

## A – Activité du Tribunal de première instance en 2006

Par M. le président Bo Vesterdorf

En 2006, pour la deuxième année consécutive, le Tribunal de première instance a réglé plus d'affaires qu'il n'en a été déposé devant lui (436 affaires réglées contre 432 introduites). Envisagé de façon générale, le nombre d'affaires introduites est en diminution (432 contre 469 en 2005). Cette baisse n'est cependant qu'apparente et s'explique par l'absence d'introduction d'affaires de fonction publique devant le Tribunal durant l'année 2006, ces affaires étant désormais de la compétence du Tribunal de la fonction publique<sup>1</sup>. En réalité, hors contentieux de la fonction publique et hors procédures particulières, le nombre d'affaires introduites a connu une augmentation très sensible, puisqu'elle s'élève à 33 % (387 affaires contre 291 en 2005). Le nombre d'affaires introduites en matière de marques est en augmentation de 46 % (143 en 2006 contre 98 en 2005), alors que les affaires concernant les matières autres que la propriété intellectuelle et la fonction publique sont en hausse de 26 % (244 contre 193). Le nombre d'affaires réglées est, pour sa part, en diminution (436 contre 610), mais, ici encore, il est nécessaire de tenir compte du fait que, durant l'année 2005, 117 affaires ont été réglées par un transfert au Tribunal de la fonction publique. Si l'on ne tient pas compte de ces affaires, la baisse du nombre d'affaires réglées en 2006 reste réelle mais moins sensible (436 contre 493).

En définitive, le nombre d'affaires pendantes reste stable par rapport à l'année précédente, c'est-à-dire légèrement au-dessus du millier (1 029 contre 1 033 en 2005). On peut noter à cet égard que, au 1<sup>er</sup> janvier 2007, les affaires de propriété intellectuelle représentaient près de 25 % du nombre total d'affaires pendantes. Dès lors, même si, d'une part, 82 affaires de fonction publique sont encore pendantes devant le Tribunal et, d'autre part, celui-ci a été saisi des premiers pourvois formés contre les arrêts du Tribunal de la fonction publique (au nombre de 10 au 31 décembre 2006), le contentieux porté devant le Tribunal change peu à peu de visage en se recentrant vers le contentieux économique.

Quant à la durée moyenne d'instance, elle a légèrement augmenté durant cette année, puisque, hors contentieux de la fonction publique et contentieux de la propriété intellectuelle, elle est passée de 25,6 mois en 2005 à 27,8 mois en 2006. On notera cependant que, durant l'année 2006, l'application de la procédure accélérée prévue à l'article 76 bis du règlement de procédure du Tribunal a été accordée par le Tribunal dans 4 affaires sur les 10 pour lesquelles elle était demandée.

En outre, M<sup>me</sup> Pernilla Lindh, nommée à la Cour de justice en tant que juge, ainsi que M. Paolo Mengozzi et M<sup>me</sup> Verica Trstenjak, nommés à la Cour en tant qu'avocats généraux, ont quitté le Tribunal le 6 octobre. Le même jour, ils ont été remplacés, respectivement, par MM. Nils Wahl, Enzo Moavero Milanesi et Miro Prek.

Dans le cadre de ce rapport, il est impossible de rendre compte de façon exhaustive de la richesse de la jurisprudence du Tribunal pour l'année 2006. Seuls seront donc évoqués les

<sup>1</sup> Durant l'année 2006, le Tribunal de la fonction publique a néanmoins renvoyé une affaire devant le Tribunal de première instance.

apports les plus marquants de cette année, dont la sélection comprend nécessairement une part de subjectivité<sup>2</sup>. Ils concernent le contentieux de la légalité (I), celui de l'indemnité (II) et, enfin, le référé (III).

## I. **Contentieux de la légalité**

### A. **Recevabilité des recours formés au titre des articles 230 CE et 232 CE**

Durant l'année 2006, les développements les plus notables relatifs à cette question portent sur la notion d'acte attaquant et, dans une moindre mesure, sur la notion de qualité pour agir.

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

Suivant une jurisprudence constante, constituent des actes ou des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 230 CE les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci<sup>3</sup>. Durant cette année 2006, l'actualité de cette question a été illustrée par pas moins de sept affaires.

En premier lieu, trois arrêts ont clarifié les limites des recours en annulation contre les actes adoptés par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)<sup>4</sup>. Premièrement, dans l'arrêt **Camós Grau/Commission**, le Tribunal a considéré qu'un rapport d'enquête de l'OLAF mettant en cause le requérant ne modifiait pas de façon caractérisée sa situation juridique, dès lors, notamment, qu'il n'emporte aucune obligation, même procédurale, pour les autorités auxquelles il est destiné. Deuxièmement, selon une même approche, le Tribunal a précisé dans l'arrêt **Tillack/Commission** que la transmission par l'OLAF d'informations aux autorités judiciaires nationales n'était pas non plus susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. En effet, la transmission d'informations par l'OLAF, bien que devant être traitée avec sérieux par les autorités nationales, ne crée aucun effet juridique obligatoire à leur égard, ces dernières restant libres de décider des suites à donner aux enquêtes de l'OLAF. Enfin, troisièmement, dans l'ordonnance **Strack/Commission**, le Tribunal a jugé qu'un fonctionnaire ayant informé l'OLAF de comportements éventuellement répréhensibles ne pouvait attaquer par la voie du recours en annulation la décision de clôture de l'enquête ouverte à la suite de cette communication.

<sup>2</sup> Ne sont par exemple pas mentionnés le droit antidumping, qui a cependant donné lieu à des développements intéressants, notamment dans l'arrêt du Tribunal du 24 octobre 2006, *Ritek et Prodisc Technology/Conseil*, T-274/02, non encore publié au Recueil, ainsi que le droit de la fonction publique.

<sup>3</sup> Arrêts de la Cour du 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, 60/81, Rec. p. 2639, point 9, et du 14 février 1989, *Bossi/Commission*, 346/87, Rec. p. 303, point 23.

<sup>4</sup> Voir, respectivement, arrêts du Tribunal du 6 avril 2006, *Camós Grau/Commission*, T-309/03; du 4 octobre 2006, *Tillack/Commission*, T-193/04, et ordonnance du Tribunal du 22 mars 2006, *Strack/Commission*, T-4/05 (sous pourvoi, C-237/06 P), non encore publiés au Recueil.

En deuxième lieu, deux arrêts rendus durant l'année 2006, dans le cadre de l'affaire dite «Banques autrichiennes – 'club Lombard'», concluent à la recevabilité de recours formés à l'encontre de décisions prises par le conseiller-auditeur de la Commission<sup>5</sup>. D'une part, dans l'arrêt **Österreichische Postsparkasse et Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commission**, deux établissements de crédit demandaient l'annulation de décisions de transmettre à un parti politique les versions non confidentielles des communications des griefs relatives à la fixation de tarifs bancaires. Dans son arrêt, le Tribunal juge que la décision de la Commission, informant une entreprise mise en cause dans une procédure d'infraction de ce que les informations transmises par celle-ci ne sont pas couvertes par le traitement confidentiel garanti par le droit communautaire (et peuvent donc être communiquées à un tiers plaignant), produit des effets juridiques à l'égard de l'entreprise en question en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique. De ce fait, elle constitue un acte attaquant. D'autre part, dans l'affaire **Bank Austria Creditanstalt/Commission**, la Bank Austria Creditanstalt demandait l'annulation d'une décision du conseiller-auditeur rejetant son opposition à la publication au Journal officiel de la version non confidentielle de la décision de la Commission. Dans son arrêt, le Tribunal considère qu'une décision prise par le conseiller auditeur au titre de l'article 9, troisième alinéa, de la décision 2001/462<sup>6</sup> produit des effets juridiques, puisqu'elle se prononce sur le point de savoir si le texte à publier contient non seulement des secrets d'affaires ou d'autres informations jouissant d'une protection similaire, mais encore d'autres informations qui ne peuvent être divulguées au public, soit en raison de règles de droit communautaire les protégeant spécifiquement, soit en raison du fait qu'elles relèvent de celles qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel. Une telle décision constitue donc également un acte attaquant.

En troisième lieu, dans l'arrêt **Deutsche Bahn/Commission**<sup>7</sup>, le Tribunal a précisé la portée de la notion d'acte attaquant en ce qui concerne les décisions que la Commission adopte, dans le domaine des aides d'État, sur la base de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999<sup>8</sup>. En l'espèce, le membre de la Commission chargé des transports avait informé par écrit la requérante qu'il ne serait pas fait droit à sa plainte tendant à l'ouverture de la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE. La lettre fournissait une motivation claire et précise sur les raisons pour lesquelles la mesure nationale ne devait pas être considérée comme une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. La Commission soutenait cependant qu'il ne s'agissait que d'une lettre d'information et non d'une décision au sens de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999 et que, par conséquent, elle n'était pas un acte attaquant dans la mesure où elle ne produisait pas d'effets juridiques.

<sup>5</sup> Arrêts du Tribunal du 30 mai 2006, *Bank Austria Creditanstalt/Commission*, T-198/03, ainsi que du 7 juin 2006, *Österreichische Postsparkasse et Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commission*, T-213/01 et T-214/01, non encore publiés au Recueil. Décision 2004/138/CE de la Commission, du 11 juin 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 CE (dans l'affaire COMP/36.571/D-1, *Banques autrichiennes – «club Lombard»*) (JO 2004, L 56, p. 1).

<sup>6</sup> Décision 2001/462/CE, CECA de la Commission, du 23 mai 2001, relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence (JO L 162, p. 21).

<sup>7</sup> Arrêt du Tribunal du 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, T-351/02, non encore publié au Recueil.

<sup>8</sup> Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [88 CE] (JO L 83, p. 1).

Le Tribunal juge néanmoins qu'entre dans le champ d'application de l'article 230 CE une lettre adressée à une entreprise plaignante par la Commission, lorsque cette dernière, ayant reçu des informations concernant une prétendue aide illégale, et étant de ce fait obligée de les examiner sans délai en application de l'article 10, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999, ne se contente pas, comme l'article 20 dudit règlement lui en ouvre la possibilité, d'informer la plaignante qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas, mais prend une position claire, motivée et définitive en indiquant que la mesure en cause ne constitue pas une aide. En effet, ce faisant, la Commission ne peut qu'adopter une décision au titre de l'article 4, paragraphe 2, dudit règlement. La Commission n'est dès lors pas en droit d'exclure cette décision du contrôle du juge communautaire en déclarant n'avoir pas pris une telle décision, en essayant de la retirer ou en décidant de ne pas adresser la décision à l'État membre concerné, en violation de l'article 25 du règlement n° 659/1999. Il est à cet égard indifférent que la lettre litigieuse ne résulte pas de l'adoption d'une décision définitive sur la plainte par le collège des membres de la Commission ou qu'une telle décision n'ait pas été publiée.

Enfin, en quatrième lieu, dans l'ordonnance **Schneider Electric/Commission**<sup>9</sup>, le Tribunal se prononce, pour la première fois, sur la recevabilité d'un recours dirigé contre une décision de la Commission d'ouvrir la procédure d'examen approfondi d'une opération de concentration. En l'espèce, la Commission avait adopté une telle décision dans le cadre de la procédure administrative rouverte après les deux arrêts prononçant l'annulation de la décision d'incompatibilité de la concentration entre Schneider Electric et Legrand, deux producteurs de matériels électriques basse tension, ainsi que l'annulation de la décision de séparation de ces deux entités<sup>10</sup>. La requérante contestait les décisions de la Commission, d'une part, d'ouvrir une procédure d'examen approfondi et, d'autre part, de clore formellement la procédure.

Dans son ordonnance, le Tribunal déduit des circonstances de l'affaire qu'une entreprise qui, après avoir obtenu l'annulation par le Tribunal de la décision de la Commission lui interdisant de réaliser une opération de concentration, cède l'entreprise qu'elle avait acquise durant le délai dont la Commission disposait pour adopter une nouvelle décision ne saurait prétendre que lui font grief ni une décision de la Commission, intervenue après la décision de procéder à cette cession, d'ouvrir à nouveau la procédure d'examen approfondi de l'opération, ni une décision de la Commission, postérieure à la réalisation de la cession, de clore formellement ladite procédure, ainsi devenue sans objet. À titre surabondant, le Tribunal juge que la décision d'engager la procédure formelle d'examen constitue une simple mesure préparatoire. En effet, si une telle décision emporte bien prolongation de la suspension de l'opération, ainsi que de l'obligation de coopérer avec la Commission pendant la procédure d'examen approfondi, ces conséquences, qui découlent directement du règlement alors applicable aux opérations de concentration et sont naturellement induites par le contrôle préalable de la compatibilité de l'opération, ne dépassent pas les effets propres à un acte de procédure et n'affectent donc pas la position

<sup>9</sup> Ordonnance du Tribunal du 31 janvier 2006, *Schneider Electric/Commission*, T-48/03 (sous pourvoi, C-188/06 P), non encore publiée au Recueil.

<sup>10</sup> Arrêts du Tribunal du 22 octobre 2002, *Schneider Electric/Commission*, T-310/01, Rec. p. II-4071, et T-77/02, Rec. p. II-4201.

juridique de Schneider Electric. Le Tribunal écarte à cet égard l'analogie proposée par cette entreprise avec le régime communautaire des aides d'État. En effet, à la différence d'une décision prise au titre de l'article 88, paragraphe 2, CE, qui, selon la jurisprudence de la Cour, est susceptible dans certains cas de produire des effets juridiques autonomes<sup>11</sup>, la décision d'ouvrir une procédure d'examen approfondi n'emporte, par elle-même, aucune obligation qui ne soit pas déjà induite par la notification à la Commission de l'opération de concentration à l'initiative des entreprises concernées.

## 2. Qualité pour agir

### a) *Affectation individuelle*

Selon une jurisprudence constante, les personnes physiques et morales autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernées individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une décision le serait<sup>12</sup>.

Durant l'année 2006, le Tribunal a appliqué ces principes notamment dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Boyle e.a./Commission**<sup>13</sup>. Cette affaire avait trait à une décision de la Commission adressée à l'Irlande et rejetant une demande d'augmentation des objectifs du programme d'orientation pluriannuel de la flotte de pêche de l'Irlande («POP IV»). Le Tribunal a jugé que les requérants, des propriétaires de navires faisant partie de la flotte de pêche irlandaise, bien que n'étant pas les destinataires de la décision, étaient néanmoins individuellement affectés par elle. En effet, la demande d'augmentation présentée par l'Irlande se composait en réalité de l'ensemble des demandes individuelles des propriétaires de navires, dont celles des requérants. Bien que la décision ait été adressée à l'Irlande, elle concernait une série de navires désignés et devait donc être considérée comme un faisceau de décisions individuelles, chacune affectant la situation juridique des propriétaires desdits navires. Le nombre et l'identité des propriétaires de navires en cause étaient déterminés et vérifiables dès avant la date de la décision attaquée et la Commission était en mesure de savoir que sa décision affecterait exclusivement les intérêts et la position desdits propriétaires. La décision attaquée concernait ainsi un cercle fermé de personnes déterminées au moment de son adoption et dont la Commission entendait régler les droits. La situation ainsi créée caractérisait donc les requérants par rapport à toute autre personne et les individualisait d'une manière analogue à celle dont le serait un destinataire.

<sup>11</sup> Arrêt de la Cour du 30 juin 1992, Espagne/Commission, C-312/90, Rec. p. I-4117, points 21 à 23.

<sup>12</sup> Arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62, Rec. p. 197, 223.

<sup>13</sup> Arrêts du Tribunal du 13 juin 2006, Boyle e.a./Commission, T-218/03 à T-240/03 (sous pourvoi, C-373/06 P), non encore publié au Recueil; voir également arrêt du Tribunal du 13 juin 2006, Atlantean/Commission, T-192/03, non publié au Recueil.

b) *Qualité pour agir dans le contentieux des aides d'État*

Dans l'arrêt *Commission/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum*, prononcé en 2005, la Cour a jugé que, d'une part, lorsqu'un particulier intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE tend à faire sauvegarder ses droits procéduraux, il est recevable à introduire un recours visant à l'annulation d'une décision prise au terme de la phase préliminaire d'examen des aides visée à l'article 88, paragraphe 3, CE et, d'autre part, lorsqu'un particulier met en cause le bien-fondé de la décision d'appréciation de l'aide en tant que telle ou une décision prise au terme de la procédure formelle d'examen, il n'est recevable à introduire un recours visant à l'annulation d'une telle décision que s'il arrive à démontrer qu'il jouit d'un statut particulier au sens de l'arrêt *Plaumann/Commission*<sup>14</sup>.

Deux arrêts prononcés en 2006 ont permis au Tribunal de préciser l'application de cette distinction lorsque la Commission a statué sans ouvrir la procédure formelle d'examen<sup>15</sup>.

D'une part, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Air One/Commission**<sup>16</sup>, la requérante, une compagnie aérienne italienne, s'était plainte devant la Commission du fait que les autorités italiennes avaient accordé illégalement à la compagnie aérienne Ryanair des aides sous forme de réduction des prix des services aéroportuaires et d'assistance en escale. La requérante invitait également la Commission à enjoindre à la République italienne de suspendre le versement de ces aides. S'agissant d'un recours en carence, qui ne forme avec le recours en annulation que l'expression d'une seule et même voie de droit, il convenait pour le Tribunal de déterminer si la requérante aurait été recevable à agir en annulation d'au moins un des actes que la Commission aurait pu adopter au terme de la procédure préliminaire d'examen des aides. Le Tribunal applique à cet effet la jurisprudence de la Cour et, dans ce contexte, il précise la notion de «rapport de concurrence suffisant» pour qu'une entreprise puisse être considérée comme concurrente des bénéficiaires de l'aide et, donc, intéressée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE. En l'espèce, le Tribunal a jugé, pour déclarer le recours recevable, qu'il suffisait de constater que la requérante et le bénéficiaire de l'aide exploitent, directement ou indirectement, une ligne aérienne internationale en commun et que la requérante a vocation à développer des activités de services réguliers de transport aérien de passagers à partir ou à destination d'aéroports italiens, notamment d'aéroports régionaux, pour lesquelles elle est susceptible d'entrer en concurrence avec le bénéficiaire.

D'autre part, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **British Aggregates/Commission**<sup>17</sup>, la Commission, sans ouvrir la procédure formelle d'examen, avait décidé de ne pas soulever

<sup>14</sup> Arrêt de la Cour du 13 décembre 2005, *Commission/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, Rec. I-10737.

<sup>15</sup> En ce qui concerne la qualité pour agir dans le domaine des aides d'État, voir également arrêt du 27 septembre 2006, *Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren e.a./Commission*, T-117/04, non encore publié au Recueil, dans lequel le Tribunal a exclu la qualité pour agir d'une association ainsi que celle de ses membres pour contester une décision adoptée au terme de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE.

<sup>16</sup> Arrêt du Tribunal du 10 mai 2006, *Air One/Commission*, T-395/04, non encore publié au Recueil.

<sup>17</sup> Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, T-210/02 (sous pourvoi, C-487/06 P), non encore publié au Recueil.

d'objections à l'encontre de la taxe examinée. Le Tribunal rappelle que, si le requérant met en cause le bien-fondé de la décision d'appréciation de l'aide en tant que telle, le simple fait qu'il puisse être considéré comme intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE ne saurait suffire pour admettre la recevabilité du recours. Le requérant doit alors démontrer qu'il a un statut particulier au sens de l'arrêt Plaumann/Commission, précité. Tel serait notamment le cas si sa position sur le marché était substantiellement affectée par l'aide faisant l'objet de la décision en cause. Or, en l'espèce, constate le Tribunal, la requérante, une association d'entreprises, ne se contente pas de contester le refus de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen, mais elle met également en cause le bien-fondé de la décision attaquée. Examinant donc si elle a indiqué les raisons pour lesquelles la mesure examinée est susceptible d'affecter substantiellement la position de l'un au moins de ses membres sur le marché en cause, le Tribunal constate que cette mesure visait à modifier de manière générale la répartition du marché entre les granulats vierges, qui y sont assujettis, et les produits de substitution, qui sont exonérés. Par ailleurs, cette mesure est susceptible d'entraîner une modification effective de la situation concurrentielle de certains membres de la requérante, dès lors qu'ils se trouvent en concurrence directe avec des producteurs de matériaux exonérés, devenus compétitifs grâce à l'instauration de l'écotaxe en cause. Cette mesure étant susceptible d'affecter substantiellement la situation concurrentielle de certains des membres de la requérante, son recours était recevable.

c) *Affectation directe*

Pour qu'un requérant puisse être considéré comme directement affecté au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, deux conditions doivent être satisfaites. Premièrement, l'acte en cause doit produire directement des effets sur la situation juridique du particulier. Deuxièmement, ledit acte ne doit laisser aucun pouvoir d'appréciation à ses destinataires chargés de sa mise en œuvre éventuelle, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire sans application d'autres règles intermédiaires<sup>18</sup>. Cette seconde condition est remplie lorsque la possibilité pour l'État membre de ne pas donner suite à l'acte en cause est purement théorique, sa volonté de tirer des conséquences conformes à celui-ci ne faisant aucun doute<sup>19</sup>.

Appliquant ces principes dans l'arrêt **Boyle e.a./Commission**, déjà évoqué, le Tribunal a jugé qu'une décision refusant de faire droit à certaines demandes d'augmentation des objectifs du programme d'orientation pluriannuel de la flotte de pêche de l'Irlande («POP IV») affectait directement les propriétaires des navires concernés. En effet, dans la décision attaquée, la Commission, en tant que seule autorité compétente en la matière, se prononçait de manière définitive sur l'éligibilité à une augmentation de capacité de certains navires particuliers par rapport aux conditions d'application de la réglementation applicable. En constatant ainsi la non-éligibilité des navires appartenant aux requérants, la décision attaquée a eu pour effet direct et définitif de priver ceux-ci de la possibilité de bénéficier d'une mesure de droit communautaire. Les autorités nationales ne disposent

<sup>18</sup> Arrêt de la Cour du 5 mai 1998, Dreyfus/Commission, C-386/96 P, Rec. p. I-2309, point 43, et arrêt du Tribunal du 13 décembre 2000, DSTV/Commission, T-69/99, Rec. p. II-4039, point 24.

<sup>19</sup> Arrêt Dreyfus/Commission, précité, point 44.

en effet d'aucun pouvoir d'appréciation quant à l'exécution de cette décision. Le Tribunal a écarté à cet égard l'argument selon lequel l'Irlande pouvait théoriquement décider d'accorder de la capacité supplémentaire aux navires des requérants dans les limites du plafond fixé dans le cadre du POP IV. En effet, selon le Tribunal, une décision nationale de cet ordre ne priverait pas la décision attaquée de son applicabilité automatique, car elle resterait juridiquement extérieure à l'application, en droit communautaire, de la décision attaquée. Cette décision nationale aurait pour effet de modifier à nouveau la situation des requérants, cette seconde modification de leur situation juridique découlant de la seule nouvelle décision nationale et non de l'exécution de la décision attaquée.

## B. Règles de concurrence applicables aux entreprises

Cette année, le Tribunal a rendu au principal 26 arrêts statuant sur les règles de fond prohibant les accords anticoncurrentiels, dont pas moins de 18 arrêts en matière de cartels<sup>20</sup>. Hors cartels, le Tribunal a rendu quatre arrêts relatifs à l'application des articles 81 CE et 82 CE<sup>21</sup>, ainsi que quatre arrêts statuant sur des questions de fond relatives au contrôle des concentrations<sup>22</sup>.

### 1. Notion d'entreprise au sens des règles de concurrence

Dans l'arrêt **SELEX Sistemi Integrati/Commission**, précité, le Tribunal s'est prononcé sur un recours contestant le rejet par la Commission d'une plainte de SELEX Sistemi Integrati SpA, une société active dans le secteur des systèmes de gestion du trafic aérien. Cette plainte avait trait à des manquements allégués d'Eurocontrol aux règles de concurrence

<sup>20</sup> Arrêts du Tribunal du 15 mars 2006, Daiichi Pharmaceutical/Commission, T-26/02, et BASF/Commission, T-15/02, non encore publiés au Recueil; du 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02 (sous pourvoi, C-266/06 P), non encore publié au Recueil; du 30 mai 2006, Bank Austria Creditanstalt/Commission, T-198/03, non encore publié au Recueil; du 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse et Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commission, T-213/01 et T-214/01, non encore publié au Recueil; du 4 juillet 2006, Hoek Loos/Commission, T-304/02, non encore publié au Recueil; du 27 septembre 2006, Ferriere Nord/Commission, T-153/04, Archer Daniels Midland/Commission (acide citrique), T-59/02 et Archer Daniels Midland/Commission (gluconate de sodium), T-329/01, Dresdner Bank e.a./Commission, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP et T-61/02 OP, Jungbunzlauer/Commission, T-43/02, Akzo Nobel/Commission, T-330/01, Roquette Frères/Commission, T-322/01, ainsi que Avebe/Commission, T-314/01, non encore publiés au Recueil; du 16 novembre 2006, Peróxidos Orgánicos/Commission, T-120/04, non encore publié au Recueil; du 5 décembre 2006, Westfalen Gassen Nederland/Commission, T-303/02, non encore publié au Recueil; du 13 décembre 2006, FNCBV e.a./Commission, T-217/03 et T-245/03, non encore publié au Recueil; du 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, non encore publié au Recueil.

<sup>21</sup> Arrêts du Tribunal du 2 mai 2006, O2 (Germany)/Commission, T-328/03, non encore publié au Recueil; du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services/Commission, T-168/01, et Haladjian Frères/Commission, T-204/03, non encore publiés au Recueil, ainsi que du 12 décembre 2006, SELEX Sistemi Integrati/Commission, T-155/04, non encore publié au Recueil.

<sup>22</sup> Arrêts du Tribunal du 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commission, T-282/02 (sous pourvoi, C-202/06 P); du 4 juillet 2006, easyJet/Commission, T-177/04; du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04 (sous pourvoi, C-413/06 P), et du 14 juillet 2006, Endesa/Commission, T-417/05, non encore publiés au Recueil.



dans l'exercice de sa mission de standardisation concernant les équipements et systèmes de gestion de la circulation aérienne (dits «ATM»). Elle avait été rejetée au motif que les activités d'Eurocontrol en cause n'étaient pas de nature économique.

Dans cet arrêt, le Tribunal rappelle dans un premier temps la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. Est à cet égard de nature économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné<sup>23</sup>. Appliquant ces principes dans un second temps, le Tribunal juge que l'activité de normalisation d'Eurocontrol, en ce qui concerne tant l'élaboration que l'adoption des normes, ainsi que l'acquisition de prototypes de systèmes ATM et la gestion des droits de propriété intellectuelle pratiquée par Eurocontrol dans ce domaine ne peuvent être qualifiées d'activités économiques. En revanche, le Tribunal constate que les activités de conseil d'Eurocontrol aux administrations nationales, qui prennent la forme d'une assistance à la rédaction de cahiers des charges d'appels d'offres ou à la sélection des entreprises participant à ces appels d'offres, constituent une offre de services sur un marché sur lequel pourraient tout aussi bien agir des entreprises privées spécialisées en la matière. Or, le fait qu'une activité peut être exercée par une entreprise privée constitue un indice supplémentaire permettant de la qualifier d'activité d'entreprise. En outre, si le fait que cette activité d'assistance n'est pas rémunérée et est exercée dans un but d'intérêt général constitue un indice de l'existence d'une activité d'ordre non économique, cela n'invalide pas en toutes hypothèses l'existence d'une activité économique. C'était donc à tort, conclut le Tribunal, que la Commission avait considéré que les activités en cause ne pouvaient être qualifiées d'économiques.

## 2. Application du droit de la concurrence au secteur agricole

Par décision du 2 avril 2003<sup>24</sup>, la Commission a imposé des amendes d'un montant total de 16,68 millions d'euros aux principales fédérations françaises du secteur de la viande bovine. Ces fédérations, qui représentent des agriculteurs et des abatteurs, ont été sanctionnées pour avoir pris part à une entente contraire au droit communautaire. Cet accord s'est poursuivi oralement au-delà de la fin novembre 2001, date à laquelle il était supposé prendre fin, et cela en dépit d'un avertissement de la Commission qui attirait l'attention des fédérations sur son caractère illégal. L'accord avait été conclu dans un contexte économique marqué par la grave crise du secteur bovin à partir de 2000, à la suite de la découverte de nouveaux cas d'encéphalopathie spongiforme bovine, dite «maladie de la vache folle».

Statuant dans l'arrêt **FNCBV e.a./Commission**, précité, sur le recours formé contre cette décision, le Tribunal, après avoir rejeté notamment les arguments des requérantes selon lesquels la Commission avait violé leur liberté syndicale, a considéré que l'accord sanctionné

<sup>23</sup> Arrêts de la Cour du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, et du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 74.

<sup>24</sup> Décision 2003/600/CE de la Commission, du 2 avril 2003, relative à une procédure d'application de l'article [81 CE] (Affaire COMP/C.38.279/F3 – Viandes bovines françaises) (JO L 209, p. 12).

ne pouvait pas bénéficier de l'exemption prévue par le règlement n° 26 en faveur de certaines activités liées à la production et à la commercialisation de produits agricoles<sup>25</sup>. En effet, alors qu'une telle exemption n'est applicable que dans l'hypothèse où un accord, d'une part, favorise tous les objectifs de l'article 33 CE et, d'autre part, est nécessaire à la réalisation de ces objectifs, tel n'était pas le cas en l'espèce: si l'accord pouvait bien être considéré comme nécessaire à l'objectif visant à assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, en revanche, il risquait de porter préjudice à l'établissement de prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs et ne concernait pas la stabilisation des marchés.

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

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

L'article 81, paragraphe 1, CE dispose que tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, sont incompatibles avec le marché commun et interdits.

#### — **Objet ou effet anticoncurrentiel des ententes**

L'arrêt **GlaxoSmithKline Services/Commission**, qui concerne les liens entre restriction du commerce parallèle et protection de la concurrence, contient des développements importants sur la notion d'accord ayant pour objet de restreindre la concurrence dans le secteur pharmaceutique européen. Glaxo Wellcome, filiale espagnole du groupe GlaxoSmithKline, l'un des principaux producteurs mondiaux de produits pharmaceutiques, avait adopté de nouvelles conditions générales de vente, concernant les grossistes en produits pharmaceutiques, selon lesquelles ses médicaments devaient être vendus aux grossistes espagnols à des prix différenciés en fonction du système national d'assurance-maladie qui les prendrait en charge et de la commercialisation desdits médicaments, selon qu'elle se ferait en Espagne ou dans un autre État membre. En pratique, les médicaments destinés à être pris en charge dans d'autres États membres de la Communauté devaient être vendus à un prix supérieur à ceux destinés à être pris en charge en Espagne, où l'administration fixe des prix maximaux. GlaxoSmithKline a notifié ces conditions générales de vente à la Commission et, faisant suite au dépôt de plusieurs plaintes, cette dernière a constaté que les conditions de vente en cause avaient pour objet et pour effet de restreindre la concurrence.

Dans son arrêt, le Tribunal considère néanmoins qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle ne doit pas être considéré par nature, c'est-à-dire indépendamment de toute analyse concurrentielle, comme ayant pour objet de restreindre la concurrence. En effet, s'il est acquis que le commerce parallèle bénéficie d'une certaine protection, ce n'est pas

<sup>25</sup> Règlement n° 26, du 4 avril 1962, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles (JO 1962, 30, p. 993).

en tant que tel mais en tant qu'il favorise, d'une part, le développement des échanges et, d'autre part, le renforcement de la concurrence, c'est-à-dire, sous ce second aspect, en tant qu'il procure aux consommateurs finals les avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix. Par suite, s'il est acquis qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle doit en principe être considéré comme ayant pour objet de restreindre la concurrence, c'est en tant qu'il peut être présumé qu'il prive les consommateurs finals de ces avantages. Or, en l'espèce, compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel se déploient les conditions générales de vente de GlaxoSmithKline, il ne pouvait pas être présumé qu'elles privent les consommateurs finals de médicaments de tels avantages. D'une part, en effet, les grossistes, dont la fonction est d'assurer au commerce de détail un approvisionnement profitant de la concurrence entre producteurs, sont des agents économiques opérant à un stade intermédiaire de la chaîne de valeur et sont susceptibles de conserver l'avantage que le commerce parallèle peut comporter en termes de prix, auquel cas celui-ci ne sera pas répercuté sur les consommateurs finals. D'autre part, les prix des médicaments en cause étant soustraits dans une large mesure au libre jeu de l'offre et de la demande du fait de la réglementation applicable et fixés ou contrôlés par les pouvoirs publics, il ne peut pas être d'emblée tenu pour acquis que le commerce parallèle tend à faire baisser les prix et à accroître ainsi le bien-être des consommateurs finals. Dans ces conditions, juge le Tribunal, le caractère restrictif de concurrence de l'accord ne peut pas être déduit de la seule lecture de ses termes, même effectuée dans son contexte, et ses effets doivent nécessairement être envisagés.

Examinant donc les effets de l'accord sur la concurrence, le Tribunal écarte certaines des analyses opérées par la Commission sur ce point dans sa décision, mais constate néanmoins que l'accord faisait obstacle à la pression qui aurait existé, en son absence, sur le prix unitaire des médicaments en cause, au détriment du consommateur final, entendu à la fois comme le patient et comme le système national d'assurance maladie, agissant pour le compte de ses ayants droit.

#### — Degré de preuve requis

Dans l'arrêt **Dresdner Bank e.a./Commission**, précité, le Tribunal rappelle que, compte tenu du principe général de présomption d'innocence, l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction. Il est donc nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour établir l'existence de l'infraction. Néanmoins, chacune des preuves apportées par la Commission ne doit pas nécessairement répondre à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction: il suffit que le faisceau d'indices invoqué par l'institution, apprécié globalement, réponde à cette exigence. En l'espèce, les cinq banques requérantes soutenaient qu'aucun accord n'avait été conclu par elles au cours d'une réunion, tenue le 15 octobre 1997, sur le niveau et la structure des commissions de change d'espèces constituant des subdivisions de l'euro lors de la phase de transition comprise entre l'introduction de l'euro scripturaire et celle de l'euro fiduciaire. Le Tribunal examine tant les preuves relatives au contexte de cette réunion du 15 octobre 1997 que les preuves directes concernant celle-ci et juge que leur force n'est pas suffisante pour permettre de considérer, sans qu'aucun doute raisonnable ne subsiste sur ce point, que les banques présentes ont conclu l'accord sanctionné.

## — Obligations incombant à la Commission lors de l'examen d'un accord

Dans l'arrêt **O2 (Germany)/Commission**, précité, le Tribunal rappelle que, pour apprécier la compatibilité d'un accord avec le marché commun au regard de la prohibition énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il convient d'examiner le contexte économique et juridique au sein duquel l'accord se situe, son objet, ses effets ainsi que l'incidence de l'accord sur les échanges intracommunautaires, en tenant compte en particulier du contexte économique dans lequel opèrent les entreprises, des produits ou services visés par cet accord ainsi que de la structure et des conditions réelles de fonctionnement du marché concerné. En outre, dans un cas comme celui de l'espèce où il est admis que l'accord n'a pas un objet anticoncurrentiel, il y a lieu d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible. Le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux, l'altération de la concurrence pouvant, notamment, être mise en doute si l'accord apparaît précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas.

Une telle approche ne revient pas, selon le Tribunal, à appliquer une «règle de raison» à l'article 81, paragraphe 1, CE, laquelle consisterait à effectuer un bilan des effets pro et anticoncurrentiels de l'accord, mais à prendre en considération l'impact de l'accord sur la concurrence actuelle et potentielle ainsi que la situation de la concurrence à défaut d'accord, ces deux aspects étant intrinsèquement liés. Le Tribunal ajoute qu'un tel examen est particulièrement nécessaire s'agissant de marchés en cours de libéralisation ou de marchés émergents, comme dans le cas du marché des communications mobiles de troisième génération ici en cause, où l'effectivité de la concurrence peut être problématique du fait, par exemple, de la présence d'un opérateur dominant, du caractère concentré de la structure du marché ou de l'existence d'importantes barrières à l'entrée.

En l'espèce, le Tribunal considère que la décision contestée est affectée de plusieurs défauts d'analyse. D'une part, elle ne contient pas de discussion objective de la situation de la concurrence en l'absence d'accord, ce qui fausse l'appréciation des effets réels et potentiels de l'accord sur la concurrence. Afin de pouvoir valablement apprécier dans quelle mesure l'accord était nécessaire à O2 (Germany) pour pénétrer le marché des communications mobiles de troisième génération, la Commission aurait dû approfondir la question de savoir si, en l'absence d'accord, la requérante aurait été présente sur ce marché. D'autre part, la décision ne démontre pas *in concreto*, dans le contexte du marché émergent en cause, que les dispositions de l'accord relatives à l'itinérance ont des effets restrictifs sur la concurrence, mais se borne, à cet égard, à une pétition de principe et à des affirmations générales.

### b) *Application de l'article 81, paragraphe 3, CE*

L'article 81, paragraphe 3, CE prévoit que les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE peuvent être déclarées inapplicables, notamment, à tout accord entre entreprises qui contribue à améliorer la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique

ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ni donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Dans l'arrêt **GlaxoSmithKline Services/Commission**, déjà évoqué, la requérante faisait notamment valoir des éléments de preuve tendant à établir que le commerce parallèle engendrait une perte d'efficacité en réduisant sa capacité d'innovation. Elle soutenait ainsi que l'accord litigieux, en affectant le commerce parallèle et en améliorant ses marges, permettait d'accroître sa capacité d'innovation. Or, l'examen de la Commission sur certains éléments pertinents avancés par la requérante ne pouvait pas être tenu pour suffisant pour étayer les conclusions auxquelles l'administration était parvenue. La Commission ne pouvait en effet pas s'abstenir d'examiner si l'accord litigieux pouvait permettre de restaurer la capacité d'innovation de la requérante et d'engendrer, à ce titre, un gain d'efficacité pour la concurrence entre marques, dans la mesure où, dans le secteur des médicaments, l'effet du commerce parallèle sur la concurrence est ambigu. En effet, le gain d'efficacité qu'il est de nature à engendrer pour la concurrence intramarque, dont le rôle est limité par le cadre réglementaire pharmaceutique applicable au cas d'espèce, est à rapporter à la perte d'efficacité qu'il est de nature à engendrer pour la concurrence entre marques. Le Tribunal annule donc la décision de la Commission sur ce point.

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

Cette année, le Tribunal ne s'est prononcé sur les conditions de l'article 82 CE que dans deux arrêts, tous deux relatifs à un rejet de plainte.

D'une part, dans l'arrêt **SELEX Sistemi Integrati/Commission**, déjà évoqué à propos de la notion d'entreprise, le Tribunal a constaté que la requérante n'avait pas fait état dans sa plainte d'un comportement d'Eurocontrol, dans le cadre de son activité de conseil aux administrations nationales, qui répondrait aux critères d'application de l'article 82 CE, aucun rapport de concurrence ne semblant du reste exister entre Eurocontrol et la requérante ou toute autre entreprise active dans le secteur concerné.

D'autre part, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Haladjian Frères/Commission**, précité, la société Haladjian Frères avait déposé une plainte auprès de la Commission, alléguant notamment plusieurs violations de l'article 82 CE résultant prétendument de la mise en place du système de commercialisation de pièces détachées par la société américaine Caterpillar. Le Tribunal a jugé que les arguments soulevés par la requérante ne remettaient pas en cause les appréciations des éléments de fait et de droit effectuées par la Commission et que cette dernière était fondée à rejeter la plainte de la requérante. En effet, les griefs tirés de la prétendue imposition de prix inéquitables, de la limitation des débouchés ou encore de l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes ont été écartés, eu égard notamment au fait que le système en cause n'isole pas le marché communautaire, puisqu'il n'interdit pas en fait ou en droit la concurrence de pièces importées à des prix inférieurs aux prix européens.

## 5. Procédure de répression des pratiques anticoncurrentielles

### a) *Intérêt légitime des parties tierces et déroulement des procédures d'application des règles de concurrence*

Dans les arrêts **Österreichische Postsparkasse et Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commission** ainsi que **Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission**, précités, le Tribunal juge qu'un client final acheteur de biens ou de services, tel un parti politique client de services bancaires autrichiens, a un intérêt légitime lui donnant accès à la communication des griefs. Un client final qui justifie qu'il a été lésé ou qu'il est susceptible d'être lésé dans ses intérêts économiques du fait d'une restriction de concurrence a en effet un intérêt légitime à déposer une demande ou une plainte afin de faire constater par la Commission une infraction aux articles 81 CE et 82 CE. Les règles qui visent à assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ayant pour finalité ultime d'accroître le bien-être du consommateur, la reconnaissance à de tels clients d'un intérêt légitime à faire constater par la Commission une infraction aux articles 81 CE et 82 CE contribue à la réalisation des objectifs du droit de la concurrence. Dans l'arrêt **Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission**, précité, le Tribunal précise en outre que, d'une part, l'admission d'une partie intéressée à titre de plaignant et la transmission de la communication des griefs à celle-ci peut intervenir à tout stade de la procédure administrative et, d'autre part, le droit à transmission de la communication des griefs ne saurait être restreint sur la base de simples soupçons relatifs à une éventuelle utilisation abusive de ce document.

### b) *Droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination*

L'arrêt **Archer Daniels Midland/Commission (acide citrique)**, précité, a permis au Tribunal de préciser les conditions dans lesquelles la Commission peut utiliser, contre une entreprise, des aveux recueillis par une autorité d'un pays tiers, sans pour autant violer le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination tel qu'il est reconnu par le droit communautaire<sup>26</sup>. Bayer, l'un des membres de l'entente sanctionnée, avait en effet communiqué à la Commission un rapport du Federal Bureau of Investigation (FBI) américain relatif à l'audition d'un représentant de la requérante devant les autorités américaines, ensuite utilisé au soutien de la communication des griefs, puis de la décision sanctionnant l'entreprise. Dans son recours contre cette décision, la requérante soutenait qu'elle n'avait pas eu l'occasion de faire valoir son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, tel qu'il est reconnu par le droit communautaire. Dans son arrêt, le Tribunal constate cependant qu'aucune disposition n'interdit à la Commission de s'appuyer, en tant qu'élément de preuve, sur un document qui a été établi dans le cadre d'une procédure autre que celle menée par la Commission elle-même. Néanmoins, il juge que, lorsque la Commission s'appuie sur une déclaration faite dans un contexte différent de celui de la procédure diligentée devant elle, et lorsque cette déclaration comporte potentiellement des informations que l'entreprise concernée aurait été en droit de

<sup>26</sup> Sur le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, voir arrêt de la Cour du 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, 374/87, Rec. p. 3283.

refuser de fournir, la Commission est tenue de garantir à l'entreprise concernée des droits procéduraux équivalant à ceux conférés par le droit communautaire. Ainsi, la Commission est tenue d'examiner d'office si, à première vue, il existe des doutes sérieux quant au respect des droits procéduraux des parties concernées dans le cadre de la procédure au cours de laquelle celles-ci ont fourni de telles déclarations. En l'absence de tels doutes, les droits procéduraux des parties concernées doivent être considérés comme étant suffisamment garantis si, dans la communication des griefs, la Commission indique clairement, le cas échéant en annexant les documents concernés à cette communication, qu'elle a l'intention de s'appuyer sur les déclarations en cause. En l'espèce, aucun de ces principes n'avait été violé par la Commission, notamment parce que cette dernière avait annexé le rapport en cause à la communication des griefs et Archer Daniels Midland n'avait pas formulé de critique quant à l'utilisation de ce document.

c) *Publicité des actes et définition du secret professionnel*

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Bank Austria Creditanstalt/Commission**, précité, la requérante invoquait, en substance, l'illégalité de la publication d'une décision infligeant des amendes, la publication de cette décision n'étant, en l'espèce, pas obligatoire. Dans son arrêt, le Tribunal rejette cependant ce moyen en jugeant que la faculté des institutions de rendre publics les actes qu'elles adoptent est la règle. Il existe néanmoins des exceptions à ce principe dans la mesure où le droit communautaire, notamment par le biais des dispositions garantissant le respect du secret professionnel, s'oppose à la divulgation de ces actes ou de certaines informations qu'ils contiennent. Le Tribunal définit ensuite la notion de secret professionnel en jugeant que, pour que des informations soient, par leur nature, couvertes par cette protection, il est nécessaire, tout d'abord, qu'elles ne soient connues que par un nombre restreint de personnes. Ensuite, il doit s'agir d'informations dont la divulgation est susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers. Enfin, il est nécessaire que les intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation de l'information soient objectivement dignes de protection. L'appréciation du caractère confidentiel d'une information nécessite ainsi une mise en balance entre les intérêts légitimes qui s'opposent à sa divulgation et l'intérêt général qui veut que les activités des institutions communautaires se déroulent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture. Or, constate le Tribunal, une mise en balance de l'intérêt général à la transparence de l'action communautaire et des intérêts susceptibles de s'y opposer a été effectuée par le législateur communautaire dans différents actes de droit dérivé, notamment par les règlements n° 45/2001 et n° 1049/2001<sup>27</sup>. Le Tribunal établit donc un rapport de correspondance entre la notion de secret professionnel et ces deux règlements. Dans la mesure où de telles dispositions de droit dérivé interdisent la divulgation d'informations au public ou excluent l'accès du public à des documents les

<sup>27</sup> Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2000, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (JO 2001, L 8, p. 1), et règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43).

contenant, ces informations doivent être considérées comme couvertes par le secret professionnel. En revanche, dans la mesure où le public a un droit d'accès à des documents contenant certaines informations, ces dernières ne sauraient être considérées comme étant couvertes, par leur nature, par le secret professionnel.

## 6. Amendes

En 2006, le Tribunal a encore rendu de nombreux arrêts ayant trait à la légalité ou au caractère approprié d'amendes infligées pour violation de l'article 81 CE. Les développements les plus marquants, cette année, concernent le principe de légalité des peines, l'application des lignes directrices pour le calcul des amendes, le plafond de 10 % du chiffre d'affaires et la compétence de pleine juridiction du Tribunal en matière d'amendes.

### a) *Principe de légalité des peines*

Dans les arrêts **Jungbunzlauer/Commission** et **Degussa/Commission**, précités, le Tribunal a rejeté une exception d'illégalité visant l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17<sup>28</sup> par laquelle était invoquée la contrariété de cette disposition avec le principe de légalité des peines. Selon les requérantes, qui avaient été parties aux cartels couvrant les marchés de l'acide citrique et de la méthionine, cette disposition laisse illégalement à la Commission le pouvoir discrétionnaire de décider de l'opportunité et du montant de l'amende.

Le Tribunal a néanmoins considéré que le principe de légalité des peines, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à supposer que l'article 7, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme soit applicable aux amendes sanctionnant les infractions aux règles de concurrence, n'exige pas que les termes des dispositions en vertu desquelles sont infligées les sanctions soient à ce point précis que les conséquences pouvant découler d'une infraction à ces dispositions soient prévisibles avec une certitude absolue. En outre, la marge d'appréciation de la Commission dans l'application des sanctions, bien que large, n'est pas absolue, puisqu'elle est limitée par le plafond de 10 % du chiffre d'affaires, par l'évaluation de la gravité et de la durée des infractions, par les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité, par sa pratique administrative antérieure lue à la lumière du principe d'égalité de traitement et, enfin, par l'autolimitation que la Commission même s'est imposée en adoptant la communication sur la coopération et les lignes directrices sur le calcul des amendes. Le Tribunal a donc rejeté l'exception d'illégalité soulevée.

<sup>28</sup> Règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81 CE] et [82 CE] (JO 1962, 13, p. 204).



b) *Lignes directrices*

Bien que la Commission ait adopté le 1<sup>er</sup> septembre 2006 de nouvelles lignes directrices pour le calcul des amendes, les arrêts rendus, comme d'ailleurs les affaires nouvellement introduites, ne concernaient cette année que les lignes directrices adoptées en 1998<sup>29</sup>.

D'un point de vue général, il est désormais bien admis que les lignes directrices lient la Commission. Le Tribunal a cependant précisé dans l'arrêt **Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission**, précité, qu'une telle autolimitation n'était pas incompatible avec le maintien d'une marge d'appréciation substantielle au bénéfice de la Commission. L'adoption des lignes directrices n'a ainsi pas privé de pertinence la jurisprudence antérieure selon laquelle la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de prendre ou de ne pas prendre en considération certains éléments lorsqu'elle fixe le montant des amendes qu'elle entend infliger, en fonction notamment des circonstances de l'espèce. Dans l'hypothèse où la Commission s'est départie de la méthode exposée dans les lignes directrices, il appartient au Tribunal de vérifier si cet écart est légalement justifié et motivé à suffisance de droit. Cependant, a également précisé le Tribunal, la marge d'appréciation de la Commission et les limites qu'elle y a apportées ne préjugent pas de l'exercice, par le juge communautaire, de sa compétence de pleine juridiction.

Étendant, en substance, les mêmes principes d'interprétation au cas particulier des circonstances atténuantes, le Tribunal a précisé que, en l'absence d'indication de nature impérative dans les lignes directrices en ce qui concerne les circonstances atténuantes qui peuvent être prises en compte, il convient de considérer que la Commission a conservé une certaine marge pour apprécier d'une manière globale l'importance d'une éventuelle réduction du montant des amendes au titre des circonstances atténuantes.

Durant l'année 2006, le Tribunal a également continué à apporter des précisions sur certaines dispositions des lignes directrices, par exemple sur la notion d'impact concret, dans les affaires **Archer Daniels Midland «Gluconate de Sodium»** et **Archer Daniels Midland «Acide citrique»**, sur la circonstance aggravante liée au rôle de meneur, dans les arrêts **BASF/Commission** et **Archer Daniels Midland/Commission (acide citrique)**, précités, ainsi que sur la circonstance atténuante liée à la cessation de l'infraction dès les premières interventions de la Commission dans les arrêts **Archer Daniels Midlands/Commission (acide citrique)** et **Archer Daniels Midland/Commission (gluconate de sodium)**, précités.

c) *Plafond de 10 %*

Le règlement n° 17 prévoyait, comme le prévoit désormais l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, que, pour chaque entreprise et association d'entreprises participant

<sup>29</sup> 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). Ces lignes directrices sont désormais remplacées par les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2). Les nouvelles lignes directrices sont d'application pour les affaires pour lesquelles une communication des griefs a été notifiée après le 1<sup>er</sup> septembre 2006.

à une infraction aux articles 81 CE et 82 CE, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **FNCBV e.a./Commission**, déjà évoqué à propos de l'application des règles de concurrence au secteur agricole, la décision attaquée était viciée par un défaut de motivation lié au fait que la Commission n'avait consacré aucun passage de la décision au respect de la limite des 10 % et aux chiffres d'affaires à prendre en compte pour le calcul de cette limite. Néanmoins, le Tribunal juge par ailleurs que la possibilité pour la Commission de s'appuyer non pas sur le chiffre d'affaires propre des fédérations mais sur celui de leurs membres n'est pas limitée à la circonstance, déjà identifiée par la jurisprudence, dans laquelle une association peut engager ses membres. Il convient en effet de pouvoir appréhender la puissance économique réelle d'une association. D'autres circonstances spécifiques peuvent donc justifier la prise en compte des chiffres d'affaires des membres d'une association, telles que, par exemple, le fait que l'infraction commise par une association porte sur les activités de ses membres et que les pratiques sont exécutées par l'association directement au bénéfice de ces derniers et en coopération avec ceux-ci, l'association n'ayant pas d'intérêts objectifs présentant un caractère autonome par rapport à ceux de ses membres. Or, tel était bien le cas en l'espèce. En effet, les fédérations sanctionnées avaient essentiellement pour mission de défendre leurs membres et de représenter les intérêts de ceux-ci. L'accord litigieux portait en outre sur les activités de ces membres et avait été conclu directement à leur bénéfice. Enfin, il avait été mis en œuvre notamment par la conclusion d'accords locaux entre des fédérations départementales et des syndicats locaux agricoles, membres des fédérations nationales sanctionnées en l'espèce.

#### d) *Exercice de la compétence de pleine juridiction*

En vertu de l'article 17 du règlement n° 17 ainsi que de l'article 31 du règlement n° 1/2003, le Tribunal, saisi d'un recours dirigé contre une décision infligeant une amende, dispose d'une compétence de pleine juridiction, au sens de l'article 229 CE, qui lui permet de diminuer ou de majorer les amendes infligées par la Commission. Au cours de l'année 2006, le Tribunal a exercé cette compétence à de nombreuses reprises et selon des modalités diverses.

Ainsi, dans les affaires relatives aux cartels des vitamines, le Tribunal a exercé son pouvoir de pleine juridiction uniquement pour tirer les conséquences de vices affectant la légalité de la décision. Dans l'arrêt **BASF/Commission**, précité, le Tribunal a estimé que la constatation de l'illégalité de l'appréciation de la Commission quant aux circonstances aggravantes ayant conduit à une majoration de l'amende par rapport à son montant de base ouvrait la voie à l'exercice par le juge communautaire de son pouvoir de pleine juridiction en vue de confirmer, supprimer ou modifier ladite majoration de l'amende à la lumière de toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce. Plus généralement, ayant été invité par BASF à exercer sa compétence de pleine juridiction indépendamment du constat d'une illégalité, le Tribunal juge que le contrôle exercé par lui sur une décision par laquelle la Commission constate une violation des règles de concurrence et inflige des amendes est limité à la légalité de cette décision, la compétence de pleine juridiction dont il dispose ne pouvant être exercée, le cas échéant, qu'à la suite de la constatation d'une

illégalité affectant la décision et dont l'entreprise concernée s'est plainte dans son recours, et afin de remédier aux conséquences de cette illégalité sur la détermination du montant de l'amende infligée, si besoin est par la suppression ou la réformation de cette dernière.

En revanche, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Hoek Loos/Commission**, précité, lequel a trait au cartel des gaz industriels, le Tribunal a examiné l'argumentation de la requérante sous l'angle de la demande de suppression ou de réduction de l'amende qu'elle contenait. Dans ce contexte, il a relevé que l'appréciation du caractère proportionné de l'amende infligée par rapport à la gravité et à la durée de l'infraction relevait du contrôle de pleine juridiction confié au Tribunal<sup>30</sup>. Ayant finalement rejeté tous ces griefs, le Tribunal a conclu que le montant final de l'amende infligée à la requérante apparaissait «pleinement approprié, aucune des circonstances invoquées par celle-ci ne justifiant une réduction dudit montant». De même, dans l'arrêt **Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission**, précité, le Tribunal juge que, au-delà de son contrôle de la légalité d'une décision, il lui appartient d'apprécier s'il y a lieu d'exercer sa compétence de pleine juridiction au regard de l'amende infligée aux différents membres du cartel. Ainsi, à plusieurs reprises, après avoir rejeté un moyen soulevé par les requérantes, le Tribunal a exercé son pouvoir de pleine juridiction pour confirmer le caractère approprié de l'amende infligée.

Enfin, dans l'arrêt **FNCBV e.a./Commission**, déjà évoqué, le Tribunal a constaté que, au titre des circonstances atténuantes, la Commission avait pris en compte, d'une part, le fait qu'elle sanctionnait pour la première fois une entente conclue exclusivement entre des fédérations syndicales, portant sur un produit agricole de base et impliquant deux maillons de la chaîne de production et, d'autre part, le contexte économique spécifique de l'affaire, marqué notamment par la grave crise du secteur bovin à partir de l'année 2000, à la suite de la découverte de nouveaux cas de la maladie de la vache folle. De ce fait, la Commission avait appliqué une réduction de 60 % au montant des amendes imposées aux requérantes. Exerçant sa compétence de pleine juridiction, le Tribunal estime que cette réduction, bien qu'importante, ne prend pas suffisamment en compte le caractère exceptionnel des circonstances de l'espèce. Dès lors, il considère qu'il est approprié d'établir à 70 % le pourcentage de réduction des amendes à accorder aux requérantes, et donc d'appliquer un pourcentage de réduction additionnel de 10 % au montant de l'amende

On notera également que le Tribunal a examiné dans deux affaires la possibilité d'augmenter l'amende infligée par la Commission.

Ainsi, dans l'arrêt **Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission**, précité, la Commission a demandé au Tribunal d'augmenter le montant de l'amende infligée à celle-ci, au motif que cette banque avait contesté pour la première fois, devant le Tribunal, l'existence d'une partie des accords sanctionnés. Le Tribunal juge qu'il importe à cet égard de savoir si le comportement de la requérante a obligé la Commission, contre toute attente qu'elle pouvait raisonnablement fonder sur la coopération de la requérante pendant la procédure administrative, à élaborer et à présenter une défense devant le Tribunal ciblée sur la contestation de faits infractionnels dont elle avait considéré à bon droit que la

<sup>30</sup> Voir également arrêts *Westfalen Gassen Nederland/Commission*, précité, et *Archer Daniels Midland/Commission*, T-329/01, précité, point 380.

requérante ne les remettrait plus en question. Le Tribunal conclut en l'espèce qu'une majoration de la sanction n'est pas appropriée eu égard à l'importance minimale des points contestés tant pour l'économie de la décision attaquée que pour l'élaboration de la défense de la Commission, qui n'a guère été rendue plus difficile par le comportement de la requérante.

En revanche, dans l'affaire **Roquette Frères/Commission**, précitée, le Tribunal a majoré l'amende contestée après l'avoir réduite. Le Tribunal a constaté, dans un premier temps, que l'amende infligée à la requérante ne correspondait pas à sa position sur le marché du gluconate de sodium. Même si aucun reproche ne pouvait être formulé à l'encontre de la Commission, puisque cette dernière avait calculé le montant de l'amende sur la base d'informations manquant de clarté et équivoques émanant de la requérante, le Tribunal a néanmoins décidé de corriger ce défaut de la décision et, donc, de réduire l'amende. Dans un second temps, le Tribunal a majoré l'amende de 5 000 euros pour tenir compte du fait que la requérante, consciente d'un risque de confusion possible de la part de la Commission, avait communiqué ses chiffres d'affaires de manière erronée à la suite d'une demande de renseignements. En effet, le règlement n° 17 prévoyant la possibilité pour la Commission d'infliger une amende de 100 à 5 000 euros si l'entreprise fournit des renseignements inexacts en réponse à une demande de renseignements, le Tribunal a décidé de tenir compte de la négligence grave de la requérante pour majorer l'amende à hauteur du plafond prévu à cette disposition.

Le Tribunal s'est enfin prononcé, dans ce même arrêt, sur les modalités de l'exercice de sa compétence de pleine juridiction: en vertu de ce pouvoir, le Tribunal peut prendre en considération des éléments complémentaires d'information qui n'étaient pas mentionnés dans la décision attaquée lors de l'appréciation du montant de l'amende au regard des griefs invoqués par la requérante, appréciation confirmée dans l'arrêt **Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission**, précité. Toutefois, a précisé le Tribunal dans l'arrêt **Roquette Frères/Commission**, au vu du principe de sécurité juridique, cette possibilité doit, en principe, se limiter à la prise en compte d'éléments d'information antérieurs à la décision attaquée et que la Commission aurait pu connaître au moment de sa prise de décision. Une approche différente conduirait en effet le Tribunal à se substituer à l'administration pour apprécier une question qu'elle n'a pas encore été appelée à examiner, ce qui reviendrait à enfreindre le système de répartition des fonctions et l'équilibre institutionnel entre les pouvoirs judiciaire et administratif.

## 7. Apports dans le domaine du contrôle des concentrations

Trois arrêts concernant l'application du règlement n° 4064/89, désormais remplacé par le règlement n° 139/2004, ont été prononcés durant l'année 2006, ainsi qu'un quatrième arrêt, concernant l'application de ce dernier règlement<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> 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; rectificatifs au JO 1990, L 257, p. 13), abrogé par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1).

a) *Compétence de la Commission en matière de contrôle des concentrations*

Les règlements n° 4064/89 et n° 139/2004 s'appliquent aux seules opérations de concentration de dimension communautaire, laquelle est définie notamment en fonction de plusieurs seuils de chiffre d'affaires concernant les parties à l'opération. Deux arrêts rendus en 2006 précisent à cet égard la compétence de la Commission.

En premier lieu, l'arrêt **Endesa/Commission**, précité, a précisé les critères sur la base desquels les chiffres d'affaires de deux parties à une opération de concentration doivent être calculés pour vérifier sa dimension communautaire. En l'espèce, Gas Natural, une société espagnole active dans le secteur de l'énergie, avait notifié à l'autorité espagnole de la concurrence son intention de lancer une offre publique d'acquisition sur l'intégralité du capital d'Endesa, une société espagnole essentiellement active dans le secteur de l'électricité. Considérant que, conformément au règlement n° 139/2004, l'opération avait une dimension communautaire et, donc, aurait dû être notifiée à la Commission, Endesa avait introduit une plainte devant la Commission, qui avait néanmoins été rejetée. Endesa a contesté cette décision devant le Tribunal en soutenant, notamment, que la Commission avait évalué de façon incorrecte son chiffre d'affaires.

Dans son arrêt, le Tribunal constate notamment que le règlement sur le contrôle des concentrations ne prévoit pas expressément l'obligation pour la Commission de s'assurer, d'office, que toute opération de concentration qui ne lui est pas notifiée n'est pas de dimension communautaire. Toutefois, saisie d'une plainte par une entreprise estimant qu'une concentration non notifiée à la Commission est d'une telle dimension, la Commission est tenue de statuer sur le principe de sa compétence. Par conséquent, c'est en principe au plaignant qu'il appartient de démontrer le bien-fondé de sa plainte, étant entendu qu'il appartient à la Commission de procéder à un examen diligent et impartial des plaintes dont elle est saisie et de répondre de manière motivée aux arguments avancés par le plaignant. En outre, la Commission ne saurait être tenue de s'assurer d'office dans chaque cas que les comptes vérifiés qui lui ont été présentés reflètent fidèlement la réalité et de procéder à l'examen de tous les ajustements envisageables. Ce n'est que lorsque son attention est attirée sur des problèmes spécifiques que la Commission doit examiner ceux-ci.

En l'espèce, Endesa soutenait notamment que l'examen par la Commission de son chiffre d'affaires aurait dû se baser sur les normes comptables internationales et non sur les normes espagnoles alors en vigueur. Le Tribunal interprète cependant le règlement n° 139/2004 en ce sens qu'il impose à la Commission de se référer aux comptes des entreprises relatifs à l'exercice précédent, établis et vérifiés conformément à la législation applicable. Or, en l'espèce, les règles applicables en Espagne pour les comptes de l'exercice 2004 étaient les principes nationaux de comptabilité généralement admis et non les principes comptables internationaux qui, conformément au règlement sur l'application de normes comptables internationales, ne sont devenus applicables qu'à partir de l'exercice 2005.

Le Tribunal a également rejeté les arguments d'Endesa selon lesquels la Commission aurait dû procéder à deux ajustements, l'un relatif aux opérations de distribution d'Endesa et l'autre concernant les échanges de gaz. Dans ce contexte, le Tribunal a notamment précisé

que, pour des questions de sécurité juridique, le chiffre d'affaires à prendre en considération en vue de déterminer l'autorité compétente pour connaître d'une opération de concentration doit, en principe, être défini à partir des comptes annuels publiés. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel, lorsque des circonstances particulières le justifient, qu'il y a lieu de procéder à certains ajustements destinés à refléter au mieux la réalité économique des entreprises concernées. Le Tribunal a donc finalement rejeté le recours d'Endesa.

En second lieu, l'arrêt **Cementbouw Handel & Industrie/Commission**, précité, apporte de nombreuses précisions sur l'appréciation par la Commission du caractère unitaire d'une opération de concentration réalisée par le biais de plusieurs transactions juridiques. Le recours était dirigé contre une décision par laquelle la Commission avait autorisé rétroactivement l'acquisition de l'entreprise commune néerlandaise CVK par le groupe allemand Haniel et par Cementbouw Handel & Industrie (tous les deux présents dans le négoce des matériaux de construction), après l'engagement pris par ces deux entreprises de mettre fin à leur accord préexistant d'entreprise commune. L'affaire impliquait une opération complexe, fondée en substance sur deux groupes de transactions juridiques distinctes, dont l'une avait été notifiée à l'autorité néerlandaise de concurrence, puis approuvée par cette dernière. Dans son recours, Cementbouw Handel & Industrie contestait notamment la possibilité pour la Commission de qualifier d'opération unique plusieurs transactions distinctes.

Le Tribunal retient cependant une interprétation finaliste de la notion de concentration, qui doit correspondre à la logique économique poursuivie par les parties. Il juge ainsi qu'une telle opération, au sens du règlement n° 4064/89, peut se réaliser même en présence d'une pluralité de transactions juridiques, formellement distinctes, dès lors que ces transactions — dont le résultat consiste à conférer à une ou à plusieurs entreprises un contrôle économique, direct ou indirect, sur l'activité d'une ou de plusieurs autres entreprises — sont interdépendantes, dans la mesure où elles ne seraient pas réalisées les unes sans les autres. En l'espèce, la Commission n'avait pas commis d'erreur en considérant que les transactions en cause étaient bien interdépendantes.

Par ailleurs, la Commission ne méconnaît pas la répartition des compétences entre autorités nationales et communautaire de concurrence opérée par le règlement n° 4064/89 lorsqu'elle examine globalement avec une transaction ultérieure dont elle est indissociable une autre transaction qui, prise isolément, ne remplit pas les critères de la dimension communautaire et a été approuvée par une autorité nationale de concurrence. En effet, il est dans ce cas artificiel de considérer que la transaction approuvée est, du point de vue économique, autonome.

#### b) *Engagements pris en vue de modifier le projet initial de concentration*

L'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89 dispose en substance que la Commission doit approuver un projet de concentration, le cas échéant après modifications apportées par les entreprises concernées au projet initial, dès lors que l'opération est compatible avec le marché commun. La Commission peut donc assortir sa décision de conditions destinées à assurer que les entreprises respectent les engagements pris à son égard en vue de la compatibilité de la concentration.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Cementbouw/Commission**, qui vient d'être évoqué, le Tribunal revient sur la délicate articulation entre principe de proportionnalité et liberté des parties de proposer des engagements pour résoudre intégralement les problèmes de concurrence identifiés par la Commission. Lors de la procédure d'examen de la concentration en cause, les parties, dont la requérante, avaient proposé successivement un projet d'engagements, refusé par la Commission, puis des engagements définitifs, qui pour leur part ont été acceptés.

Le Tribunal conclut dans un premier temps que le projet d'engagements ne permettait pas de résoudre intégralement le problème de concurrence identifié par la Commission. Quant aux engagements définitifs, dès lors qu'ils allaient au-delà de l'objectif de rétablissement de la situation concurrentielle antérieure à l'opération, le Tribunal juge que la Commission était tenue d'en prendre acte et de déclarer l'opération compatible avec le marché commun. Elle n'avait donc ni la possibilité de déclarer la concentration incompatible avec le marché commun ni celle d'adopter une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun en imposant des conditions visant au rétablissement strict de la situation concurrentielle antérieure à l'opération de concentration autres que celles proposées par les parties. En particulier, le règlement n° 4064/89 ne prévoit pas que la Commission puisse subordonner sa déclaration de compatibilité d'une opération de concentration à des conditions qu'elle a unilatéralement imposées, indépendamment des engagements pris par les parties procédant à une notification. La requérante ne pouvait donc invoquer utilement la méconnaissance par la Commission du principe de proportionnalité, pas plus qu'elle ne pouvait prétendre, en l'espèce, avoir proposé ces engagements sous la contrainte arbitraire de la Commission.

c) *Appréciation de la création d'une position dominante collective*

Selon la jurisprudence<sup>32</sup>, trois conditions sont nécessaires pour qu'une situation de position dominante collective entravant de manière significative la concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci puisse être créée à la suite d'une opération de concentration. Premièrement, le marché doit être suffisamment transparent afin que les entreprises qui coordonnent leur comportement puissent être en mesure de surveiller dans une mesure suffisante si les modalités de la coordination sont respectées. Deuxièmement, il est nécessaire qu'il existe une forme de mécanisme de dissuasion en cas de comportement déviant. Troisièmement, les réactions d'entreprises qui ne participent pas à la coordination, telles que les concurrents actuels ou futurs, ainsi que les réactions des clients, ne doivent pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination.

L'arrêt **Impala/Commission**, précité, précise les obligations qui incombent à la Commission, s'agissant du risque de création d'une position dominante collective, lorsqu'elle déclare une concentration compatible avec le marché commun. Dans cette affaire, Bertelsman et Sony, deux sociétés actives dans les médias, ont notifié à la Commission un projet de concentration visant à regrouper leurs activités mondiales en matière de musique

<sup>32</sup> Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 62.

enregistrée sous le nom de Sony BMG. Dans un premier temps, la Commission avait informé les parties qu'elle concluait provisoirement à l'incompatibilité de la concentration avec le marché commun, puisque, notamment, celle-ci aurait renforcé une position dominante collective sur le marché de la musique enregistrée. Cependant, après avoir entendu les parties, la Commission a autorisé l'opération. Impala, une association internationale regroupant des sociétés indépendantes de production musicale, a alors demandé au Tribunal d'annuler cette décision.

Dans son arrêt, le Tribunal rappelle, en s'appuyant sur la jurisprudence issue de l'arrêt *Airtours/Commission*, précité, que, dans le cadre du règlement n° 4064/89, s'agissant du risque de création d'une position dominante collective, la Commission est tenue de fonder son appréciation sur une analyse prospective du marché de référence, qui nécessite un pronostic délicat quant au développement probable du marché et des conditions de concurrence. En revanche, la constatation non d'un risque de position dominante collective mais de l'existence d'une telle position repose sur une analyse concrète de la situation existant au moment de la prise de décision. Dès lors, si les trois conditions identifiées par le Tribunal dans l'arrêt *Airtours/Commission* sont, certes, également nécessaires pour l'appréciation de l'existence d'une position dominante collective, elles peuvent être établies indirectement sur la base d'un ensemble d'indices et d'éléments de preuve relatifs aux signes, manifestations et phénomènes inhérents à la présence d'une position dominante collective. En particulier, un alignement étroit des prix sur une longue durée, surtout s'ils sont supérieurs aux prix normalement pratiqués en situation concurrentielle, joint à d'autres facteurs typiques d'une position dominante collective, pourrait, en l'absence d'autre explication raisonnable, suffire à démontrer l'existence d'une telle position, quand bien même il n'y aurait pas de preuves directes solides d'une transparence forte du marché, cette dernière pouvant être présumée dans de telles circonstances. Néanmoins, dès lors que la requérante s'était limitée en l'espèce à invoquer une violation des conditions définies dans l'arrêt *Airtours/Commission*, le Tribunal s'en est tenu à une vérification du respect de ces conditions.

En l'espèce, s'agissant du renforcement d'une position dominante collective préexistante sur le marché de la musique enregistrée, le Tribunal constate que, selon la décision, l'absence de position dominante collective sur ce marché peut être déduite de l'hétérogénéité du produit en cause, du manque de transparence du marché et de l'absence de mesures de rétorsion entre les cinq plus grandes sociétés opérant sur le marché. Le Tribunal juge cependant que la thèse selon laquelle les marchés de la musique enregistrée ne sont pas suffisamment transparents pour permettre une position dominante collective, d'une part, n'est pas motivée à suffisance de droit et, d'autre part, est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation en ce que les éléments sur lesquels elle est fondée sont incomplets et ne comprennent pas l'ensemble des données pertinentes qui auraient dû être prises en considération par la Commission, et ne sont pas de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Le Tribunal relève en outre que la Commission s'est fondée sur l'absence de preuve de l'exercice de mesures de rétorsion dans le passé, alors que, selon la jurisprudence, la simple existence de mécanismes de dissuasion efficaces suffit. En effet, si les sociétés se conforment à la politique commune, il n'y a pas lieu de recourir à l'exercice de sanctions. Dans ce contexte, le Tribunal précise que des moyens de dissuasion crédibles et efficaces semblent exister en l'espèce, en particulier la possibilité de sanctionner la maison de disques déviante en l'excluant des compilations. De plus, à supposer même



que le test approprié à cet égard consiste à vérifier si de tels moyens de rétorsion ont été exercés dans le passé, l'examen auquel la Commission a procédé était insuffisant.

Par ailleurs, en ce qui concerne la création possible d'une position dominante collective après la fusion sur les marchés de la musique enregistrée, le Tribunal reproche à la Commission d'avoir procédé à un examen extrêmement succinct et de n'avoir présenté, dans la décision, que quelques observations superficielles et formelles sur ce point. Le Tribunal estime en outre que la Commission ne pouvait, sans commettre d'erreur, se fonder sur l'absence de transparence du marché ou sur l'absence de preuve de l'exercice de mesures de rétorsion dans le passé pour conclure que la concentration ne risquait pas d'entraîner la création d'une position dominante collective. En effet, l'examen de la création d'une position dominante collective repose sur une appréciation prospective qui devait l'amener à ne pas se fonder sur la seule situation existante. Le Tribunal a donc annulé la décision attaquée.

## C. Aides d'État

### 1. Règles de fond

L'article 87, paragraphe 1, CE dispose que, sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

Comme le Tribunal l'a confirmé dans l'arrêt **Le Levant 001 e.a./Commission**<sup>33</sup>, la qualification d'aide requiert que toutes les conditions visées à cette disposition soient remplies, l'obligation de motivation pesant sur la Commission devant également être satisfaite au regard de chacune de ces conditions. L'aide en cause dans cette affaire s'inscrivait dans le cadre des mesures de réduction d'impôt pour certains investissements outre-mer instituées, à l'origine, par la loi française du 11 juillet 1986, à l'égard de laquelle la Commission n'avait pas soulevé d'objections au titre de l'article 87 CE. L'opération consistait à faire assurer, dans le cadre de cette loi, le financement et l'exploitation du navire de croisière *Le Levant*, pendant une période de sept ans environ, par des investisseurs, personnes physiques, à travers des entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL), constituées exclusivement à cet effet et réunies au sein d'une copropriété maritime.

Dans son arrêt, le Tribunal constate que la décision attaquée ne permet pas de comprendre en quoi l'aide en cause répond à trois des quatre conditions prévues à l'article 87, paragraphe 1, CE. En effet, premièrement, s'agissant de l'affectation des échanges entre les États membres, le Tribunal relève que la Commission ne précise pas en quoi l'aide en cause est susceptible d'affecter lesdits échanges, alors que le navire devait être exploité à Saint-Pierre-et-Miquelon, qui ne fait pas partie du territoire communautaire.

<sup>33</sup> Arrêt du Tribunal du 22 février 2006, *Le Levant 001 e.a./Commission*, T-34/02, non encore publié au Recueil.

Deuxièmement, en ce qui concerne l'avantage accordé au bénéficiaire de l'aide et le caractère sélectif dudit avantage, le Tribunal considère que la décision attaquée ne permet pas de comprendre pour quelles raisons les investisseurs privés sont avantagés par l'aide en cause. Troisièmement, quant aux effets de ladite aide sur la concurrence, le Tribunal relève que la décision attaquée ne comporte pas d'indications permettant de déterminer en quoi et sur quel marché la concurrence est affectée ou susceptible d'être affectée par l'aide. Pour ce défaut de motivation notamment, le Tribunal annule la décision de la Commission.

On peut noter à cet égard que le Tribunal a également constaté une insuffisance ou un défaut de motivation menant à l'annulation partielle ou totale de la décision attaquée dans ses arrêts **Ufex e.a./Commission**, **Lucchini/Commission** ainsi que **Italie et Wam/Commission**<sup>34</sup>.

Bien que le Tribunal se soit prononcé cette année sur bien d'autres points du régime des aides d'État, on se limitera à mentionner enfin l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **British Aggregates/Commission**, dans laquelle le Tribunal se penche sur la capacité de la mesure nationale à conférer un avantage sélectif au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activité<sup>35</sup>.

En l'espèce, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord avait institué une écotaxe grevant, en principe, la commercialisation des granulats vierges — c'est-à-dire des matériaux granuleux de première extraction employés dans le secteur du bâtiment et des travaux publics — et visant à maximiser le recours à des granulats recyclés ou à d'autres matériaux de substitution par rapport aux granulats vierges, à promouvoir leur utilisation rationnelle et à assurer l'internalisation des coûts environnementaux de l'extraction des granulats visés par la taxe conformément au principe du pollueur-payeur. En présence d'une telle mesure fiscale, le Tribunal a été amené à vérifier si la Commission avait estimé à bon droit que la différenciation introduite par la mesure considérée relevait de la nature ou de l'économie du système général applicable. En effet, s'il apparaît qu'une différenciation se fonde sur d'autres finalités que celles poursuivies par le système général, la mesure en cause est en principe considérée comme remplissant la condition de sélectivité prévue à l'article 87, paragraphe 1, CE.

Selon le Tribunal, une taxe environnementale, ou écotaxe, est une mesure fiscale autonome caractérisée par sa finalité environnementale et son assiette spécifique. Elle prévoit la taxation de certains biens ou services afin d'inclure les coûts environnementaux dans leur prix et/ou de rendre les produits recyclés plus compétitifs et d'orienter les producteurs et les consommateurs vers des activités plus respectueuses de l'environnement. Or, il est loisible aux États membres, compétents en matière de politique environnementale,

<sup>34</sup> Arrêts du Tribunal du 7 juin 2006, *Ufex e.a./Commission*, T-613/97, non encore publié au Recueil; du 19 septembre 2006, *Lucchini/Commission*, T-166/01, non encore publié au Recueil, ainsi que du 6 septembre 2006, *Italie et Wam/Commission*, T-304/04 et T-316/04 sous pourvoi, non publié au Recueil.

<sup>35</sup> Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, T-210/02 (sous pourvoi, C-487/06 P). Concerne également la question de la sélectivité des aides l'arrêt du Tribunal du 26 janvier 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission*, T-92/02 (sous pourvoi, C-176/06 P), non publié au Recueil.

d'instituer des écotaxes sectorielles en vue d'atteindre certains objectifs environnementaux. Les États membres sont notamment libres, dans la mise en balance des divers intérêts en présence, de définir leurs priorités en matière de protection de l'environnement et de déterminer en conséquence les biens ou services qu'ils décident d'assujettir à une écotaxe. Il s'ensuit que, en principe, la seule circonstance qu'une écotaxe constitue une mesure ponctuelle, qui vise certains biens ou services spécifiques et n'est pas susceptible d'être rapportée à un système général de taxation applicable à l'ensemble des activités similaires exerçant un impact comparable sur l'environnement, ne permet pas de considérer que les activités similaires, non assujetties à cette écotaxe, bénéficient d'un avantage sélectif. En l'espèce, la Commission n'avait pas outrepassé les limites de son pouvoir d'appréciation en considérant que le champ d'application de la taxe en cause pouvait se justifier par la poursuite des objectifs environnementaux visés et, partant, que ladite taxe n'était pas constitutive d'une aide d'État.

## 2. Questions de procédure

### a) *Droit des intéressés de présenter des observations*

Dans deux arrêts rendus en 2006, le Tribunal a insisté sur la précision que doit revêtir une décision d'ouverture de la procédure pour permettre aux tiers de présenter leurs observations.

Premièrement, dans l'arrêt **Le Levant 001 e.a./Commission**, déjà évoqué, le Tribunal précise les obligations de la Commission découlant de l'article 88, paragraphe 2, CE en ce qui concerne le respect des garanties procédurales des personnes intéressées par une décision qui déclare une mesure nationale incompatible avec l'article 87, paragraphe 1, CE. Le Tribunal juge que l'identification du bénéficiaire de l'aide constitue nécessairement un élément pertinent de fait et de droit devant être exposé dans la décision d'ouverture si cela est possible à ce stade de la procédure, puisque c'est sur la base d'une telle identification que la Commission pourra adopter la décision de récupération. Or, constate le Tribunal en l'espèce, la décision d'ouverture ne faisait pas allusion aux investisseurs en tant qu'éventuels bénéficiaires de l'aide alléguée, mais laissait penser, au contraire, que ledit bénéficiaire était le gestionnaire de la copropriété, qui était désigné comme étant l'exploitant et le propriétaire final du navire. Le Tribunal en conclut que, en ne mettant pas les investisseurs privés en mesure de faire valoir utilement leurs observations, la Commission a violé l'article 88, paragraphe 2, CE ainsi que le principe général de droit communautaire, qui exige que toute personne à l'encontre de laquelle une décision faisant grief peut être prise doit être mise en mesure de faire connaître utilement son point de vue au sujet des éléments retenus à sa charge par la Commission pour fonder la décision litigieuse.

Deuxièmement, dans l'arrêt **Kuwait Petroleum (Nederland)/Commission**<sup>36</sup>, le Tribunal précise que la Commission ne peut pas être tenue de présenter une analyse aboutie à l'égard de l'aide en cause dans sa communication relative à l'ouverture de la procédure.

<sup>36</sup> Arrêt du Tribunal du 31 mai 2006, *Kuwait Petroleum (Nederland)/Commission*, T-354/99, non encore publié au Recueil.

En revanche, il est nécessaire qu'elle définisse suffisamment le cadre de son examen afin de ne pas vider de son sens le droit des intéressés de présenter leurs observations. En l'espèce, le concept fondamental permettant l'identification des bénéficiaires était présent dans la communication, de sorte que la Commission s'était correctement acquittée, dans les limites de ses moyens, de sa tâche consistant à mettre les intéressés en mesure de présenter utilement leurs observations lors de la procédure formelle d'examen de l'aide.

b) *Invocation devant le Tribunal d'éléments factuels non mentionnés durant la phase administrative devant la Commission*

Dans deux arrêts prononcés cette année, le Tribunal a complété sa jurisprudence limitant le droit pour un requérant d'invoquer devant lui des éléments dont la Commission ne disposait pas lors de la phase administrative<sup>37</sup>.

Ainsi, dans l'arrêt **Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Commission**<sup>38</sup>, le Tribunal a jugé qu'un requérant n'ayant pas participé à la procédure administrative ne saurait se prévaloir d'éléments dont la Commission n'a pas eu connaissance pendant cette phase, alors que le requérant était nommément désigné comme étant le bénéficiaire de l'aide en cause et que la Commission avait invité les autorités allemandes ainsi que les éventuelles parties intéressées à rapporter la preuve de certains éléments. En effet, une fois que la Commission a mis les intéressés en mesure de présenter utilement leurs observations, il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir tenu compte d'éventuels éléments de fait qui auraient pu lui être présentés pendant la procédure administrative, mais qui ne l'ont pas été, la Commission n'étant pas dans l'obligation d'examiner d'office et par supputation quels sont les éléments qui auraient pu lui être soumis.

Dans le même sens, le Tribunal a constaté, dans l'arrêt **Ter Lembeek/Commission**<sup>39</sup>, que, nonobstant la parfaite connaissance par la requérante de l'ouverture d'une procédure formelle d'examen ainsi que de la nécessité et de l'importance pour elle de fournir certaines informations, elle avait décidé de ne pas participer à cette procédure, sans d'ailleurs avoir allégué que la décision d'ouverture était insuffisamment motivée pour lui permettre d'exercer utilement ses droits. Dans ces conditions, la requérante ne pouvait ni se prévaloir pour la première fois devant le Tribunal d'éléments d'information inconnus de la Commission au moment où elle a adopté la décision attaquée, ni invoquer, sous peine d'irrecevabilité, un moyen soutenu uniquement par des éléments d'information qui étaient inconnus de la Commission au moment où elle a adopté la décision attaquée.

<sup>37</sup> Arrêts du Tribunal du 14 janvier 2004, Fleuren Compost/Commission, T-109/01, Rec. p. II-127, points 50 et 51, ainsi que du 11 mai 2005, Saxonia Edelmetalle et Zemag/Commission, T-111/01 et T-133/01, points 67 à 70, non encore publié au Recueil.

<sup>38</sup> Arrêt du Tribunal du 6 avril 2006, Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Commission, T-17/03, non encore publié au Recueil.

<sup>39</sup> Arrêt du Tribunal du 23 novembre 2006, Ter Lembeek/Commission, T-217/02, non encore publié au Recueil.

c) *Délai raisonnable*

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid et Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Commission**<sup>40</sup>, la phase préliminaire d'examen, prévue à l'article 88, paragraphe 3, CE, avait duré presque 28 mois. Le Tribunal a jugé que, le caractère raisonnable de la durée d'une procédure d'examen préliminaire au sens de l'article 88, paragraphe 3, CE devant s'apprécier en fonction des circonstances propres de chaque affaire, en l'espèce, ni le volume des documents présentés par les requérantes à la Commission, ni les autres circonstances de l'affaire ne justifiaient la durée de l'examen préliminaire mené par la Commission. Toutefois, en l'absence d'autres circonstances dont l'existence n'a pas été établie par les requérantes, le seul fait d'avoir adopté une décision au-delà d'un délai raisonnable n'a pas été considéré par le Tribunal comme suffisant pour rendre illégale une décision prise par la Commission. Le Tribunal a donc rejeté le recours en annulation.

## D. Marque communautaire

Cette année encore, les décisions appliquant le règlement n° 40/94<sup>41</sup> ont été très nombreuses. Le nombre d'affaires de marques réglées (90) représente ainsi 20 % des affaires closes par le Tribunal en 2006.

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

Sur un total de huit arrêts ayant tranché sur le fond des affaires relatives à des motifs absolus de refus d'enregistrement, le Tribunal a prononcé deux annulations<sup>42</sup>. La jurisprudence de l'année 2006 concerne essentiellement les motifs absolus de refus tirés d'une absence de caractère distinctif et d'un caractère descriptif [article 7, paragraphe 1, sous b) et c), du règlement n° 40/94]. Ont par exemple été jugés descriptifs ou dépourvus de caractère distinctif la forme d'une bouteille en plastique pour des boissons, condiments et aliments liquides; le signe WEISSE SEITEN, notamment pour certains supports d'enregistrement et produits liés au papier, ainsi qu'une forme oblongue évoquant un écheveau ou une torsade pour certains produits alimentaires<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid et Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Commission, T-95/03, non encore publié au Recueil.

<sup>41</sup> Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1).

<sup>42</sup> Arrêts du Tribunal du 4 octobre 2006, Freixenet/OHMI (Forme d'une bouteille émerisée noire mate), T-188/04, et Freixenet/OHMI (Forme d'une bouteille émerisée blanche), T-190/04, non publiés au Recueil.

<sup>43</sup> Arrêts du Tribunal du 15 mars 2006, Develey/OHMI (Forme d'une bouteille en plastique), T-129/04 (sous pourvoi, C-238/06 P), du 16 mars 2006, Telefon & Buch/OHMI – Herold Business Data (Weisse Seiten), T-322/03, non encore publiés au Recueil, et du 31 mai 2006, De Waele/OHMI (Forme d'une saucisse), T-15/05, non encore publié au Recueil.

## 2. Motifs relatifs de refus d'enregistrement

La jurisprudence de cette année s'est une fois encore révélée très riche sur ce point. Peuvent par exemple être mentionnées les précisions apportées sur les rapports entre caractère distinctif et renommée dans l'arrêt **Vitakraft-Werke Wührmann/OHMI – Johnson's Veterinary Products (VITACOAT)**, ou encore sur l'appréciation ratione temporis du conflit entre deux marques dans l'arrêt **MIP Metro/OHMI – Tesco Stores (METRO)**<sup>44</sup>. Seules seront cependant présentées ici les nouveautés concernant, d'une part, la notion de «famille de marques» et, d'autre part, l'étendue de la protection conférée par un usage sérieux d'une marque.

### a) *Notion de «famille de marques»*

Dans l'arrêt **Ponte Finanziaria/OHMI – Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE)**, le Tribunal a précisé la pertinence de la notion de «famille de marques» pour l'appréciation du risque de confusion<sup>45</sup>. Dans cette affaire, la requérante soutenait que les marques antérieures, toutes caractérisées par la présence de la même composante verbale («bridge»), constituaient une «famille de marques» ou des «marques de série». Selon elle, une telle circonstance était de nature à créer un risque objectif de confusion. Pour le Tribunal, bien que le concept de «marques de séries» ne soit pas visé par le règlement n° 40/94, le risque de confusion doit néanmoins être apprécié globalement, en tenant compte de tous les facteurs pertinents en l'espèce. Or, a-t-il ajouté, constitue un tel facteur pertinent aux fins de l'appréciation de l'existence d'un risque de confusion le fait qu'une opposition à une demande de marque communautaire se fonde sur plusieurs marques antérieures et que ces marques présentent des caractéristiques permettant de les considérer comme faisant partie d'une même «série» ou «famille». Cela peut être le cas, notamment, soit lorsqu'elles reproduisent intégralement un même élément distinctif avec l'ajout d'un élément, figuratif ou verbal, les différenciant l'une de l'autre, soit lorsqu'elles se caractérisent par la répétition d'un même préfixe ou suffixe extrait d'une marque originaire. Dans ces hypothèses en effet, un risque de confusion peut être suscité par la possibilité d'association entre la marque demandée et les marques antérieures faisant partie de la série, lorsque la marque demandée présente avec ces dernières des similitudes susceptibles d'induire le consommateur à croire qu'elle fait partie de cette même série et, dès lors, que les produits qu'elle désigne ont la même origine commerciale que ceux couverts par les marques antérieures, ou une origine apparentée.

Le Tribunal a néanmoins limité cette solution aux cas dans lesquels deux conditions sont cumulativement satisfaites. Premièrement, le titulaire d'une série d'enregistrements antérieurs doit fournir la preuve de l'usage de toutes les marques appartenant à la série ou, à tout le moins, d'un nombre de marques susceptible de constituer une «série».

<sup>44</sup> Voir, respectivement, arrêts du Tribunal du 12 juillet 2006, *Vitakraft-Werke Wührmann/OHMI – Johnson's Veterinary Products (VITACOAT)*, T-277/04, et du 13 septembre 2006, *MIP Metro/OHMI – Tesco Stores (METRO)*, T-191/04 (sous pourvoi, C-493/06 P), non encore publiés au Recueil.

<sup>45</sup> Arrêt du Tribunal du 23 février 2006, *Ponte Finanziaria/OHMI – Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE)*, T-194/03 (sous pourvoi, C-234/06 P), non encore publié au Recueil.

Deuxièmement, en plus de sa similitude avec les marques appartenant à la série, la marque demandée doit également présenter des caractéristiques susceptibles de la rattacher à la série. Le Tribunal précise que tel pourrait ne pas être le cas, par exemple, lorsque l'élément commun aux marques de série antérieures est utilisé dans la marque demandée dans une position différente de celle dans laquelle il figure habituellement dans les marques appartenant à la série ou avec un contenu sémantique distinct. En l'espèce, le Tribunal a constaté que la première à tout le moins de ces deux conditions n'était pas remplie, car la requérante n'avait prouvé la présence sur le marché que de deux marques antérieures de la série invoquée.

b) *Étendue de la protection conférée par un usage sérieux de la marque*

L'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 dispose que si, dans un délai de cinq ans à compter de l'enregistrement, la marque communautaire n'a pas fait l'objet par le titulaire d'un usage sérieux dans la Communauté pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée, ou si un tel usage a été suspendu pendant un délai ininterrompu de cinq ans, la marque communautaire est soumise aux sanctions prévues au présent règlement, sauf juste motif pour le non-usage. Le deuxième paragraphe de cette disposition prévoit qu'est également considéré comme un usage sérieux l'emploi de la marque communautaire sous une forme qui diffère par des éléments n'altérant pas le caractère distinctif de la marque dans la forme sous laquelle celle-ci a été enregistrée.

En outre, selon l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, sur requête du demandeur, le titulaire d'une marque communautaire antérieure qui a formé opposition doit apporter la preuve que, au cours des cinq années qui précèdent la publication de la demande de marque communautaire, la marque communautaire antérieure a fait l'objet d'un usage sérieux dans la Communauté pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et sur lesquels l'opposition est fondée, ou qu'il existe de justes motifs pour le non-usage, pour autant qu'à cette date la marque antérieure était enregistrée depuis cinq ans au moins. Toujours selon cette disposition, si la marque communautaire antérieure n'a été utilisée que pour une partie des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée, elle n'est réputée enregistrée, aux fins de l'examen de l'opposition, que pour cette partie des produits ou services. Le troisième paragraphe de l'article 43 du règlement n° 40/94 étend l'application de ces principes au cas des marques nationales antérieures.

Or, dans l'arrêt **Ponte Finanziaria/OHMI**, précité, le Tribunal a été amené à se prononcer sur un argument de la requérante fondé sur la notion de «marque défensive». Cette notion permet, en droit italien, de ménager une exception à la règle de la déchéance de la marque pour défaut d'usage dans l'hypothèse où le titulaire de la marque non utilisée est titulaire, en même temps, d'une autre ou de plusieurs autres marques similaires encore en vigueur, dont l'une au moins est utilisée pour désigner les mêmes produits ou services.

Le Tribunal a néanmoins jugé que le concept de «marque défensive» était inconnu du régime de protection de la marque communautaire, lequel impose, comme condition essentielle pour la reconnaissance des droits attachés aux marques, l'utilisation effective d'un signe dans le commerce pour les produits ou services en cause. Le Tribunal a précisé

à cet égard que les enregistrements défensifs ne relevaient pas des «justes motifs» pour le non-usage, visés à l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94. En effet, cette notion se réfère à l'existence d'obstacles à l'utilisation de la marque ou à des situations dans lesquelles l'exploitation commerciale de celle-ci se révélerait, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce, excessivement onéreuse. Tel pourrait par exemple être le cas lorsqu'une réglementation nationale impose des restrictions à la commercialisation des produits désignés par la marque. Tel n'est pas le cas, à l'inverse, d'une disposition nationale qui permet le dépôt en tant que marques de signes destinés à ne pas être utilisés dans le commerce en raison de leur fonction purement défensive d'un autre signe faisant l'objet d'une exploitation commerciale.

Le concept de «marque défensive» n'est pas davantage visé par la possibilité, pour le titulaire d'une marque, de démontrer un usage sérieux en apportant la preuve d'une utilisation dans le commerce sous une forme légèrement différente par rapport à celle sous laquelle l'enregistrement a été effectué. En effet, selon le Tribunal, l'objet de l'article 15, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 40/94 est de permettre au titulaire d'une marque d'apporter au signe, à l'occasion de son exploitation commerciale, les variations qui, sans en modifier le caractère distinctif, permettent de mieux l'adapter aux exigences de commercialisation et de promotion des produits ou des services concernés. Le champ d'application matériel de cette disposition doit être considéré comme limité aux situations dans lesquelles le signe concrètement utilisé par le titulaire d'une marque constitue la forme sous laquelle cette même marque est commercialement exploitée. En revanche, cette disposition ne permet pas au titulaire d'une marque enregistrée de se soustraire à l'obligation qui lui incombe de faire usage de cette marque en invoquant à son bénéfice l'utilisation d'une marque similaire faisant l'objet d'un enregistrement distinct.

### 3. Questions de forme et de procédure

Il découle de la continuité fonctionnelle entre les instances de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) que, dans le champ d'application de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 (imposant, dans une procédure concernant des motifs relatifs de refus d'enregistrement, la limitation de l'examen aux moyens invoqués et aux demandes présentées par les parties), 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 dans la procédure de recours, sous la seule réserve prévue à l'article 74, paragraphe 2, du règlement n° 40/94 (à savoir l'impossibilité pour l'OHMI de prendre en compte des faits que les parties n'ont pas invoqués ou des preuves qu'elles n'ont pas produites en temps utile)<sup>46</sup>.

Le Tribunal a continué cette année à préciser la portée de sa jurisprudence, en clarifiant l'objet de l'examen devant être réalisé par la chambre de recours, tant d'un point de vue factuel que d'un point de vue juridique.

<sup>46</sup> Arrêt du Tribunal du 23 septembre 2003, Henkel/OHMI – LHS (UK) (KLEENCARE), T-308/01, Rec. p. II-3253, point 32.



D'une part, quant à l'examen factuel de la chambre de recours, dans les arrêts **La Baronia de Turis/OHMI – Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE)** et **Caviar Anzali/OHMI – Novomarket (Asetra)**, le Tribunal a jugé que la chambre de recours dispose des mêmes compétences que l'instance qui a pris la décision attaquée et que son examen porte sur l'entier litige tel qu'il se présente au jour où elle statue<sup>47</sup>. Dès lors, le contrôle exercé par les chambres de recours ne se limite pas au contrôle de la légalité de la décision attaquée, mais, de par l'effet dévolutif de la procédure de recours, il implique une nouvelle appréciation du litige dans son ensemble, les chambres de recours devant intégralement réexaminer la requête initiale et tenir compte des preuves produites en temps utile devant elle. Le Tribunal a alors jugé que, si le paragraphe 2 de l'article 74 du règlement n° 40/94 confère à l'OHMI, à titre facultatif, le pouvoir de ne pas tenir compte des preuves que les parties n'ont pas produites «en temps utile», cette notion doit être interprétée, dans le cadre d'une procédure devant une chambre de recours, comme se référant au délai applicable à l'introduction du recours ainsi qu'aux délais impartis au cours de la procédure en cause. Cette notion s'appliquant dans le cadre de chacune des procédures pendantes devant l'OHMI, l'écoulement des délais impartis, par l'unité décidant en première instance, pour produire des éléments de preuve demeure donc sans incidence sur la question de savoir si ceux-ci ont été produits «en temps utile» devant la chambre de recours. La chambre de recours est ainsi obligée de prendre en considération les éléments de preuves présentés devant elle, indépendamment du fait qu'ils ont ou non été produits devant la division d'opposition. En l'espèce, dès lors que les documents litigieux avaient été produits en annexe au mémoire devant la chambre de recours dans le délai de quatre mois imparti par l'article 59 du règlement n° 40/94, leur production ne pouvait être considérée comme tardive au sens de l'article 74, paragraphe 2, du règlement n° 40/94.

Le Tribunal a néanmoins jugé qu'il convenait d'examiner les conséquences qui devaient être tirées de cette erreur de droit, une irrégularité de procédure n'entraînant l'annulation en tout ou en partie d'une décision que s'il est établi que, en l'absence de cette irrégularité, la décision attaquée aurait pu avoir un contenu différent. En l'espèce, tout en rappelant qu'il ne lui appartenait pas de se substituer à l'OHMI dans l'appréciation des éléments en cause, le Tribunal a considéré qu'il ne pouvait être exclu que les preuves que la chambre de recours a indûment refusé de prendre en considération puissent être de nature à modifier le contenu de la décision attaquée. Il a donc annulé la décision attaquée<sup>48</sup>.

D'autre part, s'agissant de l'examen juridique devant être réalisé par la chambre de recours, le Tribunal a précisé, dans l'arrêt **DEF-TEC Defense Technology/OHMI – Defense Technology (FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR)**, que celui-ci n'est pas, en principe, déterminé exclusivement par les moyens invoqués par la partie ayant formé le recours<sup>49</sup>. En conséquence, même si la partie ayant introduit le recours n'a pas soulevé un moyen spécifique, la chambre de recours est néanmoins obligée d'examiner, à la lumière

<sup>47</sup> Arrêts du Tribunal du 10 juillet 2006, *La Baronia de Turis/OHMI – Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE)*, T-323/03, et du 11 juillet 2006, *Caviar Anzali/OHMI – Novomarket (Asetra)*, T-252/04, non encore publiés au Recueil.

<sup>48</sup> Voir, pour une analyse en substance similaire, arrêt *Torre Muga*, précité.

<sup>49</sup> Arrêt du Tribunal du 6 septembre 2006, *DEF-TEC Defense Technology/OHMI – Defense Technology (FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR)*, T-6/05, non encore publié au Recueil.

de tous les éléments de droit et de fait pertinents, si la décision faisant l'objet du recours pouvait ou non être légalement adoptée. En l'espèce, la requérante invoquait devant le Tribunal la nullité de la décision de la division d'opposition pour défaut de signature. Le Tribunal a jugé que, bien que ce moyen n'ait pas été invoqué devant la chambre de recours, et à supposer qu'une violation des règles formelles applicables soit établie, la chambre de recours aurait dû le soulever d'office.

Également d'un point de vue procédural, le Tribunal a abordé cette année encore la question des éléments pouvant être invoqués devant lui contre une décision de la chambre de recours.

Dans l'arrêt **Vitakraft-Werke Wührmann/OHMI**, précité, le Tribunal s'est ainsi appuyé sur sa jurisprudence antérieure pour considérer que des faits qui sont invoqués devant lui sans avoir été portés auparavant devant les instances de l'OHMI ne sauraient affecter la légalité d'une décision de la chambre de recours que si l'OHMI avait dû les prendre en considération d'office. L'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 prévoyant que, dans une procédure concernant les motifs relatifs de refus d'enregistrement, l'examen de l'OHMI est limité aux moyens invoqués et aux demandes présentées par les parties, celui-ci n'est pas tenu de prendre en considération, d'office, des faits qui n'ont pas été avancés par les parties. En conséquence, de tels faits ne sont pas susceptibles de remettre en cause la légalité d'une décision de la chambre de recours.

En revanche, dans l'arrêt **Armacell/OHMI – nmc (ARMAFOAM)**, le Tribunal a jugé que le fait, pour une partie, de convenir, devant la division d'opposition, que des produits visés par les marques en cause pouvaient être potentiellement identiques, puis de déclarer, devant la chambre de recours, que la question de la similitude des produits pouvait ne pas être tranchée compte tenu de la prétendue différence séparant les signes en conflit, n'avait nullement pour effet de dessaisir l'OHMI de la question de savoir si les produits visés par lesdites marques étaient similaires ou identiques<sup>50</sup>. En conséquence, une telle circonstance n'a pas davantage pour effet de priver cette partie du droit de contester devant le Tribunal, dans les limites du cadre juridique et factuel du litige porté devant la chambre de recours, les appréciations portées par cette dernière instance à ce sujet.

## E. Accès aux documents

Deux arrêts seulement ont été rendus cette année pour juger un refus d'accès aux documents au regard du règlement n° 1049/2001<sup>51</sup>. Ces arrêts ont néanmoins permis au Tribunal de préciser la portée des exceptions fondées, respectivement, sur la protection des objectifs des activités d'inspection et d'enquête ainsi que sur la protection des procédures juridictionnelles.

<sup>50</sup> Arrêt du Tribunal du 10 octobre 2006, *Armacell/OHMI – nmc (ARMAFOAM)*, T-172/05, non encore publié au Recueil.

<sup>51</sup> Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43). Arrêts du Tribunal du 6 juillet 2006, *Franchet et Byk*, T-391/03 et T-70/04, et du 14 décembre 2006, *Technische Glaswerke Ilmenau/Commission* T-237/02, non encore publiés au Recueil.

D'une part, dans l'arrêt **Technische Glaswerke Ilmenau/Commission**, qui concernait un refus de demande d'accès à des documents relevant d'une procédure relative à des aides d'État, le Tribunal a jugé que le simple fait, pour la Commission, de faire valoir qu'un accès pourrait compromettre le dialogue nécessaire entre la Commission, l'État membre et les entreprises concernées dans le cadre d'enquêtes en cours ne démontrait pas l'existence de circonstances particulières justifiant qu'il ne soit pas procédé à un examen concret et individuel des documents auxquels l'accès était demandé.

D'autre part, dans l'arrêt **Franchet et Byk/Commission**, le Tribunal s'est penché sur un refus d'accès à divers documents de l'OLAF et du service d'audit interne de la Commission. Ces documents avaient été communiqués aux autorités judiciaires françaises et luxembourgeoises dans le cadre d'une enquête portant sur des irrégularités qui auraient été commises au sein d'Eurostat. Les requérants avaient vu leur responsabilité mise en cause dans cette affaire.

Le Tribunal, après avoir rappelé que les exceptions au principe que constitue l'accès aux documents des institutions doivent être interprétées et appliquées de façon restrictive, examine l'application que la Commission a faite desdites exceptions, plus particulièrement de celles tirées de la protection des procédures juridictionnelles ainsi que des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit.

S'agissant de la première exception, le Tribunal estime que, dans les circonstances de l'espèce, la Commission ne pouvait retenir que les différents documents communiqués par l'OLAF avaient été rédigés à la seule fin d'une procédure juridictionnelle. En effet, les suites que les autorités nationales compétentes ou les institutions donnent aux rapports et informations transmis par l'OLAF relèvent de la seule et entière responsabilité de ces autorités et il se peut qu'une communication par l'OLAF aux autorités nationales ou à une institution ne conduise pas à l'ouverture d'une procédure judiciaire au niveau national ou d'une procédure disciplinaire ou administrative au niveau communautaire. Le respect des règles nationales de procédure est suffisamment garanti si l'institution s'assure que la divulgation des documents ne constitue pas une infraction au droit national. Ainsi, en cas de doute, l'OLAF aurait dû consulter la juridiction nationale et n'aurait dû refuser l'accès que si la juridiction nationale s'était opposée à la divulgation desdits documents.

S'agissant de la seconde exception, tirée de la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, le Tribunal juge que cette disposition n'est applicable que si la divulgation des documents en question risque de mettre en péril l'achèvement des activités d'inspection, d'enquête ou d'audit en cause. Cela exige de vérifier si, au moment de l'adoption des décisions attaquées, étaient encore en cours des activités d'inspection et d'enquête qui auraient ainsi pu être mises en péril et si ces activités ont été poursuivies dans un délai raisonnable. La Commission n'a commis en l'espèce ni erreur de droit ni erreur d'appréciation en considérant que, au moment de l'adoption de la première décision attaquée, l'accès aux documents transmis aux autorités françaises et luxembourgeoises devait être refusé au motif que leur divulgation porterait atteinte à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit. Il apparaît toutefois que, pour certaines communications de l'OLAF à la Commission, l'OLAF s'est prononcé in abstracto, sans démontrer à suffisance de droit que la divulgation de ces documents porterait concrètement atteinte à la protection des objectifs des activités d'inspection,

d'enquête et d'audit et que l'exception retenue s'appliquait réellement à l'ensemble des informations contenues dans lesdits documents. La décision de refus d'accès est dès lors annulée en ce qu'elle concerne ces derniers documents.

On notera enfin l'application, dans l'arrêt **Kallianos/Commission**, des principes issus du règlement n° 1049/2001 pour statuer, dans le cadre d'un recours déposé par un fonctionnaire contre une décision opérant une retenue sur sa rémunération, sur un moyen tiré notamment d'un manque de transparence<sup>52</sup>. Dans cette affaire, le requérant avait demandé à avoir accès aux avis du service juridique de la Commission concernant sa situation personnelle. Or, bien que le requérant n'ait pas déposé de demande sur le fondement du règlement n° 1049/2001, c'est au regard de la jurisprudence concernant cette réglementation qu'il a été jugé que la Commission avait partiellement méconnu le droit d'accès au dossier du requérant. Le Tribunal n'a cependant pas annulé la décision de la Commission, car le refus de divulguer les avis juridiques en cause n'avait pas nui à la défense du requérant.

## F. Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) – Lutte contre le terrorisme

Le Tribunal a rendu cette année trois arrêts en matière de lutte contre le terrorisme<sup>53</sup>. Les deux premiers complètent les principes posés dans l'arrêt Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission ainsi que dans l'arrêt Kadi/Conseil et Commission<sup>54</sup>, alors que le troisième intervient dans un contexte juridique inédit.

À la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté plusieurs résolutions appelant tous les États membres de l'Organisation des Nations unies (ONU) à geler les fonds et autres ressources financières des personnes et entités associées aux Taliban, à Oussama ben Laden et au réseau Al-Qaida. Un comité des sanctions est chargé par le Conseil de sécurité d'identifier les sujets concernés et d'en tenir la liste à jour. Ces résolutions ont été mises en œuvre dans la Communauté par des règlements du Conseil, qui ordonnent le gel des fonds des personnes et des entités concernées. Celles-ci sont inscrites sur une liste qui est régulièrement révisée par la Commission, sur la base des mises à jour effectuées par le comité des sanctions. Des dérogations au gel des fonds peuvent être accordées pour des motifs humanitaires par les États, avec l'accord du comité des sanctions. Selon une procédure spécifique, une demande de radiation de la liste peut être présentée au comité des sanctions par l'intermédiaire de l'État dans lequel la personne concernée réside ou dont elle est ressortissante.

<sup>52</sup> Arrêt du Tribunal du 17 mai 2006, Kallianos/Commission, T-93/04 (sous pourvoi, C-323/06 P), non encore publié au Recueil.

<sup>53</sup> Arrêts du Tribunal du 12 juillet 2006, Ayadi/Conseil, T-253/02 (sous pourvoi, C-403/06 P), non encore publié au Recueil, ainsi que Hassan/Conseil et Commission, T-49/04 (sous pourvoi, C-399/06 P), non publié au Recueil, et arrêt du Tribunal du 12 décembre 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil, T-228/02, non encore publié au Recueil.

<sup>54</sup> Arrêts du Tribunal du 21 septembre 2005, Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, T-306/01 (sous pourvoi, C-45/05 P), Rec. p. II-3533, ainsi que du 21 septembre 2005, Kadi/Conseil et Commission, T-315/01 (sous pourvoi, C-402/05 P), Rec. p. II-3649.

Chafiq Ayadi, ressortissant tunisien résidant à Dublin (Irlande), et Faraj Hassan, ressortissant libyen, détenu à la prison de Brixton (Royaume-Uni), ont été inscrits sur la liste communautaire en question. Ces deux personnes ont demandé au Tribunal d'annuler cette mesure et, dans les deux arrêts en résultant, le Tribunal précise plusieurs points concernant la procédure de gel des fonds.

Dans l'arrêt **Ayadi/Conseil**, précité, après avoir rappelé que le gel des fonds prévu par le règlement attaqué ne violait pas les droits fondamentaux de la personne humaine reconnus au plan universel (jus cogens), le Tribunal reconnaît qu'une telle mesure est particulièrement drastique. Il ajoute néanmoins que l'importance des objectifs poursuivis par la réglementation en cause est de nature à justifier de telles conséquences négatives et que le gel des fonds n'empêche pas les individus concernés de mener une vie personnelle, familiale et sociale satisfaisante, compte tenu des circonstances. En particulier, il ne leur est pas interdit d'exercer une activité professionnelle, étant entendu, toutefois, que la perception des revenus de cette activité est réglementée.

Ensuite, s'agissant de la procédure de radiation de la liste, le Tribunal constate que les directives du comité des sanctions et le règlement du Conseil attaqué prévoient le droit pour un particulier de soumettre une demande de réexamen de son cas au comité des sanctions, par l'intermédiaire du gouvernement du pays dans lequel il réside ou dont il est ressortissant. Ce droit est donc également garanti par l'ordre juridique communautaire. Dans le cadre de l'examen d'une telle demande, les États membres sont tenus de respecter les droits fondamentaux des intéressés dès lors qu'ils ne sont pas susceptibles de faire obstacle à la bonne exécution de leurs obligations au titre de la charte des Nations unies. Notamment, les États membres doivent veiller, dans toute la mesure du possible, à ce que les intéressés soient mis en mesure de faire valoir utilement leur point de vue devant les autorités nationales compétentes. Les États membres ne peuvent pas refuser d'engager la procédure de réexamen au seul motif que l'individu concerné n'est pas en mesure de fournir des informations précises et pertinentes, faute pour lui d'avoir pu prendre connaissance, en raison de leur caractère confidentiel, des motifs précis ayant justifié son inclusion dans la liste. Ils sont également tenus de faire diligence pour que le cas des intéressés soit présenté sans retard et de façon loyale et impartiale au comité des sanctions si cela apparaît objectivement justifié au regard des informations pertinentes fournies.

Les intéressés ont, enfin, la possibilité d'introduire un recours devant les juridictions nationales contre un éventuel refus abusif de l'autorité nationale compétente de soumettre leur cas pour réexamen au comité des sanctions. La nécessité d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire peut conduire un juge national à écarter, si besoin est, une règle nationale faisant obstacle à l'exercice de ce droit, telle une règle qui exclurait du contrôle juridictionnel le refus des autorités nationales d'agir en vue d'assurer la protection diplomatique de leurs ressortissants. En l'occurrence, le Tribunal estime que M. Ayadi et M. Hassan doivent se prévaloir des possibilités de recours juridictionnel fondées sur le droit national s'ils entendent mettre en cause le prétendu manque de coopération loyale des autorités irlandaises et britanniques à leur égard.

L'arrêt **Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil**, précité, concerne également la lutte contre le terrorisme, mais il intervient dans un autre contexte juridique, à l'origine de la consécration de principes différents. En effet, le 28 septembre 2001,

le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté une résolution appelant tous les États membres de l'ONU à lutter par tous les moyens contre le terrorisme et son financement, notamment en gelant les fonds des personnes et entités qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme. Cette résolution se distingue de celles en cause dans les arrêts Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, Kadi/Conseil et Commission, Ayadi/Conseil ainsi que Hassan/Conseil et Commission, précités, en ce sens que l'identification des personnes dont les fonds doivent être gelés est laissée à la discrétion des États. Cette résolution a notamment été mise en œuvre dans la Communauté par deux positions communes et par un règlement du Conseil, adoptés le 27 décembre 2001, qui ordonnent le gel des fonds des personnes et des entités inscrites sur une liste établie et régulièrement mise à jour par le Conseil<sup>55</sup>. Par une position commune et par une décision du 2 mai 2002, le Conseil a mis à jour la liste des personnes et entités concernées, en y incluant notamment l'Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran (OMPI)<sup>56</sup>. Depuis, le Conseil a adopté diverses positions communes et décisions mettant à jour la liste en question, l'OMPI y étant toujours maintenue. Celle-ci a introduit un recours devant le Tribunal afin d'obtenir l'annulation de ces positions communes et de ces décisions, pour autant que ces actes la concernent.

Dans son arrêt, le Tribunal constate que certains droits et garanties fondamentaux, notamment les droits de la défense, l'obligation de motivation et le droit à une protection juridictionnelle effective, sont en principe pleinement applicables dans le contexte de l'adoption d'une décision communautaire de gel des fonds au titre du règlement en cause. Pour ce qui est des droits de la défense, le Tribunal établit une distinction entre la présente affaire et les affaires ayant donné lieu à l'arrêt Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission ainsi qu'à l'arrêt Kadi/Conseil et Commission. Puisque, dans le système en cause dans la présente affaire, l'identification concrète des personnes et entités dont les fonds doivent être gelés a été laissée à l'appréciation des membres de l'ONU, cette identification relève de l'exercice d'un pouvoir propre, impliquant, de la part de la Communauté, une appréciation discrétionnaire du point de vue du droit de l'ONU. Dans ces conditions, le respect des droits de la défense des intéressés s'impose en principe pleinement au Conseil.

Déterminant ensuite l'étendue de ces droits et garanties, ainsi que les restrictions dont ils peuvent faire l'objet dans le contexte de l'adoption d'une mesure communautaire de gel des fonds, le Tribunal juge tout d'abord que le principe général de respect des droits de la défense n'exige pas que les intéressés soient entendus par le Conseil à l'occasion de l'adoption d'une décision initiale de gel de leurs fonds, celle-ci devant pouvoir bénéficier d'un effet de surprise. En revanche, ce principe exige, à moins que des considérations impérieuses touchant à la sûreté de la Communauté ou de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales ne s'y opposent, que les éléments à l'origine de

<sup>55</sup> Position commune 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme (JO L 344, p. 90), position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (JO L 344, p. 93), et règlement (CE) n° 2580/2001 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).

<sup>56</sup> Position commune 2002/340/PESC, portant mise à jour de la position commune 2001/931 (JO L 116, p. 75), ainsi que décision 2002/334/CE mettant en œuvre l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 2580/2001 et abrogeant la décision 2001/927/CE (JO L 116, p. 33).

la décision de gel des fonds soient communiqués, dans toute la mesure du possible, soit concomitamment à, soit aussitôt que possible après l'adoption d'une telle décision. Sous les mêmes réserves, les intéressés doivent être mis en mesure de faire valoir utilement leurs observations avant toute décision subséquente de maintien du gel des fonds.

De même, toujours sous la même réserve, la motivation d'une décision initiale ou subséquente de gel des fonds doit au moins porter, de façon spécifique et concrète, sur les éléments à l'origine du gel des fonds, dont notamment les informations précises ou les éléments de dossier montrant qu'une décision a été prise à l'égard des intéressés par une autorité compétente d'un État membre. La motivation doit également indiquer les raisons pour lesquelles le Conseil considère, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que les intéressés doivent faire l'objet d'une telle mesure.

Enfin, le droit à une protection juridictionnelle effective est garanti par le droit qu'ont les intéressés de former un recours devant le Tribunal contre toute décision ordonnant le gel de leurs fonds ou son maintien. Toutefois, étant donné le large pouvoir d'appréciation dont dispose le Conseil dans ce domaine, le contrôle exercé par le Tribunal sur la légalité de telles décisions doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, ainsi que de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits et de détournement de pouvoir.

En appliquant ces principes au cas d'espèce, le Tribunal relève que la réglementation pertinente ne prévoit explicitement aucune procédure de communication des éléments à charge et d'audition des intéressés, que ce soit préalablement ou concomitamment à l'adoption d'une décision initiale de gel de leurs fonds ou, dans le contexte de l'adoption des décisions subséquentes de maintien du gel des fonds, en vue d'obtenir leur retrait de la liste. Le Tribunal constate ensuite que, à aucun moment avant l'introduction du recours, les éléments à l'origine du gel des fonds n'ont été communiqués à l'OMPI. Ni la décision initiale de gel de ses fonds, ni les décisions subséquentes de maintien de ce gel ne mentionnent même les informations précises ou les éléments de dossier qui montrent qu'une décision justifiant son inclusion dans la liste litigieuse a été prise par une autorité nationale compétente. Le Tribunal en déduit la violation de l'obligation de motivation pesant sur le Conseil. En conséquence, le Tribunal annule la décision attaquée pour autant qu'elle concerne l'OMPI.

## **II. Contentieux de l'indemnité**

### **A. Conditions de recevabilité d'un recours en indemnité**

L'action en indemnité fondée sur l'article 288, deuxième alinéa, CE est une voie de recours autonome, qui se différencie du recours en annulation en ce qu'elle tend non à la suppression d'une mesure déterminée, mais à la réparation du préjudice causé par une institution. La singularité du recours en indemnité a pour conséquence qu'il doit être déclaré irrecevable lorsqu'il tend, en réalité, au retrait d'un acte devenu définitif et qu'il aurait pour effet, s'il était accueilli, d'annihiler les effets juridiques de l'acte en question. La jurisprudence a retenu que tel était en particulier le cas lorsque le recours en indemnité

visé au paiement d'une somme dont le montant correspond exactement à celui de droits qui ont été payés par le requérant en exécution de l'acte devenu définitif<sup>57</sup>.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Danzer/Conseil**<sup>58</sup>, les requérants ont introduit un recours visant à obtenir réparation du préjudice prétendument subi du fait d'astreintes qui leur avaient été imposées, par les autorités autrichiennes compétentes, sur le fondement du droit national transposant deux directives coordonnant les réglementations relatives aux sociétés<sup>59</sup>. Elles ne se prévalaient d'aucun dommage qui pouvait être considéré comme distinct des seuls effets résultant immédiatement et exclusivement de l'exécution des décisions d'astreintes. Le Tribunal en a déduit que les requérants cherchaient à obtenir, par le biais de leur recours en indemnité, les effets que comporterait l'annulation desdites décisions prononcées par les autorités nationales habilitées à cette fin et que leur recours était donc irrecevable.

Le Tribunal a assorti cette conclusion de plusieurs considérations relatives à la systématique des voies de droit communautaires. Il a en effet jugé que, même à supposer que les directives en cause aient pu être considérées comme étant à l'origine directe des décisions nationales d'astreintes, et qu'ainsi les requérants aient disposé d'un intérêt à voir constater leur illégalité, leur recours en indemnité ne constituait pas le cadre approprié à cette fin. En effet, dans le système des voies de recours prévu par le traité, la voie de droit appropriée consistait à solliciter, auprès du juge national saisi d'un recours contre ces décisions, un renvoi préjudiciel en appréciation de validité des dispositions litigieuses devant la Cour. Le Tribunal a dénié toute pertinence à cet égard au fait que les juridictions nationales saisies avaient rejeté leurs demandes en ce sens. En effet, précise le Tribunal, sans préjudice d'un engagement éventuel de la responsabilité de l'État membre concerné<sup>60</sup>, la jurisprudence de la Cour ne reconnaît pas une obligation absolue de renvoi préjudiciel<sup>61</sup>. Le Tribunal a alors jugé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier, dans le cadre d'un recours en indemnité, l'opportunité du refus des juridictions autrichiennes de procéder à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité des dispositions litigieuses desdites directives. Pour le Tribunal en effet, la recevabilité du recours en indemnité donnerait la faculté aux requérants de contourner tant le rejet, par les juridictions nationales seules compétentes pour y procéder, de leurs demandes d'annulation des décisions nationales d'astreintes que le refus qui leur a été opposé, par ces mêmes juridictions, de renvoyer l'affaire devant la Cour, ce qui porterait atteinte au principe même de coopération juridictionnelle qui sous-tend la procédure préjudicielle.

<sup>57</sup> Arrêt de la Cour du 26 février 1986, Krohn/Commission, 175/84, Rec. p. 753, points 30, 32 et 33.

<sup>58</sup> Arrêt du Tribunal du 21 juin 2006, Danzer/Conseil, T-47/02, non encore publié au Recueil.

<sup>59</sup> Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article [48, deuxième alinéa, CE], pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65, p. 8); quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article [44, paragraphe 2, sous g), CE] et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JO L 222, p. 11).

<sup>60</sup> Arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01, Rec. p. I-10239.

<sup>61</sup> Arrêts de la Cour du 6 octobre 1982, CILFIT, 283/81, Rec. p. 3415, point 21, et du 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, point 14.



## B. Recevabilité de conclusions visant à ce que soit prononcée une injonction

Dans l'arrêt **Galileo/Commission**<sup>62</sup>, le Tribunal s'est prononcé sur la recevabilité de conclusions visant à obtenir la cessation de prétendus agissements fautifs de la Commission dans le cadre d'un recours en indemnité. Dans cette affaire, les requérantes étant détentrices de plusieurs marques communautaires contenant le signe Galileo, elles contestaient l'usage par la Commission de ce terme en rapport avec le projet européen de système de radionavigation par satellite et demandaient notamment au Tribunal d'interdire l'usage de ce terme à la Commission. La Commission excipait de l'irrecevabilité de cette conclusion en soutenant que le traité CE ne confère pas une telle compétence au juge communautaire, même dans le cadre du contentieux indemnitaire.

Le Tribunal a néanmoins considéré que le juge communautaire avait compétence, au titre de l'article 288, deuxième alinéa, CE et de l'article 235 CE, pour imposer à la Communauté toute forme de réparation conforme aux principes généraux communs aux droits des États membres en matière de responsabilité non contractuelle, y compris, si elle apparaît conforme à ces principes, une réparation en nature, le cas échéant sous forme d'injonction de faire ou de ne pas faire. Or, en matière de marques, la directive 89/104<sup>63</sup> procède à une harmonisation habilitant le titulaire d'une marque «à interdire à tout tiers» d'en faire usage. Le Tribunal en a déduit que la protection uniforme du titulaire d'une marque relevait des principes généraux communs aux États membres, de sorte que la Communauté ne saurait être soustraite, par principe, à une mesure procédurale correspondante de la part du juge communautaire, d'autant que les institutions communautaires sont tenues de se conformer à l'ensemble du droit communautaire, au titre duquel figure le droit dérivé.

## C. Lien de causalité

L'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté, que ce soit pour comportement illicite ou en l'absence d'un tel comportement, suppose un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage causé<sup>64</sup>. Dans les arrêts **Abad Pérez e.a./Conseil et Commission** ainsi que **É.R. e.a./Conseil et Commission**<sup>65</sup>, le Tribunal a précisé la notion de lien de causalité dans le cadre d'actions intentées, respectivement, par des éleveurs espagnols, des victimes par ricochet et des ayants droit de cinq personnes décédées en

<sup>62</sup> Arrêt du Tribunal du 10 mai 2006, *Galileo International Technology e.a./Commission*, T-279/03 (sous pourvoi, C-325/06 P), non encore publié au Recueil.

<sup>63</sup> Première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1).

<sup>64</sup> Voir notamment, en ce qui concerne la responsabilité pour comportement illicite, arrêt de la Cour du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 51; ainsi que, en ce qui concerne la responsabilité en l'absence d'un tel comportement, arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies/Conseil et Commission*, T-69/00 (sous pourvoi, C-120/06 P), point 160, non encore publié au Recueil.

<sup>65</sup> Arrêts du Tribunal du 13 décembre 2006, *Abad Pérez e.a./Conseil et Commission*, T-304/01, ainsi que *É.R. e.a./Conseil et Commission*, T-138/03, non encore publiés au Recueil.

France, lesquels cherchaient à obtenir réparation des préjudices prétendument subis du fait d'actes et d'omissions du Conseil et de la Commission concernant la propagation en Europe de la maladie de la vache folle et d'une nouvelle variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob.

Dans ce contexte, le Tribunal a notamment précisé que, dans un domaine comme celui de la santé animale et humaine, l'existence d'un lien de causalité entre un comportement et un dommage doit être établie à partir de l'analyse des conduites exigibles des institutions en fonction de l'état des connaissances scientifiques du moment. De plus, dans des cas où le comportement qui prétendument provoque le dommage invoqué consiste en une abstention d'agir, il est spécialement nécessaire d'avoir la certitude que ledit dommage a effectivement été causé par les inactions reprochées et n'a pas pu être provoqué par des comportements distincts de ceux reprochés aux institutions défenderesses. S'appuyant notamment sur ces principes, le Tribunal a finalement jugé qu'il n'était pas établi que les actions et omissions prétendument illégales du Conseil et de la Commission pouvaient être considérées comme une cause certaine et directe des dommages invoqués. En effet, il n'était pas démontré que, même si les institutions défenderesses avaient adopté — ou avaient adopté auparavant — les mesures que les requérants leur reprochaient de ne pas avoir prises, les dommages en cause ne se seraient pas produits.

#### D. Responsabilité pour comportement illicite

Selon une jurisprudence constante, en matière de responsabilité de la Communauté pour des dommages causés à des particuliers par une violation du droit communautaire imputable à une institution ou à un organe communautaire, un droit à réparation est reconnu dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'auteur de l'acte et le dommage subi par les personnes lésées<sup>66</sup>. Dans deux affaires, le Tribunal a précisé ce qu'il fallait entendre par règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers.

En premier lieu, dans l'arrêt **Camós Grau/Commission**, déjà évoqué, le Tribunal a jugé que la règle d'impartialité, qui s'impose aux institutions dans l'accomplissement de missions d'enquête de la nature de celles qui sont confiées à l'OLAF, vise, outre l'intérêt général, la protection des personnes concernées et leur confère donc un droit subjectif au respect des garanties correspondantes<sup>67</sup>. Elle doit donc être considérée comme ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. En l'espèce, la violation de cette règle par l'OLAF revêtait un caractère grave et manifeste. En outre, il existait un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par le requérant, qui consistait en une atteinte à son honneur et à sa réputation, ainsi qu'en des troubles dans ses conditions d'existence. Le Tribunal a donc accordé à M. Camós Grau une indemnité de 10 000 euros.

<sup>66</sup> Voir notamment arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 51.

<sup>67</sup> Arrêt du Tribunal du 6 avril 2006, *Camós Grau/Commission*, T-309/03, non encore publié au Recueil.

En second lieu, dans l'arrêt **Tillack/Commission**, le Tribunal rappelle avoir déjà jugé que le principe de bonne administration ne confère pas, par lui-même, de droits aux particuliers<sup>68</sup>. Le Tribunal précise cependant qu'il en va autrement lorsque ce principe constitue l'expression de droits spécifiques comme celui de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable, le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier ou le droit à la motivation des décisions, au sens de l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>69</sup>.

## E. Responsabilité en l'absence de comportement illicite

Ainsi que le Tribunal l'a jugé en grande chambre en 2005, l'article 288, deuxième alinéa, CE permet aux particuliers, sous certaines conditions, d'obtenir une indemnisation devant le juge communautaire même en l'absence d'action illicite de l'auteur du dommage<sup>70</sup>. En 2006, le Tribunal a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur ce régime de responsabilité. Deux exemples l'illustreront.

D'une part, dans l'arrêt **Galileo/Commission**, précité, le Tribunal rappelle que la responsabilité de la Communauté en l'absence de comportement illicite ne peut être engagée qu'en présence d'un préjudice anormal et spécial. Un préjudice est jugé anormal lorsqu'il dépasse les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné. Or, juge-t-il en l'espèce, le préjudice causé par l'utilisation, par une institution communautaire, d'un terme pour désigner un projet ne saurait être considéré comme dépassant les limites des risques inhérents à l'exploitation du même terme au titre de marque dès lors que, par les caractéristiques du terme choisi, inspiré du prénom de l'illustre mathématicien, physicien et astronome italien, le titulaire de la marque s'est volontairement exposé au risque que quelqu'un d'autre puisse légalement, c'est-à-dire sans porter atteinte à des droits de marque, intituler du même nom l'un de ses projets.

D'autre part, dans l'arrêt **Masdar/Commission**<sup>71</sup>, le Tribunal reconnaît la possibilité pour un requérant d'invoquer un enrichissement sans cause et une gestion d'affaires pour engager la responsabilité non contractuelle des institutions, même en l'absence d'un comportement illicite de ces dernières. Cette affaire trouvait son origine dans un contrat de sous-traitance signé par la requérante avec une société contractante de la Commission. Cette société n'ayant jamais rémunéré la requérante, cette dernière s'est retournée contre la Commission, laquelle a néanmoins refusé de la rémunérer directement. La requérante a alors formé un recours en indemnité par lequel elle faisait valoir que la Commission avait violé certains principes de responsabilité non contractuelle reconnus dans un grand nombre d'États membres.

<sup>68</sup> Arrêt du Tribunal du 4 octobre 2006, *Tillack/Commission*, T-193/04, citant l'arrêt du Tribunal du 6 décembre 2001, *Area Cova e.a./Conseil et Commission*, T-196/99, Rec. p. II-3597, point 43.

<sup>69</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO 2000, C 364, p. 1).

<sup>70</sup> Arrêt *FIAMM et FIAMM Technologies/Conseil et Commission*, précité, points 158 à 160.

<sup>71</sup> Arrêt du Tribunal du 16 novembre 2006, *Masdar/Commission*, T-333/03, non encore publié au Recueil.

Elle invoquait notamment les actions civiles fondées sur l'enrichissement sans cause (principe de *in rem verso*) et la gestion d'affaires (principe *negotiorum gestio*).

Après avoir rappelé que la responsabilité de la Communauté pouvait être engagée même en l'absence de comportement illicite, le Tribunal constate que les actions fondées sur l'enrichissement sans cause ou la gestion d'affaires sont conçues pour constituer, dans des circonstances particulières en droit civil, une source d'obligation non contractuelle pour celui qui se trouve dans la position de l'enrichi ou du géré, consistant en règle générale, respectivement, soit à restituer ce qu'il a indûment perçu, soit à indemniser le gérant. Dès lors, les moyens tirés de l'enrichissement sans cause et de la gestion d'affaires ne peuvent être rejetés uniquement au motif que la condition tenant à l'illégalité du comportement de l'institution n'est pas remplie. Ayant également relevé que le juge communautaire avait déjà eu l'occasion d'appliquer certains principes de répétition de l'indu, notamment en matière d'enrichissement sans cause, dont l'interdiction constitue un principe général du droit communautaire, le Tribunal en conclut qu'il convient d'examiner si les conditions de l'action pour enrichissement sans cause ou celles de l'action fondée sur la gestion d'affaires sont réunies dans le cas d'espèce.

À cet égard, le Tribunal rappelle les modalités d'exercice de ces actions selon les principes généraux communs aux droits des États membres, à savoir, d'une part, qu'elles ne peuvent être exercées lorsque le bénéfice de l'enrichi ou du géré puise sa justification dans un contrat ou dans une obligation légale et, d'autre part, qu'elles ne peuvent généralement être utilisées qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire dans le cas où la personne lésée ne peut disposer, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune autre action. Il en déduit pour le cas d'espèce que les moyens de la requérante ne sont pas fondés.

### III. Demandes en référé

Le président du Tribunal a été saisi cette année de 25 demandes en référé, ce qui représente une légère augmentation par rapport au nombre de demandes déposées (21) durant l'année précédente. En 2006, le juge des référés a réglé 24 affaires et fait droit à 2 reprises à des demandes de mesures provisoires, dans les ordonnances **Globe/Commission** et **Romana Tabacchi/Commission**<sup>72</sup>.

L'ordonnance **Globe/Commission** s'inscrit dans le prolongement de l'ordonnance rendue en 2005 dans l'affaire *Deloitte/Commission*<sup>73</sup>, mais, à l'inverse de la décision rendue dans cette dernière affaire, elle donne lieu au prononcé de mesures provisoires. La requérante demandait en l'espèce le sursis à l'exécution de la décision de la Commission par laquelle celle-ci avait rejeté son offre présentée dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres de fournitures destinées à certains pays d'Asie centrale.

<sup>72</sup> Ordonnances du président du Tribunal du 20 juillet 2006, *Globe/Commission*, T-114/06 R, et du 13 juillet 2006, *Romana Tabacchi/Commission*, T-11/06 R, non encore publiées au Recueil.

<sup>73</sup> Ordonnance du président du Tribunal du 20 septembre 2005, *Deloitte Business Advisory/Commission*, T-195/05 R, Rec. p. II-3485.

Tout d'abord, quant à la condition relative à l'existence d'un *fumus boni juris*, le juge des référés a jugé que l'un des moyens avancés par la requérante faisait naître un doute très sérieux quant à la légalité du marché. Examinant donc ensuite s'il était urgent d'ordonner le sursis à exécution demandé, le juge des référés a reconnu qu'il ne lui appartenait pas de préjuger les mesures que pourrait prendre la Commission en exécution d'un éventuel arrêt d'annulation. Néanmoins, a-t-il ajouté, le principe général du droit à une protection juridictionnelle complète et effective implique que puisse être assurée la protection provisoire des justiciables, si elle est nécessaire à la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par les juridictions communautaires. Il convenait donc d'examiner si, après un éventuel arrêt d'annulation, la possibilité pour la Commission d'organiser une nouvelle procédure d'appel d'offres permettait de réparer le préjudice allégué par le requérant et, en cas de réponse négative, d'apprécier si ce dernier pouvait être indemnisé.

Or, en l'espèce, il était très peu probable qu'après un éventuel arrêt d'annulation, qui interviendrait probablement après la fin de l'exécution du contrat, une nouvelle procédure d'appel d'offres soit organisée par la Commission. Le juge des référés a donc examiné si Globe pouvait être indemnisée pour la perte d'une chance d'obtenir le contrat faisant l'objet de la procédure d'appel d'offres communautaire. Quoique cette chance ait été très sérieuse, il était très difficile, voire impossible, de la quantifier et, par conséquent, d'évaluer avec la précision requise le préjudice résultant de sa perte. Le préjudice ne pouvant être chiffré avec suffisamment de précision, il devait être considéré comme très difficilement réparable. Le président du Tribunal a également considéré que ledit préjudice était grave, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce et aux caractéristiques du marché sur lequel opèrent la requérante et l'entreprise attributaire du marché.

Enfin, procédant à la mise en balance des intérêts en présence, le juge des référés a rappelé qu'il existait des raisons sérieuses de penser que la Commission avait agi illégalement. Compte tenu par ailleurs de l'indemnisation que l'attributaire du marché pouvait réclamer à la Commission devant les juridictions compétentes, la balance des intérêts ne pouvait pencher en faveur de l'attributaire du marché, et ce au détriment de la requérante. La Commission ne pouvait du reste faire valoir aucun intérêt de nature à modifier cette appréciation, si bien que le juge des référés a ordonné le sursis à l'exécution de l'attribution du marché.

Dans l'ordonnance **Romana Tabacchi/Commission**, le président du Tribunal s'est prononcé sur une demande introduite par une entreprise qui cherchait à obtenir une dispense de l'obligation de constituer une garantie bancaire comme condition pour le non-recouvrement immédiat de l'amende qui lui avait été infligée. Le juge des référés a constaté qu'existaient en l'espèce des circonstances exceptionnelles qui justifiaient un sursis partiel de l'obligation de la requérante de constituer une garantie bancaire. La requérante était en effet parvenue à démontrer, outre l'existence d'un *fumus boni juris*, que sa situation économique précaire ainsi que celle de ses actionnaires étaient à la base des refus opposés par certaines banques d'octroyer la garantie demandée. En mettant en balance les intérêts en présence, le juge des référés a également considéré que les intérêts financiers de la Commission ne seraient pas mieux protégés en procédant immédiatement à l'exécution forcée de la décision, puisqu'il était invraisemblable qu'elle puisse obtenir le montant correspondant à l'amende. Dans ce cas également, les mesures provisoires ont été ordonnées.

On mentionnera enfin le fait que, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt **Endesa/Commission**<sup>74</sup>, déjà évoqué à propos du contrôle des concentrations, la requérante a introduit une demande en référé visant notamment à faire ordonner le sursis à l'exécution de la décision de la Commission qui avait rejeté la plainte d'Endesa<sup>75</sup>. Dans son ordonnance, le juge des référés rappelle que le caractère urgent d'une demande en référé doit s'apprécier par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la mesure provisoire. Un tel préjudice doit, en particulier, être susceptible d'être occasionné aux intérêts de la partie qui sollicite la mesure provisoire. À cet égard, Endesa avait invoqué, notamment, le risque que, en l'absence de mesures provisoires, Gas Natural prenne son contrôle et procède à son démantèlement, préjudice qui, selon la requérante, affecterait également ses actionnaires. Or, selon le juge des référés, Endesa ne peut pas invoquer utilement au titre de l'urgence un préjudice qui serait causé à ses actionnaires, car ces derniers disposent d'une personnalité juridique distincte de la sienne. Quant au préjudice allégué par Endesa à titre personnel, le président du Tribunal constate qu'il est hypothétique, puisqu'il dépend du lancement et de la réussite de l'offre publique d'acquisition, dont le succès n'est pas démontré à ce stade. Enfin, le juge des référés considère que, en tout état de cause, il n'est pas démontré que les voies de recours prévues par le droit espagnol ne permettraient pas à Endesa d'éviter le préjudice grave et irréparable qu'elle allègue. Le président du Tribunal rejette dès lors la demande en référé.

<sup>74</sup> Arrêt du Tribunal du 14 juillet 2006, Endesa/Commission, T-417/05, non encore publié au Recueil.

<sup>75</sup> Ordonnance du président du Tribunal du 1<sup>er</sup> février 2006, Endesa/Commission, T-417/05 R, non publiée au Recueil.