquelle était fondée sur un système complexe de remises, de ristournes et/ou d'avantages financiers divers. Étaient spécifiquement visés comme abusifs certains rabais quantitatifs («rappels quantitatifs») et certains rabais déterminés en fonction de la qualité du service du revendeur aux utilisateurs («prime de service»), qui n'étaient pas obtenus «sur facture», mais perçus l'année suivant la période de référence. Était également visée une «convention de coopération professionnelle et d'assistance service» liant Michelin à ses revendeurs (dite «Club des amis Michelin»).

Statuant sur le recours de Michelin, le Tribunal a examiné chacune des pratiques commerciales retenues par la Commission dans sa décision comme constituant un abus.

Analysant, en premier lieu, les rabais pratiqués par Michelin, le Tribunal s'est appuyé sur la jurisprudence de la Cour et du Tribunal en matière de rabais de fidélité ³¹ pour rappeler, de façon générale, que, pour déterminer l'éventuel caractère abusif d'un système de rabais quantitatifs, il y a lieu, d'une part, d'apprécier l'ensemble des circonstances, notamment les critères et les modalités d'octroi des rabais et, d'autre part, d'examiner si les rabais tendent, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée.

Sur le fondement de ces principes, le Tribunal examine les rabais pratiqués par Michelin et constate, d'une part, que la remise litigieuse était calculée sur la totalité du chiffre d'affaires réalisé par le revendeur avec Michelin et, d'autre part, que la période de référence appliquée en vue de cette remise était d'un an. Or, relève le Tribunal, un système de rappels quantitatifs qui comporte une variation importante des taux de remise entre les échelons inférieurs et supérieurs et qui est caractérisé par une période de référence d'un an et une détermination de la remise sur la base du chiffre d'affaires total réalisé au cours de la période de référence présente les caractéristiques d'un système de remises fidélisant.

S'appuyant ensuite sur la jurisprudence constante selon laquelle les rabais accordés par une entreprise en position dominante doivent reposer sur une contrepartie économiquement justifiée pour ne pas être interdits par l'article 82 CE ³², le Tribunal vérifie si tel est le cas en l'espèce et constate que Michelin n'a fourni aucune indication concrète à cet égard. C'est donc à bon droit, conclut le Tribunal, que la Commission a constaté que le système appliqué par Michelin violait l'article 82 CE.

³¹ Arrêts de la Cour du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663; du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, 85/76, Rec. p. 461; du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461; du 29 mars 2001, *Portugal/Commission*, C-163/99, Rec. p. I-2613; arrêt du Tribunal du 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum/Commission*, T-65/89, Rec. p. II-389.

³² Arrêts *Michelin/Commission*, précité, point 85; *Portugal/Commission*, précité, point 52, et arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 114.

Le Tribunal analyse, en deuxième lieu, la «prime de service» appliquée par Michelin, laquelle était une incitation complémentaire proposée aux revendeurs afin d'améliorer leur équipement et leur service après-vente, qui reposait sur un système de «points» accordés en récompense du respect de certains engagements. Le Tribunal juge qu'un système de remises appliqué par une entreprise en position dominante, qui, comme en l'espèce, laisse à cette entreprise une marge d'appréciation non négligeable et discrétionnaire en ce qui concerne la possibilité pour le revendeur de bénéficier de la remise, doit être considéré comme inéquitable et constitue une exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante sur le marché au sens de l'article 82 CE. Le Tribunal juge également que cette prime avait, outre son caractère inéquitable, un effet fidélisant, dans la mesure où elle comprenait, notamment, l'octroi de «points» supplémentaires dans l'hypothèse où le revendeur se fournissait en produits nouveaux Michelin à hauteur d'un pourcentage déterminé par rapport à la part de marché régionale de ces produits. Enfin, estime le Tribunal, c'est également à bon droit que la Commission a constaté que la possibilité pour un revendeur d'obtenir un «point» supplémentaire s'il faisait rechapser les carcasses Michelin par cette dernière l'incitait à faire rechapser en priorité les pneus par Michelin et avait, par conséquent, un effet de ventes liées.

Le Tribunal analyse, en dernier lieu, le «Club des amis Michelin». Ce club est composé de revendeurs de pneus souhaitant s'engager dans un partenariat plus étroit avec Michelin. En application de cette convention, Michelin participait à l'effort financier du revendeur, notamment en contribuant à ses efforts d'investissement et de formation. En échange, les revendeurs devaient respecter certains engagements en termes de parts de marché, maintenir un certain niveau de stock de pneus Michelin et mettre en avant cette marque. La Commission a estimé que cette convention permettait à Michelin d'avoir un droit de regard exceptionnel sur les activités de ses adhérents et comprenait certaines pratiques ayant des effets de ventes liées. Le Tribunal juge que c'est à bon droit que la Commission a estimé que ces diverses caractéristiques de club constituaient, de la part de Michelin, des pratiques abusives.

Par ailleurs, en réponse à un moyen tiré de l'absence d'examen de l'effet économique concret des comportements reprochés, le Tribunal précise que, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement en cause a un effet concret. Il suffit de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet.

Ce point a également été souligné par le Tribunal dans l'arrêt *British Airways/Commission*. Le 14 juillet 1999, la Commission a adopté une décision³³ dans laquelle elle considère que BA était un acheteur en position dominante sur le marché britannique des services d'agences de voyages aériens. Les agents de voyages fournissent aux compagnies aériennes certaines prestations de promotion et d'assistance administrative, en contrepartie desquelles ces dernières leur versent des commissions en fonction des ventes de billets.

³³ Décision 2000/74/CE de la Commission, du 14 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways) (JO 2000, L 30, p. 1).

BA avait conclu avec certains agents de voyages des accords comprenant, notamment, une prime de résultat calculée en fonction du volume de tronçons parcourus sur les vols BA et selon un barème progressif fixé en fonction de l'augmentation des recettes réalisées par l'agent de voyages provenant de la vente de billets BA.

Après avoir constaté, d'une part, qu'il existait un lien de connexité indiscutable entre les services rendus par les agents de voyages au Royaume-Uni et les services de transport assurés sur le marché britannique du transport aérien et, d'autre part, que BA détenait une position dominante sur les marchés des services d'agences de voyages aériens, le Tribunal considère que le système de primes visé dans la décision de la Commission est effectivement abusif.

Le Tribunal juge dans un premier temps que le système établi par BA était discriminatoire. Le Tribunal constate à cet effet que la réalisation par les agents de voyages établis au Royaume-Uni de leur objectif de progression des ventes de billets BA entraînait une augmentation du taux de commission non seulement sur les seuls billets BA écoulés une fois l'objectif de ventes atteint, mais également sur l'ensemble des billets BA traités par les agents au cours de la période de référence considérée, qui pouvait entraîner l'application de taux de commission différents à un montant de recettes identique réalisé au titre de la vente de billets BA par deux agents de voyages.

Le Tribunal déduit dans un deuxième temps de la jurisprudence sur les rabais de la Cour et du Tribunal que, de manière générale, tout système de rabais «fidélisant» appliqué par une entreprise en position dominante tend à empêcher l'approvisionnement des clients auprès de concurrents, en violation de l'article 82 CE, indépendamment de la question de savoir si le système de rabais est ou non discriminatoire et qu'il en est de même d'un système de primes de résultat fidélisant pratiqué par un acheteur en position dominante à l'égard de ses prestataires de services.

En l'espèce, le Tribunal constate que les rabais pratiqués par BA avaient bien un caractère fidélisant. En effet, compte tenu de leur caractère progressif déployant un effet très sensible à la marge, les taux de commission pratiqués étaient susceptibles d'augmenter de façon exponentielle d'une période de référence à une autre. En outre, les cinq principaux concurrents de BA sur le marché britannique des services d'agences de voyages aériens n'étaient pas en mesure d'accorder les mêmes avantages aux agents de voyages, puisqu'ils ne pouvaient pas réaliser un montant de recettes suffisant pour instaurer un système de primes similaire et contrecarrer l'effet d'exclusion s'exerçant à leur encontre sur le marché britannique des services d'agences de voyages aériens.

Le Tribunal estime ensuite que BA n'a pas démontré que le caractère fidélisant de ses systèmes de primes de résultat reposait sur une contrepartie économiquement justifiée et, en particulier, que ses systèmes de primes de résultat constituaient la contrepartie de gains d'efficacité ou d'économies de coûts induits par la vente de billets BA écoulés après la réalisation desdits objectifs.

En quatrième lieu, l'arrêt *TACA* apporte quelques précisions sur le caractère collectif que peut avoir une position dominante. À ce sujet, les requérantes soutenaient, en substance, que, en dépit du fait que le TACA opère en appliquant un tarif uniforme ou

commun, les parties au TACA se livraient une concurrence interne qui excluait qu'elles puissent détenir collectivement une position dominante. À cet égard, le Tribunal a constaté qu'il existait en effet une certaine concurrence entre les parties au TACA non seulement en termes de services, mais également en termes de prix, notamment par la voie des contrats de services (qui accordent en fait une ristourne sur le tarif en échange des quantités minimales souscrites) et des actions indépendantes. Le Tribunal a toutefois estimé que cette concurrence était relativement limitée et qu'elle n'était pas suffisante pour remettre en cause le caractère collectif qui résultait de l'application du tarif uniforme ou commun ainsi que des autres liens entre les parties au TACA résultant de l'accord de conférence maritime.

S'agissant du caractère dominant de la position détenue par les parties au TACA, le Tribunal a estimé que, quelles que soient les données utilisées (celles des requérantes ou celles de la Commission), le niveau de parts de marché détenues par les parties au TACA au cours de la période en cause, à savoir au minimum 56 % pendant trois années consécutives, induisait une «forte présomption» de position dominante. À cet égard, le Tribunal a indiqué que, contrairement à ce que faisaient valoir les requérantes, le seuil de dominance pour l'application de l'article 82 CE à une position collective était le même que pour une position individuelle. Même si le Tribunal a constaté que l'analyse de la Commission quant à la concurrence potentielle et aux prix pratiqués par le TACA n'était pas exempte de certains vices, il a estimé que la présomption de position dominante induite de la part de marché des parties au TACA était néanmoins suffisamment confirmée par d'autres facteurs identifiés dans la décision TACA, tels que, notamment, l'écart de part de marché avec les principaux concurrents, le fait que les parties au TACA détenaient 70 % des capacités disponibles, le «leadership» des parties au TACA en matière de prix (les concurrents étant «suiveurs» en la matière) et la capacité des parties au TACA à discriminer les chargeurs par les prix en fonction de la valeur des marchandises.

Il était reproché aux membres du TACA d'avoir abusé de leur position dominante collective de deux façons entre 1994 et 1996: d'une part, en imposant certaines restrictions quant à l'accès et au contenu des contrats de services («le premier abus») et, d'autre part, en ayant pris certaines mesures pour inciter les concurrents potentiels à devenir membres du TACA plutôt qu'à entrer sur le trafic transatlantique en tant qu'indépendants, altérant de ce fait la structure de concurrence sur le marché en cause («le second abus»).

Le Tribunal a d'abord pour l'essentiel confirmé le premier abus, non sans avoir dû clarifier préalablement la portée exacte de celui-ci, notamment à la suite des explications fournies par la Commission à l'audience. Le Tribunal constate ainsi que le premier abus vise non seulement les pratiques qui ont restreint l'accès aux contrats de services individuels et leur contenu (qui ont également été considérées comme étant restrictives de concurrence), mais en outre certaines pratiques relatives aux contrats de services *de la conférence*, à savoir l'obligation de respecter les règles prévues par le TACA en ce qui concerne la durée, les clauses multiples, les clauses conditionnelles et le montant de l'indemnité forfaitaire.

Les motifs avancés par les requérantes pour justifier les pratiques constituant le premier abus ont été rejetés par le Tribunal, à l'exception toutefois de celui invoqué pour justifier la divulgation des conditions des contrats de services individuels.

À cet égard, le Tribunal a en effet admis que le droit des États-Unis imposait aux parties au TACA de notifier leurs contrats de services individuels à la Federal Maritime Commission, qui en publiait les « clauses essentielles ». Le Tribunal a constaté que, eu égard à cette publication, le contenu des contrats de services individuels devenait public et, partant, était accessible tant aux chargeurs qu'aux transporteurs maritimes. Dans un tel contexte, les parties au TACA ne pouvaient, selon le Tribunal, se voir reprocher d'avoir convenu de « divulguer » le contenu desdits contrats. En effet, selon la jurisprudence, un échange d'informations publiques n'est pas susceptible d'enfreindre les règles de concurrence du traité.

En revanche, le Tribunal n'a pas admis que le droit américain puisse être invoqué pour justifier d'autres pratiques constituant le premier abus, telles que l'interdiction des contrats de services individuels ou l'interdiction des clauses conditionnelles, le Tribunal soulignant à cet égard que lesdites pratiques n'étaient pas imposées mais uniquement permises, voire favorisées par celui-ci, ce qui n'est pas de nature à écarter l'application des règles de concurrence du traité.

S'agissant du second abus, le Tribunal a d'abord observé que, même si le renforcement d'une position dominante peut, selon la jurisprudence *Continental Can*³⁴, constituer un abus, tel n'est pas l'abus constaté en l'espèce, la Commission ne reprochant pas aux parties au TACA d'avoir accepté l'adhésion de nouveaux membres dans la conférence, mais uniquement d'avoir adopté des mesures, certaines spécifiques, d'autres générales, pour inciter les concurrents potentiels à adhérer au TACA. Les mesures spécifiques adoptées par le TACA résidaient dans le fait, d'une part, que Hanjin s'était vu communiquer par les parties au TACA certaines informations confidentielles et que ces dernières avaient exprimé la volonté de lui forger une certaine capacité en « slot » sur le trafic en cause et, d'autre part, que Hyundai avait été autorisée à participer immédiatement aux contrats de services de la conférence en cours. Quant aux mesures générales, elles résultaient de la conclusion d'un grand nombre de contrats de services à double taux et dans le fait que les anciens membres structurés du TAA (en substance, les membres traditionnels de la conférence) s'abstenaient de concourir pour la conclusion de contrats de services relatifs à une certaine catégorie de fret.

En ce qui concerne les mesures spécifiques, le Tribunal a conclu, après avoir examiné en détail les éléments ayant entouré les adhésions de Hanjin et de Hyundai au TACA, que la Commission n'avait pas prouvé à suffisance de droit que c'étaient ces mesures qui avaient amené ces deux compagnies maritimes à devenir membres de la conférence, et non des considérations commerciales propres. À cet égard, le Tribunal a, notamment, souligné que la Commission n'expliquait pas en quoi les mesures spécifiques en cause ne constituaient pas des pratiques de nature à permettre à Hanjin et à Hyundai d'exercer

³⁴ Arrêt de la Cour du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission* (6/72, Rec. p. 215).

les activités relevant de l'exemption par catégorie en faveur des conférences maritimes et, partant, d'adhérer au TACA sur la base des mêmes conditions que les membres existants.

Sur ce point, le Tribunal a constaté que la Commission avait enfreint les droits de la défense des parties au TACA en utilisant à l'appui de ses griefs des documents à charge obtenus après l'audition administrative, sans leur donner l'occasion d'être entendues. À cet égard, le Tribunal a souligné que, même si les documents en cause provenaient du TACA (il s'agissait de pièces rédigées par le TACA ou par ses membres qui avaient été fournies par les parties au TACA elles-mêmes en réponse à des demandes de renseignements), et que leur contenu leur était donc connu, la Commission devait leur donner l'occasion de faire valoir leurs observations quant à la pertinence et la force probante de ces documents parce que ni la communication des griefs, ni les termes des demandes de renseignements ayant conduit à la production de ces documents ou le contenu de ceux-ci ne permettaient aux parties au TACA de déduire raisonnablement les conclusions que la Commission entendait en tirer. En conséquence, le Tribunal a éliminé ces documents en tant qu'éléments de preuves des mesures spécifiques et a constaté que, dès lors que ces mesures étaient uniquement prouvées par les documents en cause, lesdites mesures n'étaient pas valablement prouvées.

En ce qui concerne les mesures générales, le Tribunal a estimé que, pour pouvoir être considérées comme étant des mesures ayant «incité» les concurrents potentiels à adhérer au TACA, de telles mesures devaient nécessairement avoir eu pour effet d'amener des concurrents potentiels à adhérer à la conférence. Une mesure qualifiée d'incitation à adhérer à la conférence qui n'est suivie d'aucune adhésion démontrerait en effet que cette mesure n'est pas, en réalité, une incitation à adhérer à la conférence. Or, en l'espèce, le Tribunal a constaté qu'aucun élément du dossier ne permettait de conclure que les deux seules compagnies maritimes ayant adhéré à la conférence au cours de la période couverte par les infractions, à savoir, Hanjin et Hyundai, avaient pris cette décision en raison des mesures générales identifiées par la décision.

Pour ces motifs, le Tribunal a dès lors annulé la décision TACA en ce qu'elle reproche aux parties au TACA d'avoir modifié abusivement la structure du marché.

d.2) Amendes

Encore une fois, il y a lieu de se référer à l'arrêt *TACA*. En effet, si la Commission n'a pas infligé d'amende du fait des infractions à l'article 81 CE, elle a en revanche infligé des amendes à chacune des parties au TACA du fait des deux infractions à l'article 82 CE pour un montant total de 273 millions d'euros. Compte tenu du constat d'illégalité du second abus, seules les amendes infligées pour le premier abus, en dehors de la divulgation mutuelle du contenu des contrats de services individuels, devaient être examinées par le Tribunal.

– Immunité relative aux amendes

Le Tribunal a d'abord examiné si ces amendes étaient couvertes par l'immunité relative aux amendes prévues par l'article 19 du règlement n° 4056/86.

Après avoir examiné les termes et la finalité de cette disposition, le Tribunal a rejeté la thèse de la Commission selon laquelle l'immunité ne joue que pour les infractions à l'article 81 CE mais non pour celles à l'article 82 CE. Même si le Tribunal admet que l'immunité doit être interprétée de manière restrictive, il constate que l'article 19 du règlement n° 4056/86 prévoit explicitement que l'immunité est susceptible de s'appliquer aux infractions à l'article 82 CE. Certes, cette immunité ne peut être invoquée que pour des agissements notifiés en vue de l'octroi d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, CE et uniquement «dans les limites de l'activité décrite dans la notification». Toutefois, cela ne signifie pas que seules les infractions à l'article 81 CE peuvent en bénéficier. En effet, le Tribunal observe que, selon la jurisprudence, des accords restrictifs de concurrence notifiés en vue d'une exemption peuvent, lorsqu'ils mettent en cause des entreprises dominantes, être qualifiés de pratiques abusives par la Commission.

Le Tribunal considère, par ailleurs, que l'application de l'immunité aux infractions à l'article 82 CE est conciliable avec la finalité poursuivie par cette disposition dès lors qu'une entreprise dominante qui notifie des accords susceptibles d'être qualifiés de pratiques abusives dénonce elle-même une violation possible de l'article 82 CE et, de ce fait, facilite la tâche de la Commission. En l'espèce, toutes les pratiques abusives relevant du premier abus ayant été notifiées à la Commission, le Tribunal conclut que les amendes infligées de ce fait doivent être annulées.

Le Tribunal observe toutefois que cette immunité ne s'applique pas à l'ensemble du montant des amendes infligées pour le premier abus. En effet, les amendes ont été infligées en application non seulement du règlement n° 4056/86, mais aussi du règlement n° 1017/68 en ce qui concerne les aspects terrestres couverts par les pratiques en matière de contrats de services. Or, dans son arrêt du 28 février 2002, *Atlantic Container Line e.a./Commission* (T-18/97, Rec. p. II-1125), le Tribunal a jugé que le règlement n° 1017/68 ne prévoit pas de régime d'immunité et qu'un tel régime ne saurait être déduit d'aucun principe général du droit communautaire.

Le Tribunal a dès lors examiné la légalité de la partie des amendes infligées en application du règlement n° 1017/68.

– Répartition en groupes

À cet égard, le Tribunal a d'abord constaté que la méthode suivie en l'espèce pour calculer le montant des amendes, la décision TACA étant l'une des premières décisions appliquant les lignes directrices publiées par la Commission concernant le calcul des amendes, respectait le cadre légal applicable.

Comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *CMA CGM e.a./Commission*, précité, la Commission avait fixé le montant de l'amende après avoir réparti les parties au TACA en quatre groupes distincts. Elle entendait, en procédant de la sorte, tenir compte de la différence de taille considérable entre les parties au TACA.

Dans l'arrêt *CMA CGM e.a./Commission*, le Tribunal a estimé que la répartition en quatre groupes effectuée par la Commission n'était pas objectivement justifiée et ne revêtait aucune cohérence interne. La répartition des requérantes en groupes a, en l'espèce, été considérée comme contrevenant au principe d'égalité de traitement ou, à tout le moins, comme insuffisamment motivée.

En revanche, dans l'arrêt *TACA*, le Tribunal constate que la répartition en groupes effectuée par la Commission est justifiée dans la mesure où elle est cohérente, la Commission ayant délimité chacun des groupes à partir de la taille de la plus grande partie au TACA par réductions successives de la moitié de la taille de celle-ci.

– Circonstances atténuantes

Le Tribunal a néanmoins conclu, dans le cadre de l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, qu'aucune amende n'aurait dû être imposée en l'espèce du fait des pratiques relevant du premier abus.

À cet égard, le Tribunal rejette la thèse de la Commission selon laquelle aucune circonstance atténuante ne pouvait être invoquée par les parties au TACA. Le Tribunal observe en effet que:

- les parties au TACA ont coopéré avec la Commission en notifiant toutes les pratiques en cause, et ce alors que, dans le cadre des règlements n° 4056/86 et n° 1017/68, cette notification n'était pas obligatoire pour obtenir une exemption;
- la décision TACA constitue la première décision dans laquelle la Commission a apprécié directement la légalité des pratiques adoptées par les conférences maritimes en matière de contrats de services;
- le traitement juridique qu'il convenait de réserver à ces pratiques soulevait des questions complexes, ce qui est démontré par la difficulté de déterminer la portée exacte de la décision sur ce point;
- l'abus résultant des pratiques en matière de contrats de services ne constitue pas une forme classique de pratique abusive au sens de l'article 82 CE;
- les parties au TACA ont pu légitimement croire que la Commission ne leur infligerait pas d'amende, notamment eu égard au fait que, dans plusieurs décisions antérieures dans lesquelles un accord notifié avait été qualifié d'abus par la Commission, aucune amende n'avait été infligée.

2. Règlement n° 4064/89

a) *Recours en annulation d'une décision d'autorisation*

– Affaires *BaByliss* et *Philips*

En janvier 2002, la Commission a approuvé, sans ouvrir la seconde phase d'examen, la reprise de certains actifs de Moulinex par SEB, à la condition, notamment, que SEB octroie une licence exclusive de la marque Moulinex pour une durée de cinq années portant sur la vente de l'ensemble des appareils du petit électroménager dans neuf États membres où des problèmes de concurrence avaient été identifiés et que l'utilisation de cette marque lui soit interdite pour trois années supplémentaires. La décision n'a pas porté sur le marché français, la Commission ayant accédé à la demande de renvoi partiel des autorités françaises.

BaByliss et *Philips* ont contesté la décision d'approbation conditionnelle de la Commission devant le Tribunal. Les arrêts *BaByliss* et *Philips* enrichissent la jurisprudence sur plusieurs aspects.

Sur le fond, premièrement, les arrêts *BaByliss* et *Philips* confirment que la Commission est en droit d'accepter, durant la phase I, le dépôt d'engagements présentés par les parties à la concentration dans le délai de trois semaines prévu par la réglementation applicable [article 18, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, du 1^{er} mars 1998, relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement n° 4064/89³⁵], mais ultérieurement modifiés après ce délai. En effet, ce délai est contraignant pour les parties à la concentration et vise à éviter la présentation d'engagements dans un délai ne permettant pas à la Commission de disposer du temps nécessaire pour les évaluer et consulter les tiers. En revanche, ce délai n'est pas contraignant pour la Commission, de sorte que, si celle-ci estime avoir le temps nécessaire pour examiner les modifications apportées aux engagements au-delà de ce délai et que le délai restant est suffisant pour procéder aux évaluations et consultations des tiers, elle doit être en mesure d'autoriser la concentration au vu des engagements modifiés.

Deuxièmement, le Tribunal précise les conditions d'ouverture de la phase II. À cet égard, il juge que la Commission ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire quant à l'ouverture de la phase II lorsqu'elle se heurte à des doutes sérieux au sujet de la compatibilité de la concentration avec le marché commun. Elle jouit néanmoins d'une certaine marge d'appréciation dans la recherche et l'examen des circonstances de l'espèce afin de déterminer si celles-ci soulèvent des doutes sérieux ou, lorsque des engagements ont été proposés, si elles continuent d'en soulever (arrêt *Philips*).

Le Tribunal précise que, compte tenu des appréciations économiques complexes que la Commission est amenée à effectuer dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont elle jouit pour évaluer les engagements proposés par les parties à la concentration, il appartient au requérant, pour obtenir l'annulation d'une décision approuvant une

³⁵ JO L 61, p. 1.

concentration, au motif que les engagements étaient insuffisants pour dissiper les doutes sérieux, de démontrer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation commise par la Commission (arrêt *Philips*). Toutefois, dans le cadre de l'exercice de son contrôle juridictionnel, le Tribunal doit tenir compte de la finalité spécifique des engagements pris au cours de la phase I, lesquels, contrairement aux engagements pris au cours de la phase II, n'ont pas pour objet d'empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante mais de dissiper tous doutes sérieux à ce sujet. Il en résulte que les engagements pris au cours de la phase I doivent constituer une réponse directe et suffisante de nature à exclure clairement les doutes sérieux émis. En conséquence, lorsque le Tribunal est amené à examiner si les engagements pris au cours de la phase I sont, eu égard à leur portée et leur contenu, de nature à permettre à la Commission d'adopter une décision d'approbation sans ouvrir la phase II, il lui appartient de vérifier que la Commission a pu, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, considérer que lesdits engagements constituaient une réponse directe et suffisante de nature à dissiper clairement tous les doutes sérieux exprimés (arrêt *Philips*).

Dans les affaires en cause, la question s'est posée de savoir si la Commission a pu considérer que les engagements étaient suffisants pour pallier les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration. Alors qu'aucun des griefs et arguments soulevés par Philips n'a permis au Tribunal de conclure à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, le Tribunal accueille partiellement l'argumentation développée par BaByliss.

Dans le contexte de l'arrêt *BaByliss*, le Tribunal confirme qu'un engagement de type comportemental tel qu'un engagement de licence de marque peut être de nature à résoudre les problèmes posés par une concentration et que la durée d'un tel engagement est suffisante en l'espèce pour permettre aux licenciés de concurrencer effectivement l'entité issue de la concentration au terme de la période d'exploitation. En revanche, le Tribunal estime que la Commission ne pouvait pas conclure, à défaut d'engagements, à l'absence de doutes sérieux sur certains marchés géographiques. Dans un premier temps, il vérifie la manière dont la Commission a appliqué les critères d'analyse (seuil de dominance, absence de chevauchement significatif, position de l'entité fusionnée par rapport à ses concurrents et effet de gamme) utilisés pour écarter l'existence de doutes sérieux sur chacun des marchés géographiques pour lesquels elle n'a pas imposé d'engagements (Espagne, Italie, Irlande, Finlande et Royaume-Uni) à tous les autres marchés concernés par l'opération de concentration et conclut que deux des quatre critères retenus à cet effet sont insuffisamment précis (absence de chevauchement significatif et effet de gamme). Il constate, dans un second temps, que l'appréciation faite par la Commission des marchés non couverts par les engagements est erronée. Il donne donc partiellement gain de cause à BaByliss en annulant cette décision en ce qui concerne les marchés en Espagne, en Finlande, en Irlande, en Italie, et au Royaume-Uni.

– Affaire *ARD*

Par décision du 21 mars 2000, la Commission a approuvé sous conditions l'opération de concentration par laquelle BskyB a acquis avec KVV le contrôle commun de la société KirchPay TV, active sur le marché de la télévision payante en Allemagne. Cette décision a été prise sans ouverture de la phase II.

ARD, une société active sur le marché de la télévision gratuite, a demandé l'annulation de cette décision.

La requérante soutenait que les nombreux engagements acceptés par la Commission dans le cadre de la phase I étaient insuffisants pour éliminer les doutes sérieux décrits dans la décision attaquée. Le Tribunal, dans son arrêt du 30 septembre 2003, *ARD/Commission* (T-158/00, non encore publié au Recueil), confirme que, compte tenu des appréciations économiques complexes que la Commission est amenée à effectuer dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont elle jouit pour évaluer les engagements proposés par les parties à la concentration, il appartient au requérant, pour obtenir l'annulation d'une décision approuvant une concentration, au motif que les engagements étaient insuffisants pour dissiper les doutes sérieux, de démontrer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation commise par la Commission. Il est également affirmé que la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour apprécier la nécessité d'obtenir des engagements en vue de dissiper les doutes sérieux posés par une opération de concentration et que le défaut de prise en considération de certains engagements suggérés par un tiers ne conduit pas à l'annulation de la décision lorsque la Commission a pu raisonnablement conclure que les engagements repris dans la décision permettent de dissiper les doutes sérieux. L'argumentation de la requérante a donc été rejetée dans son entièreté.

ARD faisait valoir, également, que la Commission, ayant exprimé des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun, était tenue d'ouvrir la phase II. Le Tribunal rappelle que le constat de l'existence de doutes sérieux est fait sans préjudice de la possibilité de dissiper ces doutes grâce aux engagements proposés. Surtout, il rejette l'analogie proposée par la requérante entre les conséquences pour les tiers intéressés du défaut d'ouverture de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE dans le domaine des aides d'État et les conséquences pour les tiers intéressés du défaut d'ouverture de la phase II au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89. En effet, les procédures d'examen par la Commission au titre de l'article 6 du règlement n° 4064/89 ne sauraient être assimilées à celles conduites au titre de l'article 88 CE. Le Tribunal relève en particulier, tout d'abord, que, au niveau de la phase préliminaire de la procédure en matière d'aides d'État, les tiers intéressés n'ont aucun droit de participer à la procédure. Il relève, ensuite, que si la Commission constate, au cours de l'examen préalable prévu par l'article 88 CE, que le projet constitue une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et que, dans cette mesure, il existe des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle est tenue d'engager la procédure formelle, tandis que si la Commission constate qu'une opération de concentration soulève des doutes sérieux, elle n'est pas tenue d'engager la seconde phase si les modifications de l'opération de concentration ou les engagements des entreprises concernées permettent d'écartier lesdits doutes.

Enfin, le Tribunal confirme que la Commission est en droit d'accepter, durant la phase I, le dépôt d'engagements présentés par les parties à la concentration dans le délai de trois semaines prévu par la réglementation applicable (article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98), mais ultérieurement modifiés après ce délai. En effet, ce délai est contraignant pour les parties à la concentration, mais ne l'est pas pour la Commission,

en sorte que, si celle-ci estime avoir le temps nécessaire pour les examiner, elle doit être en mesure d'autoriser la concentration au vu desdits engagements, même si des modifications interviennent après le délai de trois semaines ³⁶.

– *Affaire Verband der freien Rohrwerke eV e.a.*

Par décisions du 5 septembre 2000 et du 14 septembre 2000, la Commission a approuvé, respectivement sur la base du règlement n° 4064/89 et de l'article 66, paragraphe 2, CA, l'acquisition par Salzgitter du contrôle de Mannesmannröhren Werke. Verband der freien Rohrwerke eV, une association d'entreprises, et deux de ses membres ont demandé l'annulation de ces deux décisions. Alors que le recours formé au titre de l'article 33 CA est rejeté comme irrecevable, le recours formé au titre de l'article 230 CE est rejeté sur le fond (arrêt du Tribunal du 8 juillet 2003, *Verband der freien Rohrwerke e.a./Commission*, T-374/00, non encore publié au Recueil), le Tribunal jugeant que la Commission n'a commis aucune erreur manifeste dans son appréciation des effets de la concentration litigieuse.

b) *Recours en annulation de décisions de renvoi devant une autorité nationale*

L'article 9 du règlement n° 4064/89 permet, dans certaines conditions, le renvoi aux autorités compétentes d'un État membre d'un cas de concentration notifiée.

À deux reprises, le Tribunal s'est prononcé sur la légalité de décisions de renvoi devant les autorités nationales. À l'origine de la première affaire est la décision de la Commission de renvoyer devant les autorités françaises de la concurrence l'opération de concentration entre SEB et Moulinex, pour ce qui concerne les marchés français des appareils du petit électroménager, en vue de l'application de la législation nationale (arrêt *Philips*). Dans la seconde affaire, l'examen de la concentration consistant en une intégration de Vía Digital et de Sogecable a été renvoyé aux autorités espagnoles (arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, *Cableuropa e.a./Commission*, T-346/02 et T-347/02, non encore publié au Recueil).

Sur le fond, le Tribunal était invité à vérifier si les conditions du renvoi [au titre de l'article 9, paragraphe 2, sous a)] étaient remplies et si la Commission avait décidé à bon droit de renvoyer (au titre de l'article 9, paragraphe 3) l'examen des effets de la concentration aux autorités nationales, plutôt que de traiter elle-même de cette question.

Selon ces dispositions, la Commission peut décider de renvoyer l'examen de la concentration aux autorités nationales si deux conditions cumulatives sont réunies: la concentration doit menacer de créer ou de renforcer une position dominante qui entrave significativement une concurrence effective dans un marché de l'État membre concerné et ce marché doit présenter les caractéristiques d'un marché distinct.

³⁶ À la différence des arrêts *Philips* et *BaByliss*, le Tribunal retient seulement que le délai doit être suffisant pour permettre à la Commission d'examiner les engagements proposés, sans mentionner que le délai restant doit être suffisant pour procéder aux consultations des tiers. L'absence de consultation des tiers sur les dernières versions modifiées des engagements est donc implicitement admise.

– *Affaire Philips*

Le Tribunal constate que ces deux conditions étaient remplies. En ce qui concerne la menace de création ou de renforcement d'une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans un marché à l'intérieur de l'État membre concerné, le Tribunal relève que la nouvelle entité détiendrait en France une gamme de produits et un portefeuille de marques inégalés. En ce qui concerne l'existence d'un marché distinct, le Tribunal observe que la France constituait effectivement un tel marché, eu égard, notamment, aux différences de prix, aux marques différentes et à la structure nationale de la distribution, de l'approvisionnement et de la logistique.

Quant au large pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission pour décider du renvoi, le Tribunal estime que cette institution l'a correctement exercé, après avoir, d'une part, considéré que la Commission «ne saurait décider d'effectuer le renvoi si, au moment de l'examen de la demande de renvoi communiquée par l'État membre concerné, il apparaît, sur la base d'un ensemble d'indices précis et concordants, que ledit renvoi n'est pas de nature à permettre de préserver ou rétablir une concurrence effective sur les marchés concernés» et, d'autre part, précisé que le contrôle effectué par le juge communautaire sur cette question «doit se limiter à vérifier si la Commission a pu, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, estimer que le renvoi aux autorités nationales de la concurrence permettrait de préserver ou de rétablir une concurrence effective sur le marché concerné, de sorte qu'il n'était pas nécessaire qu'elle traite elle-même du cas». Le Tribunal a certes constaté que le renvoi aux États membres lorsque les produits en cause relèvent de marchés nationaux distincts est susceptible de porter atteinte au principe du «guichet unique» (contrôle unique par les autorités européennes), mais ce risque est considéré comme inhérent à la procédure de renvoi telle qu'elle est actuellement prévue par le règlement.

En conséquence, le Tribunal rejette le recours de Philips contre la décision de renvoi dans son intégralité.

– *Affaire Cableuropa*

Comme dans l'affaire précédente, le Tribunal juge que les deux conditions nécessaires pour renvoyer l'examen de la concentration aux autorités nationales étaient remplies.

Dans le cadre de l'examen de l'appréciation de la Commission relative à la seconde condition, le Tribunal précise que le caractère distinct du marché doit être déterminé sur la base d'une définition du marché des produits ou services en cause, dans un premier temps, et d'une définition du marché géographique de référence, dans un second temps. En l'occurrence, il est jugé que la Commission n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en estimant que les marchés concernés étaient des marchés distincts de dimension nationale. L'argumentation des requérantes (reposant sur la forte implantation européenne des parties à la concentration et de leurs sociétés mères en ce qui concerne tant les activités de télécommunication que celles de la télévision payante, sur la dimension transfrontière du marché des droits audiovisuels des retransmissions sportives et du marché de certains films, sur l'absence de pertinence du facteur

linguistique pour définir l'étendue géographique des marchés de la télévision payante, de la retransmission des droits audiovisuels et des télécommunications, ainsi que sur la dimension transfrontière des marchés des télécommunications, des réseaux d'Internet et des services liés) est ainsi écartée.

Quant au large pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission pour décider ou non du renvoi d'une concentration, le Tribunal juge qu'il a été exercé sans erreur manifeste. En effet, en application de la règle énoncée dans l'arrêt *Philips*, il juge que la Commission pouvait raisonnablement décider de renvoyer la concentration, dès lors qu'il n'existait pas d'indications précises et concordantes laissant à penser que le renvoi pourrait nuire au maintien d'une concurrence effective sur les marchés concernés, étant précisé que les autorités espagnoles avaient identifié avec précision les problèmes de concurrence soulevés par la concentration.

Le Tribunal considère, en outre, que le renvoi total à une autorité nationale de la concurrence d'une opération de concentration dont les effets sont limités aux marchés de dimension nationale ne contrevient pas au caractère exceptionnel que doit revêtir le renvoi aux autorités nationales d'une opération de concentration de dimension communautaire lorsque les marchés de référence couvrent une partie substantielle du marché commun.

Dans ces circonstances, le Tribunal rejette les recours introduits contre la décision de la Commission relative à la concentration visant à l'intégration de Vía Digital et de Sogecable.

c) *Recours en annulation d'une décision de refus d'agrément*

Les propositions d'engagement et leur acceptation, ou leur refus, par la Commission peuvent constituer une source importante de contentieux. Une autre source de contentieux tient dans la mise en œuvre des engagements préalablement acceptés par la Commission. Cette mise en œuvre implique en particulier, dans certains cas, l'agrément des acheteurs des actifs devant être vendus. À cet effet, la Commission vérifie que l'acheteur est indépendant des parties à la concentration, qu'il peut devenir une force compétitive sur le marché et que l'acquisition des actifs par cet acheteur ne soulève pas, à première vue, de problèmes de concurrence.

Le refus d'approuver le choix des acquéreurs pressentis peut donner lieu à litige. Ainsi, dans l'affaire *TotalFina/Elf*, la Commission a-t-elle refusé d'agréer les repreneurs originellement proposés par les parties à la concentration.

La déclaration de compatibilité de l'opération de concentration, consistant dans le rachat de l'entreprise Elf Aquitaine par TotalFina, était conditionnée au respect de certains engagements³⁷. Au titre de ces engagements, TotalFina Elf devait céder, dans un délai

³⁷ Décision 2001/402/CE de la Commission, du 9 février 2000, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun (affaire COMP/M.1628 – TotalFina/Elf) (JO 2001, L 143, p. 1).

déterminé, 70 stations-service situées sur les autoroutes françaises. En septembre 2000, la Commission a décidé de refuser d'agréer, dans le cadre du «paquet» proposé, deux des repreneurs proposés par TotalFina Elf au motif qu'ils n'étaient pas en mesure de maintenir ou de développer une concurrence effective sur le marché concerné. Un des deux repreneurs écartés, la SG 2R opérant sous l'enseigne «Le Mirabellier», a saisi le Tribunal d'un recours en annulation de cette décision de la Commission et le président du Tribunal d'une demande en référé. Tant la demande en référé que le recours au principal ont été rejetés (ordonnance du président du Tribunal du 17 janvier 2001, *Petrolessence et SG2R/Commission*, T-342/00 R, Rec. p. II-67, et arrêt du 3 avril 2003, *Petrolessence et SG2R/Commission*, T-342/00, Rec. p. II-1163).

Dans le cadre du moyen d'annulation tiré d'une appréciation erronée par la Commission de la candidature des requérantes, celles-ci contestaient le bien-fondé des considérations développées au soutien de l'affirmation selon laquelle elles ne seraient pas capables d'exercer une concurrence effective sur le marché en cause.

En réponse, le Tribunal commence par rappeler que les règles de fond du règlement n° 4064/89, et en particulier son article 2, relatif à l'appréciation des opérations de concentration, confèrent à la Commission un certain pouvoir d'appréciation, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique. Il s'ensuit que le contrôle exercé par le juge communautaire sur les appréciations économiques complexes effectuées par la Commission dans l'exercice du pouvoir d'appréciation que lui confère le règlement n° 4064/89 doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir. En particulier, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de la Commission.

Dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, établi par le règlement n° 4064/89, la Commission est tenue d'apprécier, selon une analyse prospective du marché en cause, si l'opération dont elle est saisie aboutit à une situation dans laquelle une concurrence effective dans ce marché est entravée de manière significative, notamment par les entreprises parties à la concentration. En outre, la Commission peut, en application de l'article 8 de ce règlement, assortir sa décision de compatibilité de conditions et de charges.

En l'occurrence, le Tribunal a jugé que les requérantes n'avaient pas établi que l'appréciation faite par la Commission de leur candidature était entachée d'une erreur manifeste. Il a ainsi confirmé que la Commission peut rejeter les candidatures de repreneurs lorsqu'il apparaît qu'ils ne pourront pas satisfaire à l'objectif assigné aux mesures correctives.

d) *Droit d'être entendu*

Le droit d'être entendu est reconnu aux tiers par le règlement n° 4064/89 (article 18, paragraphe 4). Ils peuvent donc déposer, par écrit, des observations auprès de la Commission, notamment en réaction à la publication faite au *Journal officiel de l'Union européenne* de la notification d'une opération de concentration relevant du règlement n° 4064/89 ou en réponse à l'invitation qui leur a été adressée par la Commission (voir

article 16 du règlement n° 447/98). En particulier, ils peuvent se voir offrir la possibilité de présenter leurs observations sur les engagements proposés par les parties notifiantes et destinés à démontrer que l'opération de concentration ne crée ni ne renforce une position dominante entravant de manière significative la concurrence sur le marché concerné.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *ARD/Commission*, précité, la requérante n'avait disposé que d'un délai de vingt-quatre heures pour commenter les engagements initiaux. Le Tribunal estime qu'un tel délai n'est pas de nature à affecter la légalité de la décision ³⁸.

L'arrêt *ARD/Commission*, précité, enseigne également que dès lors que, en phase II, la Commission n'est pas tenue, en vertu de l'article 18, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89, de transmettre aux tiers qualifiés, pour avis préalable, la version définitive des engagements qui sont pris par les entreprises concernées sur la base des objections émises par la Commission, à la suite, notamment, des observations recueillies auprès des tiers sur les propositions d'engagements formulées par les entreprises en cause (arrêt du 27 novembre 1997, *Kaysersberg/Commission*, T-290/94, Rec. p. II-2137), tel est a fortiori le cas en ce qui concerne une décision prise au terme de la phase I, l'absence de consultation de ARD, en tant que tiers qualifié déjà entendu par la Commission au cours de la même procédure, sur une des modifications des engagements initiaux n'est donc pas de nature à entacher la décision d'illégalité.

D. Aides d'État

1. Éléments constitutifs

Selon une jurisprudence constante, l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 87 CE lorsque, dans des circonstances similaires, un investisseur privé opérant dans des conditions normales d'une économie de marché, d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à procéder à l'apport de capitaux en question (arrêt de la Cour du 21 mars 1990, *Belgique/Commission*, C-142/87, Rec. p. I-959).

Deux arrêts ont donné l'occasion au Tribunal d'apporter des précisions sur la notion d'«investisseur privé opérant dans des conditions normales d'une économie de marché».

L'arrêt du 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission* (T-228/99 et T-233/99, Rec. p. II-445), portait sur les conséquences

³⁸ On comprend donc parfaitement que le Tribunal ait répondu à BaByliss, qui soutenait que le délai de douze jours dont elle avait disposé pour déposer ses observations n'était pas suffisant, qu'un tel délai est «manifestement plus que suffisant».

d'une loi du 18 décembre 1991 par laquelle le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie avait transféré à la Westdeutsche Landesbank Girozentrale, un organisme bancaire de droit public, la Wohnungsbauförderungsanstalt, un autre organisme de droit public entièrement détenu par le Land. Ce transfert n'avait pas donné lieu à une augmentation de la participation du Land, mais à une rémunération en numéraire fixée à un taux annuel de 0,6 % après impôts. Dans une décision du 8 juillet 1999³⁹, la Commission a considéré que cette opération constituait une aide d'État illicite et incompatible avec le marché commun, dans la mesure où un investisseur opérant dans une économie de marché aurait demandé que ces capitaux soient rémunérés d'une façon appropriée et qu'une rémunération conforme à la valeur du marché aurait dû être fixée au niveau de 9,3 % par an après impôts.

Le Tribunal écarte, en premier lieu, la thèse des requérantes selon laquelle l'article 295 CE, qui dispose que le traité CE «ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres», limite la portée de la notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE⁴⁰.

Le Tribunal indique en deuxième lieu que, afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, en principe, la question de savoir si l'entreprise bénéficiaire de cette mesure est ou non rentable n'est pas en soi déterminante, cette question devant, en revanche, être prise en compte afin de déterminer si l'investisseur public s'est comporté comme un investisseur opérant dans une économie de marché ou si l'entreprise bénéficiaire a reçu un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.

Appliquant, en troisième lieu, la notion d'investisseur privé opérant dans des conditions normales d'une économie de marché, le Tribunal considère que, afin de déterminer si – et le cas échéant, dans quelle mesure – l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché, la Commission peut utiliser comme critère le rendement moyen observé dans le secteur concerné. Le Tribunal prend cependant le soin de préciser que l'utilisation de cet outil analytique ne dispense pas la Commission de son obligation, d'une part, de motiver sa décision finale de façon suffisante et, d'autre part, de réaliser une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération concernée et de son contexte et, notamment, de prendre en compte la possibilité que l'aide en cause remplisse les conditions d'exemption de l'article 86, paragraphe 2, CE. Or, en l'espèce, le Tribunal estime que la Commission n'a pas suffisamment motivé le choix de deux des éléments pris en compte par elle pour calculer le taux de rendement approprié, à savoir, d'une part, la valeur du taux de rendement de base et, d'autre part, la majoration appliquée à ce taux afin de l'adapter aux caractéristiques particulières de l'opération. Par conséquent, le Tribunal estime, eu égard à l'importance essentielle de ces éléments dans la décision de la Commission, qu'il y a lieu de prononcer son annulation.

³⁹ Décision 2000/392/CE de la Commission, du 8 juillet 1999, concernant la mesure mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank – Girozentrale (WestLB) (JO 2000, L 150, p. 1).

⁴⁰ Voir également arrêt du Tribunal du 5 août 2003, *P & O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya/Commission* (T-116/01 et T-118/01, non encore publié au Recueil, point 152).

L'arrêt du 5 août 2003, *P & O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya/Commission* (T-116/01 et T-118/01, non encore publié au Recueil; sous pourvoi, affaire C-442/03 P), constitue l'une des suites de l'arrêt du Tribunal du 28 janvier 1999, *BAI/Commission* (T-14/96, Rec. p. II-139), par lequel le Tribunal avait annulé une décision de la Commission estimant qu'un accord signé entre la Diputación Foral de Vizcaya (le conseil provincial de Biscaye) et le ministère du Commerce et du Tourisme du gouvernement basque, d'une part, et P & O European Ferries («P & O Ferries»), d'autre part, ne constituait pas une aide d'État. Cet accord portait sur l'établissement d'un service de transbordeurs par lequel les autorités signataires faisaient l'acquisition de bons de voyage devant être utilisés sur la ligne maritime Bilbao-Portsmouth.

Après avoir rouvert la procédure pour tenir compte des suites de l'arrêt du Tribunal, la Commission a constaté que, si la Diputación indiquait qu'elle cherchait, par son achat de bons de voyage, à faciliter ou subventionner les voyages de certains de ses administrés, le nombre total de bons acquis n'avait cependant pas été fixé en fonction de ses besoins réels et ne répondait donc pas aux impératifs d'ordre social invoqués ⁴¹.

Le Tribunal confirme cette analyse en jugeant que le seul fait pour un État membre d'acheter des biens et services aux conditions du marché ne suffit pas pour qualifier cette opération de transaction commerciale effectuée dans des conditions qu'un investisseur privé aurait acceptées s'il s'avère que l'État membre en question n'avait pas un besoin réel de ces biens et services. Constatant, par ailleurs, que de nombreux éléments convergent pour établir que la Diputación n'a pas conclu cet accord pour satisfaire des besoins effectifs, le Tribunal en conclut que c'est à bon droit que la Commission a qualifié l'accord litigieux d'aide d'État.

Le Tribunal précise également dans cet arrêt que la circonstance selon laquelle la Commission a initialement adopté une décision positive approuvant l'aide litigieuse n'a pas pu faire naître, dans le chef de sa bénéficiaire, une confiance légitime, dès lors que cette décision a été contestée dans les délais de recours contentieux, puis annulée par le juge communautaire.

2. Questions de procédure

Dans ses deux arrêts du 10 avril 2003, *Scott/Commission* (T-366/00, Rec. p. II-1766; sous pourvoi, affaire C-276/03 P) et *Département du Loiret/Commission* (T-369/00, Rec. p. II-1793), le Tribunal a précisé les conditions d'application du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [88] du traité CE ⁴², qui établit les règles procédurales en matière d'aides d'État. Dans ces deux arrêts, le Tribunal rappelle que les règles de procédure, à l'inverse des règles de fond, sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur. Considérant que les règles édictées par le règlement

⁴¹ Décision 2001/247/CE de la Commission, du 29 novembre 2000, relative au régime d'aide appliqué par l'Espagne en faveur de la compagnie maritime Ferries Golfo de Vizcaya (JO 2001, L 89, p. 28).

⁴² JO L 83, p. 1.

n° 659/1999, y compris la règle de prescription posée par son article 15, sont de nature procédurale, le Tribunal en déduit que ces règles s'appliquent à toutes les procédures administratives en matière d'aides d'État pendantes devant la Commission au moment où le règlement n° 659/1999 est entré en vigueur, à savoir le 16 avril 1999.

Le Tribunal précise en outre qu'une demande de renseignements adressée par la Commission aux autorités d'un État membre interrompt le délai de prescription de dix ans, y compris à l'égard du bénéficiaire, même si ce dernier ignorait l'existence de cette demande.

E. Mesures de défense commerciale

Durant l'année 2003, le Tribunal a rendu deux arrêts dans le domaine des mesures de défense commerciale.

Dans l'arrêt du 23 octobre 2003, *Changzhou Hailong Electronics & Light Fixtures et Zhejiang Yankon/Conseil* (T-255/01, non encore publié au Recueil), le Tribunal a précisé les conditions dans lesquelles la valeur normale d'un produit au sens du règlement (CE) n° 384/96 du Conseil, du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne ⁴³ peut être calculée selon les règles relatives à une économie de marché dans l'hypothèse où les importations en cause proviennent de la république populaire de Chine.

On retiendra ensuite l'arrêt du 8 juillet 2003, *Euroalliages e.a./Commission* (T-132/01, non encore publié au Recueil), relatif aux conditions dans lesquelles une mesure de défense commerciale venant à expiration peut ou doit être maintenue ainsi qu'à l'étendue du contrôle du Tribunal sur l'appréciation par la Commission de l'«intérêt communautaire» au sens du règlement n° 384/96.

Dans cette dernière affaire, les requérantes concluaient à l'annulation d'une décision de la Commission ⁴⁴ clôturant une procédure antidumping concernant les importations de ferrosilicium originaires du Brésil, de Chine, du Kazakhstan, de Russie, d'Ukraine et du Venezuela, par laquelle la Commission avait considéré que le maintien des mesures en cause après leur expiration serait contraire aux intérêts de la Communauté, même si l'expiration desdites mesures risquait de favoriser la continuation ou la réapparition du dumping et du préjudice en découlant.

Le Tribunal a jugé que les conditions pour le maintien d'une mesure antidumping venant à expiration étaient, mutatis mutandis, les mêmes que celles pour l'institution de nouvelles mesures. Ayant constaté que le règlement n° 384/96 ne conférait pas à

⁴³ JO L 56, p. 1.

⁴⁴ Décision 2001/230/CE de la Commission, du 21 février 2001, clôturant la procédure antidumping concernant les importations de ferrosilicium originaires du Brésil, de la République populaire de Chine, du Kazakhstan, de Russie, d'Ukraine et du Venezuela (JO L 84, p. 36).

l'industrie communautaire plaignante un droit à l'institution de mesures de protection, y compris lorsque l'existence d'un dumping et celle d'un préjudice ont été établies, il conclut qu'il en est de même pour le maintien d'une mesure venant à expiration, même lorsque la probabilité de la continuation ou de la réapparition du dumping et du préjudice a été constatée.

Le Tribunal précise ensuite que l'appréciation par la Commission de l'intérêt communautaire suppose l'appréciation de situations économiques complexes et procède d'un choix de politique économique, de sorte qu'il n'appartient pas au juge communautaire de substituer son appréciation à celle des institutions compétentes pour effectuer ce choix. Il appartient cependant au juge de vérifier, notamment, si la Commission a respecté les règles procédurales du règlement n° 384/96. Procédant à cette vérification, le Tribunal précise que, aux fins de l'appréciation de l'intérêt communautaire, la Commission a non seulement le droit, mais également l'obligation de se livrer à une appréciation globale de la situation du marché concerné par les mesures et des autres marchés sur lesquels ces mesures produisent leurs effets, ce qui implique qu'elle peut prendre en considération tout élément susceptible d'être pertinent pour son appréciation, quelle que soit sa source, à condition de s'assurer de son caractère représentatif et stable.

F. Marque communautaire

L'enregistrement des marques communautaires nourrit désormais un abondant contentieux. En effet, 100 recours formés en 2003 ont visé à obtenir l'annulation de décisions rendues par les chambres de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI).

Bien qu'inférieur au nombre des affaires introduites dans ce domaine, le nombre des affaires réglées par le Tribunal augmente puisque 47 affaires l'ont été (24 par voie d'arrêts et les autres par ordonnances), contre 29 en 2002. Il peut être observé que les affaires dans lesquelles il a été statué par arrêt sont majoritairement des affaires dites «inter partes», révélant par là même que le contentieux trouve essentiellement son origine dans les procédures d'opposition menées devant l'OHMI à l'initiative de particuliers.

Pour la clarté de la présentation, il y a lieu de rappeler que, selon le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire ⁴⁵, une marque communautaire est refusée à l'enregistrement, notamment, si elle est dépourvue de caractère distinctif [article 7, paragraphe 1, sous b)] ou si elle est descriptive [article 7, paragraphe 1, sous c)] (motifs absolus de refus), ou encore en cas d'opposition fondée sur l'existence d'une marque antérieure protégée dans un État membre ou en tant que marque communautaire (article 8) (motifs relatifs de refus). Une marque communautaire peut également être déclarée nulle par l'OHMI, sur demande présentée en ce sens conformément à l'article 51, paragraphe 1, du même règlement.

⁴⁵ JO 1994, L 11, p. 1.

1. Motifs absolus de refus d'enregistrement

À dix reprises, le Tribunal a statué par voie d'arrêt sur la légalité de décisions des chambres de recours portant sur les motifs absolus de refus d'enregistrement, annulant deux décisions [arrêts du 6 mars 2003, *DaimlerChrysler/OHMI (Calandre)*, T-128/01, Rec. p. II-703, et du 3 décembre 2003, *Nestlé Waters France/OHMI (Forme d'une bouteille)*, T-305/02, non encore publié au Recueil], mais confirmant toutes les autres [arrêts du 5 mars 2003, *Unilever/OHMI (Tablette ovoïde)*, T-194/01, Rec. p. II-386; du 30 avril 2003, *Axions et Belce/OHMI (Forme de cigare de couleur brune et forme de lingot doré)*, T-324/01 et T-110/02, Rec. p. II-1900; du 3 juillet 2003, *Best Buy Concepts/OHMI (BEST BUY)*, T-122/01; du 9 juillet 2003, *Stihl/OHMI (Combinaison des couleurs orange et grise)*, T-234/01; du 15 octobre 2003, *Nordmilch/OHMI (OLDENBURGER)*, T-295/01; du 26 novembre 2003, *HERON Robotunits/OHMI (ROBOTUNITS)*, T-222/02; du 27 novembre 2003, *Quick/OHMI (Quick)*, T-348/02, et du 3 décembre 2003, *Audi/OHMI (TDI)*, T-16/02, non encore publiés au Recueil].

En ce qui concerne les aspects de procédure, le Tribunal a jugé que, dans la mesure où le recours porté devant cette juridiction vise au contrôle de la légalité des décisions des chambres de recours de l'OHMI, des preuves produites pour la première fois devant le Tribunal sont irrecevables (arrêt *Calandre*, précité).

En ce qui concerne le fond, le Tribunal a eu l'occasion de préciser que peuvent être enregistrées comme marques communautaires un vocable, la forme d'un produit, la forme du conditionnement d'un produit, une couleur ou une combinaison de couleurs pour autant, notamment, qu'il ne s'agisse pas de signes communément utilisés pour la commercialisation des produits ou des services concernés. Sur ce point, il a été rappelé que le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement du signe est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception du public pertinent qui est constitué par les consommateurs de ces produits ou services. En outre, un minimum de caractère distinctif suffit pour que le motif de refus défini à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 ne soit pas applicable.

Eu égard à ces principes, le Tribunal a jugé qu'un signe représentant la calandre avant d'un véhicule est capable d'influer sur la mémoire du public ciblé en tant qu'indication d'origine commerciale et, donc, de différencier et d'individualiser les véhicules à moteur comprenant ladite calandre de ceux provenant d'autres entreprises, dès lors que, par son caractère inhabituel, elle ne peut pas être considérée comme l'image venant naturellement à l'esprit de la représentation typique d'une calandre contemporaine. Il a en conséquence annulé la décision attaquée (arrêt *Calandre*, précité). Dans l'arrêt *Forme d'une bouteille*, précité, le Tribunal a adopté une même approche pour conclure que la forme d'une bouteille, en raison de son apparence particulière, était de nature à retenir l'attention du public concerné et, partant, revêtait un caractère distinctif.

En revanche, confirmant les décisions des chambres de recours, le Tribunal a jugé que ne présentaient pas un caractère distinctif une forme ovoïde pour des préparations pour lave-vaisselle (arrêt *Tablette ovoïde*, précité), une forme tridimensionnelle représentant

un cigare de couleur brune et une forme tridimensionnelle représentant un lingot doré pour du chocolat (arrêt *Forme de cigare de couleur brune et forme de lingot doré*, précité), le signe verbal BEST BUY pour, notamment, des services de conseils en gestion d'entreprise (arrêt *BEST BUY*, précité), et une combinaison d'orange et de gris pour des appareils mécaniques (arrêt *Combinaison des couleurs orange et grise*, précité).

À plusieurs reprises, le Tribunal a estimé que la distinctivité d'un signe ne peut pas être déduite d'un concept de commercialisation, qu'il s'agisse d'un « effet de gamme », consistant à suggérer au consommateur que plusieurs produits ont la même origine commerciale parce qu'ils sont généralement commercialisés ensemble (arrêt *Combinaison des couleurs orange et grise*, précité), ou du niveau de prix élevé des produits (arrêt *Forme de cigare de couleur brune et forme de lingot doré*, précité).

Quant aux décisions des chambres de recours constatant le caractère descriptif de certaines marques demandées à l'enregistrement, elles ont toutes été entérinées par le Tribunal soit parce que la marque demandée était composée exclusivement d'un vocable indiquant, ou susceptible d'indiquer, au public pertinent la provenance géographique de certains produits (arrêt *OLDENBURGER*, précité), soit parce qu'elle pouvait servir pour désigner une des éventuelles destinations des produits visés (arrêt *ROBOTUNITS*, précité), soit parce qu'elle indiquait une qualité des produits concernés, en l'occurrence la rapidité avec laquelle des plats peuvent être préparés et servis (arrêt *Quick*, précité) ou la caractéristique essentielle de voitures et de services de réparation (arrêt *TDI*, précité).

Enfin, l'article 7, paragraphe 1, sous f), du règlement n° 40/94 prévoit qu'une marque est refusée à l'enregistrement lorsqu'elle est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Selon le Tribunal, cette disposition ne couvre pas le cas de figure dans lequel le demandeur agit de mauvaise foi [arrêt du 9 avril 2003, *Durferrit/OHMI – Kolene (NU-TRIDE)*, T-224/01, Rec. p. II-1592].

2. Motifs relatifs de refus d'enregistrement

Tout d'abord, il faut relever qu'un accord intervenu entre le demandeur de la marque communautaire et la partie ayant formé l'opposition, communiqué à l'OHMI, et consistant en un retrait de l'opposition à l'enregistrement de la marque, conduit le Tribunal à constater le non-lieu à statuer [ordonnances du 26 février 2003, *Zapf Creation/OHMI – Jesmar (Colette Zapf Creation)*, T-7/02, Rec. p. II-271, et *Zapf Creation/OHMI – Jesmar (Colette Zapf Creation Kombi Collection)*, T-8/02, Rec. p. II-279, et du 3 juillet 2003, *Lichter Pharma/OHMI – Biofarma (Sedonium)*, T-10/01, non encore publiée au Recueil].

Ensuite, la jurisprudence a confirmé les éléments dont il y a lieu de tenir compte pour conclure à l'existence d'un risque de confusion ou, le cas échéant, à l'existence d'un risque d'association [article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94] et a vérifié si les chambres de recours les avaient justement pris en compte. Ainsi, procédant aux comparaisons effectuées, d'une part, entre les produits concernés et, d'autre part, entre les signes en cause (qui concernent l'appréciation de leur similitude visuelle, auditive ou conceptuelle), le Tribunal a jugé, ainsi que les chambres de recours l'avaient

décidé, qu'il existait bien un risque de confusion dans l'esprit du public entre la marque demandée et une marque antérieure protégée [arrêts du 15 janvier 2003, *Mystery Drinks/OHMI – Karlsberg Brauerei (MYSTERY)*, T-99/01, Rec. p. II-43; du 3 juillet 2003, *José Alejandro/OHMI – Anheuser-Busch (BUDMEN)*, T-129/01; du 4 novembre 2003, *Pedro Díaz/OHMI – Granjas Castelló (CASTILLO)*, T-85/02; du 25 novembre 2003, *Oriental Kitchen/OHMI – Mou Dybfrost (KIAP MOU)*, T-286/02, non encore publiés au Recueil] ou, au contraire, que ce risque n'existait pas [arrêts *NU-TRIDE*, précité; du 9 juillet 2003, *Laboratorios RTB/OHMI – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS)*, T-162/01; du 22 octobre 2003, *Éditions Albert René/OHMI – Trucco (Starix)*, T-311/01, non encore publiés au Recueil], pas plus qu'un risque d'association (arrêt *NU-TRIDE*, précité).

En revanche, l'arrêt du 14 octobre 2003, *Phillips-Van Heusen/OHMI – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS)* (T-292/01, non encore publié au Recueil), a réformé, conformément à l'article 63, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 – et ce pour la première fois –, la décision d'une chambre de recours ayant annulé la décision de la division d'opposition et a fait droit à l'opposition pour une catégorie de produits. Le Tribunal considère, contrairement à la chambre de recours, qu'il n'existe pas de risque de confusion entre le signe verbal BASS, dont l'enregistrement comme marque communautaire était demandé, et le signe verbal PASH, marque déjà enregistrée en Allemagne, utilisés l'un et l'autre pour des vêtements. Il a donc réformé la décision de la chambre de recours en ce sens que le recours auprès de l'OHMI, introduit par la partie ayant formé l'opposition, est rejeté.

Enfin, on relèvera que des conclusions présentées par l'OHMI, visant à ce qu'il plaise au Tribunal de «tenir compte des exposés des parties» ne sont pas recevables, puisque l'OHMI, formellement partie défenderesse devant le Tribunal, n'y avance de positions ni sur les prétentions de la partie requérante ni sur le sort de la décision attaquée (arrêt *MYSTERY*, précité).

3. Demande en nullité introduite auprès de l'OHMI

La nullité d'une marque communautaire est absolue ou relative en fonction des causes qui la justifient.

Les causes de nullité absolue d'une marque communautaire sont mentionnées à l'article 51 du règlement n° 40/94. L'origine de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 5 mars 2003, *Alcon/OHMI – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS)* (T-237/01, Rec. p. II-415; sous pourvoi, affaire C-192/03 P), est une décision de la division d'annulation de l'OHMI déclarant nulle une marque communautaire sur le fondement de l'article 7, paragraphe 1, sous d), dudit règlement qui empêche – et il s'agit d'un motif absolu de refus – l'enregistrement des marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce. La chambre de recours avait rejeté le recours formé contre cette décision. À son tour, le Tribunal a rejeté le recours en annulation de la décision de la chambre de recours et a confirmé, ayant ainsi jugé, que «BSS» est un terme devenu usuel pour les médecins et que la marque BSS n'avait pas acquis un caractère distinctif par l'usage dans une partie substantielle de l'Union européenne.

Les causes de nullité relative d'une marque communautaire sont prévues à l'article 52 du règlement n° 40/94. Par l'arrêt du 9 juillet 2003, *Laboratorios RTB/OHMI – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO AIRE)* (T-156/01, non encore publié au Recueil), le Tribunal a rejeté le recours formé par la société Laboratorios RTB contre une décision de la chambre de recours ayant, d'une part, annulé une décision d'annulation de la division compétente de l'OHMI et, d'autre part, rejeté la demande en nullité d'une marque communautaire. Il a, en conséquence, validé les conclusions selon lesquelles, d'une part, la preuve de l'usage sérieux de marques antérieures au cours de la période de cinq ans ayant précédé la demande en nullité n'était pas rapportée – indiquant de la sorte le niveau de preuves requis pour que l'usage sérieux soit considéré comme établi à suffisance de droit – et, d'autre part, il n'existait pas de risque de confusion entre la marque communautaire GIORGIO AIRE pour des articles de toilette et les marques antérieures espagnoles comprenant les termes «giorgi line» et «miss giorgi» pour des articles identiques.

4. Questions de forme

L'article 73 du règlement n° 40/94 prévoit que les décisions de l'OHMI sont motivées ⁴⁶. Dans l'arrêt *TDI*, précité, le Tribunal a considéré que la chambre de recours était tenue d'exposer les raisons pour lesquelles les éléments de preuve produits par Audi ne permettaient pas de conclure que la marque demandée avait acquis un caractère distinctif résultant de l'usage. Toutefois, poursuit-il, la constatation que la chambre de recours de l'OHMI a manqué à l'obligation de motivation ne suffit pas pour emporter l'annulation de la décision de cette chambre dès lors qu'une nouvelle décision de l'OHMI aboutirait obligatoirement au même résultat que la première décision.

En sa deuxième phrase, ce même article prévoit que les décisions de l'OHMI ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position. La violation de cette disposition par un examinateur de l'OHMI n'obligerait cependant pas la chambre de recours à annuler la décision prise par cet examinateur, en l'absence de toute illégalité quant au fond (arrêt *TDI*, précité).

Par ailleurs, comme cela a été jugé dans l'arrêt du 12 mars 2003, *Goulbourn/OHMI – Redcats (Silk Cocoon)* (T-174/01, Rec. p. II-791), l'équité procédurale ainsi que le principe général de protection de la confiance légitime exigent d'interpréter cette disposition dans le sens que la chambre de recours est obligée d'indiquer au préalable à la partie concernée son intention de prendre en compte un fait qui, ayant été invoqué par l'autre partie après l'expiration du délai imparti pour le faire dans le cadre d'une procédure d'opposition, n'a pas été pris en compte dans la décision de la division d'opposition, afin que la partie concernée soit en mesure d'apprécier l'opportunité de présenter des observations quant au fond concernant ce fait. Une telle obligation existe même si l'autre partie a invoqué à nouveau ce fait dans son mémoire déposé auprès de la chambre de recours. Pour ne pas avoir respecté cette obligation, la décision de la chambre de recours a été annulée.

⁴⁶ Voir également la règle 50, paragraphe 2, sous h), du 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).

5. Continuité fonctionnelle des unités de l'OHMI

Pour qu'une demande d'opposition puisse aboutir, le titulaire de la marque antérieure doit, le cas échéant, prouver qu'il en a été fait un «usage sérieux» (article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94). La question s'est posée de savoir si une chambre de recours, saisie par celui dont l'opposition avait été rejetée par la division compétente de l'OHMI pour insuffisance de preuves, pouvait légalement considérer qu'elle n'était pas tenue d'examiner de manière exhaustive la décision rendue par cette division. À cette question, le Tribunal répond dans l'arrêt du 23 septembre 2003, Henkel/OHMI – LHS (UK) (KLEENCARE) (T-308/01, non encore publié au Recueil), que sa jurisprudence selon laquelle il existe une continuité fonctionnelle entre l'examineur et la chambre de recours a vocation à s'appliquer également au rapport existant entre les autres unités de l'OHMI statuant en première instance, telles que les divisions d'opposition et d'annulation et les chambres de recours et que, dès lors, la compétence des chambres de recours de l'OHMI implique un réexamen des décisions prises par les unités statuant en première instance. Il en conclut que, même si la partie ayant introduit le recours devant la chambre de recours n'a pas soulevé un moyen spécifique, cette chambre est néanmoins «obligée d'examiner, à la lumière de tous les éléments de droit et de fait pertinents, si une nouvelle décision ayant le même dispositif que la décision faisant l'objet du recours peut ou non être légalement adoptée au moment où il est statué sur le recours». Il s'ensuit que la chambre de recours est tenue de fonder sa décision sur tous les éléments de fait et de droit que la partie concernée a introduits soit dans la procédure devant l'unité ayant statué en première instance, soit, sous la seule réserve du paragraphe 2 de l'article 74 du règlement n° 40/94⁴⁷, dans la procédure de recours. En l'occurrence, le Tribunal sanctionne la chambre de recours qui avait omis d'apprécier elle-même les preuves que la requérante avait produites dans le cadre de la procédure devant la division d'opposition.

G. Accès aux documents

Le 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 Commission⁴⁸, prévoit un droit d'accès aux documents détenus par une institution, c'est-à-dire établis ou reçus par elle et en sa possession.

Dans une affaire opposant un particulier à la Commission, le Tribunal a vérifié si la Commission pouvait légalement refuser de donner accès à des documents en sa possession mais établis par les autorités italiennes. À cet égard, le Tribunal rappelle que les institutions peuvent être amenées, le cas échéant, à communiquer des documents émanant de tiers, ces derniers comprenant, notamment, les États membres. Toutefois, il relève que les États membres font l'objet d'un traitement particulier, en ce que l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 confère à un État membre la faculté de demander à une institution de ne pas divulguer de documents émanant de lui sans son

⁴⁷ Selon l'article 74, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, «[l']Office peut ne pas tenir compte des faits que les parties n'ont pas invoqués ou des preuves qu'elles n'ont pas produites en temps utile».

⁴⁸ JO L 145, p. 43.

accord préalable. En l'espèce, les autorités italiennes s'étant opposées à ce que les documents émanant d'elles soient communiqués à la requérante, la Commission était fondée à rejeter la demande d'accès (arrêt du 17 septembre 2003, *Messina/Commission*, T-76/02, non encore publié au Recueil).

Aucune autre affaire réglée en 2003 n'a porté sur la légalité de décisions de refus prises au titre du règlement n° 1049/2001.

H. Santé publique

Les autorisations de mise sur le marché de certaines substances, ou le retrait de telles autorisations, ont donné lieu à contestation devant le Tribunal.

Alors que l'arrêt du 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier/Commission* (T-147/00, Rec. p. II-85; sous pourvoi, affaire C-156/03 P), annule une décision de la Commission concernant le retrait des autorisations de mise sur le marché des médicaments à usage humain contenant certaines substances, et ce pour des motifs identiques à ceux ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal du 26 novembre 2002, *Artegodan e.a./Commission* (T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. p. II-4945; commenté dans le *Rapport annuel 2002*), l'arrêt du 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals/Conseil* (T-392/02, non encore publié au Recueil), rejette le recours mettant en cause la légalité d'un règlement du Conseil ayant pour effet de supprimer l'autorisation d'une substance employée dans l'alimentation des animaux, le nifursol ⁴⁹.

Dans cette affaire, l'argument principal de la requérante consistait à soutenir que le risque pour la santé humaine sur lequel se fondait le règlement attaqué était purement hypothétique. Dans l'appréciation de cette argumentation, le Tribunal confirme que le principe de précaution constitue un principe général du droit communautaire imposant aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques. Dans le domaine de la santé publique, ce principe implique, conformément à une jurisprudence désormais bien établie, que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de précaution sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées.

En ce qui concerne l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'institution compétente, le Tribunal note que, lorsque l'évaluation scientifique ne permet pas de déterminer l'existence du risque avec suffisamment de certitude, le recours ou l'absence de recours au principe de précaution dépend du niveau de protection choisi par l'autorité compétente dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, compte tenu des priorités qu'elle définit

⁴⁹ Règlement (CE) n° 1756/2002 du Conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 70/524/CEE du Conseil concernant les additifs dans l'alimentation des animaux quant au retrait de l'autorisation d'un additif, ainsi que le règlement (CE) n° 2430/1999 de la Commission (JO L 265, p. 1).

au regard des objectifs qu'elle poursuit conformément aux règles pertinentes du traité et du droit dérivé, précisant que ce choix doit cependant être conforme au principe de la prééminence de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement sur les intérêts économiques, ainsi qu'aux principes de proportionnalité et de non-discrimination.

La mise en œuvre du principe de précaution faisant l'objet d'un contrôle juridictionnel restreint, le Tribunal a jugé qu'aucune erreur manifeste n'avait été commise dans l'appréciation des avis scientifiques et qu'il avait donc pu être légalement conclu que le retrait de l'autorisation du nifursol était justifié par l'existence d'indices sérieux permettant raisonnablement de douter de son innocuité. Dans ce contexte, il a été rappelé que le principe de précaution tend à prévenir les risques potentiels, mais que, en revanche, des risques purement hypothétiques – reposant sur de simples hypothèses scientifiquement non étayées – ne sauraient être retenus.

Dans l'arrêt du 18 décembre 2003, *Olivieri/Commission et Agence européenne pour l'évaluation des médicaments* (T-326/99, non encore publié au Recueil), qui rejette comme irrecevable le recours en annulation d'une décision de la Commission autorisant la mise sur le marché d'un médicament (voir supra), le Tribunal souligne incidemment que la Commission doit, assistée par l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, vérifier que les informations fournies par le demandeur de l'autorisation de mise sur le marché sont correctes et qu'elles démontrent de façon adéquate et suffisante la qualité, la sécurité et l'efficacité du médicament.

I. Financements communautaires

Pour la période 2000-2006, les actions financières de type structurel visées à l'article 159 CE sont régies par le règlement (CE) n° 1260/1999 du Conseil, du 21 juin 1999, portant dispositions générales sur les Fonds structurels⁵⁰. Toutefois, en 2003, le Tribunal n'a pas encore réglé de contentieux relatifs à la mise en œuvre de la nouvelle réglementation. En effet, les arrêts du Tribunal ont essentiellement concerné la légalité de décisions de la Commission portant réduction, suspension ou suppression de concours financiers sur le fondement de la réglementation antérieure au règlement n° 1260/1999, à savoir le règlement n° 2052/88⁵¹ et le règlement n° 4253/88⁵².

De manière générale, les moyens les plus fréquemment invoqués au soutien des conclusions en annulation de décisions de la Commission portant réduction ou suppression d'un concours financier sont tirés, premièrement, d'erreurs d'appréciation des circonstances de fait, deuxièmement, d'une violation du principe général du

⁵⁰ JO L 161, p. 1.

⁵¹ Règlement (CEE) n° 2052/88 du Conseil, du 24 juin 1988, concernant les missions des Fonds à finalité structurelle, leur efficacité ainsi que la coordination de leurs interventions entre elles et celles de la Banque européenne d'investissement et des autres instruments financiers existants (JO L 185, p. 9).

⁵² Règlement (CEE) n° 4253/88 du Conseil, du 19 décembre 1988, portant dispositions d'application du règlement (CEE) n° 2052/88 en ce qui concerne la coordination entre les interventions des différents Fonds structurels, d'une part, et entre celles-ci et celles de la Banque européenne d'investissement et des autres instruments financiers existants, d'autre part (JO L 374, p. 1).

respect des droits de la défense et, troisièmement, d'une violation du principe de proportionnalité.

S'agissant du moyen tiré d'erreurs d'appréciation relatives à des irrégularités relevées par la Commission, le Tribunal l'a, au terme d'un examen détaillé, déclaré partiellement fondé dans son arrêt du 30 septembre 2003, *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Commission* (T-196/01, non encore publié au Recueil), ce qui l'a amené à annuler la décision portant suppression d'un concours du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, section «Orientation» (FEOGA).

Le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être assuré, même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure. Ce principe exige que les destinataires de décisions qui affectent de manière sensible leurs intérêts soient mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue. Sa violation ayant été invoquée dans le cadre des recours formés devant le Tribunal, il a incombé à ce dernier de vérifier si les requérantes avaient été régulièrement entendues avant l'adoption des décisions dont elles contestaient la légalité au sujet de l'ensemble des griefs retenus contre elles. S'il a rejeté un tel moyen dans son arrêt du 9 avril 2003, *Forum des migrants de l'Union européenne/Commission* (T-217/01, Rec. p. II-1566; sous pourvoi, affaire C-369/03 P), le Tribunal a en revanche considéré dans l'arrêt du 9 juillet 2003, *Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap/Commission* (T-102/00, non encore publié au Recueil), que, ainsi que le soutenait le requérant, ce dernier n'a pas été mis en mesure de présenter ses observations sur un élément décisif aux fins de l'établissement de l'existence et de l'étendue d'un prétendu excédent d'un concours du Fonds social européen préalablement à l'adoption de la décision portant réduction de ce concours.

Quant au moyen tiré de la violation du principe de proportionnalité, consacré à l'article 5 CE, il consiste à soutenir que les irrégularités commises ne justifiaient pas de procéder à la réduction ou à la suppression du concours financier. Une jurisprudence bien établie enseigne que la violation des obligations dont le respect revêt une importance fondamentale pour le bon fonctionnement d'un système communautaire peut être sanctionnée par la perte d'un droit ouvert par la réglementation communautaire, tel que le droit à un concours financier. Il s'ensuit que la suppression d'un concours financier n'est, en principe, pas disproportionnée lorsqu'il est établi que le bénéficiaire de ce concours a violé une obligation fondamentale pour le bon fonctionnement du système communautaire concerné, comme le FEOGA. Il a ainsi été jugé que la suppression d'un concours du FEOGA est justifiée au regard de ce principe dès lors que le bénéficiaire a manqué à des obligations fondamentales en s'abstenant d'exercer une activité économique et en fournissant des informations erronées dans la demande de concours (arrêt du 6 mars 2003, *APOL et AIPO/Commission*, T-61/00 et T-62/00, Rec. p. II-639), ou en suspendant l'activité d'une ligne de production et en utilisant une autre ligne de production pour la transformation d'un produit exclu du concours (arrêt du 11 décembre 2003, *Conserva Italia/Commission*, T-305/00, non encore publié au Recueil). Elle est également justifiée lorsque le bénéficiaire du concours a induit la Commission en erreur sur le commencement des travaux et a commencé ceux-ci avant la date de réception de la demande de concours par cette institution en violation de la

réglementation applicable (arrêt du 11 mars 2003, *Conserve Italia/Commission*, T-186/00, Rec. p. II-723) ou lorsqu'il impute au projet des dépenses non justifiées (arrêt du 13 mars 2003, *Comunità montana della Valnerina/Commission*, T-340/00, Rec. p. II-814; sous pourvoi, affaire C-240/03 P).

En revanche, dans l'arrêt du 11 décembre 2003, *Conserve Italia/Commission* (T-306/00, non encore publié au Recueil), le Tribunal a annulé une décision de la Commission portant réduction d'un concours du FEOGA. Il a en effet considéré que la méthode de calcul de la réduction du concours violait manifestement le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne tenait pas dûment compte du rapport entre la gravité de l'infraction commise par la requérante et la réduction adoptée, étant précisé que l'infraction en cause avait consisté à commencer les travaux faisant l'objet du concours avant la date de réception de la demande par la Commission.

Il y a également lieu d'indiquer que, à défaut d'indication – tant dans la réglementation que dans la décision d'octroi du concours – que le bénéficiaire d'un concours est financièrement responsable envers la Communauté pour l'ensemble d'un projet dont la réalisation incombe à plusieurs parties, le principe de proportionnalité est violé lorsque la Commission, ayant constaté des irrégularités dans l'exécution de ce projet, exige de la partie désignée comme étant le bénéficiaire le remboursement de l'intégralité du concours déjà versé, sans limiter cette demande à la partie du projet qui devait être réalisée par celui-ci (arrêt *Comunità montana della Valnerina/Commission*, précité).

Par ailleurs, on relèvera que dans son arrêt *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Commission*, précité (voir également les arrêts du 13 mars 2003, *José Martí Peix/Commission*, T-125/01, Rec. p. II-868, points 96 à 114; sous pourvoi, affaire C-226/03 P; du 3 avril 2003, *Eduardo Vieira e.a./Commission*, T-44/01, T-119/01 et T-126/01, Rec. p. II-1216, points 165 à 180; sous pourvoi, affaire C-254/03 P, et du 17 septembre 2003, *Stadtssportverband Neuss/Commission*, T-137/01, non encore publié au Recueil, points 125 à 134), le Tribunal a considéré que, nonobstant le fait que l'article 24 du règlement n° 4253/88 ne prescrit pas de délais particuliers, la Commission est tenue, dans le cadre d'une procédure de suppression d'un concours financier, de ne pas statuer au-delà d'un délai raisonnable. En l'occurrence, bien qu'ayant estimé que la procédure administrative a été très longue, il considère que le moyen tiré de la violation du principe du délai raisonnable n'est pas fondé eu égard, d'une part, à sa jurisprudence «PVC II»⁵³ (voir le *Rapport annuel 1999*) selon laquelle une violation du principe du délai raisonnable, à la supposer établie, ne justifie pas une annulation automatique de la décision attaquée et, d'autre part, à la complexité de l'affaire combinée à une attitude peu coopérative de la requérante.

⁵³ Arrêt du Tribunal du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec. p. II-931.

J. Fonction publique communautaire

Les nombreuses décisions rendues en 2003 dans le domaine de la fonction publique communautaire traitent de questions juridiques très diverses concernant, entre autres, l'accès à la fonction publique européenne par voie de concours (arrêts du 23 janvier 2003, *Angioli/Commission*, T-53/00; du 27 mars 2003, *Martínez Páramo/Commission*, T-33/00; du 25 juin 2003, *Pyres/Commission*, T-72/01; du 17 septembre 2003, *Alexandratos et Panagiotou/Conseil*, T-233/02, et du 30 septembre 2003, *Martínez Valls/Parlement*, T-214/02, non encore publiés au Recueil), la nomination de hauts fonctionnaires (arrêts du 18 septembre 2003, *Pappas/Comité des régions*, T-73/01, et du 5 novembre 2003, *Cougnon/Cour de justice*, T-240/01, non encore publiés au Recueil), la promotion des fonctionnaires ou leur notation, les conditions de perception d'indemnités prévues par le statut des fonctionnaires, la couverture des risques d'accident et de maladie, les mesures disciplinaires encourues en cas de non-respect des dispositions statutaires et le transfert au régime communautaire des droits à pension acquis avant l'entrée au service des Communautés (arrêt du 30 janvier 2003, *Caballero Montoya e.a./Commission*, T-303/00, T-304/00 et T-322/00, non encore publié au Recueil).

Parmi toutes ces décisions, il y a lieu de constater que, à plusieurs reprises, le Tribunal a rejeté des recours en annulation de rapports de notation établis tardivement, mais a condamné la Commission à indemniser les fonctionnaires lésés par l'établissement tardif de leurs rapports (arrêts du 7 mai 2003, *den Hamer/Commission*, T-278/01, et *Lavagnoli/Commission*, T-327/01; du 30 septembre 2003, *Tatti/Commission*, T-296/01; du 23 octobre 2003, *Lebedef/Commission*, T-279/01; *Lebedef-Caponi/Commission*, T-24/02, et *Sautelet/Commission*, T-25/02, non encore publiés au Recueil). Sur le premier aspect, le Tribunal a rappelé qu'un rapport de notation ne peut pas être annulé, sauf circonstances exceptionnelles, pour la seule raison qu'il a été établi tardivement. En effet, si le retard dans l'établissement d'un rapport de notation est susceptible d'ouvrir un droit à réparation au profit du fonctionnaire concerné, ce retard ne saurait affecter la validité du rapport de notation ni, par conséquent, en justifier l'annulation. Sur le second aspect, le Tribunal souligne que le retard survenu dans l'établissement des rapports de notation est une cause de préjudice moral pour le fonctionnaire et que, en l'absence de circonstances particulières justifiant le retard constaté, l'administration commet une faute de service de nature à engager sa responsabilité. Il précise, dans ses arrêts *den Hamer/Commission* et *Lavagnoli/Commission*, précités, que la jurisprudence accordant, au vu de la formulation de l'article 43 du statut, à la Commission un délai raisonnable pour établir le rapport de notation de ses fonctionnaires ne peut trouver à s'appliquer à partir du moment où des dispositions ayant force obligatoire pour la Commission, telles que des dispositions générales d'exécution, subordonnent le déroulement de la procédure de notation à des délais précis et que, partant, tout dépassement du délai que cette institution s'est imposé doit, en principe, lui être imputé.

L'exercice d'activités extérieures multiples sans autorisation préalable de l'autorité investie du pouvoir de nomination justifie la sanction disciplinaire de révocation du fonctionnaire concerné, ainsi que cela a été jugé dans l'arrêt du 16 janvier 2003, *Fichtner/Commission* (T-75/00, RecFP p. II-51; sous pourvoi, affaire C-116/03 P). Dans le cadre de son appréciation, le Tribunal a précisé que, selon l'article 12, troisième alinéa, du statut, le fonctionnaire intéressé est tenu de demander à l'autorité investie du pouvoir de

nomination une autorisation quelle que soit l'activité extérieure qu'il se propose d'exercer et de s'en abstenir faute d'autorisation valable. Il a également considéré que les manquements établis à cet article 12, qui ont été pratiquement continus au cours d'une période de presque dix ans, permettent de qualifier ce comportement de particulièrement grave et de considérer que la sanction de la révocation n'est pas disproportionnée.

Prononcé par une formation composée de cinq juges, ce qui est rare pour les affaires de fonction publique, l'arrêt du 30 janvier 2003, *C/Commission* (T-307/00, RecFP p. II-221), déclare illégal l'article 80, quatrième alinéa, du statut des fonctionnaires⁵⁴ et annule par conséquent une décision fondée sur cet article. Confronté à la question de savoir si l'administration était en droit de rejeter une demande de pension d'orphelin au motif que la réglementation se réfère uniquement au décès du conjoint et ne couvre donc pas le cas du décès du concubin, le Tribunal estime tout d'abord que, eu égard à la finalité de l'article 80, quatrième alinéa, du statut, la situation d'un fonctionnaire non marié dont l'enfant a perdu son autre parent ni fonctionnaire ni agent des Communautés, qui contribuait effectivement à son entretien sur la base d'une obligation légale découlant de la reconnaissance du lien de filiation, est comparable à celles qui tombent dans le champ d'application dudit article. Il considère, ensuite, que l'exclusion du cas des fonctionnaires non mariés du champ d'application de l'article 80 n'est pas justifiée dans la mesure où le surcoût supporté par le fonctionnaire qui perd son conjoint se produit également dans le cas du décès de l'autre parent, non conjoint du fonctionnaire, ayant reconnu l'enfant et étant, de ce fait, légalement obligé de l'entretenir. Il en conclut que l'article 80, quatrième alinéa, du statut opère une différenciation non justifiée et enfreint le principe d'égalité de traitement.

II. **Contentieux de l'indemnité**⁵⁵

L'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté, prévue à l'article 288 CE, est subordonné à la réunion de trois conditions, à savoir l'illégalité du comportement reproché aux institutions communautaires, la réalité du dommage invoqué et l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et ce dommage.

La réunion des trois conditions permettant d'engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté a été considérée comme établie dans l'arrêt du 26 février 2003, *CEVA et Pharmacia entreprises/Commission* (T-344/00 et T-345/00, Rec. p. II-229; sous pourvoi, affaire C-198/03 P). En effet, le Tribunal a jugé que le préjudice découlant de la situation d'impossibilité de commercialiser certains produits vétérinaires dans laquelle se sont trouvées les sociétés pharmaceutiques requérantes était la conséquence directe d'une inaction de la Commission constitutive d'une violation manifeste et grave du principe de bonne administration.

⁵⁴ L'article 80, quatrième alinéa, du statut des fonctionnaires prévoit:

«Si le conjoint ni fonctionnaire ni agent temporaire d'un fonctionnaire ou d'un ancien fonctionnaire titulaire d'une pension d'ancienneté ou d'invalidité est décédé, les enfants reconnus à la charge du conjoint survivant, au sens de l'article 2 de l'annexe VII, ont droit à une pension d'orphelin fixée pour chacun au double du montant de l'allocation pour enfant à charge.»

⁵⁵ Hors contentieux de la fonction publique communautaire.

Dans toutes les autres décisions, il a été considéré qu'une ou plusieurs de ces conditions faisait défaut (voir, notamment, arrêts du 13 février 2003, *Meyer/Commission*, T-333/01, Rec. p. II-117, sous pourvoi, affaire C-151/03 P; du 27 février 2003, *Vendedurias de Armadores Reunidos/Commission*, T-61/01, Rec. p. II-327; du 6 mars 2003, *Dole Fresh Fruit International/Conseil et Commission*, T-56/00, Rec. p. II-579, et *Banan-Kompaniet et Skandinaviska Bananimporten/Conseil et Commission*, T-57/00, Rec. p. II-609; du 19 mars 2003, *Innova Privat-Akademie/Commission*, T-273/01, Rec. p. II-1095; du 10 avril 2003, *Alessandrini e.a./Commission*, T-93/00 et T-46/01, Rec. p. II-1639, sous pourvoi, affaire C-295/03 P, et *Travelex Global and Financial Services et Interpayment Services/Commission*, T-195/00, Rec. p. II-1681; du 2 juillet 2003, *Hameico Stuttgart e.a./Conseil et Commission*, T-99/98, et du 17 décembre 2003, *DLD Trading/Conseil*, T-146/01, non encore publiés au Recueil).

S'agissant de la première des trois conditions susvisées – l'illégalité du comportement reproché aux institutions communautaires –, la jurisprudence exige que soit établie une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Pour ce qui est de l'exigence selon laquelle la violation doit être suffisamment caractérisée, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il convient d'appliquer le critère de la méconnaissance manifeste et grave, par une institution communautaire, des limites qui s'imposent au pouvoir d'appréciation dont cette institution dispose, étant précisé que lorsque celle-ci ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée.

Les arrêts *Dole Fresh Fruit International/Conseil et Commission* et *Banan-Kompaniet et Skandinaviska Bananimporten/Conseil et Commission*, précités, retiendront spécifiquement l'attention, car le Tribunal a jugé pour la première fois qu'une illégalité de nature à rendre un acte nul ou invalide n'est pas nécessairement constitutive d'une violation suffisamment caractérisée, de sorte qu'il peut être déduit que toute illégalité n'est pas susceptible d'engager la responsabilité de la Communauté.

En l'occurrence, le Tribunal a considéré, d'une part, que l'existence d'une violation d'une règle de droit ne faisait pas de doutes, puisque la Cour avait constaté respectivement le caractère illégal et l'invalidité des dispositions litigieuses et, d'autre part, que le principe de non-discrimination, en violation duquel lesdites dispositions avaient été adoptées, est un principe général du droit communautaire visant la protection des particuliers. Il restait donc à déterminer si, en présence du large pouvoir d'appréciation dont disposaient les institutions en l'espèce au regard de la dimension internationale et des appréciations économiques complexes que suppose l'instauration ou la modification du régime communautaire d'importation de bananes, le Conseil et la Commission avaient, en adoptant les dispositions incriminées, méconnu de manière manifeste et grave les limites de leur pouvoir d'appréciation. Au terme de l'examen d'un ensemble de considérations, le Tribunal a conclu que le principe de non-discrimination n'avait pas été violé d'une manière suffisamment caractérisée et a rejeté les recours.

S'agissant de la condition relative au lien de causalité, elle est considérée comme satisfaite lorsqu'il existe un lien direct de cause à effet entre l'acte reproché à l'institution

concernée et le préjudice invoqué. Lorsque la preuve d'un lien de cette nature n'est pas rapportée par la partie requérante, le recours est rejeté (arrêt *DLD Trading/Conseil*, précité).

Bien que le principe d'une responsabilité du fait d'un acte licite ne soit pas consacré en droit communautaire, le Tribunal a rappelé une nouvelle fois que, dans l'hypothèse où il devrait être reconnu, l'engagement d'une telle responsabilité supposerait que trois conditions soient cumulativement remplies, à savoir la réalité du préjudice prétendument subi, le lien de causalité entre celui-ci et l'acte reproché aux institutions de la Communauté ainsi que le caractère anormal et spécial de ce préjudice. Les arrêts *Travellex Global and Financial Services et Interpayment Services/Commission* et *Hameico Stuttgart e.a./Conseil et Commission*, précités, dans lesquels ces conditions sont reprises, se bornent à constater que la réalité des préjudices allégués n'a pas été établie.

III. Demandes en référé

L'objet de la procédure de référé est de permettre d'éviter, par le sursis à l'exécution de l'acte attaqué (article 242 CE) ou par l'octroi de toute autre mesure provisoire (article 243 CE), qu'il soit porté une atteinte irrémédiable aux intérêts d'une partie. En 2003, 39 demandes en référé ont été enregistrées, alors que 31 affaires ont été réglées. Il convient de relever que l'une de ces affaires a été réglée par le «juge des référés», dont la fonction est prévue par le règlement de procédure du Tribunal⁵⁶ dans sa version résultant des dernières modifications du 21 mai 2003⁵⁷.

L'octroi d'une mesure provisoire est subordonné à la réunion de plusieurs conditions, à savoir l'apparence de bon droit du recours sur lequel se greffe la demande en référé (connue comme étant le *fumus boni juris*) et l'urgence. Il faut également que la mise en balance des intérêts en présence, à laquelle procède le juge statuant en référé, soit favorable à la partie qui sollicite la mesure provisoire.

Par les ordonnances du 1^{er} août 2003, *Technische Glaswerke Ilmenau/Commission* (T-198/01 R II, non encore publiée au Recueil) et *Technische Glaswerke Ilmenau/Commission* (T-378/02 R, non encore publiée au Recueil), et du 31 octobre 2003, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission* (T-253/03 R, non encore publiée au Recueil), le président du Tribunal a considéré que ces conditions étaient réunies et a ordonné des mesures provisoires. Aucune des autres décisions rendues en 2003 ne fait droit aux demandes.

L'affaire T-198/01 R II s'inscrit dans le prolongement de l'ordonnance du 4 avril 2002, *Technische Glaswerke Ilmenau/Commission* (T-198/01 R, Rec. p. II-2153; voir le *Rapport annuel 2002*), octroyant le sursis à l'exécution de la décision de la Commission ordonnant à l'Allemagne de récupérer auprès de la société bénéficiaire une aide d'État déclarée incompatible avec le marché commun. Ce sursis était limité dans le temps

⁵⁶ Article 106 du règlement de procédure du Tribunal.

⁵⁷ JO L 147, p. 22.

et assorti au respect par la requérante de certaines conditions, notamment celle de rembourser une première tranche de l'aide litigieuse. Au terme de la première échéance, la requérante a demandé la prorogation des mesures octroyées, lesquelles ont, une nouvelle fois, été ordonnées moyennant le respect de certaines conditions.

Le contentieux opposant les sociétés Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals à la Commission est survenu à la suite d'une vérification dans les locaux de ces sociétés visant à rechercher les preuves d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. En substance, les sociétés requérantes ont soutenu que les documents saisis par les agents de la Commission lors de cette vérification sur place étaient couverts par le secret professionnel protégeant les communications avec des avocats («legal professional privilege») et que la Commission ne pouvait donc pas en prendre connaissance. Eu égard à cette contestation, les agents de la Commission ont saisi certains documents et les ont placés dans une enveloppe scellée qu'ils ont emportée. S'agissant d'autres documents, la Commission en a pris des copies et les a jointes au dossier. La Commission a ultérieurement adopté une décision indiquant son intention d'ouvrir l'enveloppe contenant les premiers documents.

Par son ordonnance *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission*, précitée, le président du Tribunal a ordonné le sursis à l'exécution de cette décision.

Tout d'abord, il considère que les moyens soulevés par les requérantes caractérisent un *fumus boni juris*. En premier lieu, il estime que le moyen tiré de la violation du secret professionnel, en ce qu'il concerne les premiers documents, pose des questions très importantes et complexes, portant sur la nécessité d'étendre, dans une certaine mesure, le champ du secret professionnel tel qu'il est actuellement délimité par la jurisprudence. En l'occurrence, la question posée est celle de savoir si le champ du secret professionnel, qui couvre actuellement la correspondance avec un avocat externe ainsi que le document reprenant le texte ou le contenu de cette correspondance, peut être étendu aux documents rédigés en vue d'une consultation avec un avocat. En deuxième lieu, il estime que le moyen tiré de la violation du secret professionnel, en ce qu'il concerne les documents copiés par la Commission, soulève également la question de principe de savoir si la protection accordée à la correspondance entre les avocats indépendants et leurs clients⁵⁸ peut être étendue à la correspondance échangée avec un *avocat* employé de façon permanente par une entreprise. En troisième lieu, le président du Tribunal indique qu'il n'est pas exclu que, dans le cadre de la vérification, la Commission ait méconnu la procédure définie dans l'arrêt *AM & S/Commission*, précité, en ayant consulté, même sommairement, les documents dont les requérantes soutenaient qu'ils étaient protégés par le secret professionnel.

Ensuite, le président du Tribunal estime que les requérantes ont démontré qu'il était nécessaire de surseoir à l'exécution de la décision litigieuse afin de leur éviter de subir un préjudice grave et irréparable. Sur ce point, il constate notamment que la prise de connaissance par la Commission des informations contenues dans les documents contenus dans l'enveloppe scellée constituerait, en tant que telle, une

⁵⁸ Protection reconnue par la Cour dans son arrêt du 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, 155/79, Rec. p. 1575.

atteinte substantielle et irréversible au droit des requérantes de faire respecter le secret protégeant ces documents.

Enfin, il juge que l'intérêt général et l'intérêt de la Commission tenant au respect des règles de concurrence ne sauraient prévaloir sur l'intérêt des requérantes à ce que les documents contenus dans l'enveloppe scellée ne soient pas divulgués.

Pour terminer, on signalera l'ordonnance du président du Tribunal du 15 mai 2003, *Sison/Conseil* (T-47/03 R, non encore publiée au Recueil). À l'origine de cette affaire est la décision du Conseil du 12 décembre 2002 qui porte actualisation de la liste des personnes visées par le règlement n° 2580/2001⁵⁹ prévoyant le gel des fonds et avoirs d'individus ou groupes impliqués dans des activités terroristes et inscrit, à cette occasion, le nom de Jose Maria Sison. Ce dernier, ressortissant philippin résidant aux Pays-Bas, a saisi le Tribunal d'un recours en annulation de cette décision et a parallèlement formé une demande de mesures provisoires. Cette demande a été rejetée pour défaut d'urgence. En effet, le président du Tribunal estime, en ce qui concerne le préjudice financier, qu'il n'est pas démontré que la réglementation applicable ne lui permettrait pas d'éviter de subir un préjudice grave et irréparable, dès lors que les autorités nationales peuvent, de manière ponctuelle et selon certaines modalités, autoriser l'utilisation de certains fonds aux fins de satisfaire les besoins élémentaires de personnes inscrites sur cette liste. Quant au préjudice moral allégué, il est rappelé que la finalité de la procédure en référé n'est pas d'assurer la réparation d'un préjudice, mais de garantir la pleine efficacité de l'arrêt au fond.

⁵⁹ Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (JO L 344, p. 70).

Table des matières de l'activité du Tribunal de première instance en 2003

	Page
I. CONTENTIEUX DE LA LÉGALITÉ	108
A. Aspects de procédure	108
1. Sur le relevé d'office d'un moyen de droit	108
2. Sur l'étendue des droits reconnus aux intervenants	109
3. Sur les dépens	109
B. Recevabilité des recours formés au titre de l'article 230 CE	109
1. Actes susceptibles de faire l'objet d'un recours	110
2. Intérêt à agir	112
3. Qualité pour agir	112
a) Décisions	113
a.1) Décisions d'approbation dans le domaine des concentrations d'entreprises	113
a.2) Décision de renvoi devant une autorité nationale dans le domaine des concentrations d'entreprises	114
b) Actes de portée générale	115
b.1) Règlement	115
b.2) Directive	115
b.3) Décision	116
C. Règles de concurrence applicables aux entreprises	117
1. Apports de la jurisprudence dans le domaine des articles 81 CE et 82 CE ...	117
a) Champ d'application personnel	117
b) Procédure de concurrence et délai raisonnable	118
c) Article 81 CE	120
c.1) Ententes prohibées	120
c.2) Exemptions	124
c.3) Amendes pour violation de l'article 81 CE	126

Tribunal de première instance	Activité
d) Article 82 CE	133
d.1) Position dominante et abus	133
d.2) Amendes.....	139
2. Règlement n° 4064/89	142
a) Recours en annulation d'une décision d'autorisation	142
b) Recours en annulation de décisions de renvoi devant une autorité nationale	145
c) Recours en annulation d'une décision de refus d'agrément.....	147
d) Droit d'être entendu	148
D. Aides d'État	149
1. Éléments constitutifs	149
2. Questions de procédure.....	151
E. Mesures de défense commerciale	152
F. Marque communautaire	153
1. Motifs absolus de refus d'enregistrement	154
2. Motifs relatifs de refus d'enregistrement	155
3. Demande en nullité introduite auprès de l'OHMI	156
4. Questions de forme	157
5. Continuité fonctionnelle des unités de l'OHMI	158
G. Accès aux documents	158
H. Santé publique	159
I. Financements communautaires	160
J. Fonction publique communautaire	163
II. CONTENTIEUX DE L'INDEMNITÉ.....	164
III. DEMANDES EN RÉFÉRÉ	166