

## A — Activité du Tribunal en 2010

*Par M. le président Marc Jaeger*

2010 a été, pour le Tribunal, une année de renouvellement partiel concernant quatorze de ses Membres. Tandis que onze d'entre eux ont été reconduits dans leurs fonctions, le Tribunal a eu à regretter le départ de trois Membres cumulant une expérience de plus de 27 ans au service de la juridiction: MM. A.W.H. Meij et M. Vilaras, juges au Tribunal depuis 1998, et M. V.M. Ciucă, juge au Tribunal depuis 2007, remplacés respectivement par MM. M. Van der Woude, D. Gratsias et A. Popescu. Le collègue a également été affecté par la démission, le 29 juin 2010, de M. T. Tchipev, juge au Tribunal depuis 2007. En janvier 2011, aucun candidat n'a encore été proposé pour le remplacer.

L'incidence notable de ces circonstances sur le calendrier judiciaire (les huit formations ordinaires de la juridiction ayant comporté au moins un Membre dont le mandat venait à expiration en 2010) a nécessité une organisation exceptionnelle en vue d'éviter de porter atteinte à l'activité juridictionnelle.

En outre, il s'agissait du premier exercice dans le cadre duquel le comité prévu à l'article 255 TFUE a été appelé à émettre l'avis préalable à la décision des gouvernements des États membres – dont le traité de Lisbonne lui a confié la responsabilité – sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge. Si cette procédure, qui vise à garantir tant l'indépendance que la compétence des Membres de la Cour et du Tribunal, ne peut être que saluée, elle a néanmoins retardé l'accomplissement du renouvellement partiel. Il importera, à l'avenir, que l'ensemble des acteurs du processus de nomination parviennent à empêcher ces retards et avec eux les obstacles sérieux au bon fonctionnement de la justice qu'ils génèrent. Les résultats du Tribunal en 2010 ne peuvent être analysés en ignorant ces données indépendantes de la volonté et des efforts de la juridiction en vue de faire face à l'évolution du contentieux, laquelle est caractérisée par une augmentation, une diversification et une complexification inédites.

D'un point de vue statistique, l'année 2010 a été marquée par plusieurs tendances. La première est la forte augmentation du nombre d'affaires introduites, passant de 568 (en 2009) à 636 (en 2010), niveau jamais atteint jusqu'alors<sup>1</sup>. La seconde tendance est le maintien d'un nombre d'affaires réglées sensiblement supérieur à 500 (527 affaires réglées), et ce malgré les circonstances défavorables décrites précédemment. Ce résultat n'a néanmoins pas suffi à contenir la croissance des affaires pendantes, lesquelles atteignaient les 1 300 au 31 décembre 2010. La troisième tendance concerne la durée de l'instance, critère d'évaluation essentiel de l'activité juridictionnelle. En raison de l'accent mis sur la célérité du traitement des affaires, cette durée a significativement baissé, de 2,5 mois en moyenne (de 27,2 mois en 2009 à 24,7 mois en 2010). Cette baisse est encore plus appréciable en ce qui concerne les affaires réglées par arrêt dans les matières qui se situent, depuis la création de la juridiction, au cœur du contentieux du Tribunal (à savoir les matières autres que les pourvois et la propriété intellectuelle), pour lesquelles une réduction de plus de sept mois de la durée de l'instance a été enregistrée.

Les réformes à poursuivre et les efforts importants accomplis par la juridiction devraient permettre d'améliorer, dans une certaine mesure, ces résultats. Toutefois, cela ne saurait se faire au prix de la qualité du contrôle juridictionnel exercé, garante de l'effectivité de la protection juridictionnelle, elle-même constitutive d'une Union de droit.

<sup>1</sup> En l'absence de grands groupes d'affaires identiques ou similaires.

Les développements qui suivent tentent de donner un aperçu de la diversité et, parfois, de la complexité du champ d'activité du Tribunal, dans son office de juge de la légalité (I), de l'indemnité (II), des pourvois (III) et des référés (IV).

## I. Contentieux de la légalité

### *Recevabilité des recours en annulation*

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

Constituent des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 263 TFUE les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci<sup>2</sup>.

Dans l'arrêt du 20 mai 2010, *Allemagne/Commission* (T-258/06, non encore publié), le Tribunal a examiné les conditions dans lesquelles une communication de la Commission, publiée dans la série C du Journal officiel, peut être considérée comme un acte attaquant.

En l'espèce, la République fédérale d'Allemagne demandait l'annulation d'une communication<sup>3</sup> ayant pour but de faire connaître l'approche générale de la Commission quant à l'application de l'ensemble des normes fondamentales concernant la passation des marchés publics, qui résultent directement des règles et des principes du traité, notamment les principes de non-discrimination et de transparence, aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»<sup>4</sup>.

En vue de déterminer le caractère attaquant de cet acte, dont la Commission prétendait qu'il n'avait qu'une nature interprétative, le Tribunal s'attache à déterminer si, eu égard à son contenu, la communication vise à produire des effets juridiques nouveaux par rapport à ceux que comporte l'application des principes fondamentaux du traité. Il convenait en effet d'apprécier si la communication se contente d'explicitier les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement ainsi que de proportionnalité et les règles de transparence et de reconnaissance mutuelle applicables aux marchés qui ne sont pas ou qui ne sont que partiellement couverts par les directives «marchés publics», ou si elle établit des obligations spécifiques ou nouvelles par rapport à ces dispositions, principes et règles. La seule circonstance qu'une communication interprétative ne se présente pas, par sa forme, par sa nature ou par son libellé, comme un acte destiné à produire des effets juridiques n'est pas suffisante pour conclure qu'elle ne produit pas des effets juridiques obligatoires. La circonstance que cet acte ait, ou non, fait l'objet d'une publication n'est pas non plus pertinente à cet égard.

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

<sup>3</sup> Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» (JO 2006, C 179, p. 2).

<sup>4</sup> Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1) et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

Ayant procédé à un examen approfondi du contenu de la communication, le Tribunal conclut que celle-ci ne comprend pas de nouvelles règles de passation des marchés publics allant au-delà des obligations du droit existant et que, dans ces conditions, elle ne produit pas d'effets juridiques obligatoires de nature à affecter la situation juridique de la République fédérale d'Allemagne.

## 2. Application dans le temps de l'article 263 TFUE

L'article 230, quatrième alinéa, CE, soumet la recevabilité des recours introduits par les particuliers contre des actes dont ils ne sont pas destinataires à la double condition que les requérants soient directement et individuellement concernés par l'acte attaqué. Selon la jurisprudence, les personnes physiques ou morales autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernées individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire<sup>5</sup>.

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, les conditions de recevabilité du recours en annulation ont été modifiées. Ainsi, aux termes de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, toute personne physique ou morale peut former un recours contre les actes qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.

Avant même d'aborder l'interprétation matérielle de ces dispositions, le Tribunal a été amené, cette année, à trancher la problématique de leur application dans le temps. Compte tenu de l'importance de cette question, c'est en grande chambre que le Tribunal a statué à cette occasion.

Les deux affaires concernées, *Norilsk Nickel Harjavalta et Umicore/Commission* ainsi que *Etimine et Etiproducts/Commission* (ordonnances du 7 septembre 2010, T-532/08 et T-539/08, non encore publiées) avaient pour objet une demande d'annulation de la directive 2008/58/CE<sup>6</sup> et du règlement (CE) n° 790/2009<sup>7</sup>, ayant pour effet de modifier la classification de certains composés de carbonates de nickel et de borates.

Les recours ayant été introduits le 5 décembre 2008, la Commission avait soulevé une exception d'irrecevabilité, en faisant valoir que les actes attaqués ne concernaient pas les requérants individuellement au sens de l'article 230 CE. Le traité de Lisbonne étant entre-temps entré en vigueur, les requérants faisaient valoir que, sous l'empire des nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, cette condition de recevabilité n'avait plus vocation à s'appliquer s'agissant des actes attaqués. Se posait ainsi la question de savoir si l'article 263, quatrième alinéa, TFUE était applicable, *ratione temporis*, aux recours en cause et, plus généralement, à l'ensemble des recours pendants lors de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

<sup>5</sup> Arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, 25/62, Rec. p. 197, 223.

<sup>6</sup> Directive 2008/58/CE de la Commission, du 21 août 2008, portant trentième adaptation au progrès technique de la directive 67/548/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses (JO L 246, p. 1).

<sup>7</sup> Règlement (CE) n° 790/2009 de la Commission, du 10 août 2009, modifiant, aux fins de son adaptation au progrès technique et scientifique, le règlement (CE) n° 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges (JO L 235, p. 1).

Constatant qu'aucune disposition transitoire n'a été prévue par le traité FUE à cet égard, le Tribunal souligne qu'il ressort d'une jurisprudence établie que, d'une part, conformément à l'adage *tempus regit actum*, la question de la recevabilité d'un recours doit être tranchée sur la base des règles en vigueur à la date à laquelle il a été introduit et, d'autre part, les conditions de recevabilité du recours s'apprécient au moment de l'introduction du recours, à savoir du dépôt de la requête, dont une régularisation n'est possible que lorsqu'elle intervient avant l'expiration du délai de recours. La solution contraire entraînerait un risque d'arbitraire dans l'administration de la justice, puisque la recevabilité du recours dépendrait alors de la date, par ailleurs aléatoire, du prononcé de la décision du Tribunal mettant fin à l'instance.

Cette appréciation n'est pas infirmée par la thèse selon laquelle l'article 263 TFUE ferait partie des règles de procédure s'agissant desquelles la jurisprudence a reconnu que, à la différence des règles de fond ou de droit matériel, elles sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur. En effet, même à considérer que les questions de compétence juridictionnelle relèvent du domaine des règles de procédure, le Tribunal juge que, aux fins de déterminer les dispositions applicables au regard desquelles la recevabilité d'un recours en annulation formé contre un acte de l'Union européenne doit être appréciée, il y a lieu de faire application de l'adage *tempus regit actum*.

### 3. Intérêt à agir

La notion d'intérêt à agir, qui conditionne la recevabilité des recours en annulation, a fait l'objet de précisions concernant divers aspects abordés ci-après.

En premier lieu, un recours en annulation intenté par une personne physique ou morale n'est recevable que dans la mesure où le requérant a un intérêt à voir annuler l'acte attaqué. Un tel intérêt suppose que l'annulation de cet acte soit susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques ou, selon une autre formule, que le recours soit susceptible, par son résultat, de procurer un bénéfice à la partie qui l'a intenté<sup>8</sup>. L'intérêt à agir doit perdurer jusqu'au prononcé de la décision juridictionnelle sous peine de non-lieu à statuer<sup>9</sup>.

Dans l'arrêt du 19 janvier 2010, *Co-Frutta/Commission* (T-355/04 et T-446/04, Rec. p. II-1)<sup>10</sup>, le Tribunal a précisé l'appréciation qui doit être faite de l'intérêt à agir, lorsque, à la suite d'une demande d'accès à des documents de la Commission, le justiciable introduit successivement deux recours, l'un visant l'annulation de la décision implicite de la Commission rejetant la demande d'accès, l'autre visant l'annulation de la décision explicite de la Commission intervenue postérieurement à la première décision implicite.

En l'espèce, la société Co-Frutta, société de droit italien de mûrisseurs de bananes, avait formulé une demande d'accès, auprès de la direction générale (DG) de l'agriculture de la Commission, à des documents de la Commission relatifs aux importateurs de bananes enregistrés dans la Communauté européenne. À la suite de la réponse négative du directeur général de la DG «Agriculture», la requérante avait formulé une demande confirmative auprès du secrétaire général de la Commission, demande à laquelle elle a reçu une réponse négative implicite à l'issue du délai

<sup>8</sup> Voir arrêt du Tribunal du 28 septembre 2004, *MCI/Commission*, T-310/00, Rec. p. II-3253, point 44, et la jurisprudence citée.

<sup>9</sup> Arrêt de la Cour du 7 juin 2007, *Wunenburger/Commission*, C-362/05 P, Rec. p. I-4333, point 42.

<sup>10</sup> Voir également arrêt du 10 décembre 2010, *Ryanair/Commission*, T-494/08 à T-500/08 et T-509/08, non encore publié.

de 15 jours prévu par le règlement (CE) n° 1049/2001<sup>11</sup>. La requérante contestait la légalité de ces deux décisions devant le Tribunal (objet de l'affaire T-355/04).

Deux mois plus tard, le secrétaire général de la Commission a adopté une décision explicite par laquelle il confirmait, pour l'essentiel, sa décision implicite, accordant toutefois un accès à une partie seulement des documents demandés. La requérante a introduit un nouveau recours contre cette décision (objet de l'affaire T-446/04).

À cet égard, le Tribunal considère que, du fait de l'adoption de la décision explicite ultérieure, dont elle demandait également l'annulation, la requérante a perdu son intérêt à agir contre la décision implicite, et qu'il n'y a plus lieu de statuer sur le recours introduit dans l'affaire T-355/04. En effet, en adoptant la décision explicite, la Commission a, de fait, procédé au retrait de la décision implicite formée précédemment. Le Tribunal constate, par ailleurs, qu'une éventuelle annulation pour vice de forme de la décision implicite ne pourrait que donner lieu à une nouvelle décision, identique quant au fond à la décision explicite. En outre, l'examen du recours contre la décision implicite ne peut se justifier ni par l'objectif d'éviter que se reproduise l'illégalité reprochée, ni par celui de faciliter un éventuel recours en indemnité, lesdits objectifs pouvant être atteints par l'examen du recours contre la décision explicite, seul recours jugé recevable.

En deuxième lieu, dans l'arrêt du 11 mai 2010, *PC-Ware Information Technologies/Commission* (T-121/08, non encore publié), le Tribunal a fait application de la jurisprudence selon laquelle, si l'intérêt à agir s'apprécie notamment au regard du bénéfice direct que l'annulation de l'acte en cause procurerait au requérant, ce dernier est tout aussi recevable en son action lorsque l'annulation demandée aurait pour effet d'éviter que l'illégalité alléguée ne se reproduise à l'avenir<sup>12</sup>. Il a ainsi jugé recevable le recours introduit par un candidat évincé d'une procédure de marché public contre la décision de la Commission rejetant son offre, alors même que le marché avait déjà été exécuté partiellement. Le Tribunal juge que, s'agissant d'un accord-cadre tel que celui en cause, instituant un point d'achat unique pour l'acquisition de logiciels et de licences du fournisseur Microsoft, susceptible de servir de modèle à la passation future de contrats analogues, il existe un intérêt à éviter que l'illégalité alléguée par la requérante ne se reproduise à l'avenir.

En troisième lieu, dans l'arrêt du 21 mai 2010, *France e.a./Commission* (T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a rappelé la situation particulière prévue par le traité à l'égard des États membres en ce qui concerne la démonstration de l'intérêt à agir, en distinguant en outre cette notion de celle d'acte attaquant.

Ainsi, le Tribunal souligne que le traité fait une distinction nette entre le droit de recours en annulation des institutions et des États membres, d'une part, et celui des personnes physiques et morales, d'autre part, le droit de contester par un recours en annulation la légalité des décisions de la Commission étant ouvert à tout État membre, sans que l'exercice de ce droit soit conditionné par la justification d'un intérêt à agir. Un État membre n'a donc pas à démontrer qu'un acte de la Commission qu'il attaque produit des effets juridiques à son égard pour que son recours soit recevable. Par ailleurs, la notion d'intérêt à agir ne saurait être confondue avec le concept d'acte attaquant en vertu duquel un acte doit être destiné à produire des effets juridiques susceptibles de faire grief pour qu'il puisse faire l'objet d'un recours en annulation, ce qu'il convient de déterminer en s'attachant à sa substance. En l'espèce, dès lors que la décision attaquée constituait

<sup>11</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).

<sup>12</sup> Arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, *Gencor/Commission*, T-102/96, Rec. p. II-753, point 41.

un tel acte attaquant produisant des effets juridiques obligatoires, la République française, en sa seule qualité d'État membre, était recevable à introduire un recours en annulation sans qu'elle doive justifier d'un intérêt à agir à cet égard.

### *Règles de concurrence applicables aux entreprises*

#### 1. Généralités

##### a) Notion d'association d'entreprises

Dans l'arrêt du 26 octobre 2010, *CNOP et CCG/Commission* (T-23/09, non encore publié), le Tribunal assouplit la qualification d'association d'entreprises dans le cadre des décisions d'inspection de la Commission. L'article 20, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003<sup>13</sup> précise que la Commission peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et des associations d'entreprises. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) et le Conseil central de la section G (CCG) de l'Ordre national des pharmaciens (ONP), destinataires de la décision attaquée avec l'ONP, contestaient la qualification d'entreprises ou d'associations d'entreprises retenue par la Commission à leur égard et, par conséquent, la possibilité pour cette dernière d'effectuer des inspections dans leurs locaux. Le Tribunal souligne, tout d'abord, qu'il y a lieu de prendre en considération la nature spécifique des décisions d'inspection. En particulier, compte tenu du fait que de telles décisions interviennent au début d'une enquête, il ne saurait être question à ce stade d'évaluer de manière définitive si les actes ou décisions des entités destinataires ou d'autres entités peuvent être qualifiés d'accords entre entreprises, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées contraires à l'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) ou encore de pratiques visées à l'article 82 CE (devenu article 102 TFUE). En effet, il ne s'agit pas à ce stade de procéder à une appréciation de comportements concrets, le but de l'inspection étant précisément de recueillir des preuves relatives à des comportements présumés. Le Tribunal relève, ensuite, que la Commission a constaté que l'ONP et les requérants sont des organismes qui regroupent et représentent un certain nombre de professionnels qui peuvent être qualifiés d'entreprises au sens de l'article 81 CE. La question de savoir si, dans l'exercice de leurs prérogatives concrètes, les requérants échappaient ou non à l'application de l'article 81 CE était manifestement prématurée et devra être tranchée dans le cadre de la décision finale. Dès lors, le Tribunal conclut que la Commission a pu considérer que, au stade où la décision attaquée a été prise, l'ONP et les requérants étaient des associations d'entreprises au sens de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.

##### b) Définition de marché

L'arrêt du 15 décembre 2010, *CEAHR/Commission* (T-427/08, non encore publié), a permis au Tribunal de rappeler la méthode de définition du marché pertinent faisant intervenir des marchés de l'après-vente. Dans cet arrêt, le Tribunal relève que, dans la décision attaquée, la Commission a indiqué que le marché des pièces de rechange pour les produits primaires d'une certaine enseigne pouvait ne pas constituer un marché pertinent séparé dans deux hypothèses: premièrement, dans le cas où le consommateur peut se tourner vers les pièces de rechange fabriquées par un autre producteur; deuxièmement, dans le cas où le consommateur peut se tourner vers un autre produit primaire afin d'éviter une augmentation de prix sur le marché des pièces de rechange. Le Tribunal précise, cependant, à cet égard que la Commission doit démontrer que, dans le cas d'une

<sup>13</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1).

augmentation modérée et permanente du prix des produits secondaires, un nombre suffisant de consommateurs se tournerait vers les autres produits, primaires ou secondaires, pour rendre une telle augmentation non rentable. Il ajoute que la démonstration de l'existence d'une possibilité purement théorique de glissement des consommateurs vers un autre produit primaire ne saurait suffire pour une démonstration aux fins de la définition du marché pertinent, celle-ci reposant sur le concept de l'existence d'une concurrence effective. Le Tribunal conclut que, en considérant que les produits primaires et secondaires faisaient partie en l'espèce d'un même marché sans même avoir démontré qu'une augmentation modérée du prix des produits d'un fabricant sur le marché secondaire causerait un déplacement de la demande vers les produits d'autres fabricants sur le marché primaire, la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation.

### c) Inspections

#### **Obligation de motivation**

Dans l'arrêt *CNOP et CCG/Commission*, précité, le Tribunal précise l'étendue de l'obligation de motivation incombant à la Commission dans le cadre d'une décision d'inspection. Le Tribunal relève, tout d'abord, que la décision attaquée ne contient pas d'argumentation spécifique relative aux raisons pour lesquelles un ordre professionnel, tel que celui en cause, et ses organes sont considérés comme étant des associations d'entreprises. Cependant, il observe ensuite que, compte tenu du stade de la procédure administrative auquel interviennent les décisions d'inspection, la Commission ne dispose pas à ce moment-là d'informations précises lui permettant d'analyser si les comportements ou actes visés peuvent être qualifiés de décisions d'entreprises ou d'associations d'entreprises au sens de l'article 81 CE. Le Tribunal rappelle que c'est précisément en tenant compte de la nature spécifique des décisions d'inspection que la jurisprudence en matière de motivation a mis en évidence les types d'informations devant être contenus dans une décision d'inspection afin de permettre aux destinataires de faire valoir leurs droits de la défense à ce stade de la procédure administrative. Imposer une obligation de motivation plus lourde à la Commission ne tiendrait pas dûment compte du caractère préliminaire de l'inspection. Dès lors, le Tribunal considère que la Commission n'était pas tenue d'exposer dans la décision attaquée l'analyse juridique spécifique sur la base de laquelle elle a qualifié les destinataires comme étant des associations d'entreprises au-delà des explications contenues à cet égard dans cette décision.

#### **Charge de la preuve**

Dans l'arrêt du 15 décembre 2010, *E.ON Energie/Commission* (T-141/08, non encore publié), le Tribunal a confirmé l'amende d'un montant de 38 millions d'euros infligée à E.ON Energie AG pour avoir brisé un scellé apposé par la Commission sur un local de cette entreprise lors d'une inspection. Ce premier cas d'application de l'article 23, paragraphe 1, sous e), du règlement n° 1/2003 a conduit le Tribunal à examiner plus particulièrement la question de la charge de la preuve dans ce type de situation.

À cet égard, le Tribunal rappelle le principe selon lequel, s'agissant de la charge de la preuve d'une infraction en droit de la concurrence, lorsque la Commission se fonde sur des éléments de preuve directs qui sont en principe suffisants pour démontrer l'existence de l'infraction, il ne suffit pas à l'entreprise concernée d'évoquer la possibilité qu'une circonstance s'est produite, qui pourrait affecter la valeur probante desdits éléments de preuve, pour que la Commission supporte la charge de prouver que cette circonstance n'a pas pu affecter la valeur probante de ceux-ci. Au contraire, il appartient à l'entreprise concernée d'établir à suffisance de droit, d'une part, l'existence de la circonstance qu'elle invoque et, d'autre part, que cette circonstance met en cause la valeur probante des éléments de preuve sur lesquels se fonde la Commission, sauf dans les cas où une

telle preuve ne pourrait pas être fournie par l'entreprise concernée en raison du comportement de la Commission elle-même. Par ailleurs, si la Commission a la charge de prouver le bris de scellé, il ne lui incombe pas, en revanche, de démontrer qu'il a effectivement été accédé au local qui avait été scellé ou que les documents qui y étaient entreposés ont été manipulés. En tout état de cause, le Tribunal juge en l'espèce qu'il appartenait à la requérante de prendre les mesures nécessaires afin d'empêcher toute manipulation du scellé litigieux, d'autant qu'elle avait été clairement informée de la signification du scellé litigieux et des conséquences d'un bris de scellé.

## Amendes

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *E.ON Energie/Commission*, précité, la requérante faisait également valoir que l'amende d'un montant de 38 millions d'euros était disproportionnée. Le Tribunal relève, cependant, dans son arrêt, que la Commission a pris en considération le fait que le bris de scellé en cause constituait le premier cas d'application de l'article 23, paragraphe 1, sous e), du règlement n° 1/2003, tout en précisant que, indépendamment de cette circonstance, premièrement, la requérante disposait de nombreux experts juridiques en droit des ententes, deuxièmement, la modification du règlement n° 1/2003 datait de plus de trois ans avant les inspections dont elle avait fait l'objet, troisièmement, la requérante avait été informée des conséquences d'un bris de scellé et, quatrièmement, d'autres scellés avaient déjà été apposés dans les bâtiments d'autres sociétés du groupe de la requérante quelques semaines auparavant. En outre, le Tribunal souligne que le seul fait du bris de scellé fait disparaître l'effet de sauvegarde de celui-ci et suffit donc à constituer l'infraction. Enfin, le Tribunal considère qu'une amende d'un montant de 38 millions d'euros, qui correspondait à environ 0,14 % du chiffre d'affaires de la requérante, ne saurait être considérée comme disproportionnée par rapport à l'infraction, eu égard à la nature particulièrement grave d'un bris de scellé, à la taille de la requérante et à la nécessité d'assurer un effet suffisamment dissuasif à l'amende, afin qu'il ne puisse être avantageux pour une entreprise de briser un scellé apposé par la Commission dans le cadre d'inspections.

## 2. Apports dans le domaine de l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE)

### a) Infraction continue

Dans l'arrêt du 19 mai 2010, *IMI e.a./Commission* (T-18/05, non encore publié), l'examen du Tribunal a, notamment, porté sur le caractère ininterrompu de la participation des requérantes à l'infraction. Le Tribunal souligne, à cet égard, que, si la période séparant deux manifestations d'un comportement infractionnel est un critère pertinent afin d'établir le caractère continu d'une infraction, il n'en demeure pas moins que la question de savoir si ladite période est ou non suffisamment longue pour constituer une interruption de l'infraction ne saurait être examinée abstraitement, mais doit s'apprécier dans le contexte du fonctionnement de l'entente en question. En l'espèce, il relève que la période d'absence de contacts ou de manifestations collusoires de la part des requérantes excède de plus d'un an les intervalles dans lesquels les entreprises membres du cartel manifestaient habituellement leurs volontés respectives de restreindre la concurrence. Le Tribunal conclut que, en considérant que les requérantes avaient participé de façon ininterrompue au cartel pendant la période litigieuse, la Commission a commis une erreur de droit et réforme le montant de l'amende infligée aux requérantes afin de tenir compte de leur participation séquentielle au cartel en réduisant la majoration du montant de l'amende au titre de la durée de l'infraction de 110 à 100 %.



## b) Calcul du montant de l'amende

Les recours contre les décisions de la Commission sanctionnant les cartels dits du «fil industriel», des «tubes sanitaires» et du «tabac espagnol» ont permis au Tribunal d'apporter des précisions et des illustrations relatives à un certain nombre d'éléments entrant dans le calcul du montant des amendes.

### Montant de départ

Dans l'arrêt du 28 avril 2010, *BST/Commission* (T-452/05, non encore publié), en ce qui concerne la capacité économique effective des auteurs d'une infraction à causer un préjudice à la concurrence, le Tribunal relève que, si l'intégration verticale et l'étendue de la gamme de produits peuvent, le cas échéant, constituer des éléments pertinents pour apprécier l'influence qu'une entreprise est capable d'exercer sur le marché et constituer des indices de cette influence complémentaires par rapport aux parts de marché ou aux chiffres d'affaires sur le marché concerné, en l'espèce, il y a lieu de considérer que les arguments de la requérante tirés de l'intégration verticale des autres entreprises concernées ne démontrent pas que ces dernières disposaient d'avantages concurrentiels particuliers et significatifs sur le marché en cause.

### Traitement différencié

Dans l'affaire *Chalkor/Commission* (arrêt du 19 mai 2010, T-21/05, non encore publié, sous pourvoi) et dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *IMI e.a./Commission*, précité, la Commission avait conclu qu'il n'y avait pas lieu d'opérer un traitement différencié entre les contrevenants ayant seulement participé à l'une des branches du cartel dit des «tubes sanitaires» et ceux ayant également participé à une autre branche de ce cartel, dès lors que la coopération au sein de cette deuxième branche n'avait pas été considérablement plus étroite que celle qui existait au sein de la première. Le Tribunal considère, cependant, dans ses arrêts, qu'une entreprise dont la responsabilité est établie s'agissant de plusieurs branches d'une entente contribue davantage à l'efficacité et à la gravité de cette entente qu'une contrevenante qui est uniquement impliquée dans une seule branche de cette même entente et commet donc une infraction plus grave. Cette appréciation doit nécessairement se faire au stade de la fixation du montant de départ spécifique, dès lors que la prise en considération de circonstances atténuantes permet seulement de moduler le montant de base de l'amende en fonction des modalités de mise en œuvre par le contrevenant de l'entente. Par conséquent, le Tribunal réduit le montant de départ de l'amende de 10 % pour chacune des requérantes dans ces affaires.

### Plafond de 10 % du chiffre d'affaires

Dans l'arrêt du 28 avril 2010, *Gütermann et Zwicky/Commission* (T-456/05 et T-457/05, non encore publié), le Tribunal rappelle que, à tout le moins dans les situations où il n'y a aucune indication qu'une entreprise a cessé ses activités commerciales ou détourné son chiffre d'affaires pour éviter l'imposition d'une lourde amende, la Commission doit fixer la limite maximale de l'amende par rapport au chiffre d'affaires le plus récent reflétant une année complète d'activité économique. En l'espèce, le Tribunal observe que des indices sérieux, tels qu'un chiffre d'affaires nul pendant plusieurs années, l'absence de salariés ou encore l'absence de preuves concrètes d'une exploitation de ses immeubles ou de projets d'investissements en vue d'exploiter ces derniers, permettent de présumer que Zwicky & Co. AG n'a pas continué à exercer une activité économique normale au sens de la jurisprudence. Par conséquent, le Tribunal considère que, pour déterminer le plafond de 10 % du chiffre d'affaires à ne pas dépasser lors du calcul du montant de l'amende prévu à l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, la Commission aurait dû se référer au dernier

chiffre d'affaires de Zwicky & Co. résultant de ses activités économiques réelles, et non à celui de l'entreprise ayant repris Zwicky & Co. après la cessation de ses activités.

### **Circonstances aggravantes**

Dans l'affaire *Deltafina/Commission* (arrêt du 8 septembre 2010, T-29/05, non encore publié, sous pourvoi), la Commission a considéré que la requérante avait joué le rôle de meneur de l'entente et a, d'une part, augmenté, en conséquence, le montant de base de l'amende de 50 % au titre des circonstances aggravantes et, d'autre part, tenu compte de ce rôle pour ne réduire que de 10 % le montant de l'amende au titre de la coopération. Dans son arrêt, le Tribunal constate que la Commission a commis une erreur à cet égard. Il rappelle, tout d'abord, que, pour être qualifiée de meneur, l'entreprise en cause doit avoir représenté une force motrice significative pour l'entente et avoir porté une responsabilité particulière et concrète dans le fonctionnement de celle-ci. Or, il relève que, en l'espèce, si les éléments invoqués par la Commission démontrent que la requérante a joué un rôle actif et direct dans l'entente des transformateurs de tabac, ils ne suffisent cependant pas à établir que cette société a représenté une telle force motrice pour ladite entente, ni même que son rôle aurait été plus important que celui de l'un quelconque des transformateurs espagnols. Le Tribunal souligne, en particulier, qu'aucun élément du dossier n'indique que Deltafina SpA a pris une quelconque initiative dans le but de créer ladite entente ou d'amener des transformateurs espagnols à y adhérer, ni, par ailleurs, qu'elle a assumé la charge d'activités habituellement liées à l'exercice du rôle de meneur d'une entente, comme la présidence de réunions ou la centralisation et la distribution de certaines données. Dès lors, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, le Tribunal réduit le montant de l'amende infligée à Deltafina de 11,88 à 6,12 millions d'euros.

### **c) Imputabilité du comportement infractionnel – Condamnation solidaire**

Dans l'arrêt du 13 septembre 2010, *Trioplast Industrier/Commission* (T-40/06, non encore publié), le Tribunal apporte plusieurs précisions quant aux règles applicables à la responsabilité solidaire des sociétés mères successives pour le paiement de l'amende imposée à leur filiale.

Tout d'abord, il indique que l'approche consistant à attribuer à une société mère le même montant de départ que celui retenu s'agissant de la filiale ayant participé directement à l'entente, sans que ce montant de départ soit, en cas de succession dans le temps de plusieurs sociétés mères, réparti, ne saurait être considérée comme inappropriée en soi. En effet, la finalité que la Commission poursuit est de permettre qu'une société mère puisse se voir attribuer le même montant de départ que celui qui lui aurait été attribué dans l'hypothèse où elle aurait directement participé à l'entente, ce qui est en conformité avec l'objet de la politique de la concurrence.

Ensuite, le Tribunal observe que, dans le cas d'une infraction commise par une filiale ayant successivement appartenu à plusieurs entités économiques lors de la période infractionnelle, il ne saurait être considéré a priori comme inapproprié que le cumul des montants attribués aux sociétés mères soit plus élevé que le montant, ou le cumul des montants, attribué à ladite filiale.

En revanche, le Tribunal relève que c'est à tort que la décision attaquée confère à la Commission une pleine liberté quant au recouvrement de l'amende auprès de l'une ou de l'autre des personnes juridiques concernées en fonction de leurs capacités contributives. En effet, cette liberté de choix fait dépendre le montant effectivement recouvré auprès de la requérante des montants recouverts auprès des précédentes sociétés mères, et inversement, alors que ces sociétés n'ont jamais formé une entité économique commune et ne sont donc pas responsables solidairement. Le Tribunal ajoute que le principe d'individualité des peines et des sanctions requiert que le montant

effectivement acquitté par la requérante ne dépasse pas la quote-part de sa responsabilité solidaire, quote-part qui correspond à la part relative du montant attribué à la requérante par rapport au total des montants à hauteur desquels les sociétés mères successives sont respectivement tenues solidairement responsables au paiement de l'amende imposée à la filiale. En l'espèce, le Tribunal conclut que la décision est incompatible avec l'obligation qu'a la Commission de mettre la requérante en mesure de connaître sans ambiguïté le montant exact qu'elle doit acquitter au regard de la période pour laquelle elle est tenue solidairement responsable de l'infraction avec sa filiale. Par conséquent, il annule partiellement cette décision et fixe à 2,73 millions d'euros le montant attribué à Trioplast Industrier, ce montant constituant la base sur laquelle la Commission devra déterminer la quote-part de la requérante sur les responsabilités solidaires des sociétés mères successives pour le paiement de l'amende imposée à leur filiale.

### 3. Apports dans le domaine de l'article 82 CE (devenu article 102 TFUE)

Dans l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, *AstraZeneca/Commission* (T-321/05, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal s'est prononcé sur la légalité d'une décision de la Commission constatant que la requérante avait enfreint l'article 82 CE, d'une part, en présentant des déclarations trompeuses aux offices nationaux des brevets et, d'autre part, en retirant des autorisations de mise sur le marché d'un produit pharmaceutique dont le brevet arrivait à expiration.

En ce qui concerne le premier abus, le Tribunal a jugé que la présentation aux autorités publiques d'informations trompeuses de nature à induire celles-ci en erreur et à permettre, en conséquence, la délivrance d'un droit exclusif auquel l'entreprise n'a pas droit, ou auquel elle a droit pour une période plus limitée, constitue une pratique étrangère à la concurrence par les mérites, qui peut être particulièrement restrictive de la concurrence.

La nature trompeuse des déclarations communiquées aux autorités publiques doit être appréciée sur la base d'éléments objectifs, la démonstration du caractère délibéré du comportement et de la mauvaise foi de l'entreprise en position dominante n'étant pas requise aux fins de l'identification d'un abus de position dominante. Toutefois, la circonstance que la notion d'abus de position dominante a un contenu objectif et n'implique pas l'intention de nuire ne conduit pas à considérer que l'intention de recourir à des pratiques étrangères à la concurrence par les mérites est en toute hypothèse dénuée de pertinence, même si la constatation de l'abus devrait en premier lieu reposer sur la constatation objective d'une mise en œuvre matérielle du comportement en cause.

En ce qui concerne le second abus, à savoir le retrait des autorisations de mise sur le marché d'un produit pharmaceutique dont le brevet arrive à expiration, le Tribunal a considéré que, si l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses intérêts commerciaux propres lorsque ceux-ci sont menacés, elle ne saurait faire usage des procédures réglementaires de façon à empêcher ou à rendre plus difficile l'entrée de concurrents sur le marché, en l'absence de motifs tenant à la défense des intérêts légitimes d'une entreprise engagée dans une concurrence par les mérites ou en l'absence de justifications objectives. En effet, l'élaboration par une entreprise, même en position dominante, d'une stratégie ayant pour objet de minimiser l'érosion de ses ventes et d'être en mesure de faire face à la concurrence des produits génériques est légitime et relève du jeu normal de la concurrence, pour autant que le comportement envisagé ne s'écarte pas des pratiques relevant d'une concurrence par les mérites.

Après l'expiration de la période d'exclusivité pour l'usage des données relatives aux résultats des essais pharmacologiques, toxicologiques et cliniques, le comportement tendant à empêcher les fabricants de produits génériques de faire usage de leur droit de bénéficier de ces informations

produites aux fins de la mise sur le marché du produit original ne trouve aucun fondement dans la protection légitime d'un investissement relevant de la concurrence par les mérites. La circonstance selon laquelle les concurrents de l'entreprise dominante auraient pu obtenir des autorisations de mise sur le marché par la voie de procédures alternatives ne suffit pas à retirer le caractère abusif au comportement consistant en le retrait des autorisations de mise sur le marché, dès lors qu'il est de nature à exclure du marché, à tout le moins temporairement, les fabricants concurrents de produits génériques.

Dans l'arrêt du 9 septembre 2010, *Tomra Systems e.a./Commission* (T-155/06, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a examiné la question de savoir si la Commission doit, pour prouver l'exclusion des concurrents du marché dans son ensemble, déterminer la taille de viabilité minimale requise pour opérer sur le marché en cause et vérifier ensuite si la portion du marché non susceptible d'être conquise (c'est-à-dire la partie de la demande liée par les pratiques en cause) est suffisamment grande pour être susceptible d'avoir un effet d'exclusion des concurrents. Le Tribunal considère que le verrouillage d'une partie substantielle du marché par une entreprise dominante ne peut être justifié par la démonstration que la partie du marché susceptible d'être conquise est encore suffisante pour faire place à un nombre limité de concurrents. En effet, d'une part, les clients qui se trouvent dans la partie verrouillée du marché devraient avoir la possibilité de profiter de tout degré de concurrence qui est possible sur le marché et les concurrents devraient pouvoir se livrer à une concurrence par les mérites sur l'ensemble du marché et pas seulement sur une partie de celui-ci. D'autre part, le rôle de l'entreprise dominante n'est pas de déterminer combien de concurrents viables sont autorisés à la concurrencer en ce qui concerne la portion de la demande encore susceptible d'être conquise.

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

##### a) Notion d'acte attaquant

L'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance du 2 septembre 2010 *Schemaventotto/Commission* (T-58/09, non encore publiée) a permis au Tribunal d'apporter des précisions quant à l'application de l'article 21 du règlement (CE) n° 139/2004<sup>14</sup>. Dans cette affaire, le projet de concentration entre Abertis Infrastructures SA et Autostrade SpA, autorisé dans un premier temps par la Commission, a été abandonné par lesdites sociétés au regard, notamment, des difficultés posées par des développements législatifs en Italie. Ces derniers avaient fait l'objet d'une appréciation préliminaire par la Commission concluant à une violation de l'article 21 du règlement n° 139/2004. Au regard d'une proposition de modifications législatives, la Commission a néanmoins communiqué aux autorités italiennes, le 13 août 2008, sa décision de clore la procédure ouverte au titre de l'article 21 du règlement n° 139/2004. Par lettre du 4 septembre 2008, la Commission a informé la requérante de cette décision, objet du recours devant le Tribunal.

En premier lieu, le Tribunal considère dans cette ordonnance que, par cette lettre, la Commission a uniquement communiqué sa décision de ne pas poursuivre la procédure dans l'affaire Abertis/Autostrade concernant d'éventuelles infractions identifiées lors de l'examen préliminaire, laquelle ne porte pas approbation des nouvelles dispositions législatives nationales.

En second lieu, le Tribunal examine si cette mesure constitue un acte attaquant, à savoir si elle produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de la requérante, en

<sup>14</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1).

modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celle-ci. À cet égard, le Tribunal relève que la procédure prévue à l'article 21, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 a trait au contrôle d'opérations concrètes de concentration par la Commission en vertu dudit règlement. Par conséquent, la Commission est tenue d'adopter à l'égard de l'État membre concerné une décision consistant ou bien en la reconnaissance de l'intérêt en cause au vu de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit de l'Union, ou bien en la non-reconnaissance de cet intérêt au vu de son incompatibilité avec ces principes et dispositions. Ainsi, en raison de l'abandon du projet de concentration, la Commission n'était plus en l'espèce compétente pour clore la procédure ouverte au titre de l'article 21, paragraphe 4, dudit règlement par une décision relative à la reconnaissance d'un intérêt public protégé par les mesures nationales en cause.

Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que la procédure prévue à l'article 21, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 n'a pas seulement une fonction objective, mais aussi une fonction subjective, à savoir celle de protéger les intérêts des entreprises concernées relatifs au projet de concentration envisagé dans l'optique d'assurer la sécurité juridique et la célérité de la procédure prévue par ledit règlement, la fonction subjective ayant été devenue caduque du fait de l'abandon du projet.

La Commission ne pouvait dès lors que prendre la décision formelle de classer la procédure en cause. N'ayant pas eu d'autre effet, cette décision ne pouvait donc constituer un acte attaquant.

Dans l'affaire *Éditions Jacob/Commission* (arrêt du 13 septembre 2010, T-279/04, non publié, sous pourvoi), la Commission soulevait une exception d'irrecevabilité à l'encontre du recours de la requérante contre la décision autorisant, sous conditions de rétrocession d'actifs, le rachat de Vivendi Universal Publishing SA par Lagardère SCA. La Commission considérait, en effet, qu'une décision antérieure, par laquelle elle avait décidé d'engager le contrôle approfondi du projet de concentration, avait eu pour effet de qualifier, implicitement mais nécessairement, l'acquisition préalable d'actifs cibles par Natexis Banques Populaires SA d'acquisition de participations dans une entreprise, en vue de leur revente. Dès lors, la décision attaquée n'aurait été qu'une décision purement confirmative. Le Tribunal rejette l'interprétation de la Commission en rappelant que la décision d'ouverture de la phase de contrôle approfondi ne constitue pas un acte susceptible de recours, mais une mesure préparatoire ayant pour seul objet l'ouverture d'une instruction destinée à établir les éléments devant permettre à la Commission de se prononcer par la voie d'une décision finale sur la compatibilité de cette opération avec le marché commun. Il ajoute que l'ouverture de la phase de contrôle approfondi a pour seul objet la constatation préalable de l'existence des doutes sérieux soulevés par la compatibilité de l'opération notifiée.

## b) Notion de concentration

Dans l'affaire *Aer Lingus Group/Commission* (arrêt du 6 juillet 2010, T-411/07, non encore publié), la requérante, prenant appui sur des dispositions législatives nationales, cherchait à étendre la notion de concentration, telle que définie en droit de l'Union, à des cas où, en l'absence d'obtention du contrôle, une prise de participation par une entreprise dans le capital d'une autre ne confère pas, en tant que telle, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette dernière. Ryanair Holdings plc avait lancé une offre publique d'achat (OPA) pour la totalité du capital d'Aer Lingus Group plc, mais avait dû renoncer à son projet en raison de la décision de la Commission déclarant l'opération incompatible avec le marché commun. À la suite de cette décision, Aer Lingus Group avait toutefois demandé à la Commission d'ordonner à Ryanair Holdings de se défaire en outre de sa participation minoritaire déjà détenue dans son capital. La Commission ayant rejeté cette demande, Aer Lingus Group a introduit un recours contre cette décision.

Dans son arrêt, le Tribunal rappelle que le pouvoir d'ordonner la cession de la totalité des actions acquises par une entreprise dans une autre n'existe que pour rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration. Dès lors, sans acquisition du contrôle, et donc sans réalisation de la concentration, la Commission ne dispose pas du pouvoir de dissoudre ladite «concentration». Le Tribunal précise également que, de manière générale, le règlement n° 139/2004 n'a pas pour finalité de préserver les sociétés des différends commerciaux qui les opposent à leurs actionnaires ou de lever toute incertitude sur l'approbation de décisions importantes par ces derniers, ce type de contentieux étant du ressort des juridictions nationales. De la même manière, accepter que la Commission puisse ordonner le désinvestissement d'une participation minoritaire au sein d'une entreprise concurrente au seul motif qu'elle représente un risque théorique sur le plan économique en présence d'un duopole ou un inconvénient pour l'attractivité des actions d'une des entreprises composant ce duopole outrepasserait les compétences conférées à la Commission au titre du contrôle des concentrations.

Dans l'affaire *Éditions Jacob/Commission*, précitée, la requérante contestait la qualification juridique de l'acquisition des actifs cibles par Natexis Banques Populaires comme opération d'acquisition de participations dans une entreprise, en vue de leur revente, relevant de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement (CEE) n° 4064/89<sup>15</sup>. Elle faisait valoir que cette opération, dite «de portage», était, en fait, une opération de concentration au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), dudit règlement, car elle avait permis à Lagardère d'acquérir soit le contrôle unique des actifs cibles, par l'intermédiaire de Natexis Banques Populaires, soit leur contrôle conjoint, avec Natexis Banques Populaires, et, partant, de disposer de la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité liée aux actifs cibles.

Selon le Tribunal, les allégations de contrôle unique ne peuvent être retenues. En effet, il ressort des termes du contrat de cession que Lagardère ne disposait ni de droit de propriété ou de jouissance sur les actifs cibles avant l'adoption par la Commission de la décision d'autorisation conditionnelle, ni de droits lui donnant la possibilité d'exercer une influence déterminante sur les organes des sociétés contrôlant les actifs cibles. En ce qui concerne le contrôle conjoint, le Tribunal relève que, même à supposer que le portage des actifs cibles ait permis à Lagardère d'exercer conjointement avec Natexis Banques Populaires une influence déterminante sur l'activité liée à ces derniers dès l'accomplissement de l'opération de portage, l'opération de concentration qui s'en serait suivie constituerait en toute hypothèse une opération distincte de l'opération de concentration notifiée par Lagardère. L'erreur que la Commission aurait commise en qualifiant le portage des actifs cibles d'«acquisition de participations dans une entreprise en vue de leur revente» et non d'acquisition d'un contrôle unique ou conjoint serait, en toute hypothèse, sans incidence sur la légalité de la décision déclarant compatible avec le marché commun, sous condition de rétrocession d'actifs, le rachat de Vivendi Universal Publishing par Lagardère.

### c) Gain d'efficacité – Caractère vérifiable

Dans l'arrêt *Ryanair/Commission*, précité, le Tribunal observe, tout d'abord, que la Commission considère qu'il ressort tant du règlement n° 139/2004 que des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales<sup>16</sup> que, pour pouvoir contrebalancer les effets négatifs d'une concentration sur les consommateurs, les gains d'efficacité qui en résultent doivent être vérifiables,

<sup>15</sup> Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (version rectifiée JO 1990, L 257, p. 13).

<sup>16</sup> Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO 2004, C 31, p. 5).

susceptibles de procurer un avantage aux consommateurs et ne pas avoir pu être obtenus dans une même mesure par des moyens moins anticoncurrentiels que la concentration envisagée. S'agissant de la première condition, le Tribunal souligne que, contrairement à ce que la Commission a estimé dans la décision attaquée, conformément aux lignes directrices, la condition relative au caractère vérifiable des gains d'efficacité n'exige pas que la partie notifiante produise des données susceptibles d'être vérifiées de manière indépendante par un tiers ou des documents antérieurs à la concentration permettant d'évaluer de manière objective et indépendante l'étendue des gains d'efficacité générés par l'acquisition. La Commission ne pouvait donc pas écarter les données présentées par Ryanair Holdings sur ce fondement. Le Tribunal ajoute que la vie des affaires ne permet pas nécessairement la production de tels documents en temps utile et les documents utilisés par une entreprise pour engager une OPA, qu'ils proviennent de cette entreprise ou de ses conseils, sont par nature susceptibles de présenter une certaine pertinence pour ce qui est d'étayer le contenu des allégations relatives aux gains d'efficacité.

#### d) Engagements

##### **Mandataire**

Dans l'affaire *Éditions Jacob/Commission* (arrêt du 13 septembre 2010, T-452/04, non publié, sous pourvoi), le Tribunal était saisi de la légalité de la décision relative à l'agrément de Wendel Investissement SA comme acquéreur des actifs cédés conformément à la décision de la Commission du 7 janvier 2004 autorisant, sous conditions de rétrocession d'actifs, le rachat de Vivendi Universal Publishing par Lagardère. L'un des moyens soulevés était tiré de ce que l'agrément de Wendel Investissement avait été fondé sur le rapport d'un mandataire non indépendant. À cet égard, le Tribunal relève que, d'une part, le mandataire a été désigné alors qu'il était membre de l'organe de direction de la société détentrice des actifs cibles et, d'autre part, qu'il a effectivement exercé ses fonctions de manière simultanée avec celles de membre du directoire de cette société détentrice des actifs cibles. Dès lors, il se trouvait dans un lien de dépendance à l'égard de cette société de nature à susciter un doute sur la neutralité dont il devait faire preuve dans l'exercice de sa mission de mandataire. Dans la mesure où celui-ci a élaboré le rapport d'évaluation de la candidature de Wendel Investissement au rachat des actifs rétrocédés, lequel a exercé une influence déterminante sur la décision d'agrément adoptée par la Commission, le Tribunal considère que l'illégalité constatée justifie l'annulation de la décision d'agrément de Wendel Investissement comme acquéreur.

##### *Aides d'État*

Le contentieux des aides d'État a constitué une part importante de l'activité du Tribunal en 2010, avec 50 affaires réglées. Seul un aperçu de ces décisions peut être exposé, en ce qui concerne, premièrement, les questions de recevabilité, deuxièmement, les questions de fond et, troisièmement, les questions procédurales.

#### 1. Recevabilité

La jurisprudence de cette année apporte des précisions quant à l'appréciation de la qualité pour agir, s'agissant des recours visant à contester une décision de la Commission déclarant une aide compatible avec le marché commun.

En premier lieu, dans l'affaire *TF1/Commission* (arrêt du 13 septembre 2010, T-193/06, non encore publié), le requérant demandait l'annulation d'une décision de la Commission, relative aux mesures de soutien au cinéma et à l'audiovisuel en France, par laquelle la Commission a décidé de ne pas

soulever d'objections à l'égard des mesures en cause à l'issue de la phase préliminaire d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 3, CE.

Faisant valoir que la décision attaquée est formellement adressée à la République française, la Commission contestait la recevabilité de l'action engagée par la requérante en concluant que cette dernière n'est pas individuellement concernée par cette décision.

Le Tribunal rappelle que la phase préliminaire d'examen a seulement pour objet de permettre à la Commission de se former une première opinion sur la compatibilité partielle ou totale de l'aide. Ce n'est que dans le cadre de la phase d'examen de l'article 88, paragraphe 2, CE que la Commission est tenue de mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations. Ainsi, lorsque, sans ouvrir la procédure formelle d'examen, la Commission constate que l'aide est compatible avec le marché commun, les bénéficiaires de ces garanties de procédure, notamment les entreprises concurrentes des bénéficiaires de l'aide, sont recevables à introduire un recours visant à la sauvegarde de leurs droits procéduraux. En revanche, si le requérant met en cause le bien-fondé de la décision d'appréciation de l'aide en tant que tel, le simple fait qu'il serait considéré comme intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE ne saurait suffire pour admettre la recevabilité du recours.

En l'espèce, à titre liminaire, le Tribunal a examiné la nature des moyens de la requérante avant de conclure qu'aucun de ces moyens d'annulation ne visait à faire constater l'existence de difficultés sérieuses soulevées par les mesures de soutien en cause au regard de leur qualification d'aide d'État ou de leur compatibilité avec le marché commun, difficultés qui auraient placé la Commission dans l'obligation d'ouvrir la procédure formelle. La requérante ne mettait pas en cause le refus de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen visée à l'article 88, paragraphe 2, CE, ni n'invoquait la violation des droits procéduraux découlant de cette disposition, mais elle visait exclusivement à obtenir l'annulation de la décision sur le fond, ainsi qu'elle l'a confirmé lors de l'audience en réponse à une question du Tribunal.

Dans ces circonstances, le recours ne visait pas à la sauvegarde des droits procéduraux de la requérante, qui devait dès lors démontrer qu'elle avait un statut particulier au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt de la Cour *Plaumann/Commission*<sup>17</sup>, notamment parce que sa position sur le marché était substantiellement affectée par les mesures faisant l'objet de la décision, l'affectation de sa position concurrentielle devant être examinée par rapport aux bénéficiaires des mesures d'aide en cause, à savoir les opérateurs ayant des activités de production dans les domaines cinématographiques et audiovisuels. En l'espèce, dès lors que le pourcentage d'investissement obligatoire appliqué au chiffre d'affaires était le même pour tous les concurrents, le fait que les obligations d'investissement de la requérante excèdent les dépenses des autres concurrents, compte tenu de son chiffre d'affaires élevé, n'était pas de nature à faire naître un statut particulier à son égard et, partant, ne l'individualisait pas de manière analogue à celle d'un destinataire, au sens de la jurisprudence *Plaumann/Commission*.

En deuxième lieu, dans l'arrêt du 13 septembre 2010, *Grèce e.a./Commission* (T-415/05, T-416/05 et T-423/05, non encore publié), le Tribunal a considéré que, aussi longtemps que les requérantes se voyaient reconnaître, même après leur mise en liquidation, un intérêt à demander l'annulation de la décision attaquée, l'intervenante conservait un intérêt corrélatif à intervenir au soutien de la Commission pour défendre la légalité de cette décision, ne serait-ce qu'aux fins d'adresser des

<sup>17</sup> Arrêt du 15 juillet 1963, 25/62, Rec. p. 197, 223.



demandes indemnitaires, suivies d'éventuels recours, fondées sur l'octroi illégal d'aides qui lui ont porté préjudice.

En troisième et dernier lieu, dans l'arrêt du 16 décembre 2010, *Pays-Bas et NOS/Commission* (T-231/06 et T-237/06, non encore publié), le Tribunal a rappelé que la procédure administrative en matière d'aides d'État est uniquement ouverte à l'encontre de l'État membre concerné. Les entreprises bénéficiaires des aides sont simplement considérées comme étant des intéressées dans cette procédure. Il s'ensuit que les intéressées, loin de pouvoir se prévaloir des droits de la défense reconnus aux personnes à l'encontre desquelles une procédure est ouverte, disposent du seul droit d'être associées à la procédure administrative dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce.

## 2. Règles de fond

### a) Aide individuelle octroyée en application d'un régime général d'aides approuvé par la Commission

Dans l'arrêt du 3 mars 2010, *Freistaat Sachsen e.a./Commission* (T-102/07 et T-120/07, non encore publié), le Tribunal a considéré que, lorsqu'elle est confrontée à une aide individuelle dont il est soutenu qu'elle a été octroyée en application d'un régime préalablement autorisé, la Commission ne peut d'emblée l'examiner directement par rapport au traité CE. Elle doit d'abord se borner, avant l'ouverture de toute procédure, à contrôler si l'aide est couverte par le régime général et satisfait aux conditions fixées dans la décision d'approbation de celui-ci. Si elle ne procédait pas de la sorte, la Commission pourrait, lors de l'examen de chaque aide individuelle, revenir sur sa décision d'approbation du régime d'aides, laquelle présupposait déjà un examen au regard de l'article 87 CE. Une aide constituant une application rigoureuse et prévisible des conditions fixées dans la décision d'approbation du régime général approuvé est donc considérée comme une aide existante qui n'a pas à être notifiée à la Commission, ni à être examinée au regard de l'article 87 CE.

Le Tribunal a également précisé qu'une décision de la Commission statuant sur la conformité d'une aide avec le régime concerné relève de l'exercice de son obligation de veiller à l'application des articles 87 CE et 88 CE. De ce fait, l'examen par la Commission de la conformité d'une aide avec ce régime ne constitue pas une initiative dépassant le cadre de ses compétences. Dès lors, l'appréciation de la Commission ne saurait être limitée par celle des autorités nationales qui ont octroyé l'aide.

### b) Attribution d'un avantage économique

Dans l'arrêt du 21 mai 2010, *France e.a./Commission*, (T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, non encore publié), le Tribunal a considéré que des déclarations publiques faites par des autorités nationales entraînent un avantage appréciable au profit d'une entreprise dans la mesure où elles permettent un regain de confiance des marchés financiers. Elles rendent également possible, plus aisé et moins coûteux l'accès de l'entreprise à de nouveaux crédits nécessaires pour refinancer ses dettes à brève échéance et elles contribuent, en définitive, à stabiliser la situation financière très fragile de l'entreprise. Ces déclarations influencent, de manière décisive, la réaction des agences de notation. Or, toute influence positive sur la notation d'une entreprise, ne fût-ce que grâce à des déclarations publiques qui sont susceptibles de créer ou de renforcer la confiance des investisseurs, produit un impact immédiat sur le niveau des coûts que celle-ci doit encourir afin de se refinancer sur les marchés de capitaux.

Le Tribunal a également précisé que l'exigence du lien entre l'avantage identifié et l'engagement de ressources d'État suppose, en principe, que ledit avantage soit étroitement lié à une charge correspondante grevant le budget étatique ou à la création, sur le fondement d'obligations juridiquement contraignantes prises par l'État, d'un risque économique suffisamment concret pour ce budget. Pour que des déclarations soient assimilées à une garantie étatique ou interprétées comme dévoilant un engagement irrévocable à apporter un concours financier précis, tel qu'un remboursement des dettes à brève échéance, elles doivent consister dans un engagement concret, inconditionnel et irrévocable de ressources publiques et préciser, de manière explicite, soit les sommes exactes à investir, soit les dettes concrètes à garantir, soit, à tout le moins, un cadre financier prédéfini, tel qu'une ligne de crédit à concurrence d'un certain montant, ainsi que les conditions d'octroi du concours envisagé. Le seul fait qu'un État membre ait eu recours à sa réputation particulière auprès des marchés financiers ne saurait suffire à démontrer que ses ressources ont été exposées à un risque tel qu'il puisse être considéré comme constitutif d'un transfert de ressources d'État, au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, qui soit suffisamment connexe à l'avantage conféré par ses déclarations.

Dans l'arrêt du 15 juin 2010, *Mediaset/Commission* (T-177/07, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a rappelé que la jurisprudence a admis qu'un avantage directement accordé à certaines personnes physiques ou morales qui ne sont pas nécessairement des entreprises peut constituer un avantage indirect et, partant, une aide d'État pour d'autres personnes physiques ou morales qui sont des entreprises. Doit ainsi être rejetée la thèse selon laquelle une subvention accordée aux consommateurs ne peut être qualifiée d'aide d'État en faveur des opérateurs fournissant les produits ou services de consommation.

### c) Services d'intérêt économique général

Dans l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, *M6 et TF1/Commission* (T-568/08 et T-573/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a considéré que la position selon laquelle le respect de la quatrième des conditions définies aux points 88 à 93 de l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*<sup>18</sup>, conditionne l'octroi de la dérogation prévue à l'article 86, paragraphe 2, CE, repose sur une confusion entre les conditions qui déterminent la qualification d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et celles qui sont utilisées pour évaluer la compatibilité d'une aide au titre de l'article 86, paragraphe 2, CE. Les conditions de l'arrêt *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, précité, ont pour seul et unique objet la qualification de la mesure en cause d'aide d'État, aux fins de la détermination de l'existence d'une obligation de notification de cette mesure à la Commission, dans l'hypothèse d'une aide nouvelle ou de coopération avec cette institution dans le cas d'une aide existante.

Le Tribunal a aussi indiqué que la question de savoir si une entreprise chargée du service d'intérêt économique général de la radiodiffusion pourrait remplir ses obligations de service public à un moindre coût est dénuée de pertinence pour l'appréciation de la compatibilité du financement étatique de ce service au regard des règles communautaires en matière d'aides d'État. Ce que l'article 86, paragraphe 2, CE vise à prévenir, par l'appréciation de la proportionnalité de l'aide, c'est que l'opérateur chargé du service d'intérêt économique général bénéficie d'un financement dépassant les coûts nets du service public.

Dans l'arrêt *Pays-Bas et NOS/Commission*, précité, le Tribunal a précisé que les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme

<sup>18</sup> C-280/00, Rec. p. I-7747.

des services d'intérêt économique général. Partant, la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste. En ce qui concerne la définition du service public dans le secteur de la radiodiffusion, s'il est vrai qu'il n'appartient pas à la Commission de décider si un programme doit être diffusé en tant que service d'intérêt économique général, ni de remettre en cause la nature ou la qualité d'un produit donné, elle doit, en tant que gardienne du traité, pouvoir intervenir en cas d'erreur manifeste.

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

Dans l'arrêt du 3 mars 2010, *Bundesverband deutscher Banken/Commission* (T-163/05, non encore publié), le Tribunal a rejeté l'argument selon lequel l'exercice intellectuel qui consiste à vérifier si une opération s'est déroulée dans des conditions normales de l'économie de marché doit nécessairement être fait par référence au seul investisseur ou à la seule entreprise bénéficiaire de l'investissement, alors que l'interaction entre les différents agents économiques est justement ce qui caractérise l'économie de marché. Ainsi, la Commission peut examiner la question de savoir si une entreprise aurait pu se procurer auprès d'autres investisseurs des fonds comportant pour elle les mêmes avantages et, le cas échéant, à quelles conditions. Par ailleurs, cet exercice n'exige pas non plus de faire complètement abstraction des contraintes liées à la nature du patrimoine transféré.

Par ailleurs, le Tribunal a considéré que le fait que l'un des aspects de l'opération implique une augmentation du risque encouru par l'investisseur ne justifie une augmentation de la rémunération que si ledit aspect comporte un avantage pour la banque ou si celle-ci n'est pas en mesure de refuser les fonds proposés. En revanche, si l'augmentation du risque pour l'investisseur découle d'une décision qu'il a adoptée pour des raisons qui lui sont propres, sans être influencé par les souhaits ou les besoins de la banque, celle-ci refusera de payer une majoration de la rémunération et se procurera les fonds auprès d'autres investisseurs.

Dans l'arrêt *Grèce e.a./Commission*, précité, après avoir rappelé qu'il découle de l'article 87, paragraphe 1, CE que la notion d'aide est une notion objective qui est fonction de la seule question de savoir si une mesure étatique confère à l'entreprise bénéficiaire un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché, le Tribunal a jugé que le fait que l'opération soit raisonnable pour les pouvoirs publics ou l'entreprise publique octroyant l'aide ne dispense pas de l'obligation de faire application du critère de l'investisseur privé.

#### e) Obligation de récupération de l'aide

Dans l'arrêt *Grèce e.a./Commission*, précité, le Tribunal a abordé la question de la récupération de l'aide en cas de continuité économique entre deux entreprises. En présence d'une telle continuité, la nouvelle entreprise peut être considérée comme étant le bénéficiaire effectif des aides ayant favorisé le secteur d'activités en cause, qui avaient été octroyées à l'ancienne entreprise avant que ces activités ne soient reprises par la nouvelle entreprise. En revanche, en l'absence, après la scission, d'unité économique entre les deux entreprises, des aides octroyées à l'ancienne entreprise après la scission ne sauraient être récupérées auprès de la nouvelle entreprise, au seul motif que cette entreprise en tirerait un avantage indirect. En effet, cette circonstance ne permettrait pas à elle seule de considérer que la nouvelle entreprise est la bénéficiaire effective des aides accordées à l'ancienne entreprise.

En ce qui concerne la répartition de l'obligation de restitution entre les bénéficiaires d'une aide, le Tribunal a rappelé que, dans une décision constatant l'incompatibilité d'une aide et imposant son recouvrement, la Commission n'est pas tenue de préciser dans quelle mesure chaque

entreprise bénéficiaire a profité du montant de l'aide en cause. Il revient à l'État membre concerné de déterminer le montant devant être remboursé par chacune de ces entreprises lors de la récupération de l'aide, en coopération avec la Commission, conformément à l'article 10 CE.

Par ailleurs, les critères jurisprudentiels d'identification du bénéficiaire effectif d'une aide présentent un caractère objectif. L'existence d'une continuité économique peut être établie sur la base de divers éléments objectifs, tels que l'absence de versement, en contrepartie des actifs transférés, d'un prix conforme aux conditions du marché, ou la circonstance objective que le transfert a pour effet de contourner l'obligation de restitution de l'aide litigieuse.

La constatation relative à l'existence d'une continuité économique entre deux entreprises ne permet pas de présumer que, eu égard à la persistance des difficultés économiques de ces deux sociétés après la scission, les mesures nouvelles en faveur de la nouvelle entreprise, examinées dans la décision attaquée, constituent la continuation logique des aides antérieures et appartiennent, dès lors, également à la catégorie des aides d'État. Il appartient en toute hypothèse au juge de l'Union de vérifier si, eu égard aux éléments pertinents, ces mesures peuvent raisonnablement être dissociées des mesures d'aide antérieures.

### 3. Règles procédurales

#### a) Procédure formelle d'examen

Dans l'arrêt du 3 mars 2010, *Bundesverband deutscher Banken/Commission* (T-36/06, non encore publié), le Tribunal a considéré que la question de savoir si la Commission a appliqué de manière erronée le critère de l'investisseur privé ne se confond pas avec celle de l'existence de difficultés sérieuses exigeant l'ouverture de la procédure formelle d'examen. Par ailleurs, le fait que la Commission n'ait pas répondu à certains griefs soulevés par le requérant dans le cadre d'une affaire parallèle n'implique pas qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur la mesure en cause sur la base des informations dont elle disposait et qu'elle devait, dès lors, ouvrir la procédure formelle d'examen pour compléter son enquête. Lorsque la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen à l'égard d'opérations similaires et que, à cette occasion, il avait été discuté de l'importance de certaines caractéristiques communes à toutes les opérations, il peut être considéré que la Commission dispose d'informations lui permettant d'apprécier la pertinence desdites caractéristiques.

#### b) Obligation de motivation

Dans l'arrêt *Freistaat Sachsen e.a./Commission*, précité, le Tribunal a annulé, pour insuffisance de motivation, une décision de la Commission concluant à l'existence d'une aide d'État incompatible avec le marché commun, qui ne contenait aucune référence, dans son calcul du montant de l'aide à des entreprises en difficulté, à la pratique des marchés financiers sur le cumul des risques (entreprise en difficulté, absence de sûretés, etc.), dès lors que le rapport entre les majorations retenues par la Commission et la situation spécifique des sociétés en cause n'apparaissait pas clairement et que le choix des majorations retenues avait, à tout le moins en apparence, un caractère aléatoire, et alors que la communication de la Commission concernant la méthode de fixation des taux de référence et d'actualisation<sup>19</sup> ne contient aucune indication sur ledit cumul des risques. La Commission aurait dû expliquer le recours à des primes supplémentaires ainsi que leur

<sup>19</sup> Communication 97/C 273/03 de la Commission concernant la méthode de fixation des taux de référence et d'actualisation (JO 1997, C 273, p. 3).

niveau par le biais d'une analyse de la pratique sur le marché afin de permettre auxdites sociétés de remettre en cause le caractère approprié des majorations et au Tribunal de contrôler leur légalité.

En outre, dans l'arrêt *Mediaset/Commission*, précité, le Tribunal a précisé que, appliquée à la qualification d'une mesure d'aide, l'obligation de motivation exige que soient indiquées les raisons pour lesquelles la Commission considère que la mesure en cause entre dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE. S'agissant de l'existence d'une distorsion de la concurrence sur le marché commun, si la Commission est tenue d'évoquer, dans les motifs de sa décision, à tout le moins les circonstances dans lesquelles une aide a été accordée lorsqu'elles permettent de démontrer que l'aide est de nature à affecter les échanges entre États membres et à fausser ou à menacer de fausser la concurrence, elle n'est, en revanche, pas tenue de procéder à une analyse économique de la situation réelle des marchés concernés, de la part de marché des entreprises bénéficiaires des aides, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges entre États membres. En outre, dans le cas d'aides accordées illégalement, la Commission n'est pas tenue de faire la démonstration de l'effet réel que ces aides ont eu sur la concurrence et sur les échanges entre États membres. Si tel était le cas, en effet, cette exigence aboutirait à favoriser les États membres qui versent des aides illégales au détriment de ceux qui notifient les aides à l'état de projet. En particulier, il suffit que la Commission établisse que l'aide litigieuse est de nature à affecter les échanges entre les États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de délimiter le marché en cause.

### *Marque communautaire*

Les décisions relatives à l'application des règlements (CE) n° 40/94<sup>20</sup> et (CE) n° 207/2009<sup>21</sup> représentent, encore en 2010, une partie importante des affaires réglées par le Tribunal (180 affaires, soit 34 % du nombre total d'affaires réglées en 2010).

#### 1. Motifs absolus de refus

L'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 et du règlement n° 207/2009 interdit l'enregistrement comme marque communautaire des signes qui sont dépourvus de caractère distinctif, ledit caractère distinctif devant être apprécié par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement a été demandé et à la perception qu'en a le public pertinent.

Dans l'arrêt du 15 juin 2010, *X Technology Swiss/OHMI (Coloration orange de la pointe d'une chaussette)* (T-547/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a rejeté le recours dirigé contre la décision de la chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), selon laquelle une coloration orange en forme de capuchon couvrant la pointe des articles chaussant de bonneterie est, pour le consommateur moyen, un signe dépourvu de caractère distinctif. En premier lieu, le Tribunal a jugé que la chambre de recours n'a pas commis d'erreur en appliquant la jurisprudence relative aux marques tridimensionnelles à la marque demandée, qualifiée par la requérante de «marque de position». En effet, le Tribunal a précisé que la qualification d'une «marque de position», en tant que marque figurative ou tridimensionnelle ou en tant que catégorie spécifique de marques, est sans pertinence dans le cadre de l'appréciation de son caractère distinctif, le fait qu'un signe se confonde avec l'aspect du produit désigné étant déterminant pour l'applicabilité de cette jurisprudence. En deuxième lieu, le Tribunal a estimé

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

<sup>21</sup> Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO L 78, p. 1), ayant remplacé le règlement n° 40/94.

que, lorsqu'un signe n'est pas en mesure d'identifier l'origine commerciale des produits, il ne peut être enregistré en tant que marque, nonobstant le fait qu'il vise des produits qui sont soumis aux tendances de la mode et que, par conséquent, de nombreux signes similaires existent ou sont créés constamment dans le secteur industriel concerné. Enfin, le Tribunal a clarifié le fait que le risque qu'un élément de présentation d'un produit ou d'un service soit copié par un concurrent est sans préjudice de l'interprétation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, car l'opérateur économique qui utilise, dans la vie des affaires, un signe qui ne remplit pas la condition posée par cette disposition pourrait, le cas échéant, établir que ce dernier a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, ou avoir recours aux autres moyens juridiques éventuellement à sa disposition, tels que le droit des dessins ou modèles ou une action exercée au titre de la concurrence déloyale.

Par ailleurs, dans les arrêts du 12 novembre 2010, *Deutsche Bahn/OHMI (Combinaison horizontale des couleurs grise et rouge)* (T-404/09 non publié) et *Deutsche Bahn/OHMI (Combinaison verticale des couleurs grise et rouge)* (T-405/09, non publié), le Tribunal est revenu sur la question du caractère distinctif d'une combinaison de couleurs. Dans ces deux arrêts, le Tribunal a confirmé l'approche restrictive aux demandes d'enregistrement comme marque d'une combinaison de couleurs et a constaté que la combinaison de couleurs ne présentait pas d'écart perceptible, pour le public concerné, par rapport aux couleurs communément utilisées pour les services visés et était, par conséquent, dépourvue de caractère distinctif.

## 2. Motifs relatifs de refus

Dans l'arrêt du 22 juin 2010, *Montero Padilla/OHMI – Padilla Requena (JOSE PADILLA)* (T-255/08, non encore publié), le Tribunal apporte une précision quant aux motifs sur lesquels une opposition peut être fondée. La requérante avait, en substance, demandé au Tribunal de contrôler la légalité de la décision de la chambre de recours de l'OHMI au regard de l'article 9 du règlement n° 40/94, relatif au droit conféré par la marque communautaire. Le Tribunal précise que les motifs sur lesquels une opposition peut être fondée, tels qu'énoncés à l'article 42, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, sont uniquement les motifs relatifs de refus, tels que visés à l'article 8 du même règlement, car l'article 9 de ce règlement définit l'étendue du droit conféré par la marque communautaire et, partant, les effets de l'enregistrement de cette dernière, mais ne concerne pas les conditions de l'enregistrement. Dès lors, l'article 9 du règlement n° 40/94 ne fait pas partie du cadre juridique à prendre en compte par l'OHMI lorsqu'il examine une demande d'enregistrement ou une opposition. En outre, le Tribunal estime qu'il résulte du libellé de l'article 8, paragraphe 5, du règlement n° 40/94, qui utilise les termes «pour lesquels la marque antérieure est enregistrée», que cette disposition ne s'applique aux marques antérieures au sens de l'article 8, paragraphe 2, du même règlement que dans la mesure où elles ont fait l'objet d'un enregistrement. Par conséquent, l'article 8, paragraphe 5, du règlement n° 40/94 ne protège, à l'égard de produits ou de services non similaires, que les marques notoirement connues, au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris<sup>22</sup>, pour lesquelles une preuve d'enregistrement est produite. Enfin, le Tribunal précise que le droit d'auteur ne peut constituer un «signe utilisé dans la vie des affaires», au sens de l'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 40/94, ainsi qu'il ressort de l'économie de l'article 52 de ce règlement. Cette dernière disposition prévoit, à son paragraphe 1, sous c), qu'une marque communautaire est déclarée nulle lorsqu'il existe un droit antérieur visé à l'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 40/94 et que les conditions énoncées dans ce paragraphe sont remplies. Le paragraphe 2, sous c), du même article dispose qu'une marque communautaire est également

<sup>22</sup> Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, du 20 mars 1883, telle que révisée et modifiée.

déclarée nulle si son usage peut être interdit en vertu d'un «autre» droit antérieur, et notamment d'un droit d'auteur. Il s'ensuit que le droit d'auteur ne fait pas partie des droits antérieurs visés à l'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 40/94.

### 3. Relation entre motifs absolus et motifs relatifs de refus

Dans l'arrêt *JOSE PADILLA*, précité, le Tribunal souligne qu'il ressort du libellé de l'article 42, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, ainsi que de l'économie du même article et de l'article 43 dudit règlement, que les motifs absolus de refus visés à l'article 7 de ce règlement n'ont pas à être examinés dans le cadre d'une procédure d'opposition. En effet, les motifs sur lesquels une opposition peut être fondée, tels qu'énoncés à l'article 42, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, sont uniquement les motifs relatifs de refus, tels que visés à l'article 8 du même règlement.

### 4. Questions de procédure

Dans l'arrêt du 28 avril 2010, *Claro/OHMI – Telefónica (Claro)* (T-225/09, non publié, sous pourvoi), le Tribunal rejette le recours dirigé contre la décision de la chambre de recours de l'OHMI, par laquelle celle-ci a considéré un recours comme étant irrecevable, au motif qu'aucun mémoire exposant les motifs n'avait été déposé dans le délai prévu à l'article 59 du règlement n°40/94. La requérante avait fait valoir l'inutilité de la présentation d'un mémoire en raison, d'une part, du fait qu'elle contestait dans son intégralité la décision de la division d'opposition ayant fait droit à l'opposition sur la base du motif relatif de refus visé à l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 et, d'autre part, de la continuité fonctionnelle entre les différentes instances de l'OHMI, lesquelles sont tenues de fonder leurs décisions en se référant à la procédure devant l'instance inférieure. Le Tribunal précise que le dépôt d'un mémoire exposant les motifs du recours n'était aucunement inutile, car il appartient à la partie ayant formé un recours devant une chambre de recours d'exposer les motifs sur lesquels ce recours est fondé. Il n'incombe pas, en revanche, à la chambre de recours de déterminer, par des déductions, les motifs sur lesquels le recours dont elle a à connaître est fondé. En outre, en ce qui concerne la continuité fonctionnelle, le Tribunal fait de nouveau application des principes établis par la Cour dans l'arrêt du 13 mars 2007, *OHMI/Kaul*<sup>23</sup>, en précisant qu'il résulte de l'article 62, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 que, de par l'effet du recours dont elle est saisie, la chambre de recours est appelée à procéder à un nouvel examen complet du fond de l'opposition, tant en droit qu'en fait. Toutefois, un tel examen suppose que le recours devant la chambre de recours est recevable, car, s'il est irrecevable, la chambre de recours doit le rejeter sans l'examiner au fond.

Ensuite, dans l'arrêt du 16 juin 2010, *Kureha/OHMI – Sanofi-Aventis (KREMEZIN)* (T-487/08, non publié), le Tribunal s'est prononcé sur la valeur probante d'une publication de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) présentée tardivement en vue de prouver l'existence de la marque antérieure. Le Tribunal juge qu'aucune disposition des règlements n° 40/94 et (CE) n° 2868/95<sup>24</sup> ne s'oppose à ce que les instances de l'OHMI considèrent que la publication par l'OMPI de l'enregistrement international satisfait aux exigences requises par la règle 19, paragraphe 2, du règlement n° 2868/95. Par conséquent, la contestation éventuelle de la valeur probante d'une publication de l'OMPI de l'enregistrement international est régie par la règle 20, paragraphes 2 et 4, du règlement n° 2868/95, dès lors que ces deux dispositions règlent l'échange d'observations et de preuves entre les parties par l'intermédiaire de l'OHMI, tandis que la règle 19 de ce même

<sup>23</sup> C-29/05 P, Rec. p. I-2213.

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

règlement ne concerne que la communication entre l'OHMI et l'opposant. En outre, le Tribunal considère qu'il ressort d'une lecture combinée des dispositions applicables des règlements n°s 40/94 et 2868/95 que, dans le cadre de l'application de la règle 20 du règlement n° 2868/95, l'OHMI peut, d'une part, inviter les parties à produire des observations aussi souvent qu'il le juge nécessaire, et, d'autre part, prendre en compte, s'il le juge opportun, des éléments qui lui sont communiqués hors délai par les parties.

En outre, l'arrêt du 13 septembre 2010, *Inditex/OHMI – Marín Díaz de Cerio (OFTEN)* (T-292/08, non encore publié), a permis au Tribunal de préciser si les questions de la preuve de l'usage sérieux d'une marque antérieure et de la similitude entre les produits, qui ne sont pas soulevées devant une chambre de recours de l'OHMI, font partie du cadre du litige devant cette instance, dès lors qu'elles ont été soulevées devant la division d'opposition. En ce qui concerne la question de l'usage sérieux, le Tribunal juge qu'elle présente un caractère spécifique et préalable, puisqu'elle conduit à déterminer si, aux fins de l'examen de l'opposition, la marque antérieure peut être réputée enregistrée pour les produits ou les services en cause. Par conséquent, ladite question ne s'inscrit pas dans le cadre de l'examen de l'opposition proprement dite, dès lors que le moyen tiré de l'insuffisance de la preuve de l'usage sérieux ne fait pas partie de l'objet du litige devant la chambre de recours, celui-ci étant limité à l'examen relatif à l'existence d'un risque de confusion. En revanche, une opposition fondée sur l'existence d'un risque de confusion a pour effet de saisir l'OHMI de la question de l'identité ou de la similitude tant des marques en cause que des produits et des services qu'elles visent, compte tenu de l'interdépendance entre les facteurs pris en compte dans le cadre de l'appréciation globale du risque de confusion.

Enfin, dans l'arrêt du 9 décembre 2010, *Tresplain Investment/OHMI – Hoo Hing (Golden Elephant Brand)* (T-303/08, non encore publié), le Tribunal rappelle que les moyens qui ne sont pas invoqués par la requérante devant les instances de l'OHMI ne sont pas recevables devant lui. Toutefois, selon une jurisprudence constante, l'OHMI peut être appelé à tenir compte du droit national d'un État membre dans lequel la marque antérieure sur laquelle est fondée la demande en nullité jouit d'une protection, en raison du fait que la limitation de la base factuelle de l'examen opéré par l'OHMI n'exclut pas que celui-ci prenne en considération, outre les faits avancés explicitement par les parties, des faits notoires, lorsque ces faits sont nécessaires à l'appréciation des conditions d'application d'une cause de nullité et, notamment, de la force probante des pièces présentées. En l'espèce, la requérante a fait valoir que, dans le cadre de l'examen de l'existence d'une présentation trompeuse, la chambre de recours de l'OHMI aurait dû prendre en considération le fait que l'intervenante n'avait apporté la preuve d'aucun cas de confusion. Si la requérante fait valoir que le droit d'un État membre (en l'espèce le Royaume-Uni) exige, en cas de coexistence de deux marques sur le marché, que la preuve de cas concrets de confusion soit apportée dans le cadre d'une action en usurpation d'appellation à niveau national, un tel argument est recevable même si la requérante ne l'a pas fait valoir devant l'OHMI, à condition que la coexistence des marques résulte du dossier. En outre, le Tribunal juge que le fait que l'intervenante n'ait pris connaissance de la situation juridique qu'au cours de la procédure, dans la mesure où, au moment où elle a introduit son mémoire en réponse, le Tribunal n'avait pas encore rejeté comme irrecevable le recours séparé qu'elle avait introduit, ne peut constituer un élément de fait ou de droit nouveau au sens de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal.



## 5. Dessins et modèles communautaires

Au cours de l'année 2010, le Tribunal a été amené, pour la première fois, à appliquer le règlement (CE) n° 6/2002<sup>25</sup>.

Dans l'arrêt du 18 mars 2010, *Grupo Promer Mon Graphic/OHMI – PepsiCo (Représentation d'un support promotionnel circulaire)* (T-9/07, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal précise que la liste de motifs de nullité d'un dessin ou modèle communautaire établie par l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 6/2002 doit être considérée comme étant exhaustive et ne comprend pas la mauvaise foi du titulaire du dessin ou modèle communautaire contesté. Le Tribunal procède en outre à la définition de certaines notions fondamentales du règlement n° 6/2002. En ce qui concerne celle de «conflit», le Tribunal relève qu'il convient d'interpréter l'article 25, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 6/2002 en ce sens qu'un dessin ou modèle communautaire est en conflit avec un dessin ou modèle antérieur lorsque, compte tenu de la liberté du créateur dans l'élaboration dudit dessin ou modèle communautaire, ce dessin ou modèle ne produit pas sur l'utilisateur averti une impression globale différente de celle produite par le dessin ou modèle antérieur invoqué. Par ailleurs, le Tribunal explicite la portée des notions de «degré de liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle», d'«utilisateur averti» et d'«impression globale». S'agissant du degré de liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle, le Tribunal juge qu'il doit être défini à partir, notamment, des contraintes liées aux caractéristiques imposées par la fonction technique du produit ou d'un élément du produit, ou encore des prescriptions légales applicables au produit. En ce qui concerne l'utilisateur averti, le Tribunal précise qu'il n'est ni un fabricant ni un vendeur des produits dans lesquels les dessins ou modèles en cause sont destinés à être incorporés ou auxquels ils sont destinés à être appliqués, bien qu'il soit doté d'une vigilance particulière et qu'il dispose d'une certaine connaissance de l'état de l'art antérieur, c'est-à-dire du patrimoine des dessins ou modèles relatifs au produit en cause qui ont été divulgués à la date du dépôt du dessin ou modèle contesté ou, le cas échéant, à la date de la priorité revendiquée. Enfin, le Tribunal précise que, dans le cadre de l'appréciation concrète de l'impression globale des dessins ou modèles en cause, il y a lieu de tenir compte du degré de liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle contesté. Dès lors, dans la mesure où des similitudes entre les dessins ou modèles en cause concernent des caractéristiques communes, ces similitudes n'auront que peu d'importance dans l'impression globale produite par lesdits dessins ou modèles sur l'utilisateur averti. Par conséquent, plus la liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle contesté est restreinte, plus des différences mineures entre les dessins ou modèles en cause pourront suffire à produire une impression globale différente sur l'utilisateur averti.

Ensuite, dans l'arrêt du 12 mai 2010, *Beifa Group/OHMI – Schwan-Stabilo Schwanhäüßer (Instrument d'écriture)* (T-148/08, non encore publié), le Tribunal apporte des précisions quant à l'interprétation de l'article 25, paragraphe 1, sous e), du règlement n° 6/2002, lequel dispose qu'un dessin ou modèle communautaire ne peut être déclaré nul que s'il est fait usage d'un signe distinctif dans un dessin ou modèle ultérieur et que le droit communautaire ou la législation de l'État membre concerné régissant ce signe confère au titulaire du signe le droit d'interdire cette utilisation. Selon le Tribunal, ledit article couvre aussi l'hypothèse d'une similitude entre les signes et pas seulement celle d'une identité, de sorte que c'est sans commettre d'erreur de droit que la chambre de recours a interprété la disposition en ce sens qu'elle peut être invoquée par le titulaire d'un signe distinctif pour demander la déclaration de nullité d'un dessin ou modèle communautaire ultérieur, lorsque, dans ledit dessin ou modèle, il est fait usage d'un signe présentant une similitude avec le sien.

<sup>25</sup> Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil, du 12 décembre 2001, sur les dessins ou modèles communautaires (JO 2002, L 3, p. 1).

Le Tribunal examine en outre la question des modalités de présentation d'une demande de preuve de l'usage sérieux par le titulaire d'un dessin ou modèle communautaire visé par une demande de nullité, en l'absence de dispositions spécifiques à cet égard dans le règlement n° 6/2002. Le Tribunal relève que ladite demande doit être présentée expressément et en temps utile devant l'OHMI. En revanche, une demande de preuve de l'usage sérieux du signe antérieur invoquée à l'appui d'une demande en nullité d'un dessin ou modèle communautaire ne saurait être présentée pour la première fois devant la chambre de recours.

Enfin, dans l'arrêt du 22 juin 2010, *Shenzhen Taiden/OHMI – Bosch Security Systems (Équipement de communication)* (T-153/08, non encore publié), le Tribunal précise que, ainsi qu'il ressort du considérant 14 du règlement n° 6/2002, dans l'appréciation du caractère individuel d'un dessin ou modèle, au sens de l'article 6 du même règlement, il convient de tenir compte de la nature du produit auquel le dessin ou modèle s'applique ou dans lequel celui-ci est incorporé et, notamment, du secteur industriel dont il relève. En outre, le Tribunal explicite la notion d'«utilisateur averti», en soulignant que la qualité d'«utilisateur» implique que la personne concernée utilise le produit dans lequel est incorporé le dessin ou modèle en conformité avec la finalité à laquelle ce même produit est destiné et que le qualificatif «averti» suggère que l'utilisateur, sans être un concepteur ou un expert technique, connaît les différents dessins ou modèles existant dans le secteur concerné, dispose d'un certain degré de connaissances quant aux éléments que ces dessins ou modèles comportent normalement et, du fait de son intérêt pour les produits concernés, fait preuve d'un degré d'attention relativement élevé lorsqu'il les utilise. Toutefois, cette circonstance n'implique pas que l'utilisateur averti soit en mesure de distinguer, au-delà de l'expérience qu'il a accumulée du fait de l'utilisation du produit concerné, les aspects de l'apparence du produit, qui sont dictés par la fonction technique de ce dernier, de ceux qui sont arbitraires.

## Environnement

### 1. Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre

Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, instauré par la directive 2003/87/CE<sup>26</sup>, constitue une source nouvelle et constante de contentieux pour le Tribunal depuis 2007.

Cette année, on mentionnera l'arrêt du 2 mars 2010, *Arcelor/Parlement et Conseil* (T-16/04, non encore publié). Dans le cadre d'un recours en indemnité visant à la réparation de dommages prétendument causés à la requérante à la suite de l'adoption de ladite directive, le Tribunal juge que le législateur communautaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice des compétences en matière environnementale au titre des articles 174 CE et 175 CE. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire implique, d'une part, la nécessité pour ce législateur d'anticiper et d'évaluer des évolutions écologiques, scientifiques, techniques et économiques de caractère complexe et incertain, et, d'autre part, la mise en balance et l'arbitrage par ce législateur entre les différents objectifs, principes et intérêts visés à l'article 174 CE. Cela se traduit dans la directive 2003/87 par l'établissement d'une série d'objectifs et de sous-objectifs partiellement contradictoires.

Par ailleurs, le Tribunal rappelle que les institutions doivent respecter, au même titre que les États membres, les libertés fondamentales, telles que la liberté d'établissement, qui servent à atteindre un des objectifs essentiels de l'Union, notamment celui de la réalisation du marché intérieur. Il n'en

<sup>26</sup> Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (JO L 275, p. 32).

résulte pas que le législateur communautaire est tenu de régir la matière en cause d'une façon telle que la législation communautaire, en particulier lorsqu'elle prend la forme d'une directive, fournisse une solution exhaustive et définitive à certains problèmes soulevés sous l'angle de la réalisation du marché intérieur ou qu'elle procède à une harmonisation complète des législations nationales afin d'écartier toute entrave concevable aux échanges. Lorsque ce législateur est appelé à restructurer ou à créer un système complexe, tel que le système d'échange de quotas, il lui est loisible de recourir à une approche par étapes et de ne procéder qu'à une harmonisation progressive des législations nationales en cause.

Le Tribunal souligne que, en vertu du principe de subsidiarité, la réglementation de l'Union en matière de protection de l'environnement n'envisage pas une harmonisation complète, les États membres étant libres d'adopter des mesures de protection renforcées, celles-ci étant soumises aux seules conditions qu'elles soient compatibles avec le traité et qu'elles soient notifiées à la Commission. Le seul fait que le législateur communautaire ait laissé ouverte une question particulière relevant du champ d'application de la directive 2003/87 et de celui d'une liberté fondamentale ne justifie pas, en soi, de qualifier cette omission comme étant contraire aux règles du traité. En outre, la mise en œuvre de la directive 2003/87 étant soumise au contrôle des juridictions nationales, il incombe à ces juridictions de poser à la Cour une question préjudicielle au cas où elles rencontrent des difficultés relatives à l'interprétation ou à la validité de cette directive.

Enfin, la requérante faisait valoir que la directive 2003/87 violait le principe de sécurité juridique du fait de l'absence de disposition régissant l'étendue des conséquences financières susceptibles de découler tant de l'éventuelle insuffisance de quotas d'émission délivrés à une installation que du prix de ces quotas, ce prix étant exclusivement déterminé par les forces du marché né à la suite de l'établissement du système d'échange de quotas. À cet égard, le Tribunal constate qu'une régulation du prix des quotas serait susceptible de contrecarrer l'objectif principal de la directive 2003/87, à savoir la réduction des émissions de gaz à effet de serre moyennant un système d'échange de quotas performant, dans le cadre duquel le coût des émissions et des investissements réalisés aux fins de la réduction de celles-ci est essentiellement déterminé par les mécanismes du marché. En cas d'insuffisance de quotas, l'incitation des exploitants à réduire ou non leurs émissions de gaz à effet de serre est fonction d'une décision économique complexe prise eu égard notamment aux prix des quotas d'émission disponibles sur le marché d'échange et aux coûts d'éventuelles mesures de réduction des émissions qui peuvent avoir pour objet soit de baisser la production, soit d'investir dans des moyens de production plus efficaces en termes de rendement énergétique. Dans un tel système, l'augmentation du coût des émissions ne peut être réglementée au préalable par le législateur, sous peine de réduire, voire d'anéantir, les incitations économiques qui constituent le fondement de son fonctionnement et de perturber ainsi l'efficacité du système d'échange de quotas.

Le manque de prévisibilité de l'évolution du marché d'échange constitue un élément inhérent et indissociable du mécanisme économique caractérisant le système d'échange de quotas, soumis aux règles classiques de l'offre et de la demande, et ne saurait être contraire au principe de sécurité juridique.

## 2. Transport aérien – Relations extérieures

Dans l'arrêt du 9 septembre 2010, *Suisse/Commission* (T-319/05, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a été saisi d'un litige relatif à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération

suisse sur le transport aérien<sup>27</sup> et aux mesures allemandes concernant les approches de l'aéroport de Zurich (Suisse).

Étant donné la proximité de la frontière allemande, la majorité des vols atterrissant à Zurich et la plupart des décollages au début de la matinée et en fin de soirée doivent utiliser l'espace aérien allemand. L'utilisation de cet espace aérien a, entre 1984 et 2001, fait l'objet d'un accord bilatéral, puis de négociations, entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne. En 2003, les autorités fédérales allemandes de l'aviation ont adopté une réglementation nationale en matière de trafic aérien. Celle-ci établit des mesures qui visaient, en substance, à empêcher, dans des conditions météorologiques normales, le survol à basse altitude du territoire allemand près de la frontière suisse entre 21 heures et 7 heures les jours ouvrables et entre 20 heures et 9 heures les week-ends et les jours fériés, afin de réduire le bruit auquel la population locale était exposée.

Se fondant sur l'accord entre la Communauté et la Confédération suisse sur le transport aérien (qui applique, aux fins de l'accord, le règlement (CEE) n° 2408/92<sup>28</sup>), la Confédération suisse a déposé une plainte auprès de la Commission, lui demandant de prendre une décision afin que la République fédérale d'Allemagne cesse d'appliquer les mesures introduites par la réglementation nationale. Cette plainte ayant été rejetée, la Confédération suisse a introduit un recours contre cette décision, en alléguant, notamment, la violation des principes d'égalité de traitement, de proportionnalité et de libre prestation des services dans le secteur du transport aérien.

Le Tribunal constate tout d'abord que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en considérant que les mesures allemandes n'imposent pas de conditions, ni ne limitent ou refusent l'exercice des droits de trafic. En effet, les mesures allemandes n'impliquent nullement une quelconque interdiction, fût-elle conditionnelle ou partielle, de passage à travers l'espace aérien allemand des vols au départ ou à destination de l'aéroport de Zurich, mais se bornent à une simple modification de la trajectoire des vols concernés, après leur décollage ou avant leur atterrissage à l'aéroport de Zurich.

Par ailleurs, s'agissant de la violation du principe d'égalité de traitement au détriment des transporteurs aériens suisses utilisant l'aéroport de Zurich en tant qu'aéroport pivot, le Tribunal souligne que la constatation qu'une mesure aboutit au même résultat qu'une discrimination fondée sur la nationalité ne suffit pas pour conclure à son incompatibilité avec l'article 3 de l'accord en cause, et qu'il convient de vérifier si ladite mesure n'est pas justifiée par des circonstances objectives et si elle n'est pas proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit. Or, la proximité avec une zone à caractère touristique et, à ce titre, particulièrement vulnérable aux émissions sonores, constitue une circonstance objective qui justifie l'adoption de ces mesures à l'égard du seul aéroport de Zurich. En outre, le Tribunal estime que les mesures allemandes sont proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent, à savoir réduire la nuisance sonore en provenance d'avions dans la partie du territoire allemand limitrophe de la Suisse, pendant les heures de nuit et les week-ends, et que la République fédérale d'Allemagne n'avait pas d'autres moyens à sa disposition pour obtenir la réduction de la nuisance sonore. En particulier, le respect d'un contingent de bruit pourrait être très difficile à contrôler et sa violation pourrait s'avérer impossible à sanctionner, contrairement aux obligations liées à la fixation d'altitudes de vol minimales.

<sup>27</sup> Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, signé le 21 juin 1999 à Luxembourg (JO 2002, L 114, p. 73).

<sup>28</sup> Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires (JO L 240, p. 8).

Enfin, dans le cadre de l'examen de l'éventuelle violation de la libre prestation des services dans le secteur du transport aérien, le Tribunal souligne que l'objectif de la réduction de la nuisance sonore constitue un aspect spécifique de la protection de l'environnement, laquelle figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier des restrictions aux libertés fondamentales garanties par le traité CE, dont notamment à la libre prestation des services, et que les mesures en question sont proportionnées à cet objectif.

### *Politique étrangère et de sécurité commune*

Le Tribunal a prononcé, cette année, cinq arrêts relatifs à des mesures restrictives prises à l'encontre de personnes dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune. En particulier, dans deux arrêts des 9 et 30 septembre 2010, le Tribunal a été amené à développer sa jurisprudence, déjà substantielle, en matière de lutte contre le terrorisme.

Premièrement, en ce qui concerne l'étendue du contrôle juridictionnel opéré sur les mesures de gel de fonds prises en exécution de résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2010, *Kadi/Commission* (T-85/09, non encore publié, sous pourvoi), tire les conséquences de l'arrêt de la Cour du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*<sup>29</sup> ayant annulé l'arrêt du Tribunal du 21 septembre 2005, *Kadi/Conseil et Commission*<sup>30</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a infirmé la position du Tribunal et a jugé que le juge de l'Union est pleinement compétent pour contrôler la légalité des mesures adoptées par la Communauté qui mettent en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies. Statuant sur le litige, la Cour a ensuite annulé le règlement de gel des fonds en considérant que celui-ci avait été adopté en violation des droits fondamentaux de l'intéressé, tout en maintenant ses effets pendant une période ne pouvant excéder trois mois pour permettre de remédier aux violations constatées.

À la suite de l'arrêt de la Cour, la Commission a informé le requérant de son intention de maintenir son inscription au règlement (CE) n° 881/2002<sup>31</sup>, sur le fondement d'un résumé des motifs établis par le comité des sanctions du Conseil de sécurité pour l'inscription du requérant sur la liste des personnes auxquelles le gel des fonds et des ressources économiques devrait s'appliquer, et l'a invité à présenter ses observations à cet égard. Le 28 novembre 2008, la Commission a adopté un nouveau règlement<sup>32</sup> maintenant le gel des fonds du requérant.

Saisi par le requérant d'un recours en annulation contre ce dernier règlement, le Tribunal considère que, à la lumière de l'arrêt de la Cour *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, précité, il lui incombe d'assurer en l'espèce un contrôle juridictionnel complet et rigoureux de la légalité du règlement, sans faire bénéficier ce règlement d'une quelconque immunité juridictionnelle au motif qu'il vise à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies. Il doit en aller ainsi, à tout le moins, aussi longtemps que les procédures de réexamen mises en œuvre par le comité des sanctions n'offrent manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective. Ce contrôle doit porter, indirectement,

<sup>29</sup> C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351.

<sup>30</sup> T-315/01, Rec. p. II-3649.

<sup>31</sup> Règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil, du 27 mai 2002, instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, et abrogeant le règlement (CE) n° 467/2001 (JO L 139, p. 9).

<sup>32</sup> Règlement (CE) n° 1190/2008 de la Commission, du 28 novembre 2008, modifiant pour la cent et unième fois le règlement (CE) n° 881/2002 (JO L 322, p. 25).

sur les appréciations de fond effectuées par le comité des sanctions lui-même ainsi que sur les éléments de preuve qui les sous-tendent. Cela est d'autant plus justifié que les mesures en cause affectent de façon sensible et durable les droits fondamentaux du requérant, qui est assujéti, depuis près de dix ans maintenant, à un régime qui gèle indéfiniment l'intégralité de ses fonds. Le Tribunal précise, à cet égard, que, à l'échelle d'une vie humaine, dix ans représentent une durée considérable, et que la qualification des mesures en question comme étant de nature préventive ou répressive, conservatoire ou confiscatoire, civile ou pénale, paraît désormais ouverte.

Dans le cadre de ce contrôle complet, et transposant les critères retenus par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *A. e.a. c. Royaume-Uni*<sup>33</sup>, le Tribunal considère que les droits de la défense du requérant n'ont été «respectés» que de manière purement formelle et apparente. La Commission n'a pas dûment tenu compte de l'opinion exprimée par celui-ci et ne lui a donné aucun accès, ne serait-ce que minime, aux éléments de preuve retenus à sa charge, sans aucune mise en balance de ses intérêts au regard de la nécessité de protéger la confidentialité des informations en question. Dans ces conditions, les quelques éléments d'information et les vagues allégations figurant dans le résumé des motifs apparaissent comme étant manifestement insuffisants pour permettre au requérant de réfuter de façon efficace les accusations dont il fait l'objet.

Le Tribunal juge ainsi que le règlement a été adopté en violation des droits de la défense. En outre, à défaut d'avoir eu le moindre accès utile aux informations et aux éléments de preuve retenus à sa charge, le requérant n'a pu également défendre ses droits au regard de ces éléments dans des conditions satisfaisantes devant le juge de l'Union, de sorte qu'une violation du droit à un recours juridictionnel effectif doit également être constatée. Enfin, le Tribunal constate que, étant donné la portée générale et la persistance des mesures de gel des fonds, le règlement constitue également une restriction injustifiée du droit de propriété.

Deuxièmement, en ce qui concerne les décisions nationales pouvant constituer le fondement d'une mesure de gel de fonds adoptée par le Conseil, le Tribunal a, dans l'arrêt du 9 septembre 2010, *Al-Aqsa/Conseil* (T-348/07, non encore publié), précisé les conditions dans lesquelles un jugement en référé, intervenu dans le cadre d'une procédure visant à obtenir, au provisoire, la suspension d'une mesure nationale de gel des fonds (*Sanctieregeling*), constitue bien une «décision» prise par une autorité compétente, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la position commune 2001/931/PESC<sup>34</sup> et de l'article 2, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 2580/2001<sup>35</sup>.

Le Tribunal relève, à cet égard, que, pas plus que la *Sanctieregeling*, le jugement en référé ne constitue, à proprement parler, une décision d'«ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste» et qu'il ne porte pas non plus «condamnation» de la requérante, au strict sens pénal du terme. Néanmoins, eu égard à son contenu, à sa portée et à son contexte, le jugement en référé, considéré ensemble avec la *Sanctieregeling*, constitue bien une «décision» prise par une autorité compétente, au sens des dispositions précitées de la position commune 2001/931 et du règlement n° 2580/2001, lesquelles ne requièrent pas que la «décision» nationale s'inscrive dans le cadre d'une procédure pénale stricto sensu.

<sup>33</sup> Arrêt du 19 février 2009 (non encore publié au *Recueil des arrêts et décisions*).

<sup>34</sup> Position commune 2001/931/PESC du Conseil, du 27 décembre 2001, relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (JO L 344, p. 93).

<sup>35</sup> Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (JO L 344, p. 70).

Par ailleurs, une décision nationale d'«ouverture d'enquêtes ou de poursuites» doit, pour pouvoir être valablement invoquée par le Conseil, s'inscrire dans le cadre d'une procédure nationale visant directement et à titre principal à l'imposition d'une mesure de type préventif ou répressif à l'encontre de l'intéressée, au titre de la lutte contre le terrorisme. Contrairement à la décision d'une autorité judiciaire nationale qui ne se prononce qu'à titre accessoire et incident sur l'implication possible de l'intéressée dans une telle activité, le Tribunal considère que le jugement en référé invoqué en l'espèce par le Conseil s'inscrit de manière suffisamment directe dans le cadre d'une procédure nationale visant à titre principal à l'imposition d'une mesure de sanction économique à l'intéressée, à savoir le gel de ses fonds opéré par la Sanctieregeling elle-même, du fait de son implication dans une activité terroriste.

Se posait toutefois également la question de savoir si le jugement en référé en cause pouvait toujours fonder la décision du Conseil alors que la Sanctieregeling avait été abrogée par les autorités nationales postérieurement au rejet de la demande de référé. Le Tribunal considère que tel n'est pas le cas. Par ce jugement, en effet, le juge des référés avait tout simplement refusé de suspendre, au provisoire, les effets de la Sanctieregeling. Or, celle-ci a définitivement cessé de produire un quelconque effet juridique du fait de son abrogation. Il doit en aller de même, par voie de conséquence, des effets juridiques attachés au jugement en référé, d'autant que celui-ci ne comportait qu'une appréciation au provisoire, sans préjudice de ce qui serait décidé sur le fond au terme du procès. Il ne serait d'ailleurs pas compatible avec l'économie générale du règlement n° 2580/2001, caractérisée par la prépondérance que doivent avoir les éléments de la procédure nationale dans l'appréciation du Conseil, que la Sanctieregeling, qui ne produit plus aucun effet dans l'ordre juridique néerlandais, continue à en produire indirectement et indéfiniment, par le truchement du jugement en référé, dans l'ordre juridique communautaire. Le Conseil a ainsi outrepassé les limites de son pouvoir d'appréciation en maintenant indéfiniment la requérante dans la liste litigieuse, lors du réexamen périodique de sa situation, au seul motif que la décision du juge des référés n'était pas remise en cause, dans l'ordre judiciaire néerlandais, par l'instance juridictionnelle d'appel de référé ou par l'instance juridictionnelle de fond, alors que la décision administrative dont il avait été demandé à ce juge de suspendre les effets avait entre-temps été abrogée par son auteur.

### *Accès aux documents des institutions*

La procédure d'accès aux documents de la Commission, régie notamment par les articles 6 à 8 du règlement n° 1049/2001, se déroule en deux étapes. En premier lieu, le demandeur doit adresser à la Commission une demande initiale d'accès aux documents. En second lieu, en cas de refus total ou partiel, le demandeur peut présenter une demande confirmative auprès du secrétaire général de la Commission. Seule la mesure adoptée par le secrétaire général est susceptible de produire des effets juridiques de nature à affecter les intérêts du demandeur et, partant, de faire l'objet d'un recours en annulation.

Dans l'arrêt du 19 janvier 2010, *Co-Frutta/Commission* (T-355/04 et T-446/04, Rec. p. II-1)<sup>36</sup>, le Tribunal a été amené à décrire les conséquences de l'expiration du délai de quinze jours ouvrables prorogeable, dans lequel l'institution doit répondre à la demande confirmative. Selon le Tribunal, ce délai, prévu à l'article 8, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1049/2001, est impératif. Cependant, l'expiration de ce délai n'a pas pour effet de priver l'institution du pouvoir d'adopter une décision. En effet, aucun principe juridique ne fait perdre à l'administration sa compétence pour répondre

<sup>36</sup> Voir également arrêt du Tribunal du 10 décembre 2010, *Ryanair/Commission* (T-494/08 à T-500/08 et T-509/08, non encore publié).

à une demande, même en dehors des délais impartis à cet effet. Le mécanisme d'une décision implicite de rejet a été établi afin de pallier le risque que l'administration choisisse de ne pas répondre à une demande d'accès à des documents et échappe à tout contrôle juridictionnel, et non pour rendre illégale toute décision tardive. Au contraire, l'administration a, en principe, l'obligation de fournir, même tardivement, une réponse motivée à toute demande d'un administré. Une telle solution est conforme à la fonction du mécanisme de la décision implicite de rejet qui consiste à permettre aux administrés d'attaquer l'inaction de l'administration en vue d'obtenir une réponse motivée de celle-ci.

De même, l'institution saisie d'une demande d'accès à un document émanant d'un État membre et ce dernier doivent, dès lors que cette demande a été notifiée par l'institution audit État membre, entamer sans délai un dialogue loyal concernant l'application éventuelle des exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1 à 3, du règlement n° 1049/2001. À cette occasion, ils doivent demeurer attentifs à la nécessité de permettre à l'institution de prendre position dans les délais prévus aux articles 7 et 8 de ce règlement, qui lui font obligation de statuer sur cette demande d'accès. Toutefois, le dépassement des délais prévus par l'article 8 du règlement n° 1049/2001 n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la décision adoptée hors délais. En effet, l'annulation d'une décision du seul fait du dépassement des délais prévus par le règlement n° 1049/2001 aurait pour unique effet de rouvrir la procédure administrative d'accès aux documents. En tout état de cause, l'indemnisation d'un préjudice éventuel résultant du retard dans la réponse apportée par la Commission peut être demandée par l'intermédiaire d'un recours en indemnité.

Par ailleurs, dans l'arrêt du 10 décembre 2010, *Ryanair/Commission* (T-494/08 à T-500/08 et T-509/08, non encore publié), le Tribunal a tiré les conséquences de l'arrêt de la Cour du 29 juin 2010, *Commission/Technische Glaswerke Ilmenau*<sup>37</sup>.

Le Tribunal a ainsi rappelé que, aux termes de cet arrêt, aux fins de l'interprétation de l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 2, troisième tiret, du règlement n° 1049/2001, relatif à la protection des objectifs des activités d'enquête, il convient de tenir compte de la circonstance que les intéressés autres que l'État membre concerné dans les procédures de contrôle des aides d'État ne disposent pas du droit de consulter les documents du dossier administratif de la Commission et, dès lors, de reconnaître l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des documents du dossier administratif porterait, en principe, atteinte à la protection des objectifs des activités d'enquête.

Ainsi, la Commission peut, en vertu de l'article 4, paragraphe 2, troisième tiret, du règlement n° 1049/2001, refuser l'accès à tous les documents afférents à la procédure de contrôle des aides d'État, et ce sans procéder au préalable à un examen concret et individuel de ces documents. Cette présomption générale n'exclut pas le droit pour lesdits intéressés de démontrer qu'un document donné, dont la divulgation est demandée, n'est pas couvert par ladite présomption ou qu'il existe un intérêt public supérieur justifiant la divulgation du document visé en vertu de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 1049/2001.

En l'espèce, la requérante n'ayant avancé aucun argument démontrant que les documents en cause ne sont pas couverts par la présomption générale, le Tribunal rejette le recours.

Une problématique similaire a été abordée par le Tribunal dans l'arrêt du 9 juin 2010, *Éditions Jacob/Commission* (T-237/05, non encore publié). Toutefois, en l'espèce, les documents dont l'accès était

<sup>37</sup> C-139/07 P, non encore publié.



demandé concernaient une procédure relative à une opération de concentration d'entreprises déjà clôturée au jour de l'introduction de la demande d'accès. Dans ce contexte, le Tribunal juge que l'exception relative à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit n'est applicable que si la divulgation des documents en question risque de mettre en péril l'achèvement de ces activités. Certes les différents actes pris à l'occasion de l'enquête peuvent rester couverts par cette exception tant que les activités d'enquête ou d'inspection se poursuivent, même si l'enquête ou l'inspection particulière ayant donné lieu au rapport auquel l'accès est demandé est terminée. Toutefois, admettre, comme le prétendait la Commission, que les documents demandés en l'espèce sont toujours couverts par ladite exception tant que les décisions clôturant la procédure ne sont pas définitives, c'est-à-dire tant que le Tribunal et, le cas échéant, la Cour n'ont pas rejeté les recours introduits contre elles ou, en cas d'annulation, tant qu'une ou plusieurs nouvelles décisions n'ont pas été adoptées par la Commission, reviendrait à soumettre l'accès à ces documents à un événement aléatoire, futur et éventuellement lointain. Il en résulte que les documents n'entraient plus, lors de l'adoption de la décision de refus d'accès, dans le champ d'application de l'exception relative à la protection des objectifs des activités d'enquête. Quand bien même ils auraient relevé de cette exception, en tout état de cause, il ne ressortait aucunement des motifs de la décision attaquée que la Commission ait opéré un examen concret et individuel des documents demandés.

Le Tribunal précise, en outre, que l'obligation de secret professionnel, résultant de l'article 17 du règlement n° 139/2004 et de l'article 287 CE, ne revêt pas une portée telle qu'elle puisse justifier un refus d'accès général et abstrait aux documents transmis dans le cadre de la notification d'une concentration. L'appréciation du caractère confidentiel d'une information nécessite une mise en balance entre, d'une part, les intérêts légitimes qui s'opposent à sa divulgation et, d'autre part, l'intérêt général qui veut que les activités des institutions se déroulent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture. En procédant à l'examen concret et individuel des documents sollicités, la Commission est ainsi en mesure d'assurer l'effet utile des dispositions applicables en matière de concentration, en pleine cohérence avec le règlement n° 1049/2001. Le Tribunal ajoute, en particulier, que, en matière de concentration, la correspondance entre la Commission et les parties intéressées ne peut être considérée comme manifestement couverte par l'exception relative à la protection des intérêts commerciaux, et que la Commission doit s'en assurer par un examen concret et effectif de chaque document.

## *Statut des membres du Parlement européen*

### 1. Privilèges et immunités

L'affaire *Gollnisch/Parlement* (arrêt du 19 mars 2010, T-42/06, non encore publié) trouve son origine dans des propos tenus par M. Gollnisch, alors membre du Parlement européen, lors d'une conférence de presse et susceptibles de constituer une infraction pénale. À la suite de l'ouverture, en France, d'une enquête pour contestation de crimes contre l'humanité, et à la demande de M. Romagnoli, également membre du Parlement européen, le président du Parlement a saisi la commission des affaires juridiques d'une demande de défense de l'immunité du requérant, conformément à la procédure prévue à l'article 6, paragraphe 3, du règlement intérieur du Parlement<sup>38</sup>. À l'issue de l'examen de cette demande, et sur proposition en ce sens de cette commission, le Parlement a rejeté la demande d'immunité par décision du 13 décembre 2005, sur le fondement de ce que, en vertu de l'article 9 du protocole sur les privilèges et immunités des

<sup>38</sup> JO 2005, L 44, p. 1.

Communautés européennes<sup>39</sup>, l'immunité des membres du Parlement concerne les opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Saisi d'une demande d'indemnisation du préjudice subi par M. Gollnisch du fait de cette décision, le Tribunal a jugé que, si les privilèges et immunités reconnus par ledit protocole revêtent un caractère fonctionnel en ce qu'ils visent à éviter qu'une entrave soit apportée au fonctionnement et à l'indépendance des Communautés, il n'en demeure pas moins que ce protocole crée un droit subjectif au profit des personnes visées, dont le respect est garanti par le système des voies de recours établi par le traité.

Par ailleurs, en faisant référence à l'article 10, premier alinéa, sous a), du protocole sur les privilèges et immunités, M. Romagnoli avait indiqué que l'immunité dont bénéficiait M. Gollnisch était celle prévue par les dispositions de la Constitution française, qui prévoit que l'Assemblée dont le parlementaire fait partie peut exiger la suspension des poursuites. En effet, aux termes de cet article du protocole sur les privilèges et immunités, pendant la durée des sessions du Parlement, les membres de celui-ci bénéficient, sur leur territoire national, des immunités reconnues aux membres du parlement de leur pays. Il s'ensuit que le Parlement était saisi d'une demande de suspension des poursuites en cours à l'encontre de M. Gollnisch en France, et non d'une demande de défense d'immunité fondée sur l'article 9 du protocole sur les privilèges et immunités. Or, si le Parlement possède un large pouvoir d'appréciation quant à l'orientation qu'il entend donner à une décision faisant suite à une demande telle que celle formée en l'espèce, il n'en demeure pas moins que la question de savoir si une telle décision devait être prise sur le fondement de l'article 9 ou sur celui de l'article 10, premier alinéa, sous a), du protocole sur les privilèges et immunités ne relevait pas du pouvoir d'appréciation du Parlement. Le Tribunal constate ainsi que le Parlement n'a pas pris de décision sur une éventuelle suspension des poursuites pénales, alors que l'article 10 du protocole sur les privilèges et immunités renvoie aux droits nationaux pour déterminer l'étendue et la portée de l'immunité dont jouissent les députés sur leur territoire national, et que l'article 26, paragraphe 3, de la Constitution française prévoit une suspension des poursuites pénales pendant la durée du mandat parlementaire. En l'espèce, le requérant pouvait donc invoquer, dans le cadre de son recours en indemnité, l'illégalité du refus du Parlement de se prononcer sur la base de l'article 10, premier alinéa, sous a), du protocole sur les privilèges et immunités.

La demande d'indemnité du fait du préjudice résultant de l'atteinte à l'honneur est néanmoins rejetée sur le fondement de l'absence de lien de causalité direct entre ce préjudice et l'illégalité constatée. En effet, compte tenu de la large marge d'appréciation du Parlement, si celui-ci s'était fondé sur l'article 10, premier alinéa, sous a), du protocole sur les privilèges et immunités, il aurait valablement pu prendre tant une décision de demander la suspension des poursuites qu'une décision de ne pas demander la suspension des poursuites. L'illégalité entachant la décision attaquée ne saurait ainsi constituer la cause directe et déterminante de l'atteinte à l'honneur dont se prévalait le requérant.

## 2. Frais et indemnités

Dans l'affaire *Martin/Parlement* (arrêt du 16 décembre 2010, T-276/07, non encore publié), le Tribunal a été saisi d'une demande d'annulation d'une décision du secrétaire général du Parlement, par laquelle celui-ci a déclaré injustifié le versement à M. Martin, membre du Parlement, d'une somme de 163 381,54 euros au titre de l'indemnité de secrétariat et l'informant de ce qu'il serait procédé à son recouvrement.

<sup>39</sup> Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, du 8 avril 1965 (JO 1967, 152, p. 13).

Dans un souci de transparence, le Parlement a adopté la réglementation concernant les frais et indemnités des députés au Parlement européen (FID), dont l'article 14 prévoit que les membres du Parlement présentent une demande d'attribution de l'indemnité de secrétariat contenant, notamment, le nom, l'adresse, la nationalité, le pays, le lieu et la date de naissance de l'assistant ainsi que la signature de ce dernier confirmant l'exactitude de ces informations. Le Tribunal constate que ces exigences se sont renforcées au fil du temps, notamment par l'obligation d'accompagner la demande d'une copie du contrat conclu entre le membre du Parlement et son assistant, ainsi de communiquer tout changement intervenu concernant la demande d'attribution de l'indemnité. De même, le Tribunal observe que chaque membre du Parlement, dès son entrée en fonctions, reçoit une copie de la réglementation FID et en accuse réception, par écrit. Enfin, le membre du Parlement prend l'engagement formel de payer l'indemnité de secrétariat à l'assistant, nommément désigné, dès le début de ses activités, la liste des assistants parlementaires déclarés étant, en outre, accessible au public.

De l'ensemble de ces éléments, le Tribunal déduit que les conditions de l'article 14 de la réglementation FID, notamment quant aux indications que doit contenir la demande d'attribution faite par le membre du Parlement sur le ou les assistants qu'il emploie, ont un caractère substantiel. En l'espèce, le Tribunal relève que le requérant n'a pas déclaré au Parlement certains destinataires finals des paiements et que le Parlement n'a pas reçu notification de la résiliation de certains contrats. En outre, le requérant, d'une part, n'a pas remboursé les fonds inutilisés en fin d'année et, d'autre part, a utilisé les fonds versés pour certains assistants afin de rémunérer d'autres personnes. En l'espèce, le requérant a violé la réglementation FID et ne pouvait donc invoquer, dans le cadre de son recours en annulation, un droit inconditionnel à utiliser les fonds perçus.

Par ailleurs, le Tribunal souligne que l'article 71, paragraphe 3, du règlement financier (CE, Euratom) n° 1605/2002<sup>40</sup> impose au Parlement une obligation inconditionnelle de recouvrer les montants indûment payés. Cette obligation incombe également au secrétaire général en vertu de l'article 27, paragraphe 3, de la réglementation FID.

## II. Contentieux de l'indemnité

### 1. Qualification de la nature contractuelle ou non contractuelle du litige

Dans l'arrêt du 16 décembre 2010, *Systran et Systran Luxembourg/Commission* (T-19/07, non encore publié), le Tribunal a rappelé que sa compétence pour connaître d'une action en indemnité diffère selon la nature contractuelle ou non contractuelle de la responsabilité mise en cause. Ainsi, en matière de responsabilité contractuelle, ce n'est qu'en présence d'une clause compromissive au sens de l'article 238 CE que le Tribunal est compétent. En l'absence d'une telle clause, le Tribunal ne saurait, sur le fondement de l'article 235 CE, statuer, en réalité, sur une action en dommages-intérêts d'origine contractuelle. Faute de quoi, le Tribunal étendrait sa compétence au-delà des litiges dont la connaissance lui est limitativement réservée par l'article 240 CE, dès lors que cette disposition confie aux juridictions nationales la compétence de droit commun pour connaître des litiges auxquels la Communauté est partie. En revanche, en matière de responsabilité non contractuelle, la Cour est compétente sans qu'il soit nécessaire que les parties au litige manifestent préalablement leur accord. La compétence de la Cour ressort, en effet, directement de l'article 235 CE et de l'article 288, deuxième alinéa, CE.

<sup>40</sup> Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (JO L 248, p. 1).

Pour déterminer sa compétence en vertu de l'article 235 CE, le Tribunal doit examiner, au regard des différents éléments pertinents du dossier, si la demande d'indemnité présentée par les requérantes repose de manière objective et globale sur des obligations d'origine contractuelle ou non contractuelle. Ces éléments peuvent être déduits, notamment, de l'examen des prétentions des parties, du fait générateur du préjudice dont la réparation est demandée et du contenu des dispositions contractuelles ou non contractuelles invoquées pour régler la question en litige. Dans ce cadre, la compétence du Tribunal en matière contractuelle est dérogoratoire du droit commun et doit, partant, être interprétée restrictivement, de sorte que le Tribunal ne peut connaître que des demandes qui dérivent du contrat ou qui ont un rapport direct avec les obligations qui en découlent.

Ainsi, en l'espèce, le Tribunal doit examiner le contenu des différents contrats conclus entre le groupe Systran et la Commission. Un tel exercice relève de l'examen de la compétence, dont l'absence est une fin de non-recevoir d'ordre public, et ne saurait avoir pour conséquence de modifier la nature du litige en lui donnant un fondement contractuel.

Examinant de manière approfondie les arguments présentés par les parties, le Tribunal conclut que le litige en cause est de nature non contractuelle. Il s'agit, en effet, d'apprécier le caractère prétendument fautif et dommageable de la divulgation par la Commission à un tiers d'informations protégées par un droit de propriété ou le savoir-faire sans l'autorisation expresse de leur titulaire au regard des principes généraux communs aux droits des États membres applicables en la matière et non de dispositions contractuelles.

## 2. Lien de causalité

Dans l'arrêt du 20 janvier 2010, *Sungro e.a./Conseil et Commission* (T-252/07, T-271/07 et T-272/07, Rec. p. II-55), le Tribunal a rejeté les recours en indemnité formés par les requérantes, visant à obtenir réparation du préjudice que leur aurait causé un régime d'aide d'État au secteur du coton, annulé par l'arrêt de la Cour du 7 septembre 2006, *Espagne/Conseil* (C-310/04, Rec. p. I-7285). Il s'est fondé, à cet égard, sur la considération selon laquelle, afin de déterminer le préjudice imputable à une action fautive d'une institution communautaire, il y a lieu de prendre en considération les effets du manquement générateur de l'engagement de responsabilité et non ceux de l'acte dans lequel il s'inscrit, pour autant que l'institution ait pu ou dû adopter un acte de même effet sans violer la règle de droit. En d'autres termes, l'analyse du lien de causalité ne peut partir de la prémisse incorrecte selon laquelle, en l'absence de comportement illégal, l'institution se serait abstenue d'agir ou aurait adopté un acte contraire – cela pouvant également être constitutif d'un comportement illégal –, mais doit procéder par comparaison entre la situation générée, pour le tiers concerné, par l'action fautive et la situation qui aurait résulté pour lui d'un comportement de l'institution respectueux de la règle de droit.

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

En vue d'engager la responsabilité non contractuelle de l'Union, il est exigé que la partie requérante établisse une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Arrêt de la Cour du 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission*, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, points 42 et 43.

Dans le cadre d'une demande d'indemnité visant à réparer les dommages prétendument causés à la requérante par une décision de la Commission ordonnant, sur le fondement de l'article 15 bis de la deuxième directive 75/319/CEE<sup>42</sup>, le retrait des autorisations de mise sur le marché des médicaments à usage humain qui contiennent de l'amfépramone, le Tribunal, dans l'arrêt du 3 mars 2010, *Artegodan/Commission* (T-429/05, non encore publié, sous pourvoi), a rappelé que l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée vise à éviter que l'exercice par l'institution concernée de ses compétences d'intérêt général ne soit entravé par le risque d'avoir à supporter les dommages allégués par les entreprises concernées.

Il a en outre précisé que, dans l'hypothèse où la marge d'appréciation de l'institution concernée est considérablement réduite, voire inexistante, il n'existe aucun lien automatique entre l'absence de pouvoir d'appréciation de l'institution concernée et la qualification de l'infraction de violation suffisamment caractérisée du droit communautaire. L'étendue du pouvoir d'appréciation de l'administration concernée présente, certes, un caractère déterminant, mais ne constitue pas un critère exclusif. Il appartient, en effet, au juge communautaire de prendre en considération la complexité de la situation à régler, les difficultés d'application ou d'interprétation des textes, le degré de clarté et de précision de la règle violée et le caractère inexcusable de l'erreur commise. Il s'ensuit que seule la constatation d'une irrégularité que n'aurait pas commise, dans des circonstances analogues, une administration normalement prudente et diligente permet d'engager la responsabilité de l'Union.

En l'espèce, le Tribunal a relevé que, dans le cadre de l'application de la directive 65/65/CEE<sup>43</sup>, l'autorité compétente pour adopter une décision de retrait ou de suspension d'une autorisation de mise sur le marché est contrainte de respecter le principe général de prééminence de la protection de la santé publique, concrétisé dans les dispositions matérielles de ladite directive. Ce principe lui impose, en premier lieu, la prise en compte exclusive des considérations relatives à la protection de la santé, en deuxième lieu, la réévaluation du bilan bénéfices/risques présenté par un médicament lorsque des données nouvelles suscitent des doutes quant à son efficacité ou sa sécurité et, en troisième lieu, la mise en œuvre du régime de preuve conformément au principe de précaution. En l'espèce, la requérante ne pouvait donc pas invoquer, dans le cadre de son recours en indemnité, la violation de l'article 11 de la directive 65/65. En effet, les difficultés liées à l'interprétation systématique des conditions de retrait ou de suspension d'une autorisation de mise sur le marché, à la lumière de l'ensemble du système communautaire d'autorisation préalable des médicaments, pouvaient raisonnablement expliquer, en l'absence de précédent similaire, l'erreur de droit qu'a commise la Commission. En outre, le Tribunal souligne que, en l'absence de mise en évidence, dans les lignes directrices applicables, de l'évolution du critère scientifique déterminant quant à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments à usage humain qui contiennent de l'amfépramone, la Commission a dû rendre sa décision sur la base d'un examen complexe de rapports scientifiques préparatoires successifs établis dans le cadre de la procédure d'examen ayant abouti à l'avis final relatif à l'amfépramone, ainsi que des lignes directrices mentionnées dans cet avis final. Dans ces conditions, le Tribunal a considéré que la violation du droit communautaire n'était pas suffisamment caractérisée.

On relèvera également que, s'agissant de la condition selon laquelle la violation alléguée doit concerner une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers, le Tribunal

<sup>42</sup> Deuxième directive 75/319/CEE du Conseil, du 20 mai 1975, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques (JO L 147, p. 13).

<sup>43</sup> Directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques (JO 1965, 22, p. 369).

a jugé que les dispositions pertinentes de la directive 75/319 délimitant les domaines de compétence respectifs de la Commission et des États membres n'ont pas pour objet de conférer des droits aux particuliers. En effet, ces dispositions visent spécifiquement à organiser la répartition des compétences entre les autorités nationales et la Commission s'agissant de la procédure de reconnaissance mutuelle des autorisations de mise sur le marché nationales. En l'espèce, la requérante ne pouvait donc pas invoquer, dans le cadre de son recours en indemnité, la circonstance que la décision de la Commission soit privée de toute base légale, en raison de l'incompétence de la Communauté, et le fait qu'elle ait obtenu, pour ce motif notamment, son annulation.

#### 4. Violation des droits d'auteur et du savoir-faire

L'arrêt *Systran et Systran Luxembourg/Commission*, précité, fait état de développements novateurs concernant le contentieux de l'indemnité et le respect des droits d'auteur et du savoir-faire, et tranche un litige complexe entre la société Systran et la Commission, issu d'un appel d'offres relatif à la maintenance et au renforcement linguistique du système de traduction automatique de la Commission.

Entre le 22 décembre 1997 et le 15 mars 2002, la société Systran Luxembourg a adapté, sous la dénomination EC-Systran Unix, son logiciel de traduction automatique Systran-Unix aux besoins spécifiques de la Commission en la matière. Le 4 octobre 2003, la Commission a lancé un appel d'offres pour la maintenance et le renforcement linguistique de son système de traduction automatique. Les prestations confiées à l'attributaire de ce marché par la Commission concernaient, notamment, les «améliorations, adaptations et ajouts à des routines linguistiques», les «améliorations spécifiques des programmes d'analyse, de transfert et de synthèse» ainsi que les «mises à jour du système» envisagés par l'appel d'offres.

À la suite de cet appel d'offres, Systran – société mère de Systran Luxembourg – a contacté la Commission pour lui indiquer que les travaux envisagés lui paraissaient susceptibles de porter atteinte à ses droits de propriété intellectuelle. Après plusieurs contacts entre Systran et la Commission, celle-ci a estimé que Systran n'avait pas produit de «documents probants» à même d'établir les droits que cette société pourrait revendiquer sur son système de traduction automatique EC-Systran Unix. La Commission a ainsi considéré que le groupe Systran n'était pas en droit de s'opposer aux travaux réalisés par la société qui avait remporté l'appel d'offres et a donc attribué le marché faisant l'objet de l'appel d'offres.

Considérant que la Commission a divulgué illégalement son savoir-faire à un tiers et qu'elle a réalisé un acte de contrefaçon à l'occasion de la réalisation par l'attributaire du marché de développements non autorisés de la version EC-Systran Unix, Systran et Systran Luxembourg ont introduit une action en réparation contre la Commission. À cet égard, le Tribunal a considéré que, en s'octroyant le droit de réaliser des travaux devant entraîner une modification des éléments relatifs à la version Systran-Unix du logiciel Systran, sans avoir obtenu préalablement l'accord du groupe Systran, la Commission a commis une illégalité en violant les principes généraux communs aux droits des États membres applicables en matière de droits d'auteur et de savoir-faire. Cette faute, qui constitue une violation suffisamment caractérisée des droits d'auteur et du savoir-faire détenus par le groupe Systran sur la version Systran-Unix du logiciel Systran, est de nature à engager la responsabilité non contractuelle de l'Union.

La faute de la Commission ayant été établie, le Tribunal constate que les préjudices invoqués, à savoir, en substance, un dommage commercial résultant de la perte de clients potentiels et la complication des discussions avec les clients actuels de Systran, ainsi qu'un dommage financier résultant de la perte de son attractivité économique pour des investisseurs et une dépréciation de

ses actifs incorporels, résultent directement de la violation, par la Commission, des droits d'auteurs et du savoir-faire de Systran.

Le Tribunal fixe l'indemnisation du préjudice subi par la société Systran à la somme de 12 001 000 euros de dommages et intérêts, incluant le montant des redevances qui auraient été dues si la Commission avait demandé l'autorisation d'utiliser les droits de propriété intellectuelle de Systran pour réaliser les travaux énumérés dans l'appel d'offres, l'impact que le comportement de la Commission a pu avoir sur le chiffre d'affaires réalisé par Systran et l'indemnisation du préjudice moral. On notera également que, de manière exceptionnelle, le Tribunal a précisé que la diffusion d'un communiqué de presse permettait également de réparer en nature le préjudice moral constitué par l'atteinte à la réputation de Systran du fait du comportement illégal de la Commission.

### III. Pourvois

Au cours de l'année 2010, 24 pourvois ont été introduits contre des décisions du Tribunal de la fonction publique et 37 affaires ont été réglées par la chambre des pourvois du Tribunal. Deux d'entre elles méritent une attention particulière.

Premièrement, dans l'arrêt du 8 juillet 2010, *Commission/Putterie-De-Beukelaer* (T-160/08 P, non encore publié), le Tribunal a rappelé, d'une part, que l'incompétence de l'auteur d'un acte faisant grief constitue un moyen d'ordre public qu'il appartient au juge de l'Union d'examiner, au besoin d'office, et, d'autre part, que le non-respect des règles de procédure relatives à l'adoption d'un acte faisant grief constitue une violation des formes substantielles, laquelle peut être examinée par le juge de l'Union même d'office. Ainsi, le refus d'examiner un recours interne, prévu par les règles de procédure applicables à l'adoption d'un acte faisant grief, constitue une violation des formes substantielles et peut donc être relevé d'office par le Tribunal de la fonction publique.

Deuxièmement, il y a lieu de souligner que, pour la première fois, le Tribunal a été saisi d'un renvoi de la Cour après le réexamen d'un arrêt rendu sur pourvoi. Dans son arrêt du 8 juillet 2010, *M/EMA* (T-12/08 P-RENV-RX, non encore publié), le Tribunal a considéré que le juge du pourvoi peut, sous certaines conditions, statuer sur le fond d'un recours bien que la procédure en première instance fût limitée à une exception d'irrecevabilité à laquelle le juge de cette instance a fait droit. Tel peut être le cas, d'une part, lorsque l'annulation de l'arrêt ou de l'ordonnance attaqués implique nécessairement une certaine solution quant au fond du recours en cause ou, d'autre part, lorsque l'examen au fond du recours en annulation repose sur des arguments échangés par les parties dans le cadre du pourvoi à la suite d'un raisonnement du juge de première instance. S'il n'existe pas de telles circonstances particulières, le litige n'est pas en état d'être jugé au sens de l'article 61 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne de justice et de l'article 13, paragraphe 1, de l'annexe dudit statut. Dès lors, le juge du pourvoi ne peut que renvoyer l'affaire devant la juridiction de première instance, afin que celle-ci statue sur les conclusions visant le fond du recours. Ainsi, le Tribunal a lui-même renvoyé l'affaire devant le Tribunal de la fonction publique.

### IV. Demandes en référé

Le président du Tribunal a été saisi cette année de 41 demandes en référé, ce qui représente une nette augmentation par rapport au nombre de demandes introduites (24) en 2009. En 2010, le juge des référés a réglé 38 affaires, contre 20 en 2009.

Dans les ordonnances des 15 janvier et 25 novembre 2010, *United Phosphorus/Commission* (T-95/09 R II et T-95/09 R III, non publiées), le président du Tribunal a fait droit à deux demandes de prolongation

d'une mesure de sursis à l'exécution d'une décision interdisant la commercialisation d'une substance active phytopharmaceutique. Par ordonnance du 28 avril 2009, *United Phosphorus/Commission* (T-95/09 R, non publiée), le président du Tribunal avait déjà reconnu l'urgence, en considérant comme déterminant le fait que, à la suite de l'adoption de cette décision, la requérante avait engagé une procédure administrative accélérée d'évaluation, nouvellement créée, dans le cadre de laquelle ses chances de succès semblaient être plus grandes qu'elles ne l'avaient été dans le cadre de la procédure aboutissant à la décision d'interdiction, et que cette procédure accélérée était susceptible d'être close quelques mois seulement après la date imposée pour le retrait du marché de la substance active en cause. Il en avait conclu qu'il serait déraisonnable de laisser interdire la commercialisation d'une substance dont il n'était pas improbable que la mise sur le marché soit autorisée quelques mois plus tard seulement. En conséquence, après avoir reconnu l'existence d'un *fumus boni juris* et avoir estimé que la balance des intérêts penchait en faveur de la requérante, le président du Tribunal avait prononcé le sursis à l'exécution de la décision d'interdiction jusqu'au 7 mai 2010.

Ensuite, la requérante a obtenu, par l'ordonnance du 15 janvier 2010, la prolongation jusqu'au 30 novembre 2010 de la suspension accordée, au motif qu'il s'était avéré que la procédure accélérée ne serait pas close avant le 7 mai 2010 et que les éléments ayant justifié l'octroi initial du sursis à exécution restaient inchangés. Au début du mois de novembre 2010, la requérante a introduit une nouvelle demande de prolongation, en se fondant sur le fait que la procédure accélérée d'évaluation allait connaître une issue positive pour elle. En effet, la Commission avait lancé le processus d'autorisation de la substance en cause, une directive comportant cette autorisation devant entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Dans ces circonstances, le président du Tribunal a, par l'ordonnance du 25 novembre 2010, prolongé jusqu'au 31 décembre 2011 la suspension de la décision d'interdiction, dans la mesure où elle refusait l'autorisation de la substance active en cause. S'agissant des produits phytopharmaceutiques contenant cette substance, il a rappelé que la décision d'interdiction imposait aux États membres de retirer les autorisations de tels produits et que la suspension octroyée par les ordonnances précédentes portait également sur le retrait des autorisations desdits produits. Or, même après l'entrée en vigueur de l'autorisation de la substance en cause, la requérante devrait introduire, auprès des autorités nationales, de nouvelles demandes d'autorisation pour ses produits phytopharmaceutiques contenant ladite substance, ces produits devant être retirés du marché avant l'octroi des autorisations nationales. À cet égard, le président du Tribunal a constaté que la nouvelle directive d'autorisation ne contenait aucune disposition abrogeant la décision d'interdiction, de sorte que celle-ci ordonnait, à défaut de prolongation de la suspension déjà accordée, le retrait des autorisations de produits dont bénéficiait actuellement la requérante. En outre, la nouvelle directive ne comportait aucune disposition tenant compte de la suspension octroyée par les ordonnances des 28 avril 2009 et 15 janvier 2010, aux fins d'éviter une rupture dans la commercialisation des produits phytopharmaceutiques visés et d'assurer une phase de transition raisonnable entre la décision d'interdiction et la mise en œuvre de la nouvelle directive. Le président du Tribunal a donc prolongé jusqu'au 31 décembre 2011 la suspension octroyée antérieurement, en ce qui concerne le retrait des autorisations de produits phytopharmaceutiques contenant la substance active en cause, en soulignant qu'une telle mesure tenait compte de l'innocuité de cette substance, telle qu'elle était finalement apparue à l'issue de la procédure accélérée d'évaluation.

S'agissant des demandes en référé fondées sur la prétendue incapacité des requérantes à payer des amendes infligées par la Commission pour violation des règles de concurrence, dans son ordonnance du 7 mai 2010, *Almamet/Commission* (T-410/09 R, non publiée), le président du Tribunal a réaffirmé la jurisprudence selon laquelle la partie requérante doit fournir des indications concrètes, étayées par des documents détaillés certifiés présentant une image fidèle et globale de sa situation financière, qui permettent au juge des référés d'apprécier les conséquences précises



que cette partie aurait à subir selon toute probabilité si les mesures provisoires demandées n'étaient pas accordées. En application de cette jurisprudence, le président a considéré comme insuffisante l'invocation, par la partie requérante, du refus purement oral lui ayant été opposé par une banque qu'elle avait contactée en vue d'obtenir une garantie bancaire. Il a ajouté que, si la jurisprudence relative à la prise en compte du groupe de sociétés a souvent été appliquée au regard de l'actionnaire majoritaire, le raisonnement qui la sous-tend n'exclut pas qu'elle puisse conserver, le cas échéant, toute sa pertinence au regard de l'actionnariat minoritaire, les intérêts de certains actionnaires minoritaires pouvant, eu égard à la structure de l'actionnariat, tout autant justifier que leurs ressources financières soient prises en compte. En l'espèce, l'actionnariat de la société requérante ayant été composé de deux actionnaires principaux, détenant respectivement 50 % et 30 % de son capital, cette société aurait dû communiquer au juge des référés des informations précises sur l'actionnaire minoritaire détenant la part de 30 %<sup>44</sup>.

Par ailleurs, la première demande en référé introduite dans le contexte du règlement (CE) n° 1907/2006<sup>45</sup> a soulevé la question de la causalité entre le préjudice allégué et la mesure dont la suspension était demandée. Dans son ordonnance du 26 mars 2010, *SNF/ECHA* (T-1/10 R, non publiée), le président du Tribunal a rejeté la demande de sursis à l'exécution de l'inscription d'une substance chimique sur la «liste des substances extrêmement préoccupantes», au motif qu'aucune disposition du règlement n° 1907/2006 n'avait pour effet d'interdire ou de restreindre la fabrication, la commercialisation ou l'utilisation de cette substance du seul fait de son inscription sur ladite liste. S'agissant de la crainte que la liste en cause soit perçue par l'industrie et par les consommateurs comme une «liste noire» de substances à éviter, il a été considéré que, en l'absence de tout automatisme entre l'inscription de la substance sur la liste litigieuse et son remplacement progressif par d'autres substances, d'éventuelles réactions négatives des clients de la requérante ne pouvaient être considérées comme des conséquences qu'un opérateur économique aurait raisonnablement pu tirer de la seule identification de la substance comme étant extrêmement préoccupante. Le président du Tribunal a jugé que, à supposer que ces réactions négatives s'expliquent par un changement de politique des opérateurs économiques en cause, qui serait fondé sur une sensibilité accrue à l'égard des substances dangereuses, il s'agirait d'un choix autonome pris par ces opérateurs économiques, qui constituerait la cause déterminante du préjudice allégué.

En matière de procédure d'appel d'offres, il convient de mentionner l'ordonnance du 31 août 2010, *Babcock Noell/Entreprise commune Fusion for Energy* (T-299/10 R, non publiée), qui a été rendue dans une affaire portant sur le projet international de construction et d'exploitation d'un réacteur thermonucléaire expérimental international (ITER), destiné à démontrer la faisabilité scientifique

<sup>44</sup> Dans ce contexte, il convient de mentionner une autre affaire – couverte par la confidentialité, compte tenu du risque de précipiter la faillite de la requérante en cas de révélation de sa situation financière précaire – qui concernait une demande visant à obtenir une dispense de l'obligation, imposée par la Commission, de constituer une garantie bancaire comme condition pour le non-recouvrement immédiat de l'amende qui lui avait été infligée. La requérante ayant déjà commencé à exécuter un plan de paiements échelonnés en faveur de la Commission, le président du Tribunal a adopté une ordonnance de suspension, au titre de l'article 105, paragraphe 2, du règlement de procédure, suivie d'une audition, afin d'encourager les parties à trouver un arrangement juridictionnel. Les efforts des parties ayant effectivement été couronnés de succès, l'affaire en référé a été radiée du registre.

<sup>45</sup> Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, modifiant la directive 1999/45/CE et abrogeant le règlement (CEE) n° 793/93 du Conseil et le règlement (CE) n° 1488/94 de la Commission ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE et 2000/21/CE de la Commission (JO L 396, p. 1).

et technique de l'énergie de fusion. Dans le cadre de ce projet a été créée l'entreprise commune européenne pour ITER qui a pour mission de contribuer à la réalisation rapide de l'énergie de fusion. À ces fins, l'entreprise commune procède à la passation de marchés relatifs à la fourniture de biens, à l'exécution de travaux ou à la prestation de services. S'agissant d'un appel d'offres lancé en vue de l'attribution du marché de fourniture de packs de bobines à champ toroïdal ITER, la requérante, une société active en matière de technologie nucléaire, a présenté une offre pour le marché en cause, laquelle a été rejetée au motif qu'elle n'était pas conforme aux dispositions du cahier des charges. La requérante a introduit un recours visant à l'annulation de la décision de rejet et de la décision d'attribution du marché à une autre entreprise, recours qu'elle a assorti d'une demande en référé, laquelle a été rejetée, aucune des conditions d'octroi des mesures provisoires demandées n'étant remplie en l'espèce.

En ce qui concerne la condition relative à l'urgence, la prétendue atteinte à la réputation de la requérante n'a pas été reconnue par le juge des référés, étant donné que la participation à une soumission publique implique des risques pour tous les participants et que le rejet de l'offre d'un soumissionnaire, en vertu des règles de passation de marchés publics, n'a, en lui-même, rien de préjudiciable. En cas de rejet illégal de l'offre d'une société, il existe d'autant moins de raisons de penser qu'elle risque de subir une atteinte grave et irréparable à sa réputation que ce rejet illégal est sans lien avec ses compétences et que l'arrêt d'annulation permettrait de rétablir une éventuelle atteinte à sa réputation. En outre, s'agissant de la mise en balance des intérêts, le juge des référés a relevé que l'intérêt de la requérante consistant à pouvoir mentionner, à des fins publicitaires, le marché en cause, devait céder devant l'intérêt général de l'Union, y compris celui de ses citoyens, à une réalisation rapide du projet ITER, dont l'importance politico-économique primordiale est évidente du fait que ce projet vise à exploiter la fusion en tant que source d'énergie potentiellement illimitée, sûre, durable, respectueuse de l'environnement et économiquement compétitive, dont l'Union pourrait tirer d'importants avantages<sup>46</sup>.

Il importe, enfin, de souligner l'impact juridique, économique et socioculturel des ordonnances des 30 avril, 19 août, 19 octobre et 25 octobre 2010, que le président du Tribunal a été amené à rendre dans l'affaire *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil* [respectivement, T-18/10 R, T-18/10 R II, T-18/10 R II INTP et T-18/10 R II (sous pourvoi), non publiées]. Ces ordonnances ont trouvé leur origine dans le règlement (CE) n° 1007/2009<sup>47</sup>, qui, dans l'intérêt du bien-être animal et en vue d'établir des règles harmonisées de commercialisation des produits dérivés du phoque, a interdit, à partir du 20 août 2010, la mise sur le marché de tels produits, à l'exception de ceux provenant de formes de chasse traditionnellement pratiquées par les communautés inuit à des fins de subsistance. Cette exception a été justifiée par les intérêts économiques et sociaux fondamentaux des communautés inuit pratiquant la chasse aux phoques, cette chasse faisant partie intégrante de la culture et de l'identité desdites communautés. Quant à l'autorisation au bénéfice des communautés inuit, elle devait être mise en œuvre par un règlement d'exécution à adopter par la Commission.

En janvier 2010, plusieurs chasseurs et trappeurs de phoques, transformateurs de produits dérivés du phoque et sociétés commerciales actives dans la commercialisation de tels produits ou utilisant ces derniers à des fins médicales ont introduit un recours en annulation du règlement n° 1007/2009

<sup>46</sup> En matière de marchés publics, il convient encore de mentionner les ordonnances de rejet, non publiées, du 15 octobre 2010, *Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy* (T-415/10 R), du 26 mars 2010, *Sviluppo Globale/Commission* (T-6/10 R), du 5 février 2010, *De Post/Commission* (T-514/09 R), et du 20 janvier 2010, *Agriconsulting Europe/Commission* (T-443/09 R).

<sup>47</sup> Règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, sur le commerce des produits dérivés du phoque (JO L 286, p. 36).

et, en février 2010, une demande de sursis à l'exécution dudit règlement. Par ordonnance du 30 avril 2010, le président du Tribunal a rejeté cette demande. Après avoir estimé que la recevabilité du recours principal ne pouvait être exclue et que les moyens d'annulation invoqués par les requérants apparaissaient suffisamment pertinents et sérieux pour constituer un *fumus boni juris*, il a néanmoins conclu à l'absence d'urgence en relevant, notamment, que la Commission n'avait pas encore adopté le règlement d'exécution visant à mettre en œuvre l'autorisation au bénéfice des communautés inuit.

En juillet 2010, les requérants ont introduit une nouvelle demande en référé, fondée sur un fait nouveau, à savoir la publication du projet de règlement d'exécution de la Commission. Ils ont fait valoir que le futur règlement d'exécution, qui entrerait en vigueur le 20 août 2010, serait totalement inapproprié et priverait de toute portée pratique l'autorisation au bénéfice des communautés inuit. Par ordonnance du 19 août 2010, le président du Tribunal a fait droit à cette nouvelle demande, en application de l'article 105, paragraphe 2, du règlement de procédure, et suspendu l'exécution du règlement n° 1007/2009 en ce qu'il restreignait, à l'égard des requérants, la mise sur le marché de produits dérivés du phoque, et ce jusqu'à l'adoption de l'ordonnance mettant fin à la procédure de référé.

Par l'ordonnance du 25 octobre 2010, le président du Tribunal a mis fin à la procédure de référé et rejeté, pour défaut d'urgence, la nouvelle demande en référé introduite en juillet 2010. Tout d'abord, aucune entité de droit public ne figurant parmi les requérants, ceux-ci ne pouvaient invoquer les intérêts généraux économiques, sociaux et culturels des Inuit, mais chacun d'eux devait établir que le règlement n° 1007/2009 était susceptible de lui causer, à titre individuel, un préjudice grave et irréparable, si la demande en référé était rejetée. Or, de telles preuves n'ont pas été apportées par les requérants. S'agissant des chasseurs et trappeurs de phoques ou des transformateurs de produits dérivés du phoque, ils se sont abstenus de préciser leurs revenus provenant de la chasse ou d'autres activités ou leur fortune personnelle et n'ont produit aucune attestation émanant d'une autorité compétente qui indiquerait leur droit à une aide sociale, à une indemnité de chômage ou à une autre forme d'allocation, alors qu'un rapport qu'ils avaient eux-mêmes présenté faisait état de régimes de subventions existant au Groenland et au Canada, leurs pays d'origine, pour soutenir la chasse aux phoques. S'agissant des sociétés commerciales actives dans ce secteur, elles n'ont produit aucun élément chiffré permettant d'apprécier la gravité du préjudice allégué eu égard à la taille et au chiffre d'affaires de chaque société individuelle.

Enfin, s'agissant du règlement d'exécution de la Commission, les requérants sont restés en défaut de démontrer l'impossibilité de créer le système de traçabilité imposé par ce règlement, qui devrait permettre l'identification des produits dérivés du phoque provenant de la chasse par les Inuit. Au contraire, le rapport qu'ils avaient eux-mêmes présenté faisait mention de systèmes de traçabilité qui étaient déjà effectivement pratiqués au Groenland (utilisation d'un label revêtu d'un code-barres et contenant le texte «Chasse traditionnellement pratiquée par des communautés inuit à des fins de subsistance»). Les requérants ont omis d'exposer les raisons pour lesquelles il serait impossible d'adapter ces systèmes de traçabilité groenlandais aux exigences du règlement d'exécution.