

A — Activité du Tribunal en 2011

Par M. le président Marc Jaeger

Bien que n'ayant pas été une année de renouvellement partiel, 2011 ne s'est pas révélée, du point de vue de la composition de son collège, une année de parfaite stabilité pour le Tribunal. Ainsi, si celui-ci a eu l'occasion d'accueillir M^{me} M. Kancheva, nommée en remplacement de M. T. Tchipev, démissionnaire depuis juin 2010, il a également dû regretter le départ de M. E. Moavero Milanese. Ces changements, en dehors du calendrier établi des renouvellements triennaux, sont devenus des éléments récurrents dans la vie de la juridiction, auxquels il convient de répondre par des mesures d'organisation et d'administration de la justice appropriées.

D'un point de vue statistique, 2011 peut indubitablement être qualifiée d'année record. Ainsi, le total de 722 nouvelles affaires enregistrées constitue une croissance de près de 15 % par rapport à 2010 (636 affaires introduites), année qui avait elle-même connu à cet égard un niveau inédit jusqu'alors. De même, la progression remarquable du nombre des affaires réglées (+ 35 %) a conduit à un taux d'activité sans précédent pour la juridiction, avec 714 affaires clôturées (pour 527 en 2010), auxquelles se sont ajoutés 52 référés. Ce résultat doit être vu comme le fruit des réformes profondes mises en œuvre par le Tribunal, en ce qui concerne tant le *case management*, au sens large, que le développement des outils informatiques et les méthodes rédactionnelles.

Même si la juridiction doit s'employer à entretenir, de manière durable, la cadence suivie en 2011, l'existence de facteurs conjoncturels ne permet pas de garantir qu'elle puisse systématiquement être reproduite d'année en année. Les réformes doivent donc être poursuivies, afin que le Tribunal puisse non seulement répondre à la croissance systémique du contentieux, mais également réduire l'arriéré judiciaire. On notera ainsi que, malgré les résultats exceptionnels décrits précédemment, le nombre d'affaires pendantes a augmenté, atteignant les 1 308 affaires, et la durée de l'instance a suivi une tendance à la hausse, avec une moyenne de 26,7 mois (pour 24,7 mois en 2010).

Les possibilités de réformes d'ordre interne ayant été exploitées pleinement, c'est vers une modernisation des règles de procédure du Tribunal qu'il convient à présent d'orienter la réflexion, dans l'optique d'assurer une plus grande efficacité et une meilleure flexibilité dans le traitement procédural des différents types d'affaires devant le Tribunal, et ce dans le respect des droits processuels des parties. Mais surtout, au-delà de ces améliorations certes nécessaires, le bilan statistique de 2011 nous enseigne que le Tribunal ne peut raisonnablement envisager l'avenir sans une évolution d'ordre structurel et l'adjonction de nouvelles ressources, dans un contexte économique, financier et budgétaire qui n'y est pourtant pas propice.

Quant à sa nature, on relèvera que le contentieux du Tribunal a été caractérisé, en 2011, par la progression des litiges en matière d'aides d'État (67 affaires introduites), par la confirmation de la forte proportion des affaires de propriété intellectuelle (219 affaires, soit 30 % du contentieux global) et par l'afflux subit et substantiel de recours relatifs aux mesures restrictives adoptées par l'Union européenne en rapport avec la situation dans certains États tiers (93 affaires introduites), illustrant de manière particulièrement flagrante l'incidence directe de l'activité législative et réglementaire de l'Union sur la situation de la juridiction. De manière générale, le contentieux a également été marqué par une diversification et une complexification croissantes, ce dont témoignent les développements qui suivent, consacrés aux différents champs 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 formés au titre de l'article 263 TFUE

1. Délai de recours

La recevabilité des recours en annulation est soumise à l'observation du délai prévu à l'article 263, sixième alinéa, TFUE, aux termes duquel les recours en annulation doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance. Conformément à l'article 102, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, lorsque l'acte attaqué fait l'objet d'une publication, ce délai commence à courir à la fin du quatorzième jour suivant la date de ladite publication.

Dans l'affaire *PPG et SNF/ECHA* (ordonnance du 21 septembre 2011, T-268/10, non encore publiée, sous pourvoi, rendue en formation élargie), était attaquée une décision de l'Agence européenne des produits chimiques qui, conformément à l'obligation lui incombant en vertu du règlement REACH¹, avait été publiée sur son site Internet. Relevant que l'article 102, paragraphe 1, du règlement de procédure ne vise que les décisions publiées au *Journal officiel de l'Union européenne*, et que, en l'espèce, aucune disposition n'exige une publication de la décision attaquée au Journal officiel (contrairement – par exemple – aux décisions relatives aux aides d'État), le Tribunal considère que l'augmentation du délai de quatorze jours n'est pas applicable. Il conclut ainsi à l'irrecevabilité du recours.

Par ailleurs, dans l'ordonnance du 1^{er} avril 2011, *Doherty/Commission* (T-468/10, non encore publiée), le Tribunal a jugé que l'heure à prendre en considération pour le dépôt par télécopie de la requête était l'heure enregistrée au greffe du Tribunal, compte tenu des dispositions de l'article 43, paragraphe 3, du règlement de procédure (lequel prévoit que, au regard des délais de procédure, seule la date du dépôt au greffe sera prise en compte). Cette heure est celle de Luxembourg, eu égard à la fixation du siège de la Cour de justice de l'Union européenne à Luxembourg, conformément au protocole n° 6 du traité FUE.

Enfin, dans l'ordonnance du 22 juin 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commission* (T-409/09, non encore publiée, sous pourvoi), le Tribunal a jugé que le délai de distance de dix jours, prévu à l'article 102, paragraphe 2, du règlement de procédure, ne concernait que les délais de procédure et non le délai de prescription quinquennal, prévu à l'article 46 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, dont l'écoulement entraîne l'extinction de l'action en responsabilité non contractuelle. Ainsi, les délais de procédure, tels que les délais de recours, et le délai quinquennal de prescription de l'action en responsabilité non contractuelle contre l'Union sont des délais, par nature, différents. En effet, les délais de recours sont d'ordre public et ne sont pas à la disposition des parties et du juge, ayant été institués en vue d'assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques. Il appartient donc au juge de l'Union d'examiner, même d'office, si le recours a bien été introduit dans les délais prescrits. En revanche, le juge ne peut pas soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action en responsabilité non contractuelle.

¹ 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).

2. Article 263, quatrième alinéa, TFUE – Premiers cas d’application

a) Notion d’acte réglementaire

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 par elle 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 destinataire².

Avec l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} 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. Cette nouvelle disposition, destinée à assouplir l’accès des particuliers au juge de l’Union, a fait l’objet de premières interprétations par le Tribunal.

Ainsi, dans l’affaire *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil* (ordonnance du 6 septembre 2011, T-18/10, non encore publiée, rendue en chambre élargie), le Tribunal a, pour la première fois, défini la notion d’«acte réglementaire» au sens de l’article 263, quatrième alinéa, TFUE. Interprétant cette dernière disposition, il a relevé que, même en omettant le terme «décision», elle permettait l’introduction d’un recours, d’abord, contre les actes individuels, ensuite, contre les actes de portée générale concernant une personne physique ou morale directement et individuellement, ainsi que, enfin, contre les actes réglementaires la concernant directement et ne comportant pas de mesures d’exécution. Selon le Tribunal, il ressort du sens commun du terme «réglementaire» que les actes visés par cette troisième possibilité sont aussi de portée générale. Cette possibilité ne vise toutefois pas l’ensemble des actes de portée générale, mais uniquement ceux qui ne sont pas de nature législative, ainsi qu’il ressort de l’économie de l’article 263 et de la genèse du processus ayant conduit à l’adoption de cette disposition, qui avait initialement été proposée en tant qu’article III-365, quatrième alinéa, du projet de traité établissant une Constitution pour l’Europe. Le Tribunal, procédant cette fois à une analyse téléologique, ajoute qu’il est conforme à la finalité de cette disposition – à savoir permettre à un particulier d’introduire un recours contre les actes de portée générale qui ne sont pas des actes législatifs en évitant ainsi les cas où celui-ci devrait enfreindre le droit pour avoir accès au juge – que les conditions de recevabilité d’un recours contre un acte législatif demeurent plus restrictives que celles afférentes à un recours formé contre un acte réglementaire.

En l’espèce, le Tribunal relève que l’acte attaqué, à savoir le règlement sur le commerce des produits dérivés du phoque³, a été adopté selon la procédure de codécision, sous l’empire du traité CE (article 251 CE). Soulignant qu’il ressort de l’article 289 TFUE que les actes adoptés selon la procédure définie à l’article 294 TFUE (procédure législative ordinaire) constituent des actes législatifs et que cette procédure reprend, en substance, la procédure de codécision, le Tribunal conclut, au regard des différentes catégories d’actes juridiques prévues par le traité FUE, que le règlement attaqué doit être qualifié d’acte législatif. Ainsi, la qualification d’acte législatif ou d’acte

² Arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, 25/62, Rec. p. 197, 223.

³ 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).

réglementaire selon le traité FUE repose sur le critère de la procédure, législative ou non, ayant mené à son adoption. La recevabilité du recours introduit par les requérants est donc, en l'espèce, soumise à la démonstration par ceux-ci de leur affectation directe et individuelle par ce règlement, au sens de la deuxième hypothèse susmentionnée, visée par l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.

b) Affectation directe et notion d'acte nécessitant des mesures d'exécution

C'est sur le fondement de cette définition de la notion d'acte réglementaire que le Tribunal a, dans l'arrêt du 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission* (T-262/10, non encore publié), conclu à la recevabilité d'un recours introduit contre la décision de la Commission relative à la non-inscription du triclosan, substance chimique produite par les requérantes, sur la liste des additifs pouvant entrer dans la fabrication des matériaux et objets en matière plastique destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires.

Le Tribunal constate, d'une part, que la décision attaquée a été adoptée par la Commission dans l'exercice de compétences d'exécution et non dans l'exercice de compétences législatives et, d'autre part, que cette décision a une portée générale, en ce qu'elle s'applique à des situations déterminées objectivement et produit des effets juridiques à l'égard d'une catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite. Il en conclut donc que la décision attaquée constitue un acte réglementaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.

Rappelant que, en permettant à une personne physique ou morale de former un recours contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution, l'article 263, quatrième alinéa, TFUE poursuit un objectif d'ouverture des conditions d'introduction des recours directs, le Tribunal juge que la notion d'affectation directe, telle que nouvellement introduite dans cette disposition, ne saurait faire l'objet d'une interprétation plus restrictive que celle se rapportant à la notion d'affectation directe telle qu'elle apparaissait à l'article 230, quatrième alinéa, CE. Ayant établi que les requérantes étaient directement concernées par la décision attaquée, au sens de la notion d'affectation directe telle qu'elle figurait à l'article 230, quatrième alinéa, CE, le Tribunal en déduit qu'elles le sont également par la décision attaquée, au sens de la notion d'affectation directe telle que nouvellement introduite à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.

En ce qui concerne la question de savoir si la décision attaquée comporte des mesures d'exécution, le Tribunal constate que, en vertu de la directive 2002/72/CE⁴, seuls les additifs figurant dans la liste provisoire peuvent continuer à être utilisés après le 1^{er} janvier 2010. En outre, aux termes de cette directive, un additif est retiré de la liste provisoire lorsque la Commission prend la décision de ne pas l'inclure dans la liste positive. Dès lors, la décision de non-inscription a eu pour conséquence immédiate le retrait de la liste provisoire et l'interdiction de la commercialisation du triclosan, sans qu'il soit nécessaire que les États membres adoptent une quelconque mesure d'exécution. Par ailleurs, la mesure transitoire, en tant qu'elle permettait de prolonger la possibilité de commercialiser le triclosan jusqu'au 1^{er} novembre 2011, ne nécessitait en elle-même aucune mesure d'exécution de la part des États membres, l'intervention éventuelle de ces derniers pour anticiper le terme du 1^{er} novembre 2011 étant purement facultative. Enfin, le Tribunal souligne que, si, dans cette dernière hypothèse, la mesure transitoire pouvait donner lieu à des mesures d'exécution de la part des États membres, ladite mesure transitoire était uniquement destinée à faciliter la mise

⁴ Directive 2002/72/CE de la Commission, du 6 août 2002, concernant les matériaux et objets en matière plastique destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires (JO L 220, p. 18).

en œuvre de la décision attaquée. Il s'agit donc d'un accessoire par rapport à l'objet principal de la décision attaquée que constitue l'interdiction de la commercialisation du triclosan.

Constatant que l'acte attaqué constitue un acte réglementaire qui concerne directement les requérantes et qui ne comporte pas de mesures d'exécution, le Tribunal, sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article 263 TFUE, déclare donc le recours recevable.

3. Compétence du Tribunal en matière d'annulation des décisions exécutant les astreintes infligées par la Cour pour défaut d'exécution d'un arrêt en manquement

Dans l'affaire *Portugal/Commission* (arrêt du 29 mars 2011, T-33/09, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal était saisi d'une demande d'annulation d'une décision de la Commission portant demande de paiement des astreintes dues en exécution de l'arrêt de la Cour du 10 janvier 2008, *Commission/Portugal*⁵, qui avait lui-même fait suite à un premier arrêt⁶ de constatation de manquement de cet État pour ne pas avoir abrogé sa législation nationale subordonnant l'octroi de dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation du droit de l'Union à la preuve d'une faute ou d'un dol dans le domaine des marchés publics.

À cet égard, le Tribunal constate que le traité ne prévoit pas de disposition particulière quant au règlement des litiges entre un État membre et la Commission, à l'occasion du recouvrement des sommes qui seraient dues en exécution d'un arrêt en manquement rendu par la Cour de justice condamnant un État membre à payer à la Commission une astreinte en cas d'inexécution d'un premier arrêt en manquement. Il s'ensuit que les voies de recours établies par le traité s'appliquent et que la décision par laquelle la Commission fixe le montant dû par l'État membre au titre de l'astreinte à laquelle il a été condamné est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, qui relève de la compétence du Tribunal.

Toutefois, dans l'exercice de cette compétence, le Tribunal ne saurait empiéter sur la compétence exclusive réservée à la Cour en matière de manquement. Il ne saurait ainsi se prononcer, dans le cadre d'un recours en annulation fondé et dirigé contre une décision de la Commission relative à l'exécution d'un tel arrêt de la Cour, sur une question relative à la méconnaissance par l'État membre des obligations qui lui incombent en vertu du traité qui n'aurait pas été préalablement tranchée par la Cour.

Par ailleurs, le Tribunal indique que, dans le cadre de l'exécution d'un arrêt de la Cour infligeant une astreinte à un État membre, la Commission doit pouvoir apprécier les mesures adoptées par l'État membre pour se conformer à l'arrêt de la Cour sans porter atteinte ni aux droits des États membres tels qu'ils résultent de la procédure en manquement ni à la compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la conformité d'une législation nationale avec le droit de l'Union. La Commission est donc tenue de vérifier, avant de recouvrer une astreinte, si les griefs retenus par la Cour dans le cadre d'un arrêt intervenu au terme de la procédure en manquement persistent toujours à la date d'expiration du délai imparti à l'État membre par la Cour pour mettre fin au manquement. Toutefois, la Commission ne peut décider, dans ce cadre, que les mesures prises par un État membre pour se conformer à un arrêt ne sont pas conformes au droit de l'Union pour en tirer des conséquences pour le calcul de l'astreinte prononcée par la Cour. Si elle estime que le nouveau régime juridique

⁵ C-70/06, Rec. p. I-1. Un litige de même nature a donné lieu à l'arrêt du 19 octobre 2011, *France/Commission* (T-139/06, non encore publié).

⁶ Arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, *Commission/Portugal*, C-275/03, non publié au Recueil.

introduit par un État membre ne constitue toujours pas une transposition correcte d'une directive, elle doit déclencher la procédure en manquement.

En l'espèce, le Tribunal rappelle qu'il résulte de l'arrêt de la Cour du 10 janvier 2008, *Commission/Portugal* (C-70/06), que cet État membre devait abroger la législation nationale litigieuse et que l'astreinte était due jusqu'à la date de cette abrogation. Or, cette législation a été abrogée par une loi entrée en vigueur le 30 janvier 2008. La Commission s'est néanmoins refusée à considérer que le manquement avait pris fin à cette date, mais a considéré que la cessation du manquement était intervenue le 18 juillet 2008, date d'entrée en vigueur d'une nouvelle législation. Le Tribunal constate que la Commission a ainsi méconnu le dispositif dudit arrêt et annule la décision attaquée.

Règles de concurrence applicables aux entreprises

1. Généralités

a) Notion d'entreprise

Dans les affaires jointes *Gosselin/Commission* et *Stichting Administratiekantoor Portielje/Commission* (arrêt du 16 juin 2011, T-208/08 et T-209/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal précise les conditions d'application de la jurisprudence selon laquelle l'intervention, directe ou indirecte, d'une entité dans l'activité économique d'une entreprise dont elle détient des participations de contrôle, permet de qualifier cette entité d'entreprise au sens du droit de la concurrence. Dans sa décision, la Commission avait considéré que Portielje, une fondation détenant à titre de fiduciaire des actions dans Gosselin, prenait part, indirectement, à l'activité économique exercée par cette dernière. Cependant, le Tribunal relève que, la jurisprudence n'ayant pas établi de présomption d'«immixtion» dans la gestion d'une entreprise, la charge de la preuve de cet élément incombe à la Commission. Or, il considère, en l'espèce, que la Commission n'a invoqué que des arguments structurels – se limitant à noter que Portielje détenait la quasi-totalité du capital de Gosselin et que les trois principaux membres de sa direction étaient en même temps membres du conseil d'administration de Gosselin – et n'a fourni aucun élément de preuve concret susceptible de démontrer que Portielje s'est effectivement immiscée dans la gestion de Gosselin. Dès lors, le Tribunal conclut que la Commission n'a pas établi que Portielje était une entreprise.

b) Restriction de concurrence – Concurrence potentielle

Dans l'affaire *Visa Europe et Visa International Service/Commission* (arrêt du 14 avril 2011, T-461/07, non encore publié), les requérantes reprochaient à la Commission d'avoir évalué les effets sur la concurrence du comportement infractionnel qui leur était reproché au regard d'un critère économiquement et juridiquement erroné, à savoir la possibilité d'intensifier la concurrence existant sur le marché en cause. Le Tribunal rejette cet argument, indiquant que la circonstance que la Commission ait reconnu que la concurrence sur le marché en cause n'est pas inefficace ne l'empêche pas de sanctionner un comportement ayant pour effet d'exclure un concurrent potentiel. En effet, l'examen des conditions de concurrence sur un marché donné repose non seulement sur la concurrence actuelle que se font les entreprises déjà présentes sur le marché en cause, mais aussi sur la concurrence potentielle. Dès lors, le Tribunal valide l'approche de la Commission fondée sur l'appréciation des effets restrictifs de concurrence sur la concurrence potentielle et sur la structure du marché en cause.

Cet arrêt donne également l'occasion au Tribunal de préciser les contours de la notion de concurrent potentiel. Ainsi, il indique que, si l'intention d'une entreprise d'intégrer un marché est, éventuellement, pertinente aux fins de vérifier si elle peut être considérée comme un concurrent

potentiel, l'élément essentiel sur lequel doit reposer une telle qualification est, cependant, constitué par sa capacité à intégrer ledit marché.

c) Délai raisonnable

Dans les arrêts du 16 juin 2011, *Heineken Nederland et Heineken/Commission* et *Bavaria/Commission* (T-240/07 et T-235/07, non encore publiés, sous pourvoi), rendus dans le cadre du cartel des bières néerlandaises, la Commission avait accordé une réduction de 100 000 euros du montant de l'amende infligée à chaque entreprise en raison de la longueur déraisonnable de la procédure administrative, qui avait duré plus de sept ans après les inspections. À cet égard, le Tribunal considère que la durée de la procédure administrative a entraîné une violation du principe du délai raisonnable et que la réduction forfaitaire accordée par la Commission n'a pas tenu compte du montant des amendes infligées à ces entreprises – à savoir 219,28 millions d'euros à Heineken NV et sa filiale et 22,85 millions d'euros à Bavaria NV –, de sorte que cette réduction n'est pas susceptible de redresser de manière adéquate cette violation. Par conséquent, le Tribunal porte la réduction en cause à 5 % du montant de l'amende.

2. Apports dans le domaine de l'article 101 TFUE

a) Administration de la preuve

Les arrêts rendus dans le cartel des appareillages de commutation à isolation gazeuse ont permis au Tribunal d'apporter un certain nombre de précisions quant au régime de la preuve en matière d'ententes.

– Recevabilité

Dans l'affaire *Fuji Electric/Commission* (arrêt du 12 juillet 2011, T-132/07, non encore publié), la Commission soutenait que tant les griefs non formulés lors de la procédure administrative que les documents non produits au cours de celle-ci et présentés pour la première fois par la requérante devant le Tribunal étaient irrecevables. Le Tribunal rejette cette approche et souligne que les règles énumérant les droits et les devoirs des entreprises dans le cadre de la procédure administrative prévue par le droit de la concurrence ne peuvent être interprétées comme obligeant une personne à coopérer et, en réponse à la communication des griefs qui lui est adressée par la Commission, à formuler, dès le stade de la procédure administrative, l'ensemble des griefs qu'elle souhaiterait pouvoir invoquer à l'appui d'un recours en annulation.

De la même manière, la Commission concluait à l'irrecevabilité des griefs fondés sur la remise en question d'éléments de fait ou de droit expressément reconnus par la requérante pendant la procédure administrative. Cependant, le Tribunal relève que, lorsque la personne concernée décide volontairement de coopérer et que, dans le cadre de la procédure administrative, elle reconnaît explicitement ou implicitement les éléments qui justifient que l'infraction lui soit imputée, elle n'est pas limitée dans l'exercice du droit de recours dont elle dispose en vertu du traité. En l'absence de base légale expressément prévue à cet effet, une telle limitation serait contraire aux principes fondamentaux de légalité et de respect des droits de la défense.

– Témoignages

Dans l'arrêt du 12 juillet 2011, *Hitachi e.a./Commission* (T-112/07, non encore publié), le Tribunal rappelle, tout d'abord, que la déclaration d'une entreprise à laquelle il est reproché d'avoir participé à une entente, déclaration dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises

concernées, ne peut être considérée comme constituant une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve. Il précise, ensuite, que les témoignages écrits des employés d'une société, élaborés sous le contrôle de celle-ci et présentés par elle aux fins de sa défense dans le cadre de la procédure administrative menée par la Commission, ne peuvent, en principe, être qualifiés d'éléments différents et indépendants des déclarations de cette même société. Ils ne sont que complémentaires auxdites déclarations, dont ils peuvent préciser et concrétiser le contenu. Partant, ils doivent également être corroborés par d'autres éléments de preuve.

– Éléments contextuels

Dans les arrêts du 12 juillet 2011, *Hitachi e.a./Commission*, précité, *Toshiba/Commission* (T-113/07, non encore publié, sous pourvoi), et *Mitsubishi Electric/Commission* (T-133/07, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal rappelle que, lorsque la Commission s'appuie uniquement sur la conduite des entreprises en cause sur le marché pour conclure à l'existence d'une infraction, il suffit à ces dernières de démontrer l'existence de circonstances donnant un éclairage différent aux faits établis par la Commission et permettant ainsi de substituer une autre explication plausible des faits à celle retenue par la Commission. Cependant, si l'absence de preuves documentaires peut s'avérer pertinente dans le cadre de l'appréciation globale du faisceau d'indices invoqué par la Commission, à elle seule, cette absence n'a pas pour conséquence de permettre à l'entreprise concernée de mettre en cause les allégations de la Commission en présentant une explication alternative des faits. Tel est seulement le cas lorsque les preuves présentées par la Commission ne permettent pas d'établir l'existence de l'infraction sans équivoque et sans qu'une interprétation soit nécessaire.

– Contrôle du Tribunal

Dans l'affaire *Mitsubishi Electric/Commission*, précitée, la requérante contestait la jurisprudence selon laquelle, au regard des difficultés auxquelles est confrontée la Commission en tentant de prouver une infraction, des normes plus souples en matière de preuve sont acceptables. À l'appui de son argumentation, elle relevait que les amendes imposées dans les affaires d'ententes avaient constamment augmenté au cours des dernières années, ce qui devait influencer sur l'intensité du contrôle des décisions de la Commission. Le Tribunal rejette cet argument en soulignant que, si l'augmentation des montants des amendes est, certes, susceptible d'avoir des conséquences plus graves pour les parties auxquelles ces mêmes amendes sont imposées, elle a pour conséquence, dès lors que l'initiative de la Commission en ce sens est généralement connue, que, si des entreprises se rendent responsables d'une infraction, elles veillent d'autant plus à ce qu'un nombre aussi bas que possible de preuves exploitables soit généré, rendant ainsi plus difficile la tâche de la Commission.

Par ailleurs, le Tribunal a également rappelé, dans l'arrêt du 25 octobre 2011, *Aragonesas Industrias y Energía/Commission* (T-348/08, non encore publié), que, dans la mesure où il lui appartient d'apprécier si les preuves et les autres éléments invoqués par la Commission dans la décision attaquée sont suffisants pour établir l'existence d'une infraction, il lui incombe tout autant d'identifier les éléments de preuve retenus par la Commission afin de démontrer la participation de la requérante à l'infraction en cause. À cette fin, la recherche desdits éléments de preuve ne peut porter que sur la partie des motifs de la décision attaquée dans lesquels la Commission décrit la phase contradictoire de la procédure administrative.

b) Participation à une infraction unique et continue

Dans l'arrêt du 16 juin 2011, *Verhuizingen Coppens/Commission* (T-210/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal rappelle que, afin de tenir une entreprise pour responsable d'une infraction unique et continue, la connaissance des comportements infractionnels des autres participants à l'infraction est requise. Or, il relève, tout d'abord, que, en l'espèce, si la requérante a bien participé à l'établissement de faux devis de déménagement, elle n'avait pas connaissance, en revanche, des activités anticoncurrentielles des autres entreprises concernant les accords de compensations financières pour des offres rejetées ou des cas d'abstention d'offrir. Dans la mesure où – indépendamment de son dispositif – il ressortait clairement des motifs de la décision que la Commission avait considéré que ces pratiques formaient une infraction unique et continue, le Tribunal annule tant la constatation de l'infraction que l'amende imposée.

c) Calcul du montant de l'amende

L'année 2011 a été marquée par le nombre très important d'affaires d'ententes soulevant de multiples problématiques liées au calcul de l'amende infligée et par les premiers cas d'interprétation, par le Tribunal, des lignes directrices de 2006⁷.

– Valeur des ventes

Dans l'arrêt du 16 juin 2011, *Team Relocations e.a./Commission* (T-204/08 et T-212/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a été amené à préciser l'interprétation du concept de «vente» à prendre en compte dans le cadre de l'application des lignes directrices de 2006. Il rejette, à cette occasion, la position de la requérante plaidant pour la prise en considération de la seule valeur des ventes résultant du service réellement affecté par les pratiques infractionnelles. En effet, il conclut qu'il convient de prendre comme valeur des ventes, au sens de ces lignes directrices, celles réalisées sur le marché pertinent.

– Gravité

Dans l'affaire *Ziegler/Commission* (arrêt du 16 juin 2011, T-199/08, non encore publié, sous pourvoi), la requérante invoquait un défaut de motivation affectant le calcul du montant de base de l'amende. À cet égard, le Tribunal relève que les lignes directrices de 2006 ont entraîné «un changement fondamental de méthodologie pour le calcul des amendes». En particulier, le classement des infractions en trois catégories («peu grave», «grave» et «très grave») a été aboli et une échelle allant de 0 à 30 % a été introduite afin de permettre une différenciation plus fine. En outre, le montant de base de l'amende est désormais «lié à une proportion de la valeur des ventes, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, multipliée par le nombre d'années d'infraction». En règle générale, «la proportion de la valeur des ventes prise en compte doit être fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30 %». S'agissant des accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de production, «qui comptent, par leur nature même, parmi les restrictions de concurrence les plus graves», la proportion des ventes prise en compte doit généralement être retenue «en haut de l'échelle». Dans ces conditions et en tant que corollaire à la marge d'appréciation dont elle jouit en la matière, la Commission est tenue de motiver le choix de la proportion des ventes prise en compte, et ne peut se contenter de motiver uniquement la qualification d'une infraction de «très grave». De façon plus générale,

⁷ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, adoptées le 1^{er} septembre 2006 (JO 2006, C 210, p. 2).

tout en admettant le caractère suffisamment motivé de la décision sur ce point, au regard de la jurisprudence existante, le Tribunal met l'accent sur le fait que ladite jurisprudence a été forgée notamment au regard des précédentes lignes directrices et invite donc la Commission, dans le cadre de l'application des lignes directrices de 2006, à renforcer sa motivation quant au calcul des amendes, afin, notamment, de permettre aux entreprises de connaître en détail le mode de calcul du montant de l'amende qui leur est infligée.

Dans l'arrêt *Team Relocations e.a./Commission*, précité, constatant que les lignes directrices de 2006 ont aboli tant le classement des infractions par catégories que les montants forfaitaires et ont mis en place un système permettant une différenciation plus fine en fonction de la gravité des infractions, le Tribunal conclut que la Commission est libre d'individualiser la gravité du rôle de chaque entreprise soit dans la détermination du pourcentage de la valeur des ventes retenues, soit lors de l'appréciation des circonstances atténuantes et aggravantes. Cependant, dans ce dernier cas, l'appréciation desdites circonstances doit permettre une prise en compte adéquate de la gravité relative de la participation à une infraction unique ainsi qu'une variation de cette gravité dans le temps.

– Durée

Dans les affaires jointes *Team Relocations e.a./Commission*, précitées, la multiplication systématique du montant déterminé en fonction de la valeur des ventes par le nombre d'années de participation à l'infraction par une entreprise, telle que prévue par les lignes directrices de 2006, était contestée dans la mesure où ce système conférerait à la durée alléguée de l'infraction une portée disproportionnée par comparaison aux autres facteurs pertinents, notamment à la gravité de l'infraction. Si le Tribunal, comme indiqué à propos de la gravité de l'infraction, relève que la nouvelle approche de la Commission représente, à cet égard également, un changement de méthodologie fondamental, dans la mesure où la multiplication par le nombre d'années de participation à l'infraction équivaut à augmenter le montant de 100 % par année, il souligne, cependant, que l'article 23, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003⁸ ne s'oppose pas à une telle évolution.

En revanche, dans l'arrêt du même jour *Gosselin Group et Stichting Administratiekantoor Portielje/Commission*, précité, le Tribunal tire la conséquence de ce changement sur le travail de la Commission. Ainsi, il précise que, s'il est de jurisprudence constante que la charge de la preuve concernant les infractions à l'article [101], paragraphe 1, [TFUE] incombe à la Commission et que celle-ci doit rapporter des preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction alléguée a été commise, tel est particulièrement le cas pour les preuves concernant la durée de l'infraction, critère dont le poids a été considérablement renforcé dans les lignes directrices de 2006.

– Égalité de traitement – Chiffre d'affaires pris en considération

Dans les arrêts *Toshiba/Commission* et *Mitsubishi Electric/Commission*, précités, le Tribunal relève que la Commission s'était fondée sur l'année 2001 comme année de référence pour la détermination de la valeur des ventes mondiales et pour le calcul du montant de départ des amendes de Toshiba et de Mitsubishi Electric, dont les activités en matière d'appareillage de commutation à isolation gazeuse avaient été reprises par leur entreprise commune TM T & D en

⁸ 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).

2002, alors qu'elle avait retenu l'année 2003, dernière année complète de l'infraction, en ce qui concerne les producteurs européens. Selon la Commission, cette différenciation reflétait la volonté de prendre en considération le fait que, pendant la majeure partie de la période infractionnelle, Toshiba détenait une part considérablement plus faible du marché mondial de ce produit que celle de Mitsubishi. Si le Tribunal estime légitime un tel objectif, il considère, cependant, que d'autres méthodes non discriminatoires auraient pu être utilisées pour l'atteindre, telle que la division du montant de départ de l'amende, calculé à partir des chiffres d'affaires réalisés en 2003, selon la proportion des ventes du produit concerné pendant la dernière année précédant la création de l'entreprise commune. La Commission ayant violé le principe d'égalité de traitement, et en l'absence d'élément lui permettant de calculer un nouveau montant pour l'amende, le Tribunal annule donc les amendes infligées à ces deux entreprises.

– Dissuasion

Dans l'affaire *Arkema France e.a./Commission* (arrêt du 7 juin 2011, T-217/06, non encore publié), la Commission avait appliqué une majoration de 200 %, afin de garantir un effet dissuasif suffisant à la sanction pécuniaire, compte tenu de la taille et de la puissance économique de l'entreprise concernée. Cette majoration était fondée sur le chiffre d'affaires mondial de Total, société mère de la requérante. Cependant, le Tribunal relève que, quelques jours avant l'adoption de la décision par la Commission, la requérante a cessé d'être contrôlée par Total, et, dès lors, estime que la majoration de l'amende au titre de l'effet dissuasif n'est pas justifiée. En effet, le Tribunal rappelle que la nécessité d'assurer un effet dissuasif suffisant de l'amende exige, notamment, que son montant soit modulé afin de tenir compte de l'impact recherché sur l'entreprise à laquelle elle est infligée, et ce afin que l'amende ne soit pas rendue négligeable ou au contraire excessive, notamment au regard de sa capacité financière. Par conséquent, cet objectif de dissuasion ne peut être valablement atteint qu'en considération de la situation de l'entreprise au jour où celle-ci est infligée. Dans la mesure où l'unité économique qui liait Arkema à Total a été rompue avant la date d'adoption de la décision, les ressources de cette dernière société ne pouvaient être prises en compte pour la détermination de la majoration de l'amende imposée à Arkema et à ses filiales. Le Tribunal juge, par conséquent, que la majoration de 200 % est excessive en ce qui les concerne et qu'une majoration de 25 % est adéquate pour assurer un effet suffisamment dissuasif de l'amende qui leur a été infligée. Pour ce motif, le Tribunal décide de réduire le montant de l'amende infligée à Arkema de 219,1 à 113,3 millions d'euros.

– Coopération

Dans l'arrêt *Fuji Electric/Commission*, précité, le Tribunal précise que, s'il est exact que la date à laquelle des éléments de preuve sont remis à la Commission influe sur la qualification de ceux-ci comme ayant une valeur ajoutée significative, dans la mesure où cette qualification dépend des éléments de preuve figurant déjà au dossier de la Commission à la date de leur remise, le seul fait que ces éléments aient été remis postérieurement à la notification de la communication des griefs n'exclut pas qu'ils puissent encore présenter, en dépit du stade avancé de la procédure administrative, une valeur ajoutée significative. En particulier, dans une demande tendant au bénéfice d'une communication sur la coopération présentée après l'envoi de la communication des griefs, une entreprise peut se concentrer sur les faits qui, à son avis, n'ont pas été établis à suffisance de droit afin d'apporter une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission.

Dans l'affaire *Deltafina/Commission* (arrêt du 9 septembre 2011, T-12/06, non encore publié, sous pourvoi), la Commission avait décidé, pour la première fois, d'accorder une immunité conditionnelle à la requérante dans le cadre d'une communication sur la coopération. Le

Tribunal indique que, compte tenu du fait que l'octroi de l'immunité totale d'amendes constitue une exception au principe de la responsabilité personnelle de l'entreprise pour la violation des règles de concurrence, il est logique que, en échange, la Commission puisse exiger de l'entreprise qu'elle n'omette pas de l'informer de faits pertinents dont elle a connaissance et qui sont capables d'affecter le déroulement de la procédure administrative et l'efficacité de l'instruction. Or, le Tribunal relève que, lors d'une réunion avec ses concurrents, la requérante a divulgué, volontairement et sans en informer la Commission, le fait qu'elle avait introduit une demande d'immunité auprès de ses services, avant que cette dernière n'ait eu l'occasion de procéder aux vérifications concernant l'entente en cause. Un tel comportement ne témoignant pas d'un esprit de coopération véritable, le Tribunal juge que la Commission n'a pas commis d'erreur en n'octroyant pas à Deltafina l'immunité définitive.

– Circonstances aggravantes

Dans l'arrêt du 17 mai 2011, *Arkema France/Commission* (T-343/08, non encore publié), le Tribunal relève que, si aucun délai de prescription ne s'oppose à la constatation par la Commission d'un état de récidive, il n'en demeure pas moins que, conformément au principe de proportionnalité, la Commission ne saurait prendre en considération une ou des décisions antérieures sanctionnant une entreprise sans limitation dans le temps. En l'espèce, le Tribunal constate que la requérante a enfreint les règles de la concurrence en participant à des ententes de manière continue de 1961 jusqu'à mai 1984, pour lesquelles elle a été sanctionnée d'abord en 1984, ensuite en 1986 et enfin en 1994, et que, en dépit de cette série de décisions, elle a répété son comportement infractionnel en participant à une nouvelle entente, sanctionnée dans la décision attaquée, du 17 mai 1995 au 9 février 2000. En conséquence, la Commission a majoré de 90 % le montant de base de l'amende infligée à la requérante. Le Tribunal valide l'approche de la Commission, indiquant que, dès lors que cette série de décisions, adoptées à bref intervalle et dont la dernière a été adoptée un an avant qu'elle ne participe à l'infraction sanctionnée dans la décision attaquée, témoigne de la propension de la requérante à s'affranchir des règles de la concurrence, la Commission n'a pas enfreint le principe de proportionnalité en prenant ladite série en considération dans le cadre de l'appréciation du comportement de récidiviste de la requérante.

Dans la décision attaquée dans le cadre des affaires *ENI/Commission* et *Polimeri Europa/Commission* (arrêts du 13 juillet 2011, T-39/07 et T-59/07, non encore publiés, sous pourvoi), la Commission, observant que l'entreprise EniChem avait déjà fait l'objet de sanctions pour sa participation à deux ententes précédentes, avait considéré que le montant de base de l'amende infligée aux requérantes, Eni et sa filiale Polimeri, devait être augmenté de 50 % au titre de la circonstance aggravante liée à la récidive. La Commission avait considéré que, bien que les personnes morales impliquées dans les infractions en cause ne fussent pas identiques, la même entreprise avait cependant répété le comportement infractionnel en cause. Le Tribunal prend soin de relever, toutefois, que l'évolution de la structure et du contrôle des sociétés concernées étant complexe, il revenait à la Commission d'être particulièrement précise et d'apporter tous les éléments circonstanciés nécessaires pour démontrer que les sociétés visées par la décision attaquée et les sociétés visées par les décisions précédentes formaient une même «entreprise» au sens de l'article [101 TFUE]. Le Tribunal considère que tel n'a pas été le cas en l'espèce et, partant, que la récidive n'a pas été démontrée. Il réduit donc le montant de l'amende de 272,25 à 181,5 millions d'euros.

Dans les affaires jointes rendues le même jour, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e.a./Commission* (T-144/07, T-147/07 à T-150/07 et T-154/07, non encore publiées, sous pourvoi), le Tribunal rappelle que la Commission a majoré le montant des amendes infligées à la société mère ThyssenKrupp AG, à sa filiale, ThyssenKrupp Elevator AG, ainsi qu'à certaines filiales nationales de 50 % au titre de la

récidive, certaines sociétés appartenant au groupe ThyssenKrupp ayant déjà été sanctionnées en 1998 pour leur participation à une entente sur le marché de l'extra d'alliage. À cet égard, le Tribunal relève que la Commission avait constaté, dans cette décision, une infraction commise seulement par les sociétés de ce groupe, à l'exclusion de leurs sociétés mères à l'époque des faits, dont ThyssenKrupp AG serait le successeur économique et juridique. En outre, la Commission n'avait pas considéré, alors, que les filiales et leurs sociétés mères formaient une entité économique. Par ailleurs, le Tribunal constate que les filiales qui se sont vu infliger des amendes dans le cadre de l'entente dans le secteur de l'extra d'alliage ne faisaient pas partie des entreprises sanctionnées dans la décision attaquée. Ainsi, les infractions constatées ne sauraient être considérées comme une récidive commise par la même entreprise.

– Circonstances atténuantes

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Ziegler/Commission*, précité, la requérante invoquait, au titre des circonstances atténuantes, la cessation de la pratique infractionnelle. Le Tribunal relève que, si les lignes directrices de 2006 prévoient que le montant de base de l'amende peut être réduit à ce titre, cela «ne [s'applique] pas aux accords ou aux pratiques de nature secrète (en particulier les cartels)». De surcroît, le bénéfice de cette circonstance atténuante est limité aux cas où l'infraction cesse à la suite des premières interventions de la Commission. Or, constatant que la requérante a participé à l'infraction jusqu'au 8 septembre 2003, alors que les inspections ont eu lieu après cette date, à savoir le 16 septembre 2003, le Tribunal rejette le grief présenté par la requérante.

Dans la même affaire, la requérante prétendait que le fait que la Commission ait eu connaissance de la pratique infractionnelle et qu'elle l'ait tolérée pendant des années avait créé chez elle une croyance légitime, bien qu'erronée, en la licéité de cette pratique. À cet égard, le Tribunal souligne que la seule connaissance d'un comportement anticoncurrentiel n'implique pas que ce comportement ait été implicitement «autorisé ou encouragé» par la Commission, au sens des lignes directrices de 2006. En effet, une prétendue inaction ne peut être assimilée à un acte positif, tel qu'une autorisation ou un encouragement, amenant à reconnaître l'existence d'une circonstance atténuante.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Arkema France/Commission*, précité, la requérante soutenait que la Commission avait erronément refusé de lui octroyer une réduction du montant de l'amende en vertu de sa coopération effectuée en dehors du champ d'application d'une communication sur la coopération. Le Tribunal précise que, afin de préserver l'effet utile de ce type de communication, ce ne peut être que dans des situations exceptionnelles que la Commission est tenue d'octroyer une réduction d'amende à une entreprise sur un autre fondement. Il considère que tel est le cas, notamment, lorsque la coopération d'une entreprise, tout en allant au-delà de son obligation légale de coopérer sans toutefois lui donner droit à une réduction du montant de l'amende au titre de ladite communication, est d'une utilité objective pour la Commission. Une telle utilité doit être constatée lorsque la Commission fonde sa décision finale sur des éléments de preuve en l'absence desquels la Commission n'aurait pas été en mesure de sanctionner totalement ou partiellement l'infraction en cause.

– Circonstances exceptionnelles

Dans l'arrêt *Ziegler/Commission*, précité, le Tribunal examine l'application des lignes directrices de 2006 en ce qui concerne la prise en compte de la capacité contributive de l'entreprise concernée. À cet égard, il relève que, afin de bénéficier d'une réduction exceptionnelle de l'amende en raison de difficultés économiques en vertu de ces lignes directrices, outre l'introduction d'une demande en ce sens, deux conditions cumulatives doivent être remplies, à savoir, premièrement,

la difficulté insurmontable de payer l'amende et, deuxièmement, la présence d'un «contexte social et économique particulier». Or, s'agissant de la première condition, le Tribunal constate que la Commission s'est bornée à observer que l'amende ne représentait que 3,76 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise en 2006 pour conclure que la sanction n'était pas de nature à mettre irrémédiablement en danger sa viabilité économique. Le Tribunal considère, d'une part, que cette appréciation est abstraite et ne prend nullement en compte la situation concrète de la requérante et, d'autre part, qu'un simple calcul du pourcentage que représente l'amende par rapport au chiffre d'affaires mondial de l'entreprise ne saurait, à lui seul, fonder la conclusion selon laquelle cette amende n'est pas de nature à mettre irrémédiablement en danger la viabilité économique de cette dernière. Cependant, la seconde condition n'étant pas satisfaite, il conclut que la Commission était fondée à rejeter les arguments de la requérante.

– Plafond de 10 % du chiffre d'affaires

Dans l'arrêt du 16 juin 2011, *Putters International/Commission* (T-211/08, non encore publié), le Tribunal indique que le seul fait que l'amende finalement infligée s'élève à 10 % du chiffre d'affaires de la requérante, alors que ce pourcentage est plus faible pour d'autres participants à l'entente, ne peut constituer une violation du principe d'égalité de traitement ou de proportionnalité. En effet, cette conséquence est inhérente à l'interprétation du plafond de 10 % comme simple seuil d'écrêtement, qui est appliqué après une éventuelle réduction de l'amende en raison de circonstances atténuantes ou du principe de proportionnalité. Cependant, il observe que la multiplication du montant déterminé en fonction de la valeur des ventes par le nombre d'années de participation à l'infraction peut impliquer que, dans le cadre des lignes directrices de 2006, l'application du plafond de 10 % soit désormais la règle plutôt que l'exception pour toute entreprise qui opère principalement sur un seul marché et qui a participé pendant plus d'un an à une entente. Dans ce cas, toute différenciation en fonction de la gravité ou de circonstances atténuantes ne sera normalement plus susceptible de se répercuter sur une amende qui a été écrêtée afin d'être ramenée à 10 %. Ce faisant, le Tribunal met l'accent sur le fait que l'absence de différenciation concernant l'amende finale qui en résulte représente une difficulté, au regard du principe d'individualité des peines et des sanctions, qui est inhérente à la nouvelle méthodologie.

d) Imputabilité du comportement infractionnel et condamnation solidaire

– Conditions d'application de la présomption de responsabilité d'une société mère pour les agissements de sa filiale

Dans l'arrêt du 15 septembre 2011, *Koninklijke Grolsch/Commission* (T-234/07, non encore publié), le Tribunal relève que la Commission n'a pas rapporté la preuve de la participation directe de la requérante à l'entente. Or, la requérante a été assimilée à sa filiale (détenue à 100 %) sans que la Commission distingue entre les personnes morales, ni fournisse les raisons pour lesquelles l'infraction devait lui être imputée. Le Tribunal considère que, en passant de la sorte sous silence les liens économiques, organisationnels ou juridiques existant entre la requérante et sa filiale, la Commission a privé la requérante de la possibilité de contester éventuellement le bien-fondé de cette imputation devant le Tribunal en renversant la présomption d'exercice effectif d'une influence déterminante sur ladite filiale et n'a pas mis le Tribunal en mesure d'exercer son contrôle à cet égard, ce qui justifie l'annulation de la décision.

– Renversement de la présomption

Dans les arrêts du 16 juin 2011, *L'Air liquide/Commission* et *Edison/Commission* (T-185/06, non encore publié, et T-196/06, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal constate, tout d'abord,

que la Commission a pu légitimement présumer l'exercice effectif d'une influence déterminante des requérantes sur leur filiale respective, compte tenu du lien non contesté de contrôle à 100 % les unissant. Il observe, ensuite, que les requérantes ont invoqué une argumentation spécifique visant à renverser ladite présomption, en tentant de démontrer l'autonomie de leur filiale respective. Or, en réponse à ces arguments, la Commission s'est limitée à renvoyer à certains indices supplémentaires de l'exercice par les requérantes d'une influence déterminante sur leur filiale respective. Le Tribunal estime que, ce faisant, la Commission n'a pas exposé, dans la décision attaquée, les raisons pour lesquelles les éléments présentés par les requérantes n'étaient pas suffisants pour renverser la présomption en cause. Or, le devoir de la Commission de motiver sa décision sur ce point résulte clairement du caractère réfragable de la présomption en cause, dont le renversement supposait, de la part des requérantes, de produire une preuve portant sur l'ensemble des liens économiques, organisationnels et juridiques entre elles-mêmes et leur filiale respective. La Commission n'ayant pas pris une position circonstanciée à cet égard, le Tribunal annule la décision attaquée pour violation de l'obligation de motivation.

Dans les affaires jointes *Gosselin/Commission* et *Stichting Administratiekantoor Portielje/Commission*, précitées, la Commission avait appliqué la présomption d'exercice effectif d'une influence déterminante de Portielje sur Gosselin, dans la mesure où la société mère détenait la quasi-totalité du capital de sa filiale. Cependant, le Tribunal relève que les éléments apportés par Portielje permettaient de renverser ladite présomption. Parmi ceux-ci, il souligne plus particulièrement le fait que la seule possibilité pour la société mère d'influencer sa filiale aurait été de faire usage des droits de vote, liés aux actions qu'elle détenait, lors de l'assemblée générale de cette dernière. Or, il constate que, au cours de la période infractionnelle, il ne s'est tenu aucune assemblée d'actionnaires. Le Tribunal décide donc d'annuler la décision de la Commission en ce qu'elle concerne Portielje.

– Portée de la responsabilité

Dans l'affaire *Tomkins/Commission* (arrêt du 24 mars 2011, T-382/06, non encore publié, sous pourvoi), la requérante s'était vu imputer la responsabilité du comportement infractionnel de sa filiale, Pegler, du fait de sa détention de 100 % du capital de cette dernière. Parmi les moyens soulevés, elle contestait la participation de sa filiale à l'entente pour une partie de la période infractionnelle. Par arrêt du même jour *Pegler/Commission* (T-386/06, non encore publié), le Tribunal a annulé la participation de Pegler dans le cartel des raccords en cuivre pour une partie de la période infractionnelle supérieure à celle visée par le moyen soulevé par Tomkins, la société mère. Le Tribunal rappelle, à cet égard, que, le juge de l'Union ne pouvant statuer *ultra petita*, l'annulation qu'il prononce ne saurait excéder celle sollicitée par la partie requérante. Toutefois, du point de vue du droit de la concurrence, la requérante constituait une entité unique avec sa filiale, laquelle a partiellement obtenu gain de cause à la suite du recours en annulation introduit dans l'affaire précitée *Pegler/Commission*. Partant, l'imputation retenue par la Commission à l'encontre de la requérante implique que cette dernière bénéficie de l'annulation partielle de la décision attaquée dans ladite affaire. En effet, la requérante avait soulevé un moyen unique visant à contester la durée de la participation de Pegler à l'infraction et avait conclu à l'annulation de la décision attaquée sur ce fondement. Le Tribunal, saisi d'un recours en annulation introduit séparément par une société mère et par sa filiale, considère ainsi qu'il ne statue pas *ultra petita* lorsqu'il tient compte du résultat du recours introduit par la filiale, dès lors que les conclusions du recours introduit par la société mère ont le même objet.

En revanche, dans l'affaire ayant donné lieu à ce même arrêt, Tomkins avait expressément renoncé au grief tiré d'une erreur d'appréciation concernant la majoration du montant de l'amende à des fins de dissuasion. Le Tribunal en déduit qu'il ne peut statuer sur ce point sans sortir du cadre du litige tel qu'il a été défini par les parties dans la présente affaire, alors même qu'il a, dans l'affaire

ayant donné lieu à l'arrêt *Pegler/Commission*, précité, considéré que c'est à tort que la Commission avait appliqué ce coefficient multiplicateur.

– Paiement solidaire

Dans l'arrêt du 12 octobre 2011, *Alliance One International/Commission* (T-41/05, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal considère que la requérante ne pouvait être tenue pour responsable de l'infraction commise par Agroexpansión pour la période antérieure au 18 novembre 1997, puisque ce n'est qu'à partir de cette dernière date qu'elle a formé avec celle-ci une unité économique et, donc, une entreprise au sens de l'article [101 TFUE]. La solidarité pour le paiement de l'amende ne pouvant couvrir que la période infractionnelle durant laquelle la société mère et sa filiale constituaient une telle entreprise, la Commission n'était pas fondée à imposer à la requérante de payer solidairement, avec Agroexpansión, la totalité du montant infligé à cette dernière, soit 2 592 000 euros, à savoir un montant se rapportant à l'ensemble de la période infractionnelle. Par conséquent, le Tribunal a réduit la majoration appliquée au titre de la durée de 50 à 35 %.

e) Pleine juridiction

En vertu de l'article 261 TFUE et de l'article 31 du règlement n° 1/2003, le Tribunal dispose d'une compétence de pleine juridiction qui l'habilite, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, qui ne permet que de rejeter le recours en annulation ou d'annuler l'acte attaqué, à réformer l'acte attaqué, même en l'absence d'annulation, compte tenu de toutes les circonstances de fait, en modifiant, par exemple, l'amende infligée⁹.

Dans l'arrêt *Arkema France e.a./Commission*, précité, le Tribunal relève que la Commission n'a pas contesté l'exactitude des affirmations des requérantes, selon lesquelles, à partir du 18 mai 2006, elles n'étaient plus contrôlées par Total et Elf Aquitaine, élément de fait qui figurait déjà dans la requête. Invité par les requérantes à exercer sa compétence de pleine juridiction afin de réduire le montant de l'amende au regard de cet élément de fait, le Tribunal réduit, en effet, de 200 à 25 % la majoration infligée pour assurer un effet suffisamment dissuasif à l'amende, majoration considérée comme excessive, car calculée sur la base du chiffre d'affaires mondial de la société mère. Par conséquent, le montant de l'amende infligée à Arkema est réduit de 105,8 millions d'euros.

Dans les arrêts *Ziegler/Commission* et *Team Relocations e.a./Commission*, précités, le Tribunal précise que la motivation accrue concernant le calcul du montant de l'amende, rendue nécessaire en raison du changement méthodologique fondamental induit par l'application des lignes directrices de 2006, a également pour but de faciliter l'exercice par le Tribunal de sa compétence de pleine juridiction, laquelle doit lui permettre d'apprécier, au-delà de la légalité de la décision attaquée, le caractère approprié de l'amende infligée.

Dans l'arrêt *Putters International/Commission*, précité, il juge que l'absence de différenciation concernant l'amende finale, résultant parfois de la méthodologie issue des lignes directrices de 2006, peut nécessiter qu'il exerce pleinement sa compétence de pleine juridiction dans les cas concrets où la seule application desdites lignes directrices ne permettrait pas une différenciation appropriée.

Dans l'arrêt du 5 octobre 2011, *Romana Tabacchi/Commission* (T-11/06, non encore publié), ayant constaté que la Commission avait, d'une part, commis des erreurs d'appréciation des faits

⁹ Voir, notamment, arrêt de la Cour du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, point 692.

concernant la durée de la participation de la requérante à l'entente et, d'autre part, enfreint le principe d'égalité de traitement en appréciant le poids spécifique de cette participation, le Tribunal y remédie en exerçant sa compétence de pleine juridiction. Ainsi, il estime que, compte tenu notamment de l'effet cumulatif des illégalités précédemment constatées ainsi que de la faible capacité financière de la requérante, il sera fait une juste appréciation de toutes les circonstances de l'espèce en fixant le montant final de l'amende infligée à la requérante à 1 million d'euros au lieu de 2,05 millions d'euros. Il précise, à cet égard, que, d'une part, une amende d'un tel montant permet de réprimer efficacement le comportement illégal de la requérante, d'une manière qui n'est pas négligeable et qui reste suffisamment dissuasive et, d'autre part, toute amende supérieure à ce montant serait disproportionnée au regard de l'infraction reprochée à la requérante appréciée dans son ensemble.

3. Apports dans le domaine des concentrations

Dans son arrêt du 12 octobre 2011, *Association belge des consommateurs test-achats/Commission* (T-224/10, non encore publié), le Tribunal a apporté des précisions quant aux conditions de recevabilité d'un recours introduit par des tiers, d'une part, contre une décision de la Commission déclarant compatible avec le marché commun une opération de concentration (en l'espèce entre EDF et Segebel) et, d'autre part, contre le rejet de la demande, introduite par des autorités nationales, de renvoi partiel de l'examen de la concentration devant lesdites autorités (décision de refus de renvoi).

a) Qualité pour agir des tiers

À cet égard, le Tribunal rappelle qu'il ressort de la jurisprudence que, pour les décisions de la Commission concernant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun, la qualité pour agir des tiers intéressés par une concentration doit être appréciée de manière différente selon que ceux-ci, d'une part, invoquent des vices affectant la substance de ces décisions (tiers intéressés de «première catégorie») ou, d'autre part, soutiennent que la Commission a enfreint des droits procéduraux qui leur sont conférés par les actes du droit de l'Union régissant le contrôle des concentrations (tiers intéressés de «seconde catégorie»).

S'agissant de la première catégorie, il est nécessaire que ces tiers soient affectés par la décision attaquée 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 les individualise d'une manière analogue à celle dont le serait un destinataire. Or, la requérante, au cas d'espèce, ne relève pas de la première catégorie, étant donné qu'elle n'est pas individuellement concernée par la décision de la Commission. S'agissant de la question de savoir si la requérante relève de la seconde catégorie, le Tribunal précise que les associations de consommateurs disposent d'un droit procédural – le droit d'être entendu – dans le cadre de la procédure administrative visant l'examen d'une concentration, sous réserve du respect de deux conditions: premièrement, la concentration doit concerner des produits ou services utilisés par les consommateurs finals et, deuxièmement, l'association doit avoir effectivement introduit une demande écrite afin d'être entendue par la Commission au cours de la procédure d'examen.

Le Tribunal constate que le requérant remplit la première condition – la concentration en cause étant susceptible d'avoir des effets, au moins secondaires, sur les consommateurs –, mais non la seconde. À cet égard, le Tribunal souligne que les démarches que les tiers sont tenus d'entreprendre pour être impliqués dans une procédure de contrôle des concentrations doivent avoir lieu à compter de la notification formelle de la concentration. Cela permet, dans l'intérêt des tiers, d'éviter qu'ils ne présentent des demandes avant que l'objet de la procédure de contrôle

menée par la Commission n'ait été fixé, lors de la notification de l'opération économique en cause. En outre, cela évite que la Commission ait la charge de trier systématiquement, parmi les demandes qu'elle reçoit, celles qui se réfèrent à des opérations économiques ne relevant que d'hypothèses abstraites, ou même de simples oui-dire, et celles relatives à des opérations qui aboutissent à une notification. En l'espèce, le requérant avait demandé à la Commission d'être entendu dans le cadre de l'examen de la concentration, deux mois avant sa notification. Or, ce fait ne saurait pallier, selon le Tribunal, l'absence de renouvellement de cette demande ou de toute initiative de sa part, une fois que l'opération économique envisagée par EDF et Segebel était effectivement devenue une concentration dûment notifiée.

b) Caractère attaquant d'une décision de refus de renvoi

Selon une jurisprudence constante, un tiers intéressé par une concentration peut être recevable à contester devant le Tribunal la décision par laquelle la Commission fait droit à la demande de renvoi introduite par une autorité de la concurrence nationale. En revanche, le Tribunal juge que les tiers intéressés ne sont pas recevables à contester une décision de refus de renvoi, par laquelle la Commission rejette la demande de renvoi introduite par une autorité nationale. En effet, les droits procéduraux et la protection juridictionnelle que le droit de l'Union reconnaît à ces tiers ne sont aucunement mis en danger par la décision de refus de renvoi. Bien au contraire, cette décision garantit aux tiers intéressés par une concentration de dimension communautaire, d'une part, que celle-ci sera examinée par la Commission au regard du droit de l'Union et, d'autre part, que le Tribunal sera le juge compétent pour connaître d'un éventuel recours contre la décision de la Commission mettant fin à la procédure.

Aides d'État

1. Recevabilité

La jurisprudence de cette année apporte des précisions notamment quant aux notions d'acte produisant des effets juridiques obligatoires et d'intérêt à agir.

Dans son arrêt du 8 décembre 2011, *Deutsche Post/Commission* (T-421/07, non encore publié), le Tribunal a déclaré irrecevable le recours introduit par la Deutsche Post contre la décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen à l'égard de l'aide qui lui avait été accordée par la République fédérale d'Allemagne. Le Tribunal a jugé que la décision attaquée, qui avait été précédée d'une première décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen en 1999, ne constituait pas un acte attaquant.

Selon le Tribunal, une décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle, acte de nature préparatoire à la décision finale, produit des effets juridiques autonomes et, par conséquent, constitue un acte attaquant non seulement dans l'hypothèse où le requérant conteste la classification de l'aide d'aide nouvelle, mais également lorsqu'il conteste la qualification même de la mesure litigieuse d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

Toutefois, en l'espèce, le Tribunal a jugé que l'acte attaqué, consistant en une seconde décision d'ouverture de la procédure formelle, ne constituait pas un acte attaquant en ce qu'il ne produisait pas d'effets juridiques autonomes par rapport à la première décision d'ouverture. L'acte attaqué portait sur les mêmes mesures que celles qui avaient déjà fait l'objet de la décision d'ouverture antérieure. De plus, la Commission avait déjà mentionné le fait que les mesures litigieuses pouvaient entrer dans le champ d'application de l'interdiction de l'article 87, paragraphe 1, CE et que les effets juridiques autonomes attachés à l'acte attaqué avaient, en conséquence, déjà été

produits par ladite décision d'ouverture. Le Tribunal a également relevé que, lors de l'adoption de l'acte attaqué, la procédure formelle d'examen ouverte en 1999 à l'égard des mesures litigieuses n'avait pas encore été clôturée et que, ainsi, l'acte attaqué n'avait modifié ni la portée juridique des mesures litigieuses ni la situation juridique de la requérante.

Dans les affaires jointes *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt et Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle/Commission* (arrêt du 24 mars 2011, affaires jointes T-443/08 et T-455/08, non encore publié, sous pourvoi), la qualification d'un apport en capital d'aide d'État était contestée devant le Tribunal par deux recours introduits contre la décision de la Commission déclarant l'aide apportée par la République fédérale d'Allemagne à l'aéroport de Leipzig-Halle compatible avec le marché commun, le premier par les actionnaires publics des entreprises gestionnaires de l'aéroport (affaire T-443/08) et le second par les deux entreprises gestionnaires de l'aéroport (affaire T-455/08).

Le Tribunal a déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt à agir le recours des actionnaires publics dans l'affaire T-443/08. À titre liminaire, le Tribunal rappelle qu'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. Cet intérêt doit être né et actuel et s'apprécie au jour où le recours est formé. Le Tribunal relève également que le seul fait qu'une décision de la Commission déclare une aide compatible avec le marché commun et ne fasse donc pas grief, en principe, aux entreprises bénéficiaires de l'aide, ne dispense pas le juge de l'Union d'examiner si l'appréciation de la Commission produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts desdites entreprises.

En premier lieu, le Tribunal juge que le fait que la décision ne corresponde pas à la position exprimée par des requérants lors de la procédure administrative ne produit, à lui seul, aucun effet juridique obligatoire de nature à affecter leurs intérêts et ne saurait donc, en lui-même, fonder leur intérêt à agir. En effet, la procédure de contrôle des aides d'État est, compte tenu de son économie générale, une procédure ouverte à l'égard de l'État membre responsable de l'octroi de l'aide. Les entreprises bénéficiaires des aides et les entités territoriales infra-étatiques qui octroient les aides, tout comme les concurrents des bénéficiaires des aides, sont uniquement considérées comme étant des «intéressés» dans cette procédure. Le Tribunal ajoute que de tels requérants ne sont nullement privés de toute protection juridictionnelle effective contre la décision de la Commission qualifiant un apport en capital d'aide d'État. En effet, même si le recours en annulation était déclaré irrecevable, rien ne s'opposerait à ce que lesdits requérants proposent au juge national, dans le cadre d'un litige devant une juridiction nationale, où ils seraient éventuellement mis en cause afin d'assumer les conséquences de la prétendue nullité de l'apport en capital qu'ils évoquent, de procéder à un renvoi préjudiciel au titre de l'article 234 CE, pour remettre en cause la validité de la décision de la Commission en ce qu'elle constate que la mesure en cause est une aide.

En second lieu, s'agissant des prétendues conséquences négatives attachées à la qualification de l'apport en capital d'aide d'État, le Tribunal considère qu'un requérant ne saurait invoquer des situations futures et incertaines pour justifier son intérêt à demander l'annulation de l'acte attaqué. Le fait pour un requérant de se référer à des conséquences «possibles» de la prétendue nullité d'un apport en capital en matière de droit des sociétés et d'insolvabilité, et non à des conséquences certaines, est donc insuffisant pour la reconnaissance d'un tel intérêt. Par ailleurs, le Tribunal relève que les requérants, actionnaires publics du bénéficiaire de l'aide, n'ont pas démontré qu'ils disposaient d'un intérêt propre, distinct de celui du bénéficiaire, à demander l'annulation de la décision. Or, sauf à pouvoir faire valoir un intérêt à agir distinct de celui d'une entreprise concernée par l'acte de l'Union et dont elle détient une part de capital, une personne ne saurait défendre ses intérêts à l'égard de cet acte autrement qu'en exerçant ses droits d'associé de cette entreprise.

Dans l'arrêt du 20 septembre 2011, *Regione autonoma della Sardegna e.a./Commission* (affaires jointes T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a rejeté la fin de non-recevoir soulevée par la Commission et a jugé que le fait que les parties requérantes et intervenantes n'aient pas introduit dans le délai requis un recours contre une décision de rectification, ayant le même objet et la finalité qu'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, ne les empêchait pas de soulever des moyens tirés de l'illégalité de cette dernière à l'encontre de la décision finale de la Commission.

En effet, une décision de clôture de la phase formelle d'examen produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts des parties intéressées, puisqu'elle met fin à la procédure en cause et se prononce définitivement sur la compatibilité de la mesure examinée avec les règles applicables aux aides d'État. Partant, les parties intéressées disposent toujours de la possibilité d'attaquer cette décision et, dans ce cadre, doivent pouvoir remettre en cause les différents éléments qui fondent la position définitivement adoptée par la Commission. Le Tribunal ajoute que cette possibilité est indépendante de la question de savoir si la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. Certes, il est possible de former un recours contre ladite décision d'ouverture lorsqu'elle emporte des effets juridiques définitifs, ce qui est le cas lorsque la Commission ouvre la procédure formelle d'examen à l'égard d'une mesure qu'elle qualifie provisoirement d'aide nouvelle. Néanmoins, cette possibilité d'attaquer une décision d'ouverture ne peut avoir pour conséquence de réduire les droits procéduraux des parties intéressées en les empêchant d'attaquer la décision finale et d'invoquer au soutien de leur requête des vices relatifs à toutes les étapes de la procédure conduisant à cette décision.

2. Règles de fond

a) Notion d'aide d'État

Dans l'arrêt du 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais et Communauté d'Agglomération du Douaisis/Commission* (affaires jointes T-267/08 et T-279/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a consacré des développements relatifs à la notion de ressources d'État, notamment à la condition d'imputabilité des mesures concernées à l'État.

Le Tribunal rappelle à ce sujet que le fait que les avances aient été accordées par la région et par la communauté d'agglomération, donc par des collectivités territoriales et non par le pouvoir central, n'était pas, en lui-même, de nature à faire échapper ces mesures au champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Par ailleurs, le Tribunal précise que le fait que le financement des mesures litigieuses par des ressources propres de la région et de la communauté d'agglomération ne soit pas de nature fiscale ou parafiscale ne saurait davantage faire échapper lesdites mesures à la qualification d'aide d'État. En effet, le critère déterminant en matière de ressources d'État est le contrôle public, et l'article 107, paragraphe 1, TFUE englobe tous les moyens pécuniaires, qu'ils résultent de contributions obligatoires ou non, que le secteur public peut effectivement utiliser pour soutenir les entreprises.

Dans son arrêt du 20 septembre 2011, *Regione autonoma della Sardegna e.a./Commission*, précité, il était reproché à la Commission d'avoir qualifié erronément les mesures litigieuses d'aides nouvelles illégales, car non notifiées, plutôt que d'aides existantes appliquées de façon abusive.

Le Tribunal rappelle que, lorsque la modification affecte le régime initial dans sa substance même, ce régime se trouve transformé en un régime d'aide nouveau. En revanche, lorsque la modification n'est pas substantielle, c'est seulement la modification en tant que telle qui est susceptible d'être qualifiée d'aide nouvelle. En l'espèce, la décision d'approbation mentionnait expressément la

condition d'antériorité de la demande d'aide par rapport au début de l'exécution des projets d'investissement. Retenant que, sur le fondement de la mesure non notifiée, la Région Sardaigne pouvait accorder des aides pour des projets dont l'exécution avait débuté avant la présentation des demandes d'aide, le Tribunal considère que le régime tel qu'appliqué a été modifié par rapport au régime tel qu'approuvé. Or, selon le Tribunal, cette modification ne saurait être qualifiée de mineure ou d'anodine. En effet, dans la mesure où, ainsi qu'il ressort des lignes directrices de 1998¹⁰, la Commission subordonne régulièrement son approbation des régimes d'aides à finalité régionale à la condition d'antériorité de la demande d'aide par rapport au début de l'exécution des projets, la suppression de cette condition était susceptible d'influer sur l'évaluation de la compatibilité de la mesure d'aide avec le marché commun. Le Tribunal en a conclu que les aides litigieuses étaient des aides nouvelles et non des aides existantes. Ces aides nouvelles étaient illégales, puisque la modification du régime approuvé n'avait pas été notifiée à la Commission.

Enfin, le Tribunal a précisé que les aides litigieuses ne pouvaient être qualifiées d'aides appliquées de façon abusive, cette qualification visant l'hypothèse où le bénéficiaire utilise l'aide en violation de la décision par laquelle elle a été approuvée. Or, en l'espèce, la violation de la décision d'approbation n'était pas attribuable aux bénéficiaires des aides, mais à la Région Sardaigne.

b) Pouvoir d'appréciation de la Commission – Examen d'un régime d'aide – Règlement d'exemption

Dans l'arrêt du 14 juillet 2011, *Freistaat Sachsen/Commission* (T-357/02 RENV, non encore publié), le Tribunal rejette le moyen du requérant selon lequel la Commission n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation lors de l'examen du régime d'aide en cause et s'est bornée à appliquer les critères prévus par le règlement d'exemption PME¹¹.

Le Tribunal constate que l'objet du règlement d'exemption PME est à la fois de déclarer compatibles avec le marché commun certaines aides accordées aux petites et moyennes entreprises (PME) et d'exempter les États de l'obligation de notification de ces aides. Toutefois, cela ne signifie pas qu'aucune aide en faveur des PME ne puisse être déclarée compatible avec le marché commun à l'issue d'un examen réalisé par la Commission au regard des critères définis par l'article 87, paragraphe 3, CE, à l'issue d'une notification effectuée par l'État membre. Le Tribunal précise également que, si la Commission peut établir des règles générales d'exécution qui structurent l'exercice de son pouvoir d'appréciation en vertu de l'article 87, paragraphe 3, CE, elle ne peut totalement se priver, lorsqu'elle apprécie un cas spécifique, dudit pouvoir d'appréciation, en particulier quant aux cas qu'elle n'a pas expressément visés, voire omis de régler, dans lesdites règles générales d'exécution. Ce pouvoir d'appréciation n'est, dès lors, pas épuisé par l'adoption de telles règles générales et il n'existe, en principe, pas d'obstacle à une éventuelle appréciation individuelle en dehors du cadre desdites règles, à condition, toutefois, que la Commission respecte les règles supérieures de droit, telles que les règles du traité ainsi que les principes généraux de droit de l'Union. En l'espèce, le Tribunal a constaté que la Commission avait bien exercé ce pouvoir d'appréciation en examinant la compatibilité de la mesure non seulement au regard des critères définis dans le règlement d'exemption PME, mais aussi sur la base de l'article 87, paragraphe 3, CE.

¹⁰ Lignes directrices du 10 mars 1998 concernant les aides d'État à finalité régionale (JO C 74, p. 9).

¹¹ Règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 [CE] et 88 [CE] aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises (JO L 10, p. 33).

c) Notion de difficultés sérieuses

Dans son arrêt du 27 septembre 2011, *3F/Commission* (T-30/03 RENV, non encore publié, sous pourvoi), le requérant demandait l'annulation de la décision de la Commission de ne pas soulever d'objections à l'encontre du régime fiscal danois en cause. Le Tribunal rejette le recours au motif que le requérant n'a pas démontré que la Commission ait été confrontée à des difficultés sérieuses et ait dû ouvrir la procédure formelle d'examen.

Selon le Tribunal, la procédure formelle d'examen revêt un caractère indispensable dès lors que la Commission éprouve des difficultés sérieuses pour apprécier si une aide est compatible avec le marché commun. La notion de difficultés sérieuses revêt un caractère objectif, l'existence de telles difficultés devant être recherchée tant dans les circonstances d'adoption de l'acte attaqué que dans son contenu, d'une manière objective, en mettant en rapport les motifs de la décision avec les éléments dont la Commission disposait lorsqu'elle s'est prononcée sur la compatibilité des aides litigieuses avec le marché commun. Il en découle que le contrôle de légalité effectué par le Tribunal sur l'existence de difficultés sérieuses, par nature, va au-delà de la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation. La partie requérante supporte la charge de la preuve de l'existence de difficultés sérieuses, preuve qu'elle peut rapporter à partir d'un faisceau d'indices concordants, relatifs, d'une part, aux circonstances et à la durée de la procédure d'examen préliminaire et, d'autre part, au contenu de la décision attaquée.

En vue d'établir l'existence de difficultés sérieuses, était invoquée, en particulier, la longueur de la procédure d'examen préliminaire. À cet égard, le Tribunal précise que, bien que la Commission ne soit pas tenue de procéder à un examen préliminaire dans un délai déterminé lorsque les mesures étatiques n'ont pas été notifiées, comme en l'espèce, elle est toutefois dans l'obligation de procéder à un examen diligent et impartial des plaintes reçues à l'égard des mesures étatiques non notifiées et ne saurait prolonger indéfiniment l'examen préliminaire. Le caractère raisonnable de la durée de la procédure doit être apprécié en fonction des circonstances propres à chaque affaire.

En l'espèce, le Tribunal considère que, bien qu'un examen préliminaire ayant duré plus de quatre ans puisse être regardé dans son ensemble comme excédant ce qu'impliquait normalement un premier examen, cette durée était justifiée par les circonstances et le contexte de la procédure. Il a notamment été tenu compte du fait que le régime fiscal en cause avait fait l'objet d'une modification législative donnant lieu à de nombreuses discussions et échanges de courriers entre l'État membre et la Commission. En outre, si la durée de l'examen préliminaire peut constituer un indice de l'existence de difficultés sérieuses, elle ne suffit pas, en soi, à démontrer l'existence de telles difficultés. Ce n'est que s'il est conforté par d'autres éléments que l'écoulement d'un délai, même excédant notablement ce qu'implique normalement un premier examen préliminaire, peut conduire à reconnaître que la Commission a rencontré des difficultés sérieuses d'appréciation exigeant que soit ouverte la procédure formelle d'examen.

d) Notion d'activité économique

Dans les affaires *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt et Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle/Commission*, précitées, le Tribunal était appelé à se prononcer sur la question de savoir si la construction d'infrastructures aéroportuaires, lorsque ces dernières sont mises à la disposition des gestionnaires d'infrastructures, constituait une activité économique.

Dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens

ou des services sur un marché donné. À cet égard, le Tribunal constate, en premier lieu, que la gestion d'infrastructures aéroportuaires constitue une activité économique, notamment lorsque l'entreprise offre des services aéroportuaires contre une rémunération issue de taxes aéroportuaires, ces dernières devant s'analyser comme la contrepartie de services rendus par le concessionnaire de l'aéroport. Il précise également que le fait qu'une entreprise gère un aéroport régional et non un aéroport international ne saurait remettre en cause le caractère économique de son activité, dès lors que celle-ci consiste à offrir des services contre rémunération sur le marché des services aéroportuaires régionaux. L'exploitation d'une piste participe à l'activité économique de l'entreprise gestionnaire, notamment lorsqu'elle est exploitée à des fins commerciales. En second lieu, le Tribunal juge que, aux fins de l'examen du caractère économique de l'activité de l'entreprise dans le contexte du financement public de l'extension d'une piste, il n'y a pas lieu de dissocier l'activité consistant à construire ou à agrandir une infrastructure de l'utilisation ultérieure qui en est faite, le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure de l'infrastructure construite déterminant nécessairement le caractère de l'activité d'extension. En effet, les pistes d'atterrissage et de décollage sont des éléments essentiels pour les activités économiques menées par un exploitant d'aéroport. La construction de pistes d'atterrissage et de décollage permet ainsi à un aéroport d'exercer son activité économique principale, ou, lorsqu'il s'agit de la construction d'une piste supplémentaire ou de l'extension d'une piste existante, de la développer.

e) Critère de l'investisseur privé en économie de marché

Dans son arrêt *Région Nord-Pas-de-Calais et Communauté d'Agglomération du Douaisis/Commission*, précité, le Tribunal juge que la Commission a opéré, comme elle y était tenue, une analyse visant à s'assurer que le bénéficiaire de l'aide n'aurait pu obtenir un prêt dans des conditions similaires sur le marché du crédit. Il rappelle que, afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient de déterminer si l'entreprise bénéficiaire a reçu un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché. À cette fin, il est pertinent d'appliquer le critère fondé sur les possibilités dont dispose l'entreprise bénéficiaire d'obtenir les sommes en cause à des conditions similaires sur le marché des capitaux. En particulier, il y a lieu de se demander si un investisseur privé aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions. En l'espèce, le Tribunal constate que la Commission s'est fondée sur le constat que la société Arbel Fauvet Rail, compte tenu de sa situation financière, n'aurait pu obtenir sur le marché du crédit des fonds à des conditions aussi avantageuses que celles obtenues de la part des requérantes, les avances litigieuses ayant été accordées sans aucune sûreté garantissant leur remboursement, alors que les taux d'intérêt appliqués correspondaient à des emprunts assortis de sûretés normales. En outre, le Tribunal souligne que le fait qu'un débiteur puisse obtenir un crédit à court terme ne permet pas de juger de ses possibilités d'obtenir un prêt à plus longue échéance, dont le remboursement dépendra de sa capacité de survie.

Dans son arrêt du 17 mai 2011, *Buczek Automotive/Commission* (T-1/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a jugé que l'application faite par la Commission du test du créancier privé hypothétique contrevenait à l'article 87, paragraphe 1, CE et que, partant, la Commission n'avait pas valablement établi l'existence d'une aide d'État.

Le Tribunal relève, en effet, que, lorsqu'une entreprise confrontée à une détérioration importante de sa situation financière propose un accord, ou une série d'accords, d'aménagement de sa dette à ses créanciers en vue de redresser sa situation et d'éviter sa mise en liquidation, chaque créancier est amené à devoir faire un choix au regard du montant qui lui est offert dans le cadre de l'accord proposé, d'une part, et du montant qu'il estime pouvoir récupérer à l'issue de la liquidation éventuelle de l'entreprise, d'autre part. Son choix est influencé par une série de facteurs, tels que

sa qualité de créancier hypothécaire, privilégié ou ordinaire, la nature et l'étendue des sûretés éventuelles qu'il détient, son appréciation des chances de redressement de l'entreprise ainsi que le bénéfice qui lui reviendrait en cas de liquidation. Il s'ensuit qu'il incombe à la Commission de déterminer, pour chaque organisme public en cause, et en tenant compte des facteurs précités, si la remise de dettes qu'il a octroyée était manifestement plus importante que celle qu'aurait accordée un créancier privé hypothétique se trouvant, à l'égard de l'entreprise, dans une situation comparable à celle de l'organisme public concerné et cherchant à récupérer des sommes qui lui sont dues.

En l'espèce, la Commission était donc tenue de déterminer si, compte tenu de ces facteurs, un créancier privé aurait, de la même façon que les organismes publics, préféré la procédure légale de recouvrement des créances à la procédure de faillite. Or, le Tribunal constate que la Commission ne disposait pas, au moment de l'adoption de la décision attaquée, des éléments matériels lui permettant d'affirmer qu'un créancier privé aurait opté pour la procédure de faillite et n'aurait pas poursuivi la procédure légale de recouvrement des créances. Il relève que, s'agissant du bénéfice qu'un créancier privé hypothétique aurait pu espérer obtenir dans le cadre d'une procédure de faillite, la Commission s'est contentée d'affirmer qu'un «examen attentif des avantages résultant d'un ajournement du remboursement des dettes aurait démontré que le remboursement potentiel n'aurait pas été supérieur au remboursement sécurisé résultant d'une liquidation possible de la société», sans toutefois faire apparaître, dans la décision attaquée, les éléments matériels sur lesquels cette affirmation était fondée. En particulier, la Commission n'a pas indiqué, dans la décision attaquée, si elle avait disposé, au soutien de cette affirmation, d'analyses comparant le bénéfice qui reviendrait au créancier privé hypothétique à l'issue d'une procédure de faillite – en tenant compte notamment des frais engendrés par une telle procédure – par rapport au bénéfice de la procédure légale de recouvrement des créances. De même, la décision attaquée ne précisait pas si la Commission avait disposé d'études ou d'analyses comparant la durée de la procédure de faillite par rapport à la procédure légale de recouvrement des créances.

3. Règles procédurales

a) Obligation de motivation

Dans l'arrêt *Buczek Automotive/Commission*, précité, le Tribunal juge que la Commission n'a pas suffisamment motivé sa décision au regard des conditions tenant à l'affectation des échanges entre les États membres et de la distorsion, ou de la menace de distorsion, de concurrence.

Le Tribunal rappelle qu'il n'incombe pas à la Commission de procéder à une analyse économique de la situation réelle des secteurs concernés, de la part de marché de la requérante, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges de produits et de services en cause entre les États membres, dès lors qu'elle expose en quoi les aides litigieuses faussent la concurrence et affectent les échanges entre États membres. Néanmoins, même dans les cas où il ressort des circonstances dans lesquelles l'aide a été accordée qu'elle est de nature à affecter les échanges entre États membres et à fausser ou à menacer de fausser la concurrence, il incombe tout au moins à la Commission d'évoquer ces circonstances dans les motifs de sa décision.

En l'espèce, le Tribunal constate que la Commission, dans la décision attaquée, s'est limitée à une simple itération des termes de l'article 87, paragraphe 1, CE et n'a aucunement exposé, même succinctement, les faits et les considérations juridiques pris en compte dans l'appréciation de ces conditions. De surcroît, la décision attaquée ne contenait pas le moindre élément susceptible de démontrer que l'aide en cause était de nature à affecter les échanges entre États membres et

à fausser ou à menacer de fausser la concurrence, pas même dans le cadre de la description des circonstances dans lesquelles cette aide avait été accordée.

Dans l'arrêt *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt et Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle/Commission*, précité, le Tribunal annule pour violation de l'obligation de motivation l'article 1^{er} de la décision de la Commission, en ce qu'il fixait à 350 millions d'euros le montant de l'aide d'État que la République fédérale d'Allemagne entendait accorder à l'aéroport de Leipzig-Halle.

Le Tribunal juge que, bien qu'admettant que certains frais concernés par l'apport en capital relèvent de l'exercice de missions publiques et ne puissent donc être qualifiés d'aide d'État, la Commission a néanmoins considéré, à l'article 1^{er} de la décision en cause, que la totalité de l'apport en capital constituait une aide d'État.

Bien qu'aucune disposition du droit de l'Union n'exige que la Commission fixe le montant exact de l'aide à restituer, lorsque la Commission décide d'indiquer le montant d'une aide d'État, même dans les cas où l'aide est déclarée compatible avec le marché commun, le Tribunal souligne que la Commission se doit d'indiquer le montant exact de celle-ci. Or, en l'espèce, il relève que le montant de l'aide d'État visée à l'article 1^{er} de la décision en cause apparaît erroné, étant donné que les sommes couvrant des missions de service public ne constituaient pas une aide d'État et devaient ainsi être déduites du montant total de l'apport en capital.

b) Droits de la défense

Dans l'arrêt *Région Nord-Pas-de-Calais et Communauté d'Agglomération du Douaisis/Commission*, précité, le Tribunal rappelle la jurisprudence bien établie selon laquelle les intéressés ne peuvent se prévaloir des droits de la défense en tant que tels, mais disposent du seul droit d'être entendus et associés à la procédure dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Même s'il ne saurait être exclu qu'une entité infra-étatique dispose d'un statut la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour jouer un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises, le Tribunal souligne que le rôle des intéressés autres que l'État membre concerné est limité au rôle de source d'information pour la Commission dans la procédure de contrôle des aides d'État. Ils ne sauraient ainsi prétendre eux-mêmes à un débat contradictoire avec la Commission.

c) Protection de la confiance légitime

Dans l'arrêt *Regione autonoma della Sardegna e.a./Commission*, précité, le Tribunal a rejeté le grief tiré de la violation du principe de protection de la confiance légitime en rappelant que la protection de la confiance légitime ne pouvait être invoquée par une personne qui s'était rendue coupable d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur. Tel était le cas en l'espèce dans la mesure où la Région Sardaigne avait introduit un régime d'aides illégal, car non notifié à la Commission. Cette violation a été regardée comme manifeste, puisque tant les lignes directrices de 1998 que la décision d'approbation¹² mentionnaient expressément la condition de la demande préalable au début des travaux.

¹² Décision SG (98) D/9547 de la Commission, du 12 novembre 1998, approuvant le régime d'aides «N 272/98 – Italie – Aide en faveur de l'industrie hôtelière».

S'agissant de la confiance légitime des bénéficiaires qui serait tirée de l'existence d'une décision d'approbation antérieure, le Tribunal relève qu'une confiance légitime dans la régularité d'une aide d'État ne saurait en principe, et sauf circonstances exceptionnelles, être invoquée que si cette aide a été accordée dans le respect de la procédure prévue par l'article 88 CE, ce dont un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer. En l'espèce, le Tribunal relève que la décision d'approbation indiquait clairement que l'approbation de la Commission ne concernait que des aides pour des projets engagés après la présentation de la demande d'aide. Les bénéficiaires des aides litigieuses, lesquelles ne respectaient pas cette condition, ne pouvaient donc pas, en principe, invoquer une confiance légitime dans leur régularité. Même si la jurisprudence n'exclut pas la possibilité, pour les bénéficiaires d'une aide illégale, d'invoquer, dans le cadre de la procédure de récupération, des circonstances exceptionnelles pour s'opposer au remboursement de l'aide, il ne peut y être procédé, sur la base des dispositions pertinentes du droit national, que dans le cadre de la procédure de récupération devant les juridictions nationales, seules compétentes pour apprécier, le cas échéant après avoir posé à la Cour des questions préjudicielles en interprétation, les circonstances de la cause.

Marque communautaire

Les décisions relatives à l'application du règlement (CE) n° 40/94, remplacé par le règlement (CE) n° 207/2009¹³, représentent, encore en 2011, une partie importante du contentieux dévolu au Tribunal (240 affaires réglées, 219 affaires introduites). Seul un bref aperçu de ces décisions pourra dès lors être esquissé.

1. Motifs absolus de refus

L'année 2011 a notamment été marquée par les deux premiers cas d'application de l'article 7, paragraphe 1, sous f), du règlement n° 207/2009. Le Tribunal a, en effet, rejeté deux recours dirigés contre des refus d'enregistrement de marques communautaires contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Tout d'abord, dans l'arrêt du 20 septembre 2011, *Couture Tech/OHMI (Représentation du blason soviétique)* (T-232/10, non encore publié), le Tribunal a indiqué que les signes susceptibles d'être perçus par le public pertinent comme étant contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs n'étaient pas les mêmes dans tous les États membres, notamment pour des raisons linguistiques, historiques, sociales ou culturelles. Il en conclut qu'il convient de considérer non seulement les circonstances communes à l'ensemble des États membres de l'Union, mais également les circonstances particulières à des États membres pris individuellement qui sont susceptibles d'influencer la perception du public pertinent situé sur le territoire de ces États. Le Tribunal observe que les éléments issus du droit national, hongrois en l'espèce, ne sont pas applicables en raison de leur valeur normative et ne constituent donc pas des règles par lesquelles l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) est lié. Cependant, ces éléments constituent des indices factuels permettant d'apprécier la perception de certaines catégories de signes par le public pertinent situé dans l'État membre concerné.

Après avoir constaté que le code pénal hongrois interdisait certains usages de «symboles de despotisme», dont la faucille et le marteau et l'étoile rouge à cinq branches, cette interdiction visant également l'usage des signes concernés en tant que marques, le Tribunal affirme, notamment, que le contenu sémantique du blason de l'ancienne Union des républiques socialistes soviétiques

¹³ Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), remplacé par le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO L 78, p. 1).

(URSS) n'a pas été dilué ou transformé au point que ce dernier ne serait plus perçu en tant que symbole politique. Il estime ainsi que c'est à bon droit que la chambre de recours a considéré que l'usage, en tant que marque, de la marque demandée serait perçu par une partie substantielle du public pertinent situé en Hongrie comme étant contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous f), du règlement n° 207/2009.

Ensuite, dans l'affaire *PAKI Logistics/OHMI (PAKI)* (arrêt du 5 octobre 2011, T-526/09, non publié), était en cause le signe PAKI, dont la chambre de recours avait refusé l'enregistrement au motif qu'il était perçu par le public anglophone de l'Union européenne comme un terme raciste, constituant l'appellation dégradante et insultante d'un Pakistanais ou, plus généralement, d'une personne originaire du sous-continent indien et vivant notamment au Royaume-Uni. Dans ce contexte, le Tribunal a souligné que, si l'article 7, paragraphe 1, sous f), du règlement n° 207/2009 visait, en premier lieu, tout signe dont l'utilisation était interdite par une disposition du droit de l'Union ou du droit national, même en l'absence d'une telle interdiction, son enregistrement en tant que marque communautaire se heurtera au motif absolu de refus prévu par cette disposition s'il est profondément offensant. L'appréciation de l'existence de ce motif de refus doit être faite sur la base des critères d'une personne raisonnable ayant des seuils moyens de sensibilité et de tolérance. Le public pertinent ne saurait en outre être limité au public auquel sont directement adressés les produits et les services pour lesquels l'enregistrement est demandé. Il convient en effet de tenir compte du fait que les signes visés par ce motif de refus choqueront non seulement le public auquel les produits et services désignés par le signe sont adressés, mais également d'autres personnes qui, sans être concernées par lesdits produits et services, seront confrontées à ce signe de manière incidente dans leur vie quotidienne. Rejetant les divers arguments de la requérante tendant à démontrer que le terme «paki» n'est pas univoque et discriminatoire en toute circonstance, le Tribunal conclut que c'est à juste titre que la chambre de recours a considéré que ce terme était perçu comme une insulte raciste par le public anglophone de l'Union et que, par conséquent, son enregistrement se heurtait à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

En outre, dans l'arrêt du 6 juillet 2011, *i-content /OHMI (BETWIN)* (T-258/09, non encore publié), le Tribunal a annulé la décision attaquée au motif que la chambre de recours n'avait pas motivé à suffisance de droit le caractère descriptif ainsi que l'absence de caractère distinctif de la marque demandée pour certains services visés dans la demande d'enregistrement. Il rappelle, à cet égard, que la faculté pour la chambre de recours de procéder à une motivation globale pour une série de produits ou de services ne saurait s'étendre qu'à des produits et à des services présentant entre eux un lien suffisamment direct et concret, au point qu'ils forment une catégorie d'une homogénéité suffisante pour permettre que l'ensemble des considérations de fait et de droit qui constituent la motivation de la décision en cause, d'une part, explicitent à suffisance le raisonnement suivi par la chambre de recours pour chacun des produits et des services appartenant à cette catégorie et, d'autre part, puissent être appliquées indifféremment à chacun des produits et des services concernés. Or, en l'espèce, la décision attaquée n'offre que peu de repères pour rattacher les différents motifs de refus aux très nombreux services couverts par la marque demandée. De même, le Tribunal relève que la motivation de l'absence de caractère distinctif de la marque demandée se limite à la mention selon laquelle, en tant qu'indication descriptive «dont n'importe qui comprendra la signification sans connaissances spécialisées et sans effort d'analyse», la marque demandée, également dépourvue de caractère distinctif, était exclue de l'enregistrement en application de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 207/2009. Le Tribunal souligne également que la chambre de recours a simplement relevé que le terme «betwin» véhiculait uniquement une incitation générale à participer à certains paris ou jeux, ou à obtenir des avantages économiques sous la forme de gains, sans préciser le lien possible avec un prestataire déterminé et que, pour cette raison, le signe en cause ne permettait pas au consommateur concerné de le concevoir comme une référence à une origine commerciale déterminée des services en rapport avec des possibilités de paris et de

gains et de le percevoir comme le signe individuel d'un prestataire déterminé de ce secteur. Dans ces circonstances, le Tribunal considère que, pour les services autres que ceux directement liés au secteur des paris et des jeux-concours, il y a lieu de soulever d'office un défaut de motivation. En effet, il n'est pas possible de comprendre comment cette motivation globale pourrait s'appliquer à tous les autres services hétérogènes qui font l'objet de la demande de marque et dont certains n'ont aucun lien avec les paris et la recherche de gains.

S'agissant du signe TDI, le Tribunal a également été amené, dans l'arrêt du 6 juillet 2011, *Audi et Volkswagen/OHMI (TDI)* (T-318/09, non encore publié, sous pourvoi), à rejeter le recours dirigé contre la décision de la chambre de recours selon laquelle le signe TDI, se composant des initiales des termes contenus dans les expressions «turbo direct injection» ou «turbo diesel injection», était descriptif dans toute l'Union.

En premier lieu, le Tribunal indique que le signe verbal TDI – dont l'enregistrement en tant que marque communautaire est demandé pour les «véhicules et leurs éléments de construction» – peut servir à désigner les caractéristiques essentielles des produits et des services visés dans la demande de marque. En ce qui concerne les véhicules, ce signe verbal en désigne la qualité, étant donné que le fait d'être doté d'un moteur «turbo diesel injection» ou «turbo direct injection» constitue la caractéristique essentielle d'un véhicule. Quant aux éléments de construction des véhicules, le signe verbal TDI en désigne le type. Le Tribunal considère ainsi que le signe TDI est descriptif des produits concernés dans toute l'Union. En second lieu, le Tribunal rejette l'argument selon lequel, en vue de démontrer l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage, d'une part, l'implantation de la marque ne devrait pas être prouvée dans tous les États membres et, d'autre part, les principes applicables à la renommée d'une marque devaient être transposés, de sorte que la démonstration de l'implantation de la marque concernant une partie substantielle du territoire de l'Union serait suffisante. Le Tribunal considère, en effet, que c'est dans tous les États membres de l'Union où la marque demandée ne disposait pas ab initio d'un caractère distinctif qu'elle doit avoir acquis un caractère distinctif par l'usage. À cet égard, le Tribunal précise notamment que, eu égard à l'objet de l'article 9, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 207/2009 – qui vise à protéger les intérêts légitimes des titulaires dont la marque a, en raison de leurs efforts commerciaux et publicitaires, atteint une renommée –, la méthode retenue pour déterminer le territoire pertinent dans le cadre de l'application de cette disposition ne saurait être appliquée en ce qui concerne l'acquisition du caractère distinctif par l'usage.

Par ailleurs, dans l'arrêt du 17 mai 2011, *Consejo Regulador de la Denominación de Origen Txakoli de Álava e.a./OHMI (TXAKOLI)* (T-341/09, non encore publié), le Tribunal a été amené à interpréter l'article 66, paragraphe 2, du règlement n° 207/2009, relatif aux marques communautaires collectives, qui énonce une exception à l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 207/2009. Selon la première de ces dispositions, en effet, peuvent constituer des marques communautaires collectives, des signes ou indications qui – bien qu'étant descriptifs – peuvent servir à désigner la provenance géographique des produits ou des services. En l'espèce, les requérants faisaient valoir que le terme «txakoli» constituait une indication pouvant servir à désigner la provenance géographique du produit et des services pour lesquels l'enregistrement était demandé, dès lors qu'il s'agissait d'une mention traditionnelle complémentaire protégée par la réglementation en matière viticole, réservée aux vins des appellations d'origine dont ils étaient les conseils régulateurs.

Le Tribunal a estimé, à cet égard, que ce terme n'était considéré par la réglementation applicable que comme l'indication d'une caractéristique des vins, et non comme une indication de leur provenance géographique, et ce malgré le lien prétendument existant entre le terme «txakoli» et le Pays basque. Or, l'article 66 du règlement n° 207/2009 ne doit pas être interprété d'une manière extensive. Cela reviendrait, en effet, à empiéter sur la compétence des autorités qui interviennent en matière d'appellations d'origine ou d'indications géographiques. Par ailleurs, l'exclusivité de

l'usage du terme «txakoli» conférée par d'autres dispositions du droit de l'Union ne saurait impliquer automatiquement l'enregistrement du signe en cause en tant que marque communautaire. Un tel enregistrement confère des droits spécifiques à son titulaire, qui ne découlent pas d'autres normes telles que celles relevant de la politique agricole.

Le Tribunal précise enfin que le refus d'enregistrement de la marque demandée est sans incidence sur le droit exclusif dont disposeraient, à présent, les requérants pour utiliser les termes en cause en vertu de la réglementation en matière viticole et n'a pas pour conséquence d'autoriser l'usage de ce terme par des opérateurs autres que ceux qui bénéficient de ce droit en vertu de cette réglementation, ni d'empêcher les requérants d'exiger le respect de ladite réglementation.

Enfin, dans l'arrêt du 6 octobre 2011, *Bang & Olufsen/OHMI (Représentation d'un haut-parleur)* (T-508/08, non encore publié), le Tribunal a rejeté le recours dirigé contre la décision de la chambre de recours – elle-même saisie à la suite de l'annulation par le Tribunal d'une précédente décision¹⁴ –, qui avait refusé l'enregistrement d'une marque communautaire consistant en un signe tridimensionnel constitué par la forme d'un haut-parleur, dès lors que le signe était constitué exclusivement par la forme qui donnait une valeur substantielle au produit au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous e), iii), du règlement n° 40/94.

En l'espèce, le Tribunal était confronté à la question de savoir si la chambre de recours avait commis une erreur de droit en procédant, après avoir estimé qu'un nouveau motif absolu de refus pourrait s'appliquer en l'espèce – le premier examen, qui avait conduit à l'arrêt d'annulation du Tribunal, ne portant que sur l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, c'est-à-dire sur l'exigence d'un caractère distinctif –, à l'examen du signe au regard du motif absolu de refus tiré de l'article 7, paragraphe 1, sous e), iii), du même règlement.

Le Tribunal y répond par la négative en soulignant que, à supposer qu'un signe, objet d'une demande de marque communautaire, soit considéré par le Tribunal, contrairement à ce qu'avait décidé l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (ci-après l'«OHMI»), comme ne tombant pas sous le coup d'un des motifs absolus de refus d'enregistrement, visés à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, l'annulation par le Tribunal de la décision de l'OHMI refusant l'enregistrement de ladite marque amènerait nécessairement l'OHMI, auquel il incomberait de tirer les conséquences du dispositif et des motifs de l'arrêt du Tribunal, à rouvrir la procédure d'examen de la demande de marque en question et à la rejeter lorsqu'il considère que le signe concerné tombe sous le coup d'un autre motif absolu de refus visé par cette même disposition. En effet, en vertu de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, lors de l'examen de motifs absolus de refus, l'OHMI est tenu d'examiner d'office les faits pertinents qui pourraient l'amener à appliquer un motif absolu de refus. Par ailleurs, un signe tombant sous le coup de l'article 7, paragraphe 1, sous e), du règlement n° 40/94 ne peut jamais acquérir un caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement, par l'usage qui en a été fait, alors que cette possibilité existe, selon cette dernière disposition, pour les signes visés par les motifs de refus prévus à l'article 7, paragraphe 1, sous b) à d), du règlement n° 40/94.

En conséquence, l'examen d'un signe au regard de l'article 7, paragraphe 1, sous e), du règlement n° 40/94, s'il conduit à constater que l'un des critères mentionnés par cette disposition est rempli, dispense de l'examen du même signe au regard de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement, l'impossibilité d'enregistrement de ce signe étant, dans cette hypothèse, caractérisée. Cette dispense explique l'intérêt de procéder à un examen préalable du signe au regard de l'article 7,

¹⁴ Arrêt du 10 octobre 2007, *Bang & Olufsen/OHMI (Forme d'un haut-parleur)*, T-460/05, Rec. p. II-4207.

paragraphe 1, sous e), du règlement n° 40/94 dans l'hypothèse où une application de plusieurs des motifs absolus de refus prévus audit paragraphe 1 serait possible, sans que pour autant une telle dispense puisse être interprétée comme impliquant une obligation d'examen préalable du même signe au regard de l'article 7, paragraphe 1, sous e), du règlement n° 40/94.

2. Motifs relatifs de refus

Dans l'arrêt du 17 février 2011, *Formula One Licensing/OHMI – Global Sports Media (F1-LIVE)* (T-10/09, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a estimé qu'il n'existait pas de risque de confusion entre la marque F1-LIVE désignant des produits ou des services concernant le domaine de la formule 1 (à savoir des magazines, des livres et des publications, la réservation de places et l'organisation de concours sur Internet) et les marques F1 et F1 Formula 1 de la société Formula One Licensing BV, en raison du caractère descriptif attribué par le public à l'élément «f1» et de la faible similitude entre les signes.

En effet, le public pertinent percevra la combinaison de la lettre «f» et du chiffre «1» comme étant l'abréviation de l'expression «formule 1», qui désigne en général une catégorie de voitures de course et, par extension, des courses impliquant de telles voitures. En outre, le public pertinent est susceptible de percevoir l'élément «f1» dans la marque communautaire figurative antérieure F1 Formula 1 comme étant la marque utilisée par le titulaire de cette marque en relation avec ses activités commerciales dans le domaine des courses de voitures de formule 1. Ainsi, le public pertinent ne percevra pas l'élément «f1» dans la marque demandée comme un élément distinctif, mais comme un élément utilisé à des fins descriptives. Dès lors, l'élément «f1», dans une typographie ordinaire, ne possède qu'un faible caractère distinctif par rapport aux produits et aux services visés et la renommée éventuelle de la marque communautaire figurative utilisée dans l'Union est essentiellement liée au logotype F1 de la marque F1 Formula 1.

S'agissant, plus particulièrement, des marques verbales F1, les consommateurs ne lieront pas l'élément «f1» contenu dans la marque demandée au titulaire des marques antérieures du fait que le seul signe qu'ils ont appris à associer audit titulaire est le logotype de la marque F1 Formula 1, et non celui qui figure dans une typographie standard. Ils considéreront le signe F1 dans une typographie ordinaire comme étant l'abréviation de l'expression «formule 1», c'est-à-dire une indication descriptive.

Quant à la marque figurative F1 Formula 1, étant donné l'absence de similitude visuelle et le fait que la similitude sur les plans phonétique et conceptuel n'est que limitée, le public pertinent ne confondra pas la marque demandée avec celle-ci. À cet égard, le sens générique attribué par le public au signe F1 garantit que ce public comprendra que la marque demandée concerne la formule 1, mais, en raison de l'agencement complètement différent, n'établira pas un lien avec les activités du titulaire de la marque antérieure.

3. Questions de procédure

Dans l'arrêt du 9 février 2011, *Ineos Healthcare/OHMI – Teva Pharmaceutical Industries (ALPHAREN)* (T-222/09, non encore publié), le Tribunal a précisé sa jurisprudence relative à l'examen de faits notoires par la chambre de recours de l'OHMI à l'occasion d'un litige porté devant elle.

Aux termes de l'article 74 du règlement n° 40/94, dans une procédure concernant des motifs relatifs de refus d'enregistrement, l'examen de l'OHMI est limité aux moyens invoqués et aux demandes présentées par les parties. Selon le Tribunal, cette disposition vise, notamment, la base factuelle des décisions de l'OHMI, à savoir les faits et les preuves sur lesquels celles-ci peuvent être valablement

fondées. Ainsi, la chambre de recours, en statuant sur un recours contre une décision mettant fin à une procédure d'opposition, ne saurait fonder sa décision que sur les faits et les preuves présentés par les parties. Toutefois, la limitation de la base factuelle de l'examen opéré par la chambre de recours n'exclut pas que celle-ci prenne en considération, outre les faits avancés explicitement par les parties à la procédure d'opposition, des faits notoires, c'est-à-dire des faits qui sont susceptibles d'être connus par toute personne ou qui peuvent être connus par le biais de sources généralement accessibles.

En l'espèce, le Tribunal souligne que, bien qu'elles soient extraites des résultats des recherches effectuées par la chambre de recours sur des sites Internet, la description des produits pharmaceutiques et leurs indications thérapeutiques sur lesquelles la chambre de recours a fondé son appréciation de la similitude de certains produits ne peuvent aucunement, compte tenu du degré de technicité desdits produits, être considérées comme des informations constituant des faits notoires. Considérant que, sans l'utilisation des informations en cause, la décision attaquée aurait été sensiblement différente, le Tribunal annule partiellement ladite décision.

À l'occasion de l'arrêt du 16 mai 2011, *Atlas Transport/OHMI – Atlas Air (ATLAS)* (T-145/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a pu préciser, d'une part, les exigences applicables en ce qui concernait l'obligation de fournir les motifs d'un recours introduit devant la chambre de recours et, d'autre part, le contrôle exercé par le juge sur la décision de la chambre de recours relative à la suspension d'une procédure de nullité.

En premier lieu, le Tribunal rappelle que le recours contre une décision doit être formé, par écrit, auprès de l'OHMI dans un délai de deux mois à compter du jour de la notification de la décision et qu'un mémoire exposant les motifs du recours doit être déposé par écrit dans un délai de quatre mois à compter de la date de la notification de la décision. Le Tribunal en conclut qu'un requérant désirant introduire un recours devant la chambre de recours a l'obligation, sous peine de voir son recours rejeté comme irrecevable, de déposer, dans le délai prévu, un mémoire exposant les motifs de son recours auprès de l'OHMI et que ces motifs sont plus qu'une indication de la décision qui est attaquée et de la volonté du requérant de la voir réformée ou annulée par la chambre de recours. Par ailleurs, il ressort d'une interprétation textuelle du terme «motifs» que le requérant devant la chambre de recours doit exposer dans un écrit les raisons qui déterminent son recours. Il n'incombe pas à la chambre de recours de déterminer, par des déductions, les motifs sur lesquels le recours dont elle a à connaître est fondé. Partant, lorsque le requérant dépose un mémoire, il doit exposer, par écrit et suffisamment clairement, quels sont les éléments de fait et/ou de droit qui justifient sa demande. En l'espèce, au vu de l'absence de motifs clairs et compréhensibles repris dans les courriers du requérant et étant donné que l'exposé des motifs devant la chambre de recours doit notamment permettre à une potentielle partie intervenante, sans l'assistance d'un avocat, d'apprécier l'opportunité de répondre aux arguments contenus dans le recours, le Tribunal considère que le recours devant la chambre de recours ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 59 du règlement n° 40/94.

En second lieu, le Tribunal rappelle que la possibilité de suspendre la procédure devant la chambre de recours dans une procédure d'opposition constitue l'expression du principe généralement admis dans les États membres relatif à la possibilité pour une instance décisionnelle de suspendre une procédure dont elle est saisie lorsque les circonstances de l'espèce le justifient. Une application par analogie de cette possibilité dans le contexte d'une procédure en nullité est justifiée, dès lors que tant la procédure d'opposition que la procédure pour cause de nullité relative ont pour objet d'analyser le risque de confusion entre deux marques et que la possibilité de suspendre la procédure participe à l'efficacité desdites procédures. Partant, la chambre de recours dispose du pouvoir de suspendre une procédure en nullité lorsque les circonstances le justifient. Le Tribunal considère en outre que le pouvoir d'appréciation de la chambre de recours pour suspendre ou non la procédure est large. Ce pouvoir ne soustrait toutefois pas l'appréciation de la chambre de recours

au contrôle du juge, lequel est limité à la vérification de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir. En particulier, le Tribunal précise que, dans ce cadre, la chambre de recours doit respecter les principes généraux régissant une procédure équitable au sein d'une communauté de droit en tenant compte de l'intérêt de la partie dont la marque communautaire est contestée, mais également de celui des autres parties.

En outre, dans l'arrêt du 9 septembre 2011, *dm-droguerie markt /OHMI – Distribuciones Mylar (dm)* (T-36/09, non encore publié)¹⁵, le Tribunal a jugé que, lorsque l'OHMI constatait une faute linguistique, de transcription ou une erreur manifeste dans une décision, il ne pouvait que réparer les fautes orthographiques ou grammaticales, les erreurs de transcription ou des erreurs qui présentaient un tel degré d'évidence qu'aucun autre texte que celui résultant de la correction n'aurait pu être envisagé. Par ailleurs, la compétence des divisions d'opposition pour statuer de nouveau dans une procédure dans laquelle elles ont déjà adopté et notifié une décision mettant fin à cette procédure ne peut pas excéder les cas prévus par l'article 42 du règlement n° 207/2009 (procédures de révocation, de rectification des erreurs matérielles et de révision). En l'espèce, les modifications auxquelles il a été procédé ayant consisté non seulement à compléter une phrase inachevée dont le sens était incompréhensible, mais aussi à résoudre une contradiction interne des motifs ainsi qu'une contradiction entre les motifs et le dispositif, le Tribunal conclut que la rectification de la version initiale de la décision de la division d'opposition a porté sur la substance même de cette décision et qu'il ne s'agissait donc pas de la réparation d'une erreur matérielle. Compte tenu de la gravité et du caractère flagrant de cette irrégularité, le Tribunal annule la décision de la chambre de recours en tant qu'elle n'a pas constaté l'inexistence de la version modifiée de la décision de la division d'opposition et que, partant, elle n'a pas déclaré un tel acte nul et non avenu.

Enfin, à l'occasion de l'arrêt du 14 décembre 2011, *Völkl/OHMI – Marker Völkl (VÖLKL)* (T-504/09, non encore publié), le Tribunal a jugé que, lorsque le recours devant la chambre de recours ne concernait qu'une partie des produits ou des services visés par la demande d'enregistrement ou par l'opposition, ce recours autorisait la chambre de recours à procéder à un nouvel examen du fond de l'opposition, mais uniquement par rapport auxdits produits ou services, la demande d'enregistrement et l'opposition n'ayant pas été portées devant elle pour ce qui était du reste des produits ou des services visés. Par conséquent, en ce qu'elle a annulé le point 2 du dispositif de la décision de la division d'opposition relatif aux autres produits, la chambre de recours a dépassé les limites de sa compétence, telle que définie à l'article 64, paragraphe 1, du règlement n° 207/2009¹⁶.

¹⁵ Voir également, en ce qui concerne les dessins et modèles communautaires, arrêt du 18 octobre 2011, *Reisensthal/OHMI – Dynamic Promotion (Cageots et paniers)* (T-53/10, non encore publié), dans le cadre duquel il a été jugé qu'une violation des droits de la défense résultant de ce qu'une décision a été adoptée avant l'expiration du délai accordé au requérant pour présenter ses observations ne constitue pas une erreur manifeste au sens de l'article 39 du règlement (CE) n° 2245/2002 de la Commission, du 21 octobre 2002, portant modalités d'application du règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires (JOL 341, p. 28). En effet, une telle violation constituait une erreur affectant la procédure ayant abouti à l'adoption de la décision et, partant, susceptible de vicier la substance de celle-ci.

¹⁶ On notera que, dans cet arrêt, le Tribunal a également précisé que, aux fins de déterminer si un requérant était recevable à attaquer une décision de la chambre de recours devant le Tribunal, il convenait de considérer qu'une décision d'une chambre de recours de l'OHMI ne faisait pas droit, au sens de l'article 65, paragraphe 4, du règlement n° 207/2009, aux prétentions d'une partie, lorsque, après avoir rejeté une demande dont l'admission aurait mis fin à la procédure devant l'OHMI dans un sens favorable à la partie qui l'avait présentée, elle renvoyait l'affaire devant l'instance inférieure pour réexamen, et ce nonobstant l'éventualité que ce réexamen puisse aboutir à une décision favorable à cette partie. Une telle éventualité n'est pas suffisante pour assimiler ce cas de figure à celui dans lequel la chambre de recours fait droit à une demande sur la base de certains des moyens ou des arguments présentés à son appui et rejette, ou omet d'examiner, le reste des moyens ou des arguments contenus dans la demande.

4. Preuve de l'usage sérieux de la marque

Dans l'affaire *Zino Davidoff/OHMI – Kleinakis kai SIA (GOOD LIFE)* (arrêt du 15 juillet 2011, T-108/08, non encore publié), l'opposante avait notamment fondé la preuve de l'usage sérieux de la marque antérieure sur une décision du comité administratif des marques grec. Le Tribunal a précisé, dans ce contexte, que, s'il était, en principe, loisible à l'OHMI de se fonder sur une décision nationale, en tant qu'élément de preuve, il devait néanmoins examiner avec tout le soin requis et de manière diligente si cet élément de preuve était de nature à démontrer l'usage sérieux d'une marque antérieure. Or, en l'espèce, un examen diligent de la décision grecque aurait révélé que celle-ci se référait de façon lapidaire aux documents soumis et aux arguments soulevés par les parties lors de la procédure ayant abouti à son adoption. De surcroît, ces documents n'ont pas été versés au dossier devant l'OHMI et n'étaient donc pas à la disposition de la chambre de recours. La chambre de recours n'était donc pas en mesure de comprendre le raisonnement, y compris l'appréciation des preuves, ni d'identifier les preuves sur lesquelles la décision grecque constatant un usage sérieux de la marque antérieure était fondée. Ainsi, en faisant sienne la conclusion des autorités grecques, sans examiner davantage si la décision grecque reposait sur des éléments de preuve concluants, la chambre de recours a enfreint l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 et le devoir de diligence.

5. Dessins et modèles communautaires

Dans l'arrêt du 14 juin 2011, *Sphere Time/OHMI – Punch (Montre attachée à une lanière)* (T-68/10, non encore publié), le Tribunal a soumis l'application, dans le cadre d'une procédure de nullité, de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 6/2002, qui permet de ne pas prendre en compte la divulgation si un dessin ou modèle pour lequel la protection est revendiquée a été divulgué au public par le créateur ou son ayant droit ou par un tiers sur la base des informations fournies ou d'actes accomplis par le créateur ou son ayant droit pendant la période de douze mois précédant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou de priorité, à la condition que le titulaire du dessin ou modèle visé par la demande en nullité établisse qu'il est soit le créateur du dessin ou modèle invoqué pour fonder ladite demande, soit l'ayant droit de ce créateur.

Dans ce même arrêt, le Tribunal explicite la notion d'«utilisateur averti», en précisant sa jurisprudence antérieure¹⁷ et en soulignant que, s'agissant des articles promotionnels, cette notion inclut, d'une part, le professionnel qui les acquiert afin de les distribuer aux utilisateurs finaux et, d'autre part, ces derniers utilisateurs eux-mêmes. Il en conclut que le fait que l'un des deux groupes d'utilisateurs avertis perçoive les dessins ou modèles concernés comme produisant la même impression globale est suffisant pour constater que le dessin ou modèle contesté est dépourvu de caractère individuel. Enfin, le Tribunal précise que, dans le cadre de l'appréciation concrète de l'impression globale, il n'y a pas lieu d'examiner isolément et de manière exclusive la représentation graphique des dessins ou modèles antérieurs, mais plutôt d'apprécier globalement l'ensemble des éléments présentés permettant de déterminer, de façon suffisamment précise et certaine, l'impression globale produite par le dessin ou modèle concerné. S'agissant en particulier des dessins et modèles qui ont été utilisés sans avoir été enregistrés, il ne saurait être exclu qu'il n'existe pas de représentation graphique montrant tous leurs détails pertinents, comparable à la demande d'enregistrement. Selon le Tribunal, il est donc excessif d'exiger du demandeur en nullité qu'une telle représentation soit présentée dans tous les cas.

¹⁷ Arrêt du 22 juin 2010, *Shenzhen Taiden/OHMI Bosch Security Systems (Équipement de communication)*, T-153/08, Rec. p. II-2517.

Accès aux documents des institutions

La jurisprudence en matière d'accès aux documents s'est avérée particulièrement riche en 2011, avec 23 affaires réglées, qui ont abordé des aspects variés de cette matière.

1. Intérêt à agir

Dans l'arrêt du 22 mars 2011, *Access Info Europe/Conseil* (T-233/09, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal a jugé que la divulgation de la version intégrale d'un document sur le site Internet d'un tiers – qui n'avait pas respecté la réglementation applicable à l'accès du public aux documents du Conseil – ne permettait pas de considérer que le requérant ne disposait pas ou plus d'un intérêt à demander l'annulation de la décision du Conseil lui ayant refusé l'accès intégral audit document. Un requérant conserve notamment un intérêt à demander l'annulation d'un acte d'une institution pour permettre d'éviter que l'illégalité dont celui-ci est prétendument entaché ne se reproduise à l'avenir. Cet intérêt ne saurait toutefois exister que si l'illégalité alléguée est susceptible de se reproduire à l'avenir indépendamment des circonstances de l'affaire ayant donné lieu au recours formé par le requérant. Tel est le cas d'un recours en annulation introduit contre une décision du Conseil refusant l'accès intégral à un document, dès lors que, d'une part, l'illégalité alléguée par le requérant repose sur une interprétation d'une des exceptions prévues par le règlement (CE) n° 1049/2001¹⁸, que le Conseil risque fort de réitérer à l'occasion d'une nouvelle demande et que, d'autre part, le requérant, en tant qu'association ayant pour but de promouvoir la transparence au sein de l'Union, est susceptible de soumettre, à l'avenir, des demandes d'accès analogues portant sur le même type de documents.

2. Définition de documents

Dans l'arrêt du 26 octobre 2011, *Dufour/BCE* (T-436/09, non encore publié), le Tribunal a été amené à préciser la définition de document établie par l'article 3, sous a), de la décision 2004/258/CE¹⁹ de la Banque centrale européenne (BCE), relative à l'accès du public à ses documents, dans le contexte d'une demande d'accès à une base de données.

À cet égard, le Tribunal déduit des termes de l'article 3, sous a), de la décision 2004/258 que la notion de document s'entend d'un contenu conservé, susceptible de reproduction ou de consultation postérieures à sa production, et que la nature du support de stockage d'un contenu est indifférente. Par ailleurs, le Tribunal précise qu'une base de données se caractérise par l'existence d'un contenu de n'importe quelle nature et d'un support fixe sur lequel ce contenu est stocké. Il en déduit que l'ensemble des données contenues dans la base constitue un document au sens de l'article 3, sous a), de la décision 2004/258. Il ajoute que, les données étant indépendantes les unes des autres, la BCE était tenue de procéder à un examen concret et individuel et d'autoriser un accès partiel aux données dont l'individualisation pouvait être effectuée grâce aux outils de recherche dont elle disposait pour cette base de données, sous réserve que ces données ne relèvent pas des exceptions prévues à l'article 4 de la décision 2004/258.

¹⁸ 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).

¹⁹ Décision 2004/258/CE de la Banque centrale européenne, du 4 mars 2004, relative à l'accès du public aux documents de la Banque centrale européenne (JO L 80, p. 42).

3. Exception relative à la protection du processus décisionnel

Dans l'arrêt *Access Info Europe/Conseil*, précité, le Tribunal a annulé la décision du Conseil en jugeant que ce dernier n'avait pas établi que la divulgation de l'identité des auteurs des propositions faites dans un document relatif à une proposition de règlement concernant l'accès du public aux documents porterait gravement atteinte au processus décisionnel en cours. Après avoir précisé que le public disposait d'un droit d'accès à l'intégralité des documents dont il demandait la divulgation, le Tribunal rappelle qu'un accès encore plus large doit être autorisé lorsque le Conseil agit en sa qualité de législateur afin de permettre aux citoyens de contrôler l'ensemble des informations qui ont constitué le fondement d'un acte législatif. La possibilité de connaître les fondements des actions législatives est une condition de l'exercice effectif, par les citoyens, de leurs droits démocratiques. En l'espèce, le Tribunal juge que le risque que la divulgation de l'identité des auteurs des propositions figurant dans le document en cause réduise la marge de manœuvre des délégations des États membres au cours d'une procédure législative pour modifier leur position et compromette gravement les chances de trouver un compromis ne constitue pas un risque suffisamment grave et raisonnablement prévisible.

Dans l'arrêt du 7 juin 2011, *Toland/Parlement* (T-471/08, non encore publié), le Tribunal a annulé la décision du Parlement européen par laquelle celui-ci avait refusé de donner accès à un rapport d'audit concernant l'indemnité d'assistance parlementaire établi par son service d'audit interne au motif, notamment, que sa divulgation porterait gravement atteinte à son processus décisionnel. Bien qu'admettant que le rapport d'audit concerné ait constitué effectivement un document établi par l'institution pour son usage interne et qu'il ait concerné une question sur laquelle l'institution n'avait pas encore pris de décision, le Tribunal juge que l'institution n'a pas établi à suffisance de droit que la divulgation de ce document porterait concrètement et effectivement atteinte à son processus décisionnel et aurait un impact substantiel sur celui-ci. En effet, la décision attaquée ne comportait aucun élément tangible permettant de conclure que le risque d'atteinte au processus décisionnel était, à la date de son adoption, raisonnablement prévisible et non purement hypothétique. Le Tribunal ajoute, à cet égard, que ni la circonstance que l'utilisation par les membres du Parlement des moyens financiers mis à leur disposition serait un sujet sensible suivi avec intérêt par les médias ni la complexité alléguée du processus décisionnel ne sauraient constituer, en eux-mêmes, une raison objective suffisante de craindre une atteinte grave au processus décisionnel.

4. Exception relative à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit

Dans l'arrêt du 9 septembre 2011, *LPN/Commission* (T-29/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal rappelle que, si l'institution doit, en principe, procéder à un examen concret et individuel du contenu de chaque document demandé afin de déterminer dans quelle mesure une exception au droit d'accès est applicable et si un accès partiel peut être accordé, il peut être dérogé à cette obligation lorsque, en raison des circonstances particulières de l'espèce, il est manifeste que l'accès doit être refusé ou accordé. Dans un tel cas, il est en principe loisible à l'institution de fonder sa décision de refus sur des présomptions générales s'appliquant à certaines catégories de documents.

À cet égard, le Tribunal juge que, dès lors qu'une partie requérante ne dispose pas du droit de consulter les documents du dossier administratif de la Commission dans le cadre d'une procédure en manquement, il convient de reconnaître, par analogie avec la situation des intéressés dans le cadre de la procédure de contrôle des aides d'État, 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. Il est dès lors suffisant, pour la Commission, de vérifier si cette présomption générale doit s'appliquer à l'ensemble des documents concernés, sans qu'elle doive nécessairement procéder à un examen concret et individuel préalable du contenu de chacun de ces documents. Or, lorsque la procédure en manquement est en cours, la Commission doit nécessairement partir du principe que cette présomption générale s'applique à l'intégralité des documents concernés. Cette présomption n'exclut toutefois pas le droit pour les 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.

Par ailleurs, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 décembre 2011, *CDC Hydrogene Peroxide/Commission* (T-437/08, non encore publié), le requérant contestait la décision de la Commission lui refusant l'accès à la table des matières du dossier de la procédure relative à la participation de neuf entreprises à une entente sur le marché du peroxyde d'hydrogène. La Commission justifiait son refus en invoquant, notamment, la nécessité de protéger l'efficacité de sa politique en matière d'entente et, en particulier, son programme de clémence. Le Tribunal annule la décision de la Commission dès lors que cette dernière n'a pas démontré que la divulgation du document en cause risquait d'affecter concrètement et effectivement les intérêts protégés.

S'agissant de l'exception liée à la protection des intérêts commerciaux, le Tribunal juge que l'intérêt d'une société ayant participé à une entente d'éviter des actions en dommages et intérêts ne saurait être qualifié d'intérêt commercial et, en tout état de cause, ne constitue pas un intérêt digne de protection, eu égard notamment au droit qu'à toute personne de demander réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

S'agissant de l'exception liée à la protection des objectifs des activités d'enquête de la Commission, le Tribunal juge que les activités d'enquête dans une affaire concrète sont achevées avec l'adoption de la décision finale, indépendamment d'une éventuelle annulation ultérieure de cette décision par les juridictions, puisque c'est à ce moment que l'institution en cause a elle-même considéré la procédure comme aboutie. Par ailleurs, le Tribunal rejette l'argument de la Commission, selon lequel l'exception fondée sur la notion d'objectifs des activités d'enquête est indépendante de toute procédure concrète et peut être invoquée, de manière générale, pour refuser la divulgation de tout document susceptible de porter atteinte à la politique de la Commission en matière d'ententes et, en particulier, à son programme de clémence. En effet, une interprétation aussi large de la notion d'activités d'enquête est inconciliable avec le principe selon lequel les exceptions visées à l'article 4 du règlement n° 1049/2001 doivent être interprétées et appliquées strictement. Le Tribunal souligne que le règlement n° 1049/2001 ne permet pas de supposer que la politique de concurrence de l'Union devrait bénéficier, dans le cadre de l'application de ce règlement, d'un traitement différent par rapport à d'autres politiques de l'Union, de sorte qu'il n'y a aucune raison d'interpréter la notion d'objectifs des activités d'enquête d'une manière différente dans le cadre de la politique de la concurrence. Enfin, le Tribunal rappelle que les programmes de clémence et de coopération ne sont pas les seuls moyens pour garantir le respect des règles de concurrence de l'Union. En effet, les actions en dommages et intérêts, devant les juridictions nationales, sont, elles aussi, susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans l'Union.

5. Invocation des exceptions émanant de l'État membre, auteur de l'acte

L'arrêt du 13 janvier 2011, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Commission* (T-362/08, non encore publié, sous pourvoi), aborde la question du contrôle opéré par le juge de l'Union sur l'application de l'exception matérielle invoquée par un État membre dans le cadre de l'article 4, paragraphe 5,

du règlement n° 1049/2001. Cette disposition autorise l'État membre à demander à l'institution sollicitée par une demande d'accès à un document émanant de lui de ne pas divulguer ce document sans son accord préalable²⁰.

Le Tribunal précise que, en cas de correspondance entre la décision d'une institution refusant de donner accès à un document émanant d'un État membre, d'une part, et la demande de ce dernier en vertu de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001, d'autre part, il relève de la compétence du juge de l'Union de contrôler, à la demande du demandeur auquel a été opposé le refus d'accès par l'institution sollicitée, si ce refus a pu être valablement fondé sur les exceptions énoncées à l'article 4, paragraphes 1 à 3, du règlement n° 1049/2001, et si ce refus procède de l'appréciation de celles-ci par l'institution elle-même ou par l'État membre concerné. Il s'ensuit que, du fait de l'application de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001, le contrôle du juge de l'Union n'est pas limité à un contrôle *prima facie*. L'application de cette disposition ne l'empêche pas de procéder à un contrôle complet de la décision de refus de l'institution, qui doit respecter, notamment, l'obligation de motivation et qui repose sur l'appréciation matérielle, par l'État membre concerné, de l'applicabilité des exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1 à 3, du règlement n° 1049/2001. L'État membre, dans le cadre de l'application de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001, dispose toutefois d'une large marge d'appréciation aux fins de déterminer si la divulgation de documents relevant des domaines couverts par l'article 4, paragraphe 1, sous a), de ce même règlement est susceptible de porter atteinte à l'intérêt public. En effet, l'appréciation de la question de savoir si la divulgation d'un document porte atteinte aux intérêts protégés par de telles exceptions matérielles peut relever des responsabilités politiques de cet État membre. Dans un tel cas, cet État membre doit disposer, de la même manière que l'institution, d'une large marge d'appréciation. Le contrôle du juge de l'Union doit, partant, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir.

Politique étrangère et de sécurité commune – Mesures restrictives

Le contentieux des mesures restrictives a pris, en 2011, une ampleur sans précédent, représentant plus de 90 affaires introduites. Les arrêts du Tribunal ont été marqués par la célérité avec laquelle ils ont été rendus et par l'affirmation d'exigences relatives à l'obligation de motivation des décisions imposant de telles mesures.

Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Bamba/Conseil* (arrêt du 8 juin 2011, T-86/11, non encore publié, sous pourvoi) – tranchée selon la procédure accélérée, en chambre élargie et dans un délai inférieur à quatre mois après l'introduction du recours –, le Tribunal a été saisi de la légalité des mesures restrictives prises à l'encontre de M^{me} Nadiany Bamba, la deuxième épouse de M. Laurent Gbagbo, ancien président de la Côte d'Ivoire. Ces mesures s'inscrivaient dans le contexte de l'élection présidentielle qui a eu lieu en Côte d'Ivoire à l'automne 2010 et à l'issue de laquelle l'Organisation

²⁰ Une problématique assez proche a été abordée dans l'arrêt du 24 mai 2011, *Batchelor/Commission* (T-250/08, non encore publié). Le Tribunal y a rappelé que l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement n° 1049/2001 avait pour objet de protéger certains types de documents établis dans le cadre d'une procédure, dont la divulgation, même après que cette procédure avait abouti, porterait atteinte au processus décisionnel de l'institution concernée. Ces documents doivent contenir des «avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée». Ne relèvent pas de cette catégorie les documents envoyés à une institution par une personne ou une entité externe afin de faire l'objet d'un échange de vues avec l'institution.

des Nations unies (ONU) a certifié la victoire de M. Alassane Ouattara. L'Union a également reconnu la victoire de M. Ouattara et a appelé les responsables civils et militaires ivoiriens à se placer sous l'autorité du président démocratiquement élu, tout en confirmant sa détermination à prendre des sanctions ciblées à l'encontre de ceux qui feraient obstacle au respect de la volonté exprimée souverainement par le peuple ivoirien.

À cet égard, le Tribunal a rappelé que l'efficacité du contrôle juridictionnel implique que l'autorité de l'Union en cause est tenue de communiquer les motifs des mesures restrictives infligées, dans toute la mesure du possible, soit au moment de leur adoption, soit, à tout le moins, aussi rapidement que possible après celle-ci, afin de permettre aux destinataires l'exercice, dans les délais, de leur droit de recours. Lorsque l'intéressé ne dispose pas d'un droit d'audition préalable à l'adoption d'une mesure initiale imposant de telles mesures, le respect de l'obligation de motivation est d'autant plus important, puisqu'il constitue l'unique garantie permettant à l'intéressé de se prévaloir utilement des voies de recours à sa disposition pour contester la légalité de ladite mesure. En principe, la motivation d'un acte du Conseil imposant de telles mesures doit porter non seulement sur les conditions légales d'application de cet acte, mais également sur les raisons spécifiques et concrètes pour lesquelles le Conseil considère, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, que l'intéressé doit faire l'objet de ces mesures. Le Conseil disposant d'un tel pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de l'adoption ou du maintien d'une mesure de gel des fonds, il ne saurait être exigé qu'il indique de façon plus spécifique en quoi le gel des fonds d'une personne contribue, de façon concrète, à lutter contre l'obstruction au processus de paix et de réconciliation nationale ou qu'il fournisse des preuves tendant à démontrer que l'intéressé pourrait utiliser ses fonds pour faire procéder à une telle obstruction à l'avenir.

En l'espèce, le Tribunal constate que le Conseil s'est contenté d'exposer des considérations vagues et générales pour motiver l'inscription de M^{me} Bamba sur la liste contestée. En particulier, l'indication qu'elle est directrice du groupe Cyclone, éditeur du journal *Le temps*, ne constitue pas une circonstance de nature à motiver de manière spécifique et concrète les actes attaqués à son égard. En effet, en l'absence d'élément concret, elle ne permet pas de comprendre en quoi M^{me} Bamba se serait livrée à des obstructions au processus de paix et de réconciliation par l'incitation publique à la haine et à la violence et par la participation à des campagnes de désinformation en rapport avec l'élection présidentielle de 2010.

Dans ces circonstances, le Tribunal juge que la motivation des actes attaqués n'a pas permis à M^{me} Bamba d'en contester la validité devant lui. Il précise que cela ne l'a pas mis en mesure d'exercer son contrôle sur leur bien-fondé et, par conséquent, annule les actes attaqués, leurs effets étant toutefois maintenus jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi devant la Cour de justice, c'est-à-dire deux mois et dix jours à compter de la notification de l'arrêt, ou, si un pourvoi a été introduit, après le rejet de celui-ci, par application de l'article 280 TFUE et de l'article 264, second alinéa, TFUE.

Dans le cadre de la lutte contre la prolifération nucléaire, on notera également que, dans l'arrêt du 7 décembre 2011, *HTTS/Conseil* (T-562/10, non encore publié, rendu selon la procédure par défaut), le Tribunal a annulé le règlement imposant des mesures restrictives à l'égard de la requérante en constatant que les éléments fournis par le Conseil étaient contradictoires de prime abord et ne permettaient pas de comprendre si l'inscription du nom de la requérante sur la liste était due au maintien des circonstances retenues dans le règlement antérieur, à savoir les liens entre la requérante et la société HDSL, ou à de nouvelles circonstances, à savoir les liens directs entre la requérante et la société IRISL. En tout état de cause, ni le règlement ni la lettre de réponse du Conseil à la demande de réexamen formulée par la requérante ne permettaient d'apprécier les raisons pour lesquelles le Conseil avait considéré que les éléments exposés par la requérante relatifs à la nature de ses activités et à son autonomie par rapport à HSL et IRISL n'étaient pas susceptibles de modifier sa position

quant au maintien des mesures restrictives à son égard. De même, le Conseil n'a pas précisé la nature du contrôle prétendument exercé par IRISL sur la requérante ou les activités que cette dernière mène pour le compte de celle-ci. Le Tribunal annule le règlement attaqué, pour autant qu'il concerne la requérante, pour violation de l'obligation de motivation. En vue de ne pas porter une atteinte sérieuse et irréversible à l'efficacité des mesures restrictives qu'impose le règlement attaqué et d'éviter que la requérante puisse adopter des comportements visant à contourner l'effet des mesures restrictives ultérieures, le Tribunal décide toutefois de maintenir les effets dudit règlement pendant une période ne pouvant excéder deux mois à compter de la date du prononcé de l'arrêt.

Environnement – Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre

Dans l'affaire *Lettonie/Commission* (arrêt du 22 mars 2011, T-369/07, non encore publié, sous pourvoi), était en cause la décision de la Commission déclarant incompatible avec le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, instauré par la directive 2003/87/CE²¹, un aspect de la modification proposée du plan national d'allocation (ci-après le «PNA») de quotas d'émission pour la République de Lettonie pour la période allant de 2008 à 2012. Ce PNA modifié, notifié par la République de Lettonie, faisait suite à une première décision de la Commission par laquelle celle-ci avait déclaré incompatible avec la directive 2003/87 un aspect du PNA initial et avait soumis l'absence d'objections émises à l'égard du PNA à la condition que des modifications y soient apportées en vue de réduire la quantité totale de quotas à allouer. La décision relative au PNA modifié était toutefois intervenue après l'expiration du délai prévu à l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2003/87, lequel dispose que, dans les trois mois qui suivent la notification d'un PNA par un État membre, la Commission peut rejeter ce plan ou tout aspect de celui-ci en cas d'incompatibilité avec les critères énoncés à l'annexe III de ladite directive.

En vue de déterminer si la Commission pouvait valablement adopter la décision attaquée après l'expiration de ce délai, le Tribunal relève que, si la Commission renonce, dans le délai de trois mois qui suit la notification par l'État membre de son PNA, à faire usage de ce pouvoir, l'État membre peut, en principe, mettre en œuvre ledit PNA sans que cela nécessite l'approbation de la Commission. Ainsi, la procédure d'examen du PNA ne doit pas nécessairement être close par une décision formelle. En revanche, le Tribunal souligne que la Commission peut être conduite à faire usage de son pouvoir décisionnel lorsque l'État membre s'abstient de, ou se refuse à, modifier son PNA, avant l'expiration du délai de trois mois, malgré les objections soulevées. En effet, à défaut d'une telle décision de rejet de la Commission, le PNA notifié devient définitif et bénéficie d'une présomption de légalité permettant à l'État membre de le mettre en œuvre.

En ce qui concerne les modifications qui, comme en l'espèce, interviennent au cours d'une phase ultérieure de la procédure d'examen, le Tribunal relève qu'elles ont précisément pour objet d'écarter les objections initialement exprimées par la Commission. Dès lors, l'acceptation des modifications par la Commission n'est que le corollaire des objections initialement formulées par celle-ci et non l'expression d'un pouvoir général d'autorisation. Par ailleurs, l'acceptation par la Commission des modifications apportées au PNA ne doit pas faire l'objet d'une décision formelle de sa part.

Par ailleurs, le Tribunal relève que la procédure engagée au titre de l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2003/87 vise à assurer aux États membres une sécurité juridique et, en particulier, à leur

²¹ 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), telle que modifiée par la directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 octobre 2004 (JO L 338, p. 18).

permettre d'être rapidement fixés, dans de courts délais, sur la manière dont ils peuvent allouer les quotas d'émission et gérer le système d'échange sur le fondement de leur PNA durant la période concernée. Il existe, en effet, un intérêt légitime à ce que ce PNA ne soit pas exposé, tout au long de sa période de validité, à un risque de contestation par la Commission. Ces considérations s'appliquent à tout PNA, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit ou non de la version notifiée initialement ou d'une version révisée et notifiée ultérieurement, et ce d'autant plus que le contrôle par la Commission a déjà été précédé d'une première phase d'examen.

Par conséquent, la notion de notification au sens de l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2003/87 couvre la notification tant initiale que subséquente de différentes versions d'un PNA, de sorte que chacune de ces notifications fait courir un nouveau délai de trois mois. En l'espèce, le Tribunal annule la décision attaquée, dès lors qu'elle est intervenue après l'expiration dudit délai, au terme duquel le PNA révisé était devenu définitif.

Santé publique

Dans l'affaire *France/Commission* (arrêt du 9 septembre 2011, T-257/07, non encore publié, sous pourvoi), la requérante visait à obtenir l'annulation du règlement par lequel la Commission avait modifié le règlement (CE) n° 999/2001²², en tant qu'il autorisait des mesures de surveillance et d'éradication moins contraignantes que celles prévues antérieurement pour les troupeaux d'ovins et de caprins. Dans ce contexte, le Tribunal a précisé que la détermination du niveau de risque jugé inacceptable pour la société revenait aux institutions en charge du choix politique que constituait la fixation d'un niveau de protection approprié. C'est à ces institutions qu'il incombe de déterminer le seuil critique de probabilité des effets adverses pour la santé publique, la sécurité et l'environnement et de la gravité de ces effets potentiels qui ne leur semble plus acceptable pour cette société et qui, une fois dépassé, nécessite le recours à des mesures préventives malgré l'incertitude scientifique subsistante. Lors de la détermination du niveau de risque jugé inacceptable pour la société, les institutions sont tenues par leur obligation d'assurer un niveau élevé de protection sans pour autant pouvoir adopter une approche purement hypothétique du risque et orienter leurs décisions à un niveau de «risque zéro». Le Tribunal indique également que la gestion du risque correspond à l'ensemble des actions entreprises par une institution qui doit faire face à un risque afin de le ramener à un niveau jugé acceptable pour la société eu égard à son obligation d'assurer un niveau élevé de protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement.

Par ailleurs, le Tribunal souligne qu'il appartient à l'autorité compétente de réexaminer dans un délai raisonnable les mesures provisoires adoptées, car, lorsque des éléments nouveaux modifient la perception d'un risque ou montrent que ce risque peut être circonscrit par des mesures moins contraignantes que celles existantes, les institutions doivent veiller à une adaptation de la réglementation aux données nouvelles. Ainsi, de nouvelles connaissances ou de nouvelles découvertes scientifiques, lorsqu'elles justifient un assouplissement d'une mesure préventive, modifient le contenu concret de l'obligation pour les autorités publiques de maintenir de manière constante un niveau élevé de protection de la santé humaine. Si de tels éléments modifient l'évaluation initiale des risques, la légalité de l'adoption de mesures préventives moins contraignantes doit s'apprécier en tenant compte de ceux-ci et non en fonction des éléments ayant déterminé l'évaluation des risques dans le cadre de l'adoption des mesures préventives initiales. Ce

²² Règlement (CE) n° 999/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles (JO L 147, p. 1).

n'est que lorsque ce nouveau niveau de risque dépasse le niveau de risque jugé acceptable pour la société qu'une violation du principe de précaution doit être constatée par le juge.

Radiodiffusion télévisuelle

Dans les affaires *FIFA/Commission* (arrêt du 17 février 2011, T-385/07, non encore publié, sous pourvoi) et *UEFA/Commission* (arrêt du 17 février 2011, T-55/08, non encore publié, sous pourvoi), le Tribunal était saisi de recours en annulation introduits par l'organe exécutif mondial du football et par l'instance dirigeante du football européen contre les décisions de la Commission par lesquelles celle-ci a considéré compatibles avec le droit de l'Union les listes, établies par le Royaume de Belgique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, des événements considérés comme ayant une importance majeure pour la société au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive 89/552/CEE²³. Ces listes contenaient notamment, pour la Belgique, tous les matchs de la phase finale de la Coupe du monde de football et, pour le Royaume-Uni, l'ensemble des matchs de la phase finale du championnat d'Europe de football (EURO). Elles avaient été adressées à la Commission en application de la directive 89/552, laquelle permet aux États membres d'interdire la retransmission exclusive des événements qu'ils jugent d'une importance majeure pour leur société, lorsqu'une telle retransmission priverait une partie importante du public de la possibilité de suivre ces événements sur une télévision à accès libre.

Le Tribunal estime tout d'abord que la référence faite à la Coupe du monde et à l'EURO au considérant 18 de la directive 97/36/CE²⁴ implique que, lorsqu'un État membre inscrit des matchs de ces compétitions sur la liste qu'il a établie, il n'a pas besoin de faire figurer dans sa communication à la Commission une motivation spéciale concernant leur caractère d'événement d'importance majeure pour la société. Toutefois, l'éventuelle conclusion de la Commission, selon laquelle l'inscription de la Coupe du monde et de l'EURO dans leur intégralité sur une liste d'événements d'importance majeure pour la société d'un État membre est compatible avec le droit de l'Union, au motif que ces compétitions sont, de par leurs caractéristiques, regardées comme des événements uniques, peut être remise en cause sur la base d'éléments spécifiques. En particulier, il appartient aux requérantes de démontrer que les matchs «non prime» de la Coupe du monde (à savoir autres que les demi-finales, la finale et les matchs d'une/des équipe(s) nationale(s) du pays concerné) et/ou de «non-gala» de l'EURO (à savoir autres que le match d'ouverture et la finale) ne sont pas d'une telle importance pour la société de cet État.

Dans ce contexte, le Tribunal précise que les matchs «prime» et les matchs de «gala» ainsi que les matchs impliquant une équipe nationale concernée sont d'une importance majeure pour le public d'un État membre donné et peuvent donc être inscrits sur une liste nationale recensant les événements que ce public doit pouvoir suivre sur une télévision à accès libre. En ce qui concerne les autres matchs de la Coupe du monde et de l'EURO, le Tribunal relève que ces compétitions peuvent être considérées comme des événements uniques et non comme des successions d'événements individuels divisés en matchs. Il précise que les matchs autres que les matchs «prime», les matchs de «gala» et les matchs impliquant une équipe nationale concernée peuvent avoir une incidence sur la participation desdites équipes aux matchs «prime» et de «gala», ce qui peut susciter un intérêt particulier du public pour les suivre. À cet égard, le Tribunal note qu'il ne

²³ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298, p. 23).

²⁴ Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, modifiant la directive [89/552] (JO L 202, p. 60).

peut être déterminé à l'avance – au moment de la rédaction des listes nationales ou de l'acquisition des droits de retransmission – quels matchs seront vraiment décisifs pour les étapes ultérieures de ces compétitions ou auront un impact sur le sort d'une équipe nationale donnée. Pour cette raison, le Tribunal estime que le fait que certains matchs «non prime» ou de «non-gala» puissent influencer sur la participation aux matchs «prime» ou de «gala» peut justifier la décision d'un État membre de considérer l'ensemble des matchs de ces compétitions comme étant d'une importance majeure pour la société. Par ailleurs, le Tribunal constate l'absence d'harmonisation des événements pouvant être considérés comme d'importance majeure pour la société et relève que les chiffres d'audience concernant les matchs «non prime» et de «non-gala» des dernières compétitions démontrent que ces matchs ont attiré un nombre important de téléspectateurs dont une partie significative ne s'intéresse pas normalement au football.

Le Tribunal relève enfin que, si la qualification de la Coupe du monde et de l'EURO en tant qu'événement d'importance majeure pour la société peut affecter le prix que la FIFA et l'UEFA obtiendront pour l'octroi des droits de transmission de ces compétitions, elle n'annihile pas la valeur commerciale de ces droits puisqu'elle n'oblige pas ces deux organisations à les céder à n'importe quelles conditions. De même, bien qu'une telle qualification restreigne la liberté de prestation de services et la liberté d'établissement, cette restriction est justifiée dès lors qu'elle vise à protéger le droit à l'information et à assurer un large accès du public aux retransmissions télévisées des événements d'importance majeure pour la société.

Marchés publics – Droit à un recours effectif

Dans l'arrêt du 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/BEI* (T-461/08, non encore publié), le Tribunal, après avoir préalablement constaté sa compétence pour connaître d'un recours introduit par un soumissionnaire évincé contre la décision prise par le comité de direction de la Banque européenne d'investissement (BEI) d'attribuer un marché public de prestation de services dans le domaine informatique, a annulé ladite décision au motif, notamment, que la procédure d'appel d'offres n'avait pas répondu aux exigences d'une protection juridique complète. En effet, d'une part, la décision attaquée n'a pas été notifiée à la requérante, qui en a eu connaissance après que celle-ci avait, en principe, épuisé ses effets avec la signature et l'entrée en vigueur du contrat. Or, en l'espèce, la possibilité pour la requérante d'introduire une demande de sursis à exécution de la décision d'attribution du marché, avant même la signature et l'entrée en vigueur du contrat, aurait été nécessaire en vue de donner un caractère effectif à son recours au principal, qui visait au contrôle de l'impartialité de la procédure d'appel d'offres et à la préservation de ses chances de pouvoir passer le marché avec la BEI, au terme de ladite procédure.

D'autre part, la BEI n'avait pas fourni à la requérante une motivation suffisante de la décision d'attribution du marché avant l'introduction de son recours au principal qui tend, notamment, à l'annulation de cette décision. Dans le cadre de la passation d'un marché public, le droit d'un soumissionnaire évincé à un recours effectif contre la décision qui attribue le marché public à un autre soumissionnaire de même que l'obligation corrélative qui incombe au pouvoir adjudicateur de lui communiquer, sur demande, les motifs de sa décision doivent être regardés comme des formes substantielles au sens de la jurisprudence, dans la mesure où celles-ci entourent l'élaboration de la décision d'attribution de garanties qui permettent l'exercice d'un contrôle effectif sur l'impartialité de la procédure d'appel d'offres qui a abouti à cette décision.

II. Contentieux de l'indemnité

Dans l'arrêt du 8 novembre 2011, *Idromacchine e.a./Commission* (T-88/09, non encore publié), le Tribunal a abordé la question de l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté en cas de violation, par une institution, de son obligation de respect du secret professionnel, du fait de la publication, au *Journal officiel de l'Union européenne*, d'une information concernant la requérante.

Le Tribunal relève que, s'agissant de la divulgation d'informations dans une décision de la Commission en matière d'aides d'État, doit être considérée comme étant d'ordre confidentiel l'information selon laquelle une entreprise, non bénéficiaire de l'aide en cause, n'a pas été en mesure de livrer à son cocontractant des produits conformes aux normes en vigueur et aux conditions contractuelles, dès lors que cette information a été communiquée par l'État membre concerné à la Commission pour les seuls besoins de la procédure administrative d'examen des aides en cause et qu'elle a trait à l'exécution des relations commerciales entre les sociétés concernées. De telles informations sont, en outre, de nature à causer un préjudice sérieux à l'entreprise concernée dès lors qu'elles présentent celle-ci nommément de manière défavorable. Par ailleurs, dans la mesure où la divulgation de l'information est susceptible de porter atteinte à l'image et à la réputation de l'entreprise, l'intérêt de cette dernière à ce qu'une telle information ne soit pas divulguée est objectivement digne de protection.

Le Tribunal précise que l'appréciation du caractère confidentiel d'une information nécessite une mise en balance des intérêts individuels légitimes qui s'opposent à sa divulgation et de l'intérêt général qui veut que les activités des institutions de l'Union se déroulent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture. En l'espèce, la divulgation des informations est jugée disproportionnée au regard de l'objet de la décision de la Commission dès lors qu'il aurait été suffisant de faire état des manquements contractuels en des termes très généraux ou, le cas échéant, en des termes plus spécifiques, sans qu'il soit nécessaire, ni dans l'une ni dans l'autre de ces hypothèses, de mentionner le nom du fournisseur.

Relevant que la Commission ne dispose pas d'une large marge d'appréciation quant à la question de savoir s'il y a lieu de se départir, dans un cas concret, de la règle de confidentialité, le Tribunal conclut que le fait de divulguer une information à caractère confidentiel portant atteinte à la réputation d'une société constituait une violation de l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 287 CE et suffisait pour établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée. La Commission est ainsi condamnée à verser la somme de 20 000 euros à titre de réparation de l'atteinte à l'image et à la réputation subie par la requérante.

À l'occasion de l'arrêt du 23 novembre 2011, *Sison/Conseil* (T-341/07, non encore publié, rendu en chambre élargie), le Tribunal a précisé les conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union – en particulier celle relative à la violation suffisamment caractérisée d'une règle conférant des droits aux particuliers – dans l'hypothèse où la décision illégale à l'origine du dommage a été annulée par le Tribunal au motif que les décisions nationales sur lesquelles le Conseil s'était fondé pour geler les fonds du requérant ne visaient ni à l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites ni à une condamnation pour activité terroriste, contrairement aux exigences de la législation de l'Union.

À cet égard, le Tribunal rappelle que le recours en indemnité ne vise pas à assurer la réparation d'un préjudice causé par toute illégalité. Seule une violation suffisamment grave d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers peut engager la responsabilité de l'Union. Le critère décisif permettant de considérer que cette exigence est respectée est celui de

la méconnaissance manifeste et grave, par l'institution concernée, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. Néanmoins, bien qu'elle présente un caractère déterminant, l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'institution concernée ne constitue pas un critère exclusif. Ainsi, le régime de la responsabilité non contractuelle prend notamment en compte la complexité des situations à régler et les difficultés d'application ou d'interprétation des textes.

Or, le Tribunal considère que, bien que le Conseil ne dispose d'aucune marge discrétionnaire lorsqu'il apprécie si les éléments de fait et de droit susceptibles de conditionner l'application d'une mesure de gel des fonds sont réunis, l'interprétation et l'application du droit de l'Union étaient particulièrement difficiles en l'espèce. Il constate que le libellé même des dispositions concernées est particulièrement confus, ce qu'atteste l'abondante jurisprudence du Tribunal sur ce sujet. Ce n'est que par l'examen d'une dizaine d'affaires, échelonné sur plusieurs années, que le Tribunal a progressivement élaboré un cadre rationnel et cohérent d'interprétation de ces dispositions. Ce n'est qu'à l'occasion de l'arrêt ayant annulé la décision à l'origine du dommage que le Tribunal a estimé qu'une décision nationale devait, pour pouvoir être valablement invoquée par le Conseil, s'inscrire dans le cadre d'une procédure nationale visant directement et à titre principal à imposer une mesure préventive ou répressive à l'encontre de l'intéressé, au titre de la lutte contre le terrorisme. Par ailleurs, le Tribunal relève la complexité des appréciations juridiques et factuelles requises en vue de régler le cas d'espèce. Enfin, il souligne que l'importance fondamentale de l'objectif d'intérêt général que constitue la lutte contre les menaces à l'égard de la paix et de la sécurité internationales et les contraintes particulières que sa poursuite «par tous les moyens» impose aux institutions de l'Union concernées, à la demande pressante du Conseil de sécurité des Nations unies, sont également des facteurs qu'il importe de prendre en considération.

Ainsi, en l'espèce, la violation par le Conseil de la réglementation applicable, bien que clairement établie, s'explique, selon le Tribunal, par les contraintes et responsabilités particulières qui pesaient sur cette institution et constitue une irrégularité qu'aurait pu commettre une administration normalement prudente et diligente placée dans des circonstances analogues, de sorte qu'il ne peut être conclu à une violation suffisamment caractérisée de nature à ouvrir un droit à réparation.

III. Pourvois

Au cours de l'année 2011, 44 pourvois ont été introduits contre des décisions du Tribunal de la fonction publique et 29 affaires ont été réglées par la chambre des pourvois du Tribunal. Quatre d'entre elles méritent une attention particulière.

Dans l'arrêt du 12 juillet 2011, *Commission/Q* (T-80/09 P, non encore publié), le Tribunal a souligné que la seule constatation d'une illégalité était suffisante pour considérer comme remplie la première des trois conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité de la Communauté pour les dommages causés à ses fonctionnaires et anciens fonctionnaires en raison d'une violation du droit de la fonction publique européenne, sans qu'il soit nécessaire d'établir une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers²⁵. Par ailleurs, le Tribunal a indiqué que la recevabilité du recours en indemnité intenté par un fonctionnaire au titre de l'article 24, second alinéa, du statut des fonctionnaires de l'Union européenne est subordonnée à l'épuisement des voies de recours nationales, pour autant que celles-ci assurent d'une manière efficace la protection des personnes intéressées et puissent

²⁵ Confirmant en cela l'arrêt du 16 décembre 2010, *Commission/Petrilli* (T-143/09 P, non encore publié), lequel avait fait l'objet d'une proposition de réexamen, close par la décision de la Cour du 8 février 2011, C-17/11 RX.

aboutir à la réparation du dommage allégué. À cet égard, le régime spécial de responsabilité, régime de responsabilité sans faute, instauré par ladite disposition est fondé sur le devoir de l'administration de protéger la santé et la sécurité de ses fonctionnaires et agents contre les attaques ou mauvais traitements émanant de tiers ou d'autres fonctionnaires, dont ils peuvent être victimes dans l'exercice de leurs fonctions, notamment sous la forme d'un harcèlement moral, au sens de l'article 12 bis, paragraphe 3, du statut. Partant, le Tribunal a jugé que le Tribunal de la fonction publique avait violé les articles 90 et 91 du statut et statué *ultra petita*, en condamnant la Commission à réparer le préjudice moral résultant d'une faute de service ayant contribué à isoler le requérant au sein de son unité. Enfin, le Tribunal a considéré que le Tribunal de la fonction publique avait également violé les articles 90 et 91 du statut et excédé les limites du contrôle juridictionnel, en se substituant, en pratique, à l'administration en tant qu'il avait statué sur le grief de harcèlement moral soulevé par le requérant.

Par ailleurs, dans les arrêts du 14 décembre 2011, *Commission/Pachtitis* (T-361/10 P, non encore publié) et *Commission/Vicente Carbajosa e.a.* (T-6/11 P, non encore publié), confirmant sur ce point les arrêts rendus par le Tribunal de la fonction publique, le Tribunal a jugé que l'Office européen de sélection du personnel (EPSO) n'avait pas compétence pour déterminer la teneur des tests d'accès d'un concours. Le Tribunal a analysé le partage de compétences entre l'EPSO et le jury d'un concours au regard de l'annexe III du statut en concluant que, bien que la compétence pour déterminer la teneur des tests d'accès n'ait été expressément attribuée ni à l'EPSO ni au jury, le déroulement des tests était, avant la création de l'EPSO, confié au jury de concours selon une jurisprudence constante. Partant, en raison de l'absence d'une modification statutaire conférant expressément à l'EPSO une telle compétence, d'une part, et de la nature essentiellement organisationnelle des tâches attribuées à l'EPSO par l'article 7 de la même annexe, d'autre part, le Tribunal a jugé que l'EPSO n'était pas compétent pour déterminer la teneur des tests de présélection d'un concours. Quant à la décision portant création de l'EPSO²⁶ et à la décision concernant l'organisation et le fonctionnement de cet organisme²⁷, le Tribunal a considéré qu'elles avaient un rang hiérarchique inférieur à celui des dispositions du statut. Dès lors, en vertu du principe de légalité, si ces décisions contiennent parfois des formulations pouvant erronément laisser à penser que l'EPSO est compétent pour déterminer la teneur des tests d'accès, elles ne peuvent pas être interprétées comme allant à l'encontre du statut.

Enfin, dans l'arrêt du 21 septembre 2011, *Adjemian e.a./Commission* (T-325/09 P, non encore publié), le Tribunal a jugé que le principe d'interdiction de l'abus de droit, en vertu duquel nul ne peut se prévaloir abusivement des normes de droit, faisait partie des principes généraux du droit. Il s'ensuit que le législateur et l'Autorité habilitée à conclure les contrats d'engagement (ci-après l'«AHCC») sont tenus, lors de l'adoption ou de la mise en œuvre des règles qui régissent les relations entre les Communautés européennes et leurs agents, de prévenir les abus de droit pouvant résulter de l'utilisation de contrats d'engagement à durée déterminée successifs, conformément aux objectifs d'amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs ainsi que d'une protection sociale adéquate de ces derniers, visés à l'article 136 CE. Par ailleurs, le Tribunal a jugé que la caractéristique principale des contrats d'engagement en qualité d'agent contractuel auxiliaire était leur précarité dans le temps, correspondant à la finalité même de ces contrats qui était de faire remplir des tâches

²⁶ Décision 2002/620/CE du Parlement européen, du Conseil, de la Commission, de la Cour de justice, de la Cour des comptes, du Comité économique et social, du Comité des régions et du Médiateur, du 25 juillet 2002, portant création de l'EPSO (JO L 197, p. 53).

²⁷ Décision 2002/621/CE des secrétaires généraux du Parlement européen, du Conseil, de la Commission, du greffier de la Cour de justice, des secrétaires généraux de la Cour des comptes, du Comité économique et social, du Comité des régions et du représentant du Médiateur, du 25 juillet 2002, concernant l'organisation et le fonctionnement de l'EPSO (JO L 197, p. 56).

précaires, par nature ou en l'absence d'un titulaire, par du personnel occasionnel. Ledit régime ne peut donc être utilisé par l'AHCC pour confier durant de longues périodes des tâches correspondant à un «emploi permanent» à ce personnel, qui se trouverait ainsi anormalement utilisé, au prix d'une incertitude prolongée. En effet, un tel usage serait contraire au principe d'interdiction de l'abus de droit, appliqué à l'utilisation, par l'AHCC, de contrats d'engagement à durée déterminée successifs dans la fonction publique. Toutefois, un tel abus pourrait être corrigé et les conséquences négatives subies par l'intéressé pourraient être effacées en procédant à une requalification du contrat d'engagement, laquelle peut notamment conduire à la transformation des contrats d'engagement à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée.

IV. Demandes en référé

Le président du Tribunal a été saisi cette année de 44 demandes en référé, ce qui représente une légère augmentation par rapport au nombre de demandes introduites (41) en 2010. En 2011, le juge des référés s'est prononcé sur 52 affaires, contre 38 en 2010. Il a fait droit à deux demandes de sursis à exécution, dirigées contre des amendes qui avaient été imposées aux requérantes pour leur participation à des ententes anticoncurrentielles, à savoir dans l'ordonnance du 2 mars 2011, *1. garantovaná/Commission* (T-392/09 R, non publiée), et dans l'ordonnance du 13 avril 2011, *Westfälische Drahtindustrie e.a./Commission* (T-393/10 R, non encore publiée). Ces deux ordonnances ont donné au président du Tribunal l'occasion de préciser la jurisprudence relative aux groupes, qui conduisait à prendre en considération, dans le contexte de l'urgence, les ressources financières du groupe de sociétés auquel appartenait la société qui demandait l'octroi de mesures provisoires.

Dans l'affaire *1. garantovaná/Commission*, précitée, la société requérante, active dans le domaine de la finance, cherchait 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 pour avoir exercé une influence déterminante sur la politique commerciale d'une autre société, participante à une entente dans le secteur des réactifs à base de carbure de calcium et de magnésium pour l'industrie de l'acier et du gaz. Le président du Tribunal a constaté qu'existaient en l'espèce des circonstances exceptionnelles qui justifiaient une suspension de l'obligation de constituer une telle garantie. En effet, la requérante avait démontré, outre l'existence d'un *fumus boni juris*, que sa situation financière précaire était à la base des refus opposés par plusieurs banques d'octroyer la garantie bancaire en question. De plus, les éléments produits par la Commission ne permettaient pas de mettre en doute l'affirmation de la requérante selon laquelle elle n'appartenait pas à un groupe plus important et n'avait pas d'actionnaire majoritaire. La requérante ne se présentait pas non plus comme faisant partie d'un réseau, dont les autres membres pourraient avoir des intérêts communs avec elle. Par ailleurs, il ne pouvait être reproché à la requérante d'avoir provoqué sa mauvaise situation financière par son propre comportement. Le fait pour elle d'avoir investi dans des prêts à long terme, peu avant la date d'imposition de son amende, la plus grande partie des actifs qui lui restaient et d'avoir ainsi immobilisé ces actifs trouvait une explication raisonnable dans son activité en tant qu'investisseur capitalistique. À cet égard, il ne pouvait être exigé de la requérante qu'elle gèle ses investissements et qu'elle cesse son activité économique pendant la procédure administrative entreprise par la Commission. En mettant en balance les intérêts en présence, le président du Tribunal a considéré que les intérêts financiers de l'Union ne seraient pas mieux protégés en procédant à une exécution forcée immédiate de l'amende, puisqu'il était invraisemblable que la Commission ait pu ainsi obtenir le montant correspondant à l'amende. Il a donc ordonné la dispense sollicitée, à la condition cependant que la requérante ne puisse céder certains actifs sans autorisation préalable de la Commission, qu'elle paie à la Commission la somme

équivalant à la provision qu'elle avait effectuée et qu'elle informe la Commission régulièrement sur l'évolution de ses actifs et de ses investissements.

Dans l'affaire *Westfälische Drahtindustrie e.a./Commission*, précitée, trois sociétés membres d'un groupe actif dans le secteur industriel de l'acier, qui s'étaient vu infliger des amendes pour avoir participé à une entente sur le marché de l'acier de précontrainte, ont introduit une demande en référé visant à obtenir une dispense de l'obligation de constituer des garanties bancaires. À cet égard, le président du Tribunal a rappelé qu'une dispense de l'obligation de constituer une garantie bancaire ne pouvait être accordée que si le demandeur apportait la preuve qu'il lui était objectivement impossible de constituer cette garantie ou – alternativement – que sa constitution mettrait en péril l'existence de la société. Il a été constaté que les requérantes s'étaient efforcées à temps, sérieusement et itérativement, d'obtenir une garantie bancaire couvrant les amendes infligées, mais que ces efforts étaient restés vains, puisque leurs quatorze banques attitrées, contactées plusieurs fois, leur avaient opposé un refus après avoir examiné leur situation financière de manière approfondie. Le président n'a pas pris en considération les moyens financiers de l'actionnaire ArcelorMittal, détenant une participation d'un tiers dans une des sociétés requérantes. Tout en rappelant que la jurisprudence relative aux groupes de sociétés avait été étendue aux participations minoritaires (30 %) – en fonction de la structure du capital de la société concernée –, il a toutefois constaté que le groupe ArcelorMittal et le groupe auquel appartenaient les requérantes étaient des concurrents sur le marché de l'acier et poursuivaient des objectifs stratégiques différents. A également été écarté l'argument de la Commission fondé sur l'intérêt propre qu'auraient les banques attitrées, créditrices des requérantes, à couvrir leurs propres créances. Selon le président, les intérêts d'une banque en tant qu'établissement de crédit ayant refusé d'accorder une garantie bancaire ne doivent s'incliner devant ceux de la Commission que si la jurisprudence relative aux groupes trouve à s'appliquer, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. En effet, les quatorze banques attitrées des requérantes ne faisaient pas partie du groupe de ces dernières. Leurs relations d'affaires avec ce groupe se limitaient au domaine du crédit, du recouvrement de leurs créances et du versement d'intérêts. Dans cette mesure, il n'existait aucune identité objective entre les intérêts stratégiques de ces établissements de crédit et ceux des requérantes. L'impossibilité d'obtenir une garantie bancaire ayant été établie, le président a considéré comme dénués de pertinence les arguments que la Commission avait déduits de données à caractère financier et économique pour démontrer que, postérieurement à un rejet de la demande en référé, «toute banque raisonnable» finirait par accorder aux requérantes la garantie en cause.

Par ailleurs, l'existence d'un *fumus boni juris* a été reconnue pour la demande subsidiaire visant à une réduction des amendes, fondée notamment sur le moyen tiré du refus de prendre en compte l'absence de capacité contributive des requérantes, le président ayant estimé qu'il ne pouvait être exclu en l'espèce que le Tribunal fasse usage de sa compétence de pleine juridiction en matière d'amendes et qu'il réduise les amendes infligées aux requérantes. Le président a donc ordonné la dispense sollicitée, à la condition toutefois que les requérantes paient à la Commission la somme correspondant à la provision qu'elles avaient constituée et des mensualités selon le plan de paiement offert.

Les autres demandes en référé ont été rejetées, le plus souvent pour défaut d'urgence. On signalera en particulier les affaires suivantes.

Dans le domaine des aides d'État, il convient de mentionner, en raison de leurs particularités procédurales, les affaires dites «du charbon espagnol» (ordonnances du 17 février 2011, *Gas Natural Fenosa SDG/Commission*, T-484/10 R, *Iberdrola/Commission*, T-486/10 R, et *Endesa et Endesa Generación/Commission*, T-490/10 R, non publiées). Ces affaires trouvent leur origine dans la décision du Royaume d'Espagne d'instaurer un régime d'aides financières en faveur de la production d'énergie

électrique à partir du charbon indigène. À cet effet, le régime en cause obligeait plusieurs centrales de production d'énergie électrique à s'approvisionner en charbon indigène et à produire certains volumes d'électricité à partir dudit charbon, et ce moyennant une compensation étatique des coûts supplémentaires de production engendrés par l'achat du charbon indigène. La Commission ayant autorisé le régime en cause, les trois entreprises requérantes ont introduit des recours en annulation de cette décision d'autorisation et ont présenté des demandes de sursis à exécution. Eu égard à l'adoption imminente d'une décision de l'autorité espagnole compétente obligeant les requérantes à s'engager, dans un délai de trois jours, à acquérir des quantités déterminées de charbon national, le président du Tribunal a ordonné, le 3 novembre 2010, en vertu de l'article 105, paragraphe 2, du règlement de procédure, c'est-à-dire sans entendre les parties adverses, la suspension de la décision attaquée jusqu'à l'adoption des ordonnances mettant fin aux procédures de référé. Le Royaume d'Espagne ayant demandé que cette suspension provisoire soit rapportée et les requérantes ayant, à un stade particulièrement tardif de la procédure, manifesté leur intention de renoncer à leur recours, le président a estimé que, dans l'attente de la radiation finale des recours, il y avait lieu de se prononcer, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, sur le maintien ou la privation d'effet de la suspension provisoire de la décision de la Commission. Tout en admettant l'existence d'un *fumus boni juris*, il a exclu l'existence de circonstances créant une urgence de nature à justifier l'octroi des mesures provisoires sollicitées. Quant à la balance des intérêts, après avoir rappelé l'importance que revêtent les services d'intérêt économique général au sein de l'Union et le large pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités nationales pour les fournir, les faire exécuter et les organiser, le président a estimé que les intérêts poursuivis par la mise en œuvre la plus rapide possible du service d'intérêt économique général espagnol et de la compensation associée devaient primer sur les intérêts opposés, invoqués par les entreprises requérantes. En conséquence, les ordonnances du 3 novembre 2010 accordant la suspension provisoire de la décision attaquée ont été rapportées. Enfin, les entreprises requérantes s'étant désistées de leurs demandes en référé, le président a adopté, le 12 avril 2011, trois ordonnances de radiation, dans le cadre des procédures de référé, comportant exceptionnellement une condamnation des requérantes aux dépens.

Enfin, dans les ordonnances du 9 juin 2011, *Eurallumina/Commission* (T-62/06 RENV-R, non publiée, points 29 à 56), et du 10 juin 2011, *Eurallumina/Commission* (T-207/07 R, non publiée, points 32 à 59), le président, après avoir exposé en détail les différents éléments constitutifs de la jurisprudence relative aux groupes, a considéré cette jurisprudence comme compatible avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁸, avec l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en relevant que le concept de groupe n'imposait pas une condition impossible à remplir, puisqu'il n'empêchait aucune société appartenant à un groupe de démontrer, notamment, que ses intérêts objectifs ne coïncidaient pas avec ceux de son groupe ou de sa société mère, que cette dernière était juridiquement empêchée de lui apporter son soutien financier ou que le groupe tout entier était financièrement incapable de venir à son aide.

²⁸ JO 2010, C 83, p. 392.